

LA JURISDICCIÓN COMO CONCEPTO POLÍTICO DE RELEVANCIA JURÍDICA
Y SOCIAL: PROBLEMAS ONTOLÓGICOS DE INTERPRETACIÓN Y
APLICACIÓN EN TORNO AL DISCURSO FILOSÓFICO Y JURÍDICO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

DANIEL ALBERTO VÉLEZ BALLESTEROS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
DERECHO
MEDELLÍN
2019

LA JURISDICCIÓN COMO CONCEPTO POLÍTICO DE RELEVANCIA JURÍDICA
Y SOCIAL: PROBLEMAS ONTOLÓGICOS DE INTERPRETACIÓN Y
APLICACIÓN EN TORNO AL DISCURSO FILOSÓFICO Y JURÍDICO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

DANIEL ALBERTO VÉLEZ BALLESTEROS

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

ASESOR: JUAN DAVID GELACIO PANESSO. Licenciado en Filosofía y Letras de la universidad de Caldas, especialista en derechos humanos y estudios críticos del derecho del CLACSO y magister en estudios políticos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
DERECHO
MEDELLÍN
2019

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín 5 de Agosto de 2019

Dedico este trabajo de grado a
Juan Pablo Vergara por su
constante ayuda

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Juan David Gelacio Panesso por su asesoría y a la Universidad Autónoma Latinoamericana por sus buenas enseñanzas.

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	9
2. OBJETIVOS.....	11
2.1 OBJETIVO GENERAL	11
2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
3.1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA	12
3.2. JUSTIFICACIÓN	15
4. METODOLOGÍA	18
CAPITULO 1.....	22
1. INTRODUCCIÓN AL MARCO HISTÓRICO DE LA JURISDICCIÓN	22
2. PRIMEROS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN EN EL CÓDIGO DE HAMMURABI, EN EL CÓDIGO DE MANÚ Y EN LA LEY MOSAICA	24
3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN EN LA ANTIGUA GRECIA	26
4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN EN LA ANTIGUA ROMA	31
5. ÉPOCA MEDIEVAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL CLÁSICO	39
6. HISTORIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	41
6.1. Provincias Unidas de la Nueva Granada	42
6.2. GRAN COLOMBIA 1821	50
6.3. Nueva Granada	52
6.4. Estados Unidos de Colombia	55
6.5. Constitución de 1886	57
CAPÍTULO 2	22
1. EL PROBLEMA DE LA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN EN LA ACTUALIDAD	60
2. EL PROBLEMA DE LA ACEPCIÓN ETIMOLÓGICA PURA Y LAS DIVERSAS DEFINICIONES DEL CONCEPTO	67
3. APROXIMACIÓN ONTOLÓGICA AL CONCEPTO JURISDICCIÓN	71
3.1. Ontología fenomenológica	72
3.1.1. El fenómeno	72
3.1.2. El sujeto	79
3.2. Ontología jurídica	82
3.2.1. Elementos jurídicos de la jurisdicción	82

3.2.2. Características de la jurisdicción	85
3.2.3. Poderes de la jurisdicción	87
4. LO POLÍTICO DEL CONCEPTO	89
5. CONSTITUCIONES SURAMERICANAS RESPECTO A LA JURISDICCIÓN Y EL MODELO DE ESTADO ADOPTADO	95
6. APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	101
7. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD Y VALIDEZ JURÍDICA	104
8. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA	107
CAPÍTULO 3.....	114
ANÁLISIS DEL ESTADO ACTUAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DENTRO DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO	114
1.Introducción al deber ser de la función jurisdiccional en el Estado Social de Derecho	114
2.Función jurisdiccional constitucional democrática frente a la tensión constitucional del imperio de la ley	123
3.Crisis de la jurisdicción y del Estado Social de Derecho	131
4.La contradicción de la constitución	140
CONCLUSIONES	147
Conclusiones generales	147
¿Hacia una jurisdicción líquida?	150
BIBLIOGRAFÍA.....	152

RESUMEN

En el presente trabajo investigativo se aborda el concepto jurisdicción desde una perspectiva teórica en donde se intenta reconciliar su faceta jurídica con su trasfondo político. Posteriormente se presentan consecuencias prácticas del ejercicio material del concepto en el seno de un Estado Social de Derecho y se intenta abarcar diferentes materias del derecho en donde se haga palpable una realidad discursiva jurisdiccional relevante y se analizan sus consecuencias y la forma de afectar el ideal democrático perseguido por la constitución de 1991 en Colombia.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción es un tema de capital importancia en el estudio del derecho porque, más que una expresión exclusiva del jurista o un presupuesto procesal indispensable para poder aplicar la norma en una realidad institucionalizada, determinada y jurídica; se erige como un pronunciamiento de poder social-político, el cual busca alcanzar, en la actualidad socio jurídico colombiana, una forma “material”, demostrable de manera empírica, de los principios y valores (como la idea de lo “justo” o la libertad si se quiere) que contienen y fundamentan el alcance real y teórico del ordenamiento jurídico en un Estado Constitucional o Social de Derecho.

Intentar teorizar sobre el concepto jurisdicción no resulta fácil debido a la vasta extensión de contenido jurídico teórico que hay sobre el mismo, lo cual implica, a la vez, un estudio de filosofía del derecho en donde además “debe considerarse la dificultad emanada de la oferta amplísima en investigaciones iusfilosóficas”¹, sin embargo, es válido resaltar que una mirada ambiciosa al concepto de jurisdicción desde una perspectiva interdisciplinaria donde se busquen integrar los mandatos constitucionales y sus componentes jurídicos con el fenómeno que se estudia, hace que cobre una importante actualidad, vigencia y, lo más resaltante, una posible plataforma de innovación en la técnica y en la filosofía jurídica contemporánea en Colombia.

La propuesta busca entonces establecer que la jurisdicción es producto de una decisión política, de un consenso, digamos, socio-político, como un pronunciamiento del poder de un Estado o una sociedad moderna organizada por medio de sus asociados, a razón del ejercicio del imperio político, económico y social y, por ende, sería un concepto político más no jurídico o legal en principio, lo cual implica un desarrollo más amplio del mismo dentro del cual se visibilizan componentes distintos a los puramente jurídicos, los cuales, a su vez, si bien interfieren en el desarrollo conceptual y práctico de la jurisdicción, en consonancia con los demás componentes, digamos, menos jurídicos, conllevan hacia un análisis del funcionamiento del mismo en el seno de un Estado Social de Derecho

¹ AGUDELO RAMIREZ MARTÍN, *Filosofía del derecho procesal*, Bogotá, ed. Leyer, segunda edición, 2006, p. 16.

más amplio con la sola finalidad de fomentar una cultura crítica e investigativa del ejercicio jurisdiccional.

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Analizar los problemas y el alcance del concepto jurisdicción en torno a una realidad socio política compleja, pluricultural y sumergida en conflictos históricos cuyo trasfondo intenta alcanzar el ideal del Estado Social de Derecho.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Realizar un acercamiento general a las diversas definiciones del concepto, sus posibles bases ontológicas tanto fenomenológicas como jurídicas y las a las discusiones político filosóficas que entregan bases para entender el deber ser de la jurisdicción.

Demostrar conjugando teoría, sentencias de las altas cortes y eventos prácticos que la jurisdicción intenta alcanzar el ideal del Estado Social de Derecho pero no lo logra.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

3.1. DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

En primer lugar es válido resaltar que debido a cierta confusión existente al entender la jurisdicción como un concepto puramente legal es que han surgido sus injustas clasificaciones e interpretaciones erróneas; lo cual, si bien le es tan indiferente al poder político (porque este, en última instancia responde a un ejercicio lingüístico y material de las élites principalmente) como a la jurisdicción misma, no se ha logrado un aterrizaje lúcido en la forma de concebir su seno teórico y la mala práctica legislativa lo demuestra en cuanto se utiliza de forma indiscriminada el concepto en las leyes e, incluso, en la carta política misma. Digamos que las constantes confusiones interpretativas de este fenómeno y, las mismas interpretaciones o formas de aplicar arbitrarias, no logran ser justas a la ineludible pretensión de “universalidad” que fundamenta la necesidad primordial de homogeneizar el mundo y terminan, la mayoría de las veces, por ser ignoradas como le sucede a la cláusula de “Social” en el Estado colombiano actual, cláusula que dicho sea de paso debería ser desarrollada a cabalidad por la institucionalidad estatal, entre ellos, por la actividad jurisdiccional.

Por lo anterior el tema a investigar es el trasfondo político, jurídico y filosófico que cimienta y fundamenta concepto de la jurisdicción, con lo cual la necesidad de entenderlo como político (social, histórico, folclórico, si se quiere) y no como una entidad netamente jurídica-legal y, más allá de esto, surge la necesidad de realizar un acercamiento crítico a sus alcances y funciones en el seno del ordenamiento jurídico-social colombiano contemporáneo y su uso en un ámbito progresivo donde las decisiones políticas adquieren una presencia a veces sutil, pero determinante; es decir, una vez establecida la importancia de la decisión política en la génesis y desarrollo de la jurisdicción, se dibuja como necesario entender o buscar la posible presencia de conceptos constitucionales que fundamentan el ejercicio jurisdiccional en Colombia concretamente. Si bien el desarrollo o la relevancia que tendría el concepto en una esfera internacional, donde la decisión política ya no se circunscribe al corriente eje de la soberanía de un Estado moderno, corresponde a otro trabajo diferente, se intentará tener presente la innegable influencia de las doctrinas internaciones; porque estamos ante un inevitable suceso que sobrepasa los conceptos tradicionales de soberanía y, a su

vez, las instituciones jurídicas adquieren un matiz anti Nación, lo que ha sido una constante introducida por los organismos supranacionales a las prácticas políticas, económicas y jurídicas de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, por lo que la tentativa de abordar la esfera internacional no puede superar menciones breves, ya que el trasfondo político y jurídico que de momento importa es el colombiano.

Se suma a la investigación la necesidad de entender el fenómeno desde sus bases ontológicas², porque todavía se utiliza el mismo de manera indiscriminada incluso por las constituciones como se verá; y también por la urgencia de confrontar algunos problemas jurídicos y materiales que resultan, en muchas ocasiones, más producto de una lucha de poderes económicos y políticos que puramente jurídica pero que en última instancia importan y se terminan volviendo jurídicos.

Sin embargo, hay una serie de problemas pertenecientes a la teoría jurídica procesal y a la filosofía del derecho que deben ser resueltos antes de intentar resolver la pregunta principal, porque es necesario saber y entender el concepto para poder “dar cuenta” de haber obtenido fundamentos teóricos, los cuales abren la puerta para el desarrollo completo de una investigación. Por ejemplo, es de anotar lo recurrente de encontrar en el universo jurídico una elevada serie de conceptos o instituciones las cuales parecieran prestar del extinto idealismo su necesidad de ser y, lo más importante, la de obtener una irrefutable aprehensión en la realidad. Esto se visibiliza, por ejemplo, cuando a la jurisdicción se le da, como hacen la mayoría de teóricos del derecho procesal, la característica de “abstracta”, sin embargo gracias a una serie importante de estudios filosóficos es posible entender este atributo como una relación necesaria entre el sujeto y el acto (jurisdiccional), la cual es tan relevante como fundante en la realidad jurídica, porque de la máxima expresión de la jurisdicción, (dicen) que es una sentencia, surgen consecuencias las cuales poseen la facultad de modificar la realidad. Entonces, problemas como el de la abstracción que irradian la idea moderna de los juristas respecto con la jurisdicción deben ser estudiados antes de incursionar

² Desde dos ópticas: primero la ontología fenomenológica que buscaría entender el fenómeno jurisdicción en sí, como acto humano, como manifestación lingüística que trasciende al mundo real; y, segundo la ontología jurídica con la que se pretendería adentrarse en los elementos jurídicos que existen dentro de la estructura funcional y teórica de la jurisdicción, para poder adentrarse, posteriormente, en el análisis de casos reales combinando las decisiones prácticas con la teoría contemporánea.

en problemas como la legitimidad y eficacia del ejercicio jurisdiccional en Colombia, en donde la discusión adquiere matices menos técnicos y a la vez más acordes con la teleología constitucional vigente.

Aunado a lo anterior (que básicamente sería un problema de ontología en cuanto a la característica de “abstracta”) se suman los diversos cuestionamientos relevantes para la ciencia jurídica que genera el acto de “decir el derecho”, por ejemplo, la validez, necesidad y posibilidad de ejercer la jurisdicción, para el juez, en principio, basado en precedentes o costumbres y no en “parámetros normativos precisos y determinados”.³ Hay muchas corrientes que siguen defendiendo el ejercicio del derecho basado en un sistema de fuentes y el sometimiento al imperio de la ley; sin embargo, la constante crisis social sigue poniendo de presente la necesidad de renovar el discurso metodológico y axiológico sobre el cual se fundamentaría una dogmática alternativa del derecho. Esto, a modo de ilustración, sería uno de varios problemas puramente jurídicos que quien estudie la idea de “decir el derecho” en un Estado constitucional debería intentar resolver o comprender y que, en efecto, se pretenden plantear y desarrollar en este trabajo investigativo.

La problemática principal por la que se indaga e intenta resolver es la coherencia de los postulados constitucionales y el trasfondo social de los mismos con el ejercicio jurisdiccional. Por eso nos preguntamos si ¿existe en Colombia un ejercicio democrático que implique el análisis y la inclusión de las realidades sociopolíticas dentro del ejercicio de la función jurisdiccional más allá de los intentos de algunas sentencias de la corte constitucional?

³ La introducción de estos conceptos como posibles estándares en torno a la evolución de la decisión judicial ha sido producto de diversos cuestionamientos de autores contemporáneos. El profesor Martín Agudelo Ramírez expone este problema jurídico en su “aproximación al concepto de jurisdicción” que se encuentra en <https://www.unaula.academia.edu/MartinAgudeloRamirez>.

3.2. JUSTIFICACIÓN

Han pasado más de dos décadas desde que se proclamó a Colombia como Estado Social de Derecho y las instituciones jurídicas, políticas y estatales en general, parecen aferradas a la estructura anacrónica y superada del Estado de Derecho. En la actualidad colombiana la tentativa o el ideal de pretender vivir organizados respetando las leyes, la cultura, las diferencias, los valores y principios constitucionales, los derechos fundamentales, entre otros, parece sufrir de una carencia que solo se logra encontrar en los textos constitucionales y las tímidas luchas de los sectores más vulnerables: la cual sería el componente democrático o “social”.⁴ Sin bien se han realizado “innumerables” avances estructurales y jurídicos desde la promulgación de la carta política de 1991, el aparato estatal, y en concreto la actividad jurisdiccional, no han logrado la armonía ideal (o final) con los supuestos sociales de la carta magna vigente, salvo pequeños matices de la corte constitucional principalmente en sus inicios. Sin embargo más allá de la farándula de las altas cortes, se debe tener en cuenta que la función jurisdiccional desborda el trabajo de las mismas y hay funcionarios jurisdiccionales que, por ejemplo, en la decisión de las tutelas si realizan un análisis constitucional acorde a la necesidad del ciudadano en el momento respectivo de amenaza o de empírico detrimento del derecho fundamental.⁵ Pero más allá de la investidura constitucional que la decisión procesal de una tutela aparenta⁶ otorgar a los jueces; sigue siendo difícil encontrar operadores jurisdiccionales que realicen una actividad crítica y armonizadora entre la ley y la teleología constitucional en los diferentes ámbitos de aplicación del derecho; primero porque el imperio de la ley parece un dogma infranqueable por los operadores jurisdiccionales de menor categoría; segundo porque la carga argumentativa versus la exégesis normativa se constituye un enfrentamiento que las condiciones laborales de muchos no permite; tercero porque el constante

⁴ En la tercera parte de este trabajo, de la mano de la jurisprudencia de la corte constitucional, se expondrá la relevancia del concepto social en la estructura de un Estado contemporáneo o constitucional.

⁵ Sin embargo, se debe tener muy presente que el constitucionalismo del tardío colombiano, viene desarrollando teorías en virtud de la cuales los jueces deben emitir sentencias con sentido de responsabilidad fiscal. Este tópico de importantísima relevancia se profundizará en la tercera parte.

⁶ Se utiliza el verbo “aparentar” porque acá se sostiene la idea de que todos los operadores jurisdiccionales son constitucionales y no de mera legalidad exclusivamente, porque la constitucionalización del derecho introduce los principios de la norma de normas en la discusión jurídica o en los conflictos normativos. El papel de los árbitros, en Colombia, debería ser el mismo porque la constitución es para todos, sin embargo, como se trata de “justicia privada” la discusión ameritaría un trabajo investigativo diferente.

deterioro de la institucionalidad judicial en Colombia se ha visto permeada por fallas estructurales, una escandalosa presencia de dineros del narcotráfico o la delincuencia organizada, falta de actualidad y conocimiento, falta de tutela jurídica efectiva del Estado a los funcionarios jurisdiccionales en los sectores más vulnerables del país; congestión judicial, entre otros problemas que la discusión política de turno pareciera ignorar y, a veces, hasta a propósito.

Entonces, como se viene observando, en la actualidad socio jurídica colombiana se hace necesaria una cultura crítica de la actividad jurisdiccional, para que de esta manera se logren articular los principios y los valores constitucionales que fundan el Estado Social de Derecho con esta importantísima función, la cual, dicho sea de paso, todavía presenta rasgos anclados al sistema del Estado de Derecho en lo referente principalmente a los dogmas derivados del imperio de la ley. Este cometido armonizador hace necesaria una visión más amplia que la puramente legal o teórico jurídica del fenómeno como ya lo vislumbró el filósofo alemán Habermas manifestando que “la tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (...), a diversos objetivos teóricos (...), a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales (...) y a distintas actitudes en lo que se refiere a pragmática de la investigación”⁷.

Además de lo anterior, el estudio del concepto que se investiga, todavía presenta problemas teóricos, porque por lo general cada acercamiento al seno de la jurisdicción desemboca en apreciaciones o, si se quiere, en elaboraciones conceptuales de raigambre legal o jurídico (en sentido amplio); lo cual, de primer intento, parece lo lógico y la tarea inevitable de quien pretenda estudiar, definir, proyectar y, lo más importante: comprender esta actividad; pero es necesario entender que la jurisdicción no es un concepto legal sino que más bien se constituye como el vehículo que transporta lo legal hacia la realidad, por esta razón se hace necesario repasar el cuerpo teórico del concepto para luego articularlo con ese ejercicio democrático y constitucional que se busca adherir a la mismo.

⁷ HABERMAS JÜRGEN, *facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998, P. 68.

Esta tarea investigativa se hará entonces, porque, primero es importante comprender que la jurisdicción no es de raigambre legal, sino, como se quiere hacer notar, un concepto político que surge de una voluntad histórica del poder de un Estado o, si se quiere, de una Nación y la dinámica de su surgimiento en un ambiente político, en los modelos modernos y contemporáneos de Estado se fundamenta en los textos constitucionales y se cristaliza en un ambiente de constante discusión jurídica y política. De la mano de un recorrido histórico se intentará demostrar cómo llega actividad jurisdiccional a adquirir ese raigambre constitucional, porque las afirmaciones que se realizan no responden a un capricho, sino que, como se verá, inicialmente, existe un inenarrable mar de antecedentes históricos que permiten hablar del fenómeno jurisdiccional como actividad constitucional en la actualidad político jurídica colombiana. A modo de ejemplo, para tener presente esta suerte de presencia política en la actividad jurisdiccional contemporánea, digamos que los conceptos y situaciones sociales más relevantes para la sociedad siempre se ven envueltas en el seno de una discusión política, ahora, si la realidad del momento trasciende de tal manera que el aparato jurisdiccional del Estado se deba poner en marcha, el pronunciamiento final de dicha función es tanto jurídico como político: véase, por ejemplo, el tema del aborto el cual debido a su trascendencia social debe ser regulado en consonancia con la teleología constitucional, sin embargo, sea cual fuera la decisión jurisdiccional siempre iba a ser política pero sobre bases jurídicas. Por ende la actividad jurisdiccional es de raigambre político en su génesis y de marcadas connotaciones políticas en su desarrollo, con lo cual se comienza a visibilizar el imposible práctico de la pureza del derecho sobre todo en las sociedades constitucionales contemporáneas. No obstante es necesario abrazar la historia para presentar argumentos más sólidos a esta idea que planteada de esta manera podría parecer salida de la nada.

Segundo, porque entender que el “derecho se puede decir” como una licencia otorgada por una decisión política constitucional tiene más alcance del que tendría cualquier norma expedida por el órgano de representación popular, porque además de ser la voluntad del poder político no es una irrelevante; es una que eleva al rango constitucional una figura, la cual llega a compartir jerarquía con principios o derechos fundamentales e, incluso, logra escindirse de ellos y las demás figuras consagradas en la constitución para elevarse, así, por encima de ellas, como el vehículo que las extrae del papel e intenta hacerlas aterrizar en la realidad. Luego la relevancia práctica del concepto en sí se erige como un tema de importancia universal en todo el derecho.

Y tercero porque la actualidad jurídica cada vez se diversifica más y se hace necesaria una inclusión democrática y constitucional en donde los actores sociales y los fenómenos político sociales hacen parte tanto del surgimiento del derecho⁸ como de la posterior necesidad de legitimar las instituciones jurídicas. Aunado al amplio abanico de pensamientos jurídicos y políticos presentes en la actualidad colombiana, se observa que el ingente crecimiento de los medios no convencionales e independientes de comunicación se constituye cada vez más como un mecanismo, en virtud del cual, participar en el debate político y teórico de los asuntos relevantes al derecho se torna más fácil para aquellos sectores históricamente marginados. Cada vez se manifiesta, con mayor intensidad, el crecimiento de la oportunidad que han venido adquiriendo sectores excluidos de tener un acercamiento con las decisiones jurisdiccionales relevantes para la sociedad y esto se constituye como una ventaja en la tarea de acercar al pueblo con el derecho, se presenta como una herramienta importantísima a la hora de hablar de legitimidad institucional, se erige como el camino que pretende simplificar los más abstractos contenidos jurídicos para que estén al alcance de todos, y sobre todo se cristaliza como un síntoma de madurez social ya que la actividad comprometida de las sociedades juegan un papel preponderante en la puesta en escena del constructo democrático que pretende el Estado constitucional y que debe desarrollar, a su vez, la actividad jurisdiccional.

El aporte más relevante de este trabajo investigativo radica en que si comprende la actividad jurisdiccional como un concepto de raigambre político que debe desarrollar la idea natural que la sustenta (Estado Social de Derecho) y en cuyo desarrollo se hace necesario un ejercicio flexible de la dogmática anacrónica del Estado de Derecho, se lograría ver como todo ese circuito por donde se mueve el ordenamiento jurídico empieza a purificarse de los terribles vicios del pasado para aterrizar en la realidad aplicando las consecuencias jurídicas de las normas de manera coherente con la teleología constitucional. De esta manera se lograría, también, establecer una suerte de armonía entre esa realidad determinada en peligro o necesidad de tutela jurídica concreta de uno o varios individuos con los mandatos que buscan una plausible optimización de la realidad, sin ir en contravía de los intereses económicos plasmados y protegidos por la misma carta política que introduce esta cláusula “social”. En consonancia con esto salta a la vista la necesidad de comprender también que el derecho dejó de ser algo hermético y

⁸ RODRÍGUEZ FLÓREZ ERBEY ENRIQUE, *derecho y complejidad entropía, caos e interdisciplinariedad en sistemas jurídicos dinámicos*, Bogotá, Ed Ibañez, 2014. El autor explica “La pluralidad de fuentes normativas del derecho en el mundo globalizado del Siglo XXI”.

que principalmente el ejercicio jurisdiccional cada vez se encuentra más cerca del acecho social. Si bien, por regla general, el ciudadano no sabe de qué se trata la actividad jurisdiccional, si logra advertir, a priori, las consecuencias adversas de una decisión judicial que sobrepone intereses particulares a los de la comunidad.

También es válido resaltar que con el planteamiento de los problemas tanto ontológicos como meramente jurídicos y la tentativa por resolverlos constituiría un aporte académico de relativa importancia para la ciencia jurídica; porque sería en el desarrollo de las interrogantes jurídicas que entraña el estudio de la jurisdicción, donde se podrían encontrar herramientas valiosas para los estudiantes en su tarea de comprender las instituciones más importantes del derecho y la razón de ser de las mismas ya que de este fenómeno objeto de estudio, se derivan problemas y conceptos interesantes e importantes para la teoría y la práctica del ordenamiento jurídico.

4. METODOLOGÍA

En el presente trabajo se propone realizar un estudio del concepto de la jurisdicción. Se tomará como punto de partida los antecedentes históricos de occidente, para entender desde el inicio su íntima convergencia con el poder político y así, a posteriori, abordar los problemas que han surgido en torno al seno teórico jurídico del concepto y, finalmente, entrar en el terreno de las magnificaciones empíricas del ejercicio jurisdiccional en la actualidad del Estado Social de Derecho Colombia. Lo anterior implica, en primera instancia, la necesidad de adoptar un discurso técnico jurídico y luego uno interdisciplinario (jurídico-filosófico) para luego entroncar el ser del concepto con un análisis en el ámbito de aplicación en la realidad socio jurídica colombiana en consonancia con los postulados constitucionales vigentes.

El trabajo presentará una división en tres capítulos: en el primer capítulo se realizará, como se dijo, un recorrido histórico de la figura jurisdiccional en occidente y también hace parte de este recorrido la necesidad de estudiar, un poco, la historia del constitucionalismo colombiano. En el segundo capítulo se llevará a cabo el desarrollo teórico del concepto y se realizarán los análisis teóricos, comparados y críticos del mismo, el segundo capítulo, entonces, será el desarrollo del marco teórico del trabajo investigativo; en el tercer capítulo se verá un constante cotejo de fuentes secundarias, en concreto, sentencias de las altas cortes con algunos componentes teóricos de las fuentes primarias y se constituirá como un análisis práctico teórico del concepto investigado.

Para abordar el tema propuesto se realizará un método investigativo documental y explicativo, porque es en los referentes teóricos donde se encuentran los insumos para desarrollar los objetivos, por ende no se hace necesario un trabajo de campo que implique observancia empírica de fenómenos o el adelantamiento de encuestas, sino, mejor, uno donde prime la recopilación de importantes elementos teóricos como fuentes primarias y, también, de elementos de teoría práctica en fuentes secundarias como sentencias, de las cuales se extraerán las situaciones fácticas para el cotejo con los componentes teóricos; es por esta razón que el enfoque investigativo en este trabajo es única y exclusivamente cualitativo.

Se entiende, entonces, que las fuentes necesarias de esta tarea investigativa para desarrollar la misma consisten en la combinación de fuentes primarias y secundarias: las primeras porque la mayoría de conceptos teóricos principalmente del primer capítulo serán extraídos directamente de obras filosóficas y jurídicas; y las secundarias, porque consistirán en informaciones ya elaboradas en razón de

que se pueden encontrar en los referentes teóricos extraídos de la investigación documental.

La recopilación de los elementos teóricos principales comprenderá la reunión de material documental, en su gran mayoría libros teóricos de filosofía jurídica y teoría jurídica cuya bases se resumirán de forma somera en el siguiente acápite para contribuir al acercamiento del grueso teórico del trabajo investigativo.

La recopilación contempla, también, una subdivisión de materias, porque, primero se pretende adquirir material que verse sobre la jurisdicción en su órbita teórica; y segundo otro tipo de insumos que decanten con mayor precisión el ejercicio político de un Estado o de una Nación en torno a los fenómenos que tienen injerencia en el derecho, porque como pretende concluir el trabajo, en parte, es que la primera (la jurisdicción) es producto de lo segundo y, lo más importante, sería entonces si el ejercicio jurisdiccional responde a los cometidos democráticos plasmados en la constitución política o si el discurso jurídico de turno es producto del clima político del momento, el cual puede ser ajeno o no a la filosofía del Estado Social de Derecho.

CAPÍTULO 1

1. INTRODUCCIÓN AL MARCO HISTÓRICO DE LA JURISDICCIÓN

Antes de aterrizar en el ejercicio jurisdiccional dentro del Estado social de derecho colombiano⁹, se hace necesario realizar un recorrido histórico del concepto “jurisdicción” para más allá de hundirse en una prosaica generosidad con el lector, asfaltar el camino para llegar al ejercicio jurisdiccional mencionado en el territorio Colombiano, sin una suerte de impunidad generadora de los más insospechados sinsabores de la especulación.

En este trabajo se conjugan tres elementos que son, a saber, la jurisdicción, el Estado y la democracia, esta última como expresión real de la pretensión que tiene el Estado (colombiano contemporáneo) de Ser Social y de Derecho, lo cual a su vez se logra, entre otros, a través del ejercicio consecuente de la jurisdicción, consecuente, entonces, con los postulados democráticos.

Para entender esta relación tripartita no se puede suponer que el concepto de jurisdicción como entidad política se erige como el verdadero problema de esta investigación, se trata de un matiz (como la justicia, como la validez, como el neoliberalismo) que la acompaña más no la define. Sabemos que el Estado Moderno no surge de un día para otro y, a su vez, la jurisdicción tampoco y, mucho menos la democracia; es la concepción contemporánea de lo que se logra advertir como Estado lo que permite conjugar estos tres elementos dentro de lo que se llama Estado Constitucional; el constitucionalista Carlos Bernal Pulido entiende al respecto que “desde comienzos de los años noventa se han expedido nuevas constituciones en la mayoría de los Estados latinoamericanos o se han introducido profundas reformas a las constituciones existente. Estas nuevas constituciones o reformas, que han tenido lugar en lo que puede denominarse la última era del constitucionalismo latinoamericano, han establecido un modelo de Estado llamado Estado constitucional. El rasgo básico de este tipo de Estado es el

⁹ Este aspecto se matiza en el tercer capítulo de este trabajo, porque a partir de este, se enuncian casos propios de la realidad jurídica colombiana que, de cierto modo, han evidenciado el poco o mucho del calificativo de democracia que ha acompañado dicho ejercicio.

principio de la supremacía de la Constitución.”¹⁰ Sin embargo, suponemos, que tomar como punto de partida los años noventa podría generar incertidumbre en el lector; se menciona entonces el acertado comentario de Pulido, pero se asume el acto de ponerlo casi de portada y la necesaria labor de regresar en el tiempo. Por cierto, si bien la supuesta supremacía de la constitución constituye uno de los verdaderos ejes temáticos de este trabajo investigativo, lo cual implica, entonces, conjugar varios elementos de insospechada dificultad, digamos que la necesidad de revolver la historia es insoslayable.

Ahora, Colombia, como los demás Estados latinoamericanos, no ha llegado al Estado Constitucional como respuesta a un capricho del momento, es, digamos, una respuesta de evolución organizada y hasta dirigida en muchos casos. Sin embargo se debe tener presente que Colombia ha llegado al Estado Constitucional pero en el papel a nivel institucional, entre lo cual se puede encontrar la jurisdicción como actividad institucionalizada, todavía dejar mucho que desear.

¹⁰ BERNAL PULIDO CARLOS. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*. Bogotá, departamento de publicaciones de la universidad Externado de Colombia, 2018, pág. 45.

2. PRIMEROS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN EN EL CÓDIGO DE HAMMURABI, EN EL CÓDIGO DE MANÚ Y EN LA LEY MOSAICA

El profesor Acero Gallego, entiende que el Código de Hammurabi es “la referencia histórica más antigua a la que se suele hacer referencia en materia jurídica”¹¹ y desde dicho código se puede hablar de jurisdicción a pesar de que no se concebía la idea de Estado. “De las normas contenidas en el código de Hammurabi se desprende que la cultura sumeria concebía la jurisdicción como integrante del aparato institucional... del cual hacía parte los tribunales encargados de hacer cumplir las demás normas jurídicas y de, así mismo, imponer las sanciones frente a sus desatención.”¹² Se observa, entonces, que desde los primeros referentes históricos la concepción de la jurisdicción ha sido bastante simple, es decir, de una u otra manera se traduce en hacer cumplir el derecho, en hacerlo trascender al mundo fenomenológico para cambiar una realidad. Siguiendo con este antiguo código indica Acero que “al parecer, las normas jurídicas contenidas en la codificación de Hammurabi incluían en su gran mayoría disposiciones y preceptos ya dictados y decantados por decisiones anteriores de tipo jurisdiccional, conclusión que surge del hecho de que la redacción y, en general, la estructura de aquellas sea eminentemente casuística.”¹³ Sin embargo en esta temprana época de la humanidad no se ha logrado aseverar la existencia de normas que regulen concretamente el ejercicio jurisdiccional; los hallazgos arqueológicos son los que habrán de permitir salir del terreno de la especulación; lo que sí es seguro es que se encuentran referencias a la actividad del juez en la cultura sumeria y a la aplicación de una suerte de sistema jurídico que pretendía, como todos, regular la actividad social.

En otros modelos culturales antiguos como la ley mosaica o en la civilización india se encuentran vestigios de una suerte de temprana jurisdicción; así, por ejemplo, en la ley mosaica “particularmente la contenida en los libros del Éxodo y del Deuteronomio, en la que con mayor claridad aparecen las reglas sobre el nombramiento de los jueces. En el primero de ellos (18, 13-27) se explica cómo en un principio Moisés dirimía todos los conflictos de los israelitas.”¹⁴

¹¹ ACERO GALLEGO, LUIS GUILLERMO. *Teoría aplicada de la jurisdicción: estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2004. Pág. 226.

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*, pág. 227.

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 230 – 231.

Por otro lado en la civilización india encontramos un referente histórico escrito, es decir, el llamado código de Manú o leyes de Manú, en ese libro se intenta establecer un orden y una regulación tanto de las costumbres como de las normas de conducta de la sociedad. Dada la cosmovisión del momento se puede afirmar que “la jurisdicción, en su parte de actividad, era ejercida en esta época particular de la civilización india por un cuerpo institucional (los jueces dependientes del monarca y el monarca mismo) y a la vez religioso (compuesto por los brahmanes).”¹⁵ A modo de ejemplo veamos las reveladoras consignas que trae el libro VII del código de Manú indicaba la legitimidad divina del castigo que, en su momento, impusiera el rey.¹⁶

Antes de repasar un poco la civilización griega y la romana, se puede advertir como desde estos lejanos antecedentes históricos encontramos la jurisdicción o, mejor, el temprano ejercicio jurisdiccional supeditado a la cosmovisión de la época del poder. En estas civilizaciones antiguas y anteriores a la concepción moderna de Estado ya comprendía el ser humano social la necesidad de institucionalizar la actividad jurisdiccional.

¹⁵ Ibídem, pág. 229-230.

¹⁶“La ley usa palabras severas acerca del castigo. El castigo es un rey dotado de energía; es un administrador hábil, un sabio dispensador de la ley. Gobierna y protege al género humano, y vigila mientras todo duerme; es la justicia.” Libro VII, Código de Manú.

3. ANTEDECENTES HISTÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN EN LA ANTIGUA GRECIA

El constitucionalista colombiano Vladimiro Naranjo Mesa indica que “La civilización griega se desarrolló inicialmente en la cuenca del Mar Egeo, entre el Neolítico y el tercer milenio a. C. Concretamente en la isla de Creta floreció, hacia el siglo XIII a. C., la primera civilización occidental, llamada minoica por haber alcanzado su apogeo en tiempos del rey Minos.”¹⁷ Digamos que hasta antes del año 490 a.C. denominado el siglo de Pericles, Grecia estaba desde 1.400 a.C. hasta el 800 a.C. marcado por dos vertientes de organización política la cuales eran, a saber, la espartana y la atenea. La primera se caracterizó por su marcada diferenciación social y la clase predominante se encontraba reunida en una suerte de minoría selecta constitutiva de una “oligarquía militar.” La organización política espartana daba la impresión ser una suerte de democracia defectuosa porque el gobierno lo ejercía la denominada *gerusia*, que era una especie de asamblea confirmada por 28 ancianos; aparte había otra asamblea que era *la del pueblo* conformada por los adultos mayores de 30 años y se encargaban de aprobar o negar las leyes. Además estas dos asambleas se encargaban de nombrar cinco *éforos* que eran en la práctica funcionarios encargados de vigilar la vida privada de los espartanos y el cumplimiento de las leyes, se dice que estas atribuciones los convirtieron es una suerte de tiranos. La organización política atenea, sin embargo, ciudad que fue fundada por los *aqueos* de Micenas, porque huían de los *dorios* que eran los que ocupaban la región de *laconia* cuya capital determinaron que sería Esparta. Los *aqueos (atenienses)*, determinaron, entonces abolir el modelo monárquico y sustituirlo por la *república* en donde el poder era ejercido inicialmente por un *arconte* que lo ejercía de manera vitalicia y con el paso del tiempo se fue reduciendo a periodos e incluso se vio la necesidad de dividir el poder en nueve arcontes. En esta época la sociedad atenea, a pesar de considerarse *república*, se podría decir que las características tempranas de esta se asemejaban a una plutocracia temprana (lo que los griegos llamarían moderadamente aristocracia), porque hasta la llegada al poder del arconte Solón (640-558 a.C.) la sociedad ateniense estaba dominada por una aristocracia hereditaria que se denominó los *eupátridas*. Con la llegada de Solón se le dio a la sociedad ateniense una Constitución la cual, entre otros, suprimió la esclavitud por deudas, la sociedad se

¹⁷ MESA NARANJO, VLADIMIRO. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Ed. TEMIS, novena edición, 2003. Pág. 157.

dividió en cuatro clases y según la fortuna y esto sirvió para determinar los impuestos correspondientes e incluso hasta exenciones de los mismos o del servicio militar. La obra de Solón fue continuada de cierto modo por sus sucesores, es decir, Pisístrato y Clístenes: del primero se dice que a pesar de ser considerado *tirano* contribuyó a el establecimiento de instituciones democráticas como el adelantamiento de una reforma agraria la cual tenía como finalidad acabar la figura de latifundio; del segundo se indica que democratizó el ejército griego en su momento porque los generales (*estrategas*) llegaban al puesto por elección popular, también trasladó gran parte del poder amasado por los *arcontes* al senado y creó el *ostracismo* el cual era básicamente un juicio político realizado por el pueblo con la finalidad de exiliar, expulsar, desterrar a quien consideraban peligro para los fines de la sociedad.¹⁸

El recorrido histórico expuesto nos permite aterrizar con antecedentes serios en el siglo de Pericles¹⁹, el cual, como expone el teórico Luis Guillermo Acero, es una época “en la que se hizo más notable y sobresaliente el papel de la jurisdicción.”²⁰ Esta afirmación encuentra sustento precisamente en el florecimiento de la Atenas democrática que surgió en la época del Pericles; como se observa, es el modelo político o la cosmovisión arraigada en el seno de la sociedad la que sirve como sustento tanto teórico como práctico del ejercicio jurisdicción, por esta razón nos preguntados si hoy, tantos siglos después del surgimiento del modelo político llamado democracia, en Colombia la jurisdicción o el ejercicio de la misma se ajusta a los postulados democráticos que pretende la visión constitucional vigente.

La democracia ateniense del “siglo de oro” de Pericles se erige como el antecedente histórico más importante que Grecia logró aportar a la institución política que hoy conocemos como jurisdicción, porque, la democracia no solo

¹⁸ MESA NARANJO, VLADIMIRO, *Ibidem*, págs. 157-159.

¹⁹ El constitucionalista colombiano Vladimiro Naranjo Mesa resalta el gobierno de Pericles de la siguiente manera: “A Pericles le correspondió gobernar a Atenas, como *strategos* autokrator durante cuarenta años, hasta 428 a. C., en el período más propicio y floreciente de su historia. Con la apertura del comercio en el Mediterráneo, la explotación intensiva de las minas de plata, mármol y otros minerales y la afluencia de capitales, A tenas se enriqueció. Pero, además, a la ciudad aflúan hombres e ideas provenientes de todos los confines del mundo helénico, destinados a construir la verdadera cultura griega. En esta época vivieron en A tenas personajes como Sócrates y Platón, Anaxágoras — padre de la astronomía—, Parménides, Zenón, Sófocles, Eurípides, Aristófanes y Alcibíades. Con razón se llama a esta época, reconocida como una de las más brillantes en toda la historia de la humanidad, el “siglo de oro” de Pericles.” *Óp. cit.*, pág. 160.

²⁰ ACERO GALLEGU, LUIS GUILLERMO, *Óp. cit.*, pág. 233.

estaba basada en el funcionamiento del parlamento llamado en su momento la *Ecclesia*, sino también en la *Bulé*. La *Ecclesia* era un organismo de carácter estrictamente popular, porque era una asamblea que se reunía cuatro veces al mes, en la que participaban “por derecho propio” los que en su momento se consideraban ciudadanos, es decir, hombres mayores de 25 años que no fueran condenados, ni esclavos ni extranjeros. Esta asamblea se reunía en lugares abiertos como el teatro o el famoso y recordado ágora, para discutir, entre otros, los proyectos de ley los cuales eran aprobados por mayoría y debían ser ratificados por la *Bulé* institución que Vladimiro Naranjo Mesa consideró como una especie de tribunal constitucional.²¹

En esta época aparece la obra filosófica de Aristóteles quien en la *Política* entiende las virtudes y la importancia de la función jurisdiccional ligada a su vez a la desviación de régimen político más moderado que logró advertir el filósofo griego. Inicialmente Aristóteles en su obra política distingue tres regímenes políticos que él llamó “rectos” los cuales son: monarquía, aristocracia y república a cada régimen le atribuye una “desviación” así: tiranía de la monarquía, oligarquía de la aristocracia y la democracia de la república.²² Aristóteles advierte que esta desviación de una república es el régimen más moderado de los que el menciona, al compararlo con la monarquía dice el filósofo griego que “La monarquía o sólo debe tener el nombre sin existir, o necesariamente existe debido a la gran superioridad del que reina; de modo que la tiranía, que es el peor régimen, es el más alejado de una constitución; en segundo lugar, está la oligarquía (pues la aristocracia dista mucho de este régimen), y la más moderada es la democracia.”²³ Sin embargo se debe tener presente que desde la antigüedad ya advertía Aristóteles la esencia de la verdadera democracia y la desligaba como simple

²¹ Indica el tratadista colombiano al respecto que: “La *Bulé* estaba formada por 500 ciudadanos elegidos por sorteo de entre los registros de vecinos de la ciudad. Ejercían el cargo por un año y no podían ser sorteados hasta que todos los demás hubiesen cumplido su turno. Este consejo estaba dividido en diez comités — pritanias— de cincuenta miembros cada uno. A cada pritania se señalaba un área específica: constitucionalidad de los proyectos, moralidad de los funcionarios civiles o religiosos, presupuesto, administración pública, asuntos militares, etc. Las reuniones se verificaban diariamente en un local especial: el *buleuterio*. En cuanto al areópago, en tiempos de Pericles pasó a ser una especie de tribunal de casación para los delitos que entrañaban pena de muerte; de él siguieron haciendo parte exclusivamente los eupátridas. Pero el poder legislativo quedó en manos de la *Ecclesia* y la *Bulé*.” *Op. cit.*, pág. 160-161.

²² ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Editorial GREDOS, introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés, 1988. Pág. 219.

²³ *Ibidem*, pág. 220.

sinónimo de multitudes o mayorías,²⁴ el elemento preponderante para el griego es la libertad, por eso afirma que “hay que decir que existe democracia cuando los libres ejercen la soberanía, y oligarquía cuando la ejercen los ricos. Pero sucede que unos son muchos y otros pocos, pues libres son muchos y ricos pocos.”²⁵ No obstante en este planteamiento que hoy se podría considerar abstracto e incluso especulativo, el filósofo griego descarga gran peso de su argumento en la ciudad (en la *República*). Aristóteles comprende que es “un imposible llamar dignamente ciudad a la que por naturaleza es esclava, pues la ciudad se basta a sí misma y lo que es esclavo no se basta así mismo.”²⁶ A la hora de analizar la composición de la ciudad griega en su momento, Aristóteles complementa la visión socrática de la misma, toda vez que Sócrates en la *República*²⁷ indica la existencia de cuatro elementos indispensables para hablar de una ciudad (tejedores, labradores, zapateros y albañiles), luego añade otros como los herreros, los cuidadores de ganado y los comerciantes al por mayor y al por menor,²⁸ sin embargo en la *Política* encontramos plasmada la preponderancia del concepto que mueve esta investigación; es decir, a todos los elementos que Sócrates juzgara necesarios en su momento; Aristóteles añade que “por otro lado, aun entre los cuatro elementos o cualquiera que sea el número de los que participen, es necesario que haya alguno para administrar justicia y juzgar lo justo. Si es que se considera el alma como parte del animal más importante que el cuerpo, también tales elementos, como el guerrero, el que administra la justicia de los tribunales, y además de éstos el consultivo, que es obra de la prudencia política, deben considerarse partes más esenciales de las ciudades que las que tienden a las necesidades

²⁴ Al respecto indicó Aristóteles que “No se debe considerar democracia como suelen hacer algunos en la actualidad, simplemente donde la multitud es soberana (pues también en las oligarquías y en todas partes es soberano el elemento mayoritario); ni tampoco oligarquía donde unos pocos ejercen la soberanía del régimen. En efecto, si fueran en total mil trescientos ciudadanos, y de entre éstos, mil fueran ricos y no hiciesen partícipes del gobierno a los trescientos pobres, pero libres e iguales a ellos en lo demás, nadie diría que esos se gobiernan democráticamente. Igualmente, también en el caso de que unos pocos sean pobres, pero más fuertes que los ricos, aunque éstos sean más, nadie llamaría a tal régimen una oligarquía si los demás aún siendo ricos no participan de los honores.” Óp. cit., pág. 225.

²⁵ *Ibíd.*, pág. 225.

²⁶ *Ibíd.*, pág. 227-228.

²⁷ PLATÓN, *República* II 370D. Cita añadida por la comentarista de la política de Aristóteles Óp. cit., pág. 228. En *La Exposición de la “República” de Platón*, (Ed. Altaya, Barcelona, 1995) AVERROES se refiere al juez (exposición que se puede hacer extensible a los demás operadores jurisdiccionales) como un jurisconsulto que debe poseer alma virtuosa. Pág. 34.

²⁸ Aristóteles, *Ibíd.*, pág. 228. Resulta hartamente interesante la idea socrática de lo que denominó como componentes o “elementos absolutamente necesarios” a la hora de hablar de ciudad o *República*. Esta preponderancia de labores responde digamos que a la idea de civilización del momento.

indispensables.”²⁹ El filósofo griego brinda indispensables herramientas para entender que desde antes de que se hablara de Estado, como se conoce en la modernidad, instituciones como la jurisdicción ya tenían una preponderancia en el seno de la civilización y su carácter era y eminentemente político. Al respecto Aristóteles indica que “una séptima clase es la que sirve a la ciudad con sus bienes, la que llamamos los ricos. La octava es la de los servicios públicos y la de los que prestan servicio en las magistraturas, ya que sin magistrados es imposible que exista una ciudad. Por tanto, es necesario que haya algunas personas capaces de gobernar y de cumplir estos servicios a la ciudad, ya de una manera continua o por turno. Las restantes, que acabamos de definir hace un momento, son la consultiva y la que juzga sobre las cuestiones de derecho en caso de litigio. Si, entonces, estas funciones deben existir en las ciudades y deben existir de una manera digna y justa, es necesario que haya algunos ciudadanos que participen de la virtud de los políticos.”³⁰

Para finalizar es importante recalcar que los griegos advirtieron la necesidad de dotar de una suerte de institucionalidad la función jurisdiccional, porque “la jurisdicción en la época griega, por lo menos en lo que hace al reinado de Pericles en Atenas, y al desarrollo posterior que hubo en la mayoría de las ciudades-Estado, tuvo un carácter netamente institucional, como forma de gobierno y dominación social.”³¹ Digamos sobre todo en la obra política y retórica de Aristóteles en donde la importancia de “juzgar sobre las cuestiones de derecho en caso de litigio” adquirió un rol protagónico en el modelo democrático de la *Polis*.

²⁹ *Ibíd*em, pág. 228-229

³⁰ *Ibíd*em, pág. 229.

³¹ ACERO GALLEGO, LUIS GUILLERMO, *Óp. cit.*, pág. 233.

4. ANTEDECENTES HISTÓRICOS DE LA JURISDICCIÓN EN LA ANTIGUA ROMA

El derecho romano se considera el antecedente histórico fundamental de los ordenamientos jurídicos occidentales no anglosajones. Es bien conocido que el polímata venezolano chileno Andrés Bello introdujo en Chile y Colombia la obra jurídica del código civil napoleónico, el cual, a su vez, se encontraba fuertemente influenciado por el derecho romano. Es por esto que en virtud del ejercicio jurisdiccional en Colombia todavía se aplican instituciones o figuras originarias del derecho romano, por ejemplo, la usucapión, que es la adquisición de una propiedad o derecho real cumpliendo con los requisitos establecidos en la ley³² y esta figura se encuentra vigente y es regulada en su faceta sustancial, en Colombia, por el código civil en su artículo 2512.³³ Si bien existen todavía ingentes cantidades de figuras e instituciones romanas en el derecho colombiano, no parece prudente nombrarlas todas ya que sería propio de otro tipo de trabajo investigativo.

En Roma, sin embargo, la historia jurídica es también de vasta extensión como la griega anteriormente resumida en los aspectos más relevantes respecto la jurisdicción y el modelo democrático y se puede afirmar que entre ambas existen importantes similitudes.³⁴ Encontramos similitudes tanto en los diferentes cambios de concepción política de la sociedad como en la forma de aplicar el derecho.

La fundación de Roma sigue siendo un tema debatido y a dicho surgimiento se le atribuyen circunstancias mitológicas como que a sus fundadores Romulo y Remo fueron amamantados por una loba llamada Luperca, y que estos dos personajes

³² Real Academia de la lengua española.

³³ El artículo 2512 del código civil establece que “La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.”

³⁴ Al respecto indica Vladimiro Naranjo Mesa que “Existen varias similitudes entre el Estado griego y el Estado romano. Este se forma también partiendo de una ciudad-Estado: la civitas. En Roma también el Estado se identifica con la comunidad de ciudadanos, lo que equivale a afirmar que es la comunidad de individuos o res publica, la comunidad del pueblo. En el concepto del ciudadano prevalece también en Roma el momento de su participación activa en la vida del Estado.” Óp. cit., pág. 163.

fundarían la mítica Roma en el 753 a.C.; sin embargo historiadores como el español Gonzalo Bravo Castañeda debaten esta fecha indicando que la fundación fue a finales del siglo VII a. C., es decir, entre 700 a. C y el 601 a.C.³⁵ Sin embargo, es el reputado teórico de Derecho Romano, Eugéne Petit, quien clasifica la formación y desarrollo del derecho romano así: “si considera el derecho privado de los romanos desde el punto de vista de su desenvolvimiento, después de la fundación de Roma hasta el reinado de Justiniano, se pueden distinguir cuatro periodos: 1. De la fundación de Roma a la ley de las XII tablas (1 a 304 de Roma). 2. De la ley de las XII tablas al fin de la República (304 a 723 de Roma). 3. Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma, o 235 de la Era cristiana). 4. De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano (225 a 565 de la Era cristiana).”³⁶ Se debe tener en cuenta que esta clasificación responde al modelo jurídico general, el cual se cruza constantemente con la jurisdicción como se va a evidenciar en las páginas siguientes.

Independientemente de la fecha de fundación de Roma, los historiadores concuerdan en que se inició como una monarquía, el poder que ejercía el rey era amplio, sin embargo, no era una monarquía absoluta ya que “el rey no es más que el jefe de una especie de república aristocrática, donde la soberanía pertenece a los patricios, que componen las curias. Ellos ejercen su poder en las asambleas o comicios, los *comitia curiata*”.³⁷ Si nos detenemos analizar la función jurisdiccional en esta Roma joven y monárquica encontramos que esta suerte de monarquía aristocrática era quien ejercía la función jurisdiccional.³⁸ Sin embargo, a la hora de detenerse a analizar el concreto funcionamiento de ejercicio jurisdiccional, lo

³⁵ Bravo Castañeda, GONZALO, *Historia de la Roma antigua*. Capítulo 1.

³⁶ PETIT, EUGÉNE. *Tratado elemental de derecho romano*. México D.F. Editorial Porrúa, 23 edición, 2007. Págs. 27-28.

³⁷ *Ibidem*, pág. 31.

³⁸ Respecto el rey dice Eugéne Petit, entre otros, que “es a la vez el jefe del Ejército, que manda en tiempo de guerra; el magistrado judicial, tanto en lo civil como en lo criminal, y el alto sacerdote encargado de velar por el regular cumplimiento de las ceremonias del culto público.” *Óp. cit.*, pág. 31.

Siguiendo esta línea temática, Vladimiro Naranjo Mesa, añade respecto la figura del rey que “como jefe político tenía particularmente el derecho a organizar la vida económica de la ciudad, mediante la distribución de tierras públicas a los particulares. No obstante, estos poderes eran limitados: Tenían la función de “conservar la libertad”, lo cual implicaba la facultad de cada gens de ser protegido en sus derechos con injerencia de otros; el rey no podía intervenir en los asuntos internos de los jefes del clan ni tomar decisiones en contra de un jefe que no hubiera cometido delito. Además, el rey debía pedir el acuerdo del pueblo sobre grandes decisiones, a través del Senado y también de los comicios. Por lo demás, el rey debía “agrandar la cosa pública”, es decir, ampliar el territorio romano y también crear instituciones que protegieran a la ciudad contra sus enemigos” *Óp. cit.*, pág. 165.

relevante es la existencia una teoría la cual menciona que desde el origen de Roma hasta el siglo II a.C. imperó la llamada “etapa de las acciones de la ley.”³⁹ En esta etapa predominaba un sistema de recitación; la acción se entendía, de cierto modo y desde una óptica general, como se hace en la actualidad, es decir, como la facultad de poner en marcha el aparato judicial con la finalidad de obtener tutela de un derecho determinado que se considera violentado; Petit indica al respecto que en Roma “La facultad de recurrir a estos Tribunales esta regulada por el Derecho civil, y constituye la sanción de los derechos, es decir, la acción.”⁴⁰

Avanzado un poco en la historia romana se encuentra una remembrada ley: Las XII tablas, esta fue una ley de suma importancia para ellos, porque “reglamentó a la vez el derecho público y el derecho privado. Los romanos la consideraron como la fuente propia de su derecho.”⁴¹ Esta ley de las XII tablas, según fuentes históricas, estaba fuertemente inspirada e influenciada por las leyes de Solón y de Licurgo. Además de esta suerte de positivización temprana del derecho romano, se acentúa la lucha social que vivía Roma desde las reformas de Servio Tulio⁴² con lo cual “se creó el cargo de censor. Los censores eran también dos, elegidos para períodos de cinco años, y solo los cónsules tenían un rango superior. En un principio el cargo solo era ocupado por patricios, pero más adelante se permitió a los plebeyos acceder a él. A partir de 339 a. C. uno de los censores debía ser

³⁹ Diferente a la clasificación del teórico Petit respecto el sistema jurídico romano, la “etapa de las acciones de la ley” constituye un momento histórico más relevante respecto la jurisdicción.

⁴⁰ PETIT, EUGÉNE, Óp. cit., pág. 611.

⁴¹ Ibídem, pág. 38.

⁴² Petit indica sobre Servio Tulio que “llegado a rey en el año 166 de Roma, evita el tropezarse con la resistencia que tenía paralizadas las intenciones de Tarquino. Deja subsistir la antigua organización patricia resultante de la distinción de las tres tribus primitivas y de los comicios por curias que eran su consecuencia. Pero establece una nueva división del pueblo, fundada no ya sobre el origen de los ciudadanos, sino sobre la fortuna de ellos, comprendiendo el conjunto de la población. Los plebeyos fueron de este modo llamados a concurrir con los patricios al servicio militar, al pago del impuesto y asimismo a la confección de la ley dentro de las nuevas asambleas. los comicios por centurias.” Óp. cit., pág. 32.

Vladimiro Naranjo Mesa complementa indicando que “Posteriormente la reforma de Servio Tulio abolió las 30 curias reemplazándolas por cinco clases que se diferenciaban por su patrimonio y no por su origen. Las clases votaban por centurias en la *Comitia Centuriata* — o asamblea de las centurias—, la cual fue asumiendo los poderes de la *Comitia Curiata* que, bajo la República, quedó reducida a treinta *lictors*, sin poder legislativo. En la *Comitia Centuriata*, que llegó a ser la asamblea más importante de la República, tuvieron ya asiento los plebeyos, según el patrimonio que poseyeran, de conformidad con un censo o registro de las personas y sus bienes. A esta asamblea correspondía además el nombramiento de altos cargos del Estado, hacer o derogar leyes, decidir sobre apelaciones judiciales, declarar la guerra o hacer la paz, funciones estas que conservó por algún tiempo aun bajo la República.” Óp. cit., pág. 166.

plebeyo.”⁴³ Posterior a esta renombrada ley romana, surge una figura interesante figura encontrándonos ya en la época de la república romana, es decir, *los plebiscitos* los cuales eran “decisiones tomadas por la plebe en los *concilia plebis* y, posteriormente, en concreto el año 468 a.C. según la ley *Hortensia*, estas decisiones eran vinculantes tanto para patricios como para los mismos plebeyos.”⁴⁴ Paralelo a estas leyes surgidas de las clases bajas romanas se tenía la *costumbre*, la cual se desarrollaba al lado del derecho promulgado o escrito, como derecho no escrito que “toma su autoridad en el consentimiento tácito del pueblo, que puede hacer la ley, no solamente manifestando en las asambleas su voluntad expresa, sino también, más seguramente acaso, consagrando por un largo uso una institución o una regla de derecho.”⁴⁵ Además de la creación popular de ciertas leyes, de la obligatoriedad de respetar la costumbre surge la “*la interpretación de los pontífices y jurisconsultos*” quienes juegan un papel preponderante en la etapa que se ha llamado la “de las acciones de la ley” que en materia de jurisdicción posee un rol protagónico, porque ya nos encontramos en la esfera procesal o procedimental del derecho romano. Al respecto indica el jurista Petit que “La ley de las XII tablas era conocida de todos. Mas sus disposiciones, muchas veces demasiado concisas, tenían necesidad de ser interpretadas: era útil perfeccionarlas y llenar sus lagunas. Era menester, por otra parte, fijar las formas de los actos jurídicos y los detalles del procedimiento, del cual la ley de las XII tablas no habla determinado más que líneas generales y casos de aplicación.”⁴⁶ Resulta harto interesante como desde la antigua Roma republicana se advertía la necesidad de contar con verdaderos intérpretes de la norma y guías del procedimiento, porque como se ha venido advirtiendo en la primera época de aplicación romana del derecho imperaba una suerte de ritual que debía atender a estrictas normas, rituales y solemnidades, si bien, el derecho procesal actual obedece a unas reglas propias de procedimiento, en su momento, en Roma, se hablaba del “procedimiento de las *legis actiones*, que consistía en formalidades simbólicas y palabras solemnes. Estando todo minuciosamente regulado, la menor omisión llevaba consigo la pérdida del proceso. Esta elaboración lenta, pero continua, llamada *interpretatio*, fue, desde luego, La obra exclusiva del colegio de los pontífices.”⁴⁷

⁴³ MESA NARANJO, VLADIMIRO. Óp. cit., pág. 168.

⁴⁴ PETIT, EUGÉNE, Óp. cit., pág. 42.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 42.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 42.

⁴⁷ *Ibidem*, págs. 43-42.

Esta etapa de las acciones de la ley en Roma desembocó en una segunda etapa la cual se denominó del procedimiento formulario la cual imperó hasta el siglo III d.C.; y la cual surge como una respuesta a los excesos formalistas y ritualistas de la primera. A finales de la república se concatenaron los métodos ejercidos por la costumbre, los edictos y la ley *aebutia* para aterrizar en el cambio de paradigma en la aplicación o en el ejercicio jurisdiccional en de la antigua Roma. La ley *aebutia*, según Luis Guillermo Acero le concedía a las partes una posibilidad de elección, es decir, o tomaban el modelo anterior definido como las acciones de la ley o accedían al nuevo procedimiento formulario, el cual surge como respuesta práctica a las necesidades de solución jurídica de situaciones aisladas o ajenas a la institucionalidad rígida del modelo anterior. El teórico del derecho romano Eugéne Petit indica que “además, aquellos actos legítimos de que estaba lleno el Derecho Romano primitivo fueron modificándose por las costumbres, por los edictos de los pretores, por las leyes Aebutia y Julia, por otras constituciones de algunos emperadores, y, por último, Justiniano borró los últimos vestigios de aquellas formalidades y equiparó los llamados actos legítimos con los denominados del derecho de gentes, dejándolos reducidos al mayor grado de sencillez.”⁴⁸ No solo se simplifican los procesos colmados de ritual y solemnidad, sino que en este nuevo procedimiento formulario el operador jurisdiccional adquiriría un rol activo en donde le entregaba a las partes “una fórmula de acuerdo.” Obsérvese que el tratadista indica que este procedimiento formulario “es designado también con el nombre de procedimiento ordinario, porque el magistrado no juzga por sí mismo más que en casos excepcionales, limitándose desde un principio a organizar la segunda parte de la instancia que debe realizarse delante del juez: *ordinat iudicium*. Los procesos, pues, se juzgan *secundum ordinem iudiciorum*, y cuando, por excepción, el magistrado decide él mismo la diferencia, se dice que establece *extra ordinem*.”⁴⁹ Se indicó que esta nueva forma de ejercer la jurisdicción surgió como una respuesta práctica, porque las opiniones más relevantes de la historia jurídica romana indican que este procedimiento es producto de los procesos o controversias que surgían entre ciudadanos y peregrinos; luego entonces se traduce en una suerte de jurisdicción que nace del peregrinaje.⁵⁰

Una última etapa de la aplicación del derecho en Roma es la que se ha denominado el procedimiento extraordinario, que operó hasta el siglo VI d.C. Es

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 179.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 625.

⁵⁰ *Ibidem*.

importante acotar que en los tres procedimientos mencionados la base es la acción; en el primero esta era el conjunto de rituales y solemnidades exigidas para que finalmente la jurisdicción tomara una suerte de corporeidad la cual contenía, ontológicamente, una parte de esta concepción de la acción; sin embargo la totalidad otorgada a esta superaba a la jurisdicción, porque sería, en conclusión, la totalidad del proceso. Petit aclara que “en el primitivo sistema de las *legis actiones*, acción es una expresión genérica, una forma de proceder, un procedimiento considerado en su totalidad, en la serie de los actos y palabras que deben constituirlos; estas formas tienen una aplicación más o menos general y no se hallan especialmente determinadas para cada derecho distinto.”⁵¹ En el segundo modelo surge una suerte de prerrequisito para aterrizar en la acción la cual, a su vez, es fácilmente diferenciable de la jurisdicción, aunque pareciera dar la impresión de que nos encontráramos frente a una manifestación defectuosa de la jurisdicción, ya que primero un magistrado expedía una fórmula (realizando actividad jurisdiccional) la cual contenía el “mérito ejecutivo” o la posibilidad de reclamar determinado derecho ante el juez; al respecto indica Petit que “bajo el segundo de los sistemas procesales romanos, o sea el *procedimiento formulario*, la acción significa el derecho conferido por el magistrado de reclamar ante un juez lo que se nos debe; tal era la definición de Celso, *nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi*: o también se designada con la palabra acción la fórmula que se expedía, y por la que era conferido este derecho, y, por último, otra veces se aplicaba a la acción el nombre de *iudicium*, o sea de la instancia judicial que ella organizaba.”⁵² ¿Qué sucede, entonces, con el tercer modelo, el denominado de procedimiento extraordinario? Resulta que en el también denominado *extraordinaria cognitio*, la acción nacía directamente del derecho como resultado del ejercicio legislativo, es lo más cercano a la concepción actual de la acción en los sistemas procesales contemporáneos, en donde la acción, es en resumidas cuentas la facultad legítima de reclamar lo que se nos debe o es propio; siguiendo la línea de Petit este indica que en este último modelo “la acción no es otra cosa que el derecho, que resulta de la legislación misma, de dirigirse directamente a la autoridad judicial competente en reclamación de lo que se nos debe, o de lo que es nuestro, o bien el acto mismo de esta reclamación.”⁵³ Es importante y revelador descubrir que en este último modelo los magistrados juzgaban ellos mismos, es decir, no legitimaban la acción sino que ejercían función jurisdiccional. También es importante resaltar respecto esta potestad de juzgar de los magistrados que en Roma existía la delegación de

⁵¹ *Ibidem*, pág. 220.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

funciones judiciales (no jurisdiccionales), se trataba siempre de asuntos menores; los magistrados podían “descargarse de los asuntos menos importantes y confiar el examen a los *judices pedanei*”⁵⁴ con lo cual se encuentra un antecedente incontrovertible de la estructura judicial Moderna, sobre todo la colombiana.

Las concepciones romanas de la función jurisdiccional a lo largo de sus diversas concepciones históricas se erigen en un clarísimo ejemplo de que esta función, es política en su origen y desarrollo, por eso se observa que primero, en la monarquía aristocrática, la función jurisdiccional era ejercida por el rey, posteriormente por cónsules, luego, en el 387 los pretores, que posteriormente se dividieron en los encargados de armonizar la cultura romana con la gran movilización extranjero y así los *praetor peregrinarius* eran los encargados de esta suerte de derecho para peregrinos y ciudadanos; *praetor urbanus* como su nombre lo indica ejercía jurisdicción entre los ciudadanos. Y así con la aparición de nuevas necesidades jurídicas y la continua expansión del imperio, surge la necesidad de compartimentar el trabajo (la jurisdicción) así surgen los *ediles* que tenían funciones administrativas, es decir, funciones de policía y dirimían conflictos relativos a las ventas públicas de esclavos y animales; también surgen ediles plebeyos, curules y hasta *ediles cereales* que vigilaban el trigo.⁵⁵ “Bajo la República, y durante el primer tiempo del Imperio, el pretor era el magistrado por excelencia, y su jurisdicción de las más extensas. Pero los nuevos magistrados creados por los emperadores, el *prefecto de la ciudad* y el *prefecto del pretorio*, fueron investidos poco a poco de la mayor parte de las atribuciones que pertenecían al pretor.”⁵⁶ Si bien la forma en que se utiliza el concepto jurisdicción debería ser reemplazada por competencia, aquí se observa como el poder político otorga la jurisdicción y establece sus límites (lo cual, en la actualidad, se asimila a las reglas de competencia, en sentido técnico y puramente procesal); en Italia, por ejemplo, se encontraban en los Municipios, magistrados locales, llamados los *duumviri o quatuorviri iuridicundo*; obsérvese que “hacia el fin de la República fue limitada su jurisdicción a los procesos cuyo valor no excedía de 15.000 sestercios. Arriba de esta suma era llevado el asunto a Roma, delante del pretor urbano.”⁵⁷ Evidentemente se confunde, de nuevo, jurisdicción con competencia, sin embargo, estos antecedentes son reveladores y demuestran el porqué del funcionamiento y de la estructura del poder judicial en la actualidad colombiana, heredera en sus

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 616.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 614.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*, págs. 614-615.

costumbres de esta cosmovisión romana. Además no se debe perder de vista que cualquier cambio de paradigma y organización política implica un cambio en la estructura orgánica de la jurisdicción y, también, en el derecho que es pronunciado. Obsérvese el ejemplo de Diocleciano que “ordenaba a los magistrados juzgar ellos mismos los asuntos que les estaban sometidos, establecía una nueva división del Imperio, que fue poco tiempo después sancionada definitivamente por Constantino. El territorio fue repartido en cuatro *prefecturas*: El Oriente, Italia, la Iliria y las Galias. Cada prefectura, teniendo a su cabeza un prefecto del pretorio, estaba subdividida en *diócesis* y en provincias. Desde entonces el magistrado ordinario en cada provincia fue el presidente, *rector* o *praeses provinciae*.”⁵⁸ Préstese especial atención a que “Las partes pueden apelar de sus sentencias ante el prefecto del pretorio, representante del emperador, magistrado supremo de todo el Imperio. Se encuentran también los *judices pedanei*, a quienes podían enviarse los asuntos.”⁵⁹

Resulta interesantísima la historia jurídica y jurisdiccional romana; la diferencia con la actualidad colombiana es que es la ley y, principalmente la norma constitucional, son las que indican cómo se debe decir el derecho y esto es fundamental cumplirlo a cabalidad para poder hablar de un ejercicio jurisdiccional democrático y acorde a la visión del Estado Social de Derecho.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 615.

⁵⁹ *Ibidem*.

5. ÉPOCA MEDIEVAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL CLÁSICO

Evidentemente la historia de la Edad Media inicia con la caída del Imperio Romano de Occidente, cuando el 4 de Septiembre del año 476, Odoacro captura a Rómulo Augústulo en Rávena y lo obliga a abdicar el trono, si bien muchos lo consideran como un acto simbólico ya que el poder de Roma venía siendo doblegado desde antes; una importante mayoría de los historiadores concuerdan en tomar esta fecha como la marca histórica de la caída del imperio Romano de Occidente.⁶⁰

Como resultado del desgaste de imperio romano y la inestabilidad de este periodo la sociedad occidental cae en una suerte de vacío estructural o institucional; Vladimiro Naranjo indica al respecto que “al inicio de la Edad Media aparecen formaciones políticas rudimentarias, que lentamente fueron perfeccionándose y ampliándose hasta llegar a constituirse en Estados, en el verdadero sentido de la palabra, al final de este período.”⁶¹ El medioevo que finaliza con el descubrimiento de América se caracterizó por una arraigada monotonía estructural y social, en donde solo con el advenimiento del renacimiento alrededor de los inicios del siglo XIV comienzan a surgir verdaderos cambios de paradigma o cosmovisión. El teórico Acero indica que en el trasegar de esta época humana “habrá regímenes señoriales laicos y eclesiásticos, ciudades libres con ensayos pseudodemocráticos, tiranías omnicomprensivas, etc. Dentro este gran escenario el fenómeno jurídico se encontrará divorciado parcialmente del poder político, en la medida que sus detentadores mostrarán cierta neutralidad, y hasta indiferencia, por todo lo que tenga que ver con el derecho, y con los temas comunes objetos de su regulación, como la tierra, el trabajo y la propiedad, salvo los asuntos relacionados con el poder en sí mismo considerado, en contraste con el gran sentido jurídico de la institucionalidad romana.”⁶² Digamos que de la mano de la consolidación de los reinos entonces al esquema señorial feudal, surgen manifestaciones paralelas de soberanía y resistencia popular; así se encuentran antecedentes como la carta magna de 1215, la cual básicamente, buscaba limitar el incuestionable poder del rey de Inglaterra e introducir elementos de libertad eclesiástica. Esta carta se puede leer como una lucha de poder entre el Vaticano e Inglaterra; sin embargo la necesidad de generar cambios en la cosmovisión “no

⁶⁰ MESA NARANJO, VLADIMIRO. Óp. cit., pág. 170.

⁶¹ *Ibíd.*, pág. 173.

⁶² ACERO GALLEGO, LUIS GUILLERMO, Óp. cit., pág. 241. Cita, a su vez, a Paolo Grossi, pág. 67. El orden jurídico medieval, Madrid, marcial pons, jurídicas y sociales, 1996.

significó que con posterioridad a 1215 en la historia de Inglaterra, estuviesen ausentes el despotismo, la violencia y las revoluciones. Subsistió siempre, sí, aun en medio de los períodos de opresión, la idea de que la relación entre el monarca y sus súbditos estaba gobernada por un contrato que, como cualquier otro contrato, podía ser reformado por la ley y sin violencia. Por ello seguramente la historia inglesa fue en general más tranquila que la de otras naciones europeas y desembocó, a partir del siglo XVII en un sistema de gobierno democrático, el primero implantado en Occidente.”⁶³

Pero es el autor italiano Paolo Grossi quien captura la esencia jurídica del medioevo y la explica como “un valor inmanente, la naturaleza de las cosas, y un valor trascendente, el Dios creador de normas propio de la tradición canónica, uno en absoluta armonía con el otro según los dictados de la teología cristiana, constituyen un ordo, un ordo iuris. El Derecho es así “una dimensión óptica”, y la ciencia del Derecho, o el Derecho como ciencia, es la percepción o la declaración de ese ordo interno a la realidad, es interpretatio de algo que no se crea por el jurista, sino que más bien se declara o se hace explícito partiendo de un Derecho que está más allá de la pura interpretación, como algo que ella misma presupone.”⁶⁴

Si bien la historia jurídica del medioevo es vasta no se realizará un recorrido de detalles, porque lo relevante es que esta etapa desemboca en el surgimiento del derecho constitucional moderno, el cual, es el antecedente del constitucionalismo que en la actualidad colombiana legitima el ejercicio jurisdiccional. El derecho constitucional clásico, tiene sus orígenes en Inglaterra, porque al final de la Edad Media se introduce el término de *fundamental law* el cual surge como una respuesta para regular las diferencias entre el rey de Inglaterra y el parlamento. Francia hizo lo suyo, a finales del siglo XVIII con la estructuración de “leyes fundamentales” (*legis imperii*) que no podían ser desconocidas por el monarca supremo del momento y tenían una característica novedosa para la época, es decir, eran “inmutables”. Sin embargo, fue la constitución inglesa del siglo XVIII la que originó lo que hoy se conoce como derecho constitucional.⁶⁵

⁶³ MESA NARANJO, VLADIMIRO. Óp. cit., págs. 186-187.

⁶⁴ JOHNSTON PÉREZ, RAUL. *Los aportes del derecho público medieval a la teoría del Estado y de la constitución. (Diálogo con Paolo Grossi)*. <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/104>

⁶⁵ MESA NARANJO, VLADIMIRO. Óp. cit., págs 35-37. Siguiendo a García-Pelayo, dice el constitucionalista colombiano que el origen del derecho constitucional moderno corresponde a la

6. HISTORIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Se ha dejado constancia de los antecedentes históricos más relevantes del trasegar de la civilización occidental, en relación con la función jurisdiccional, y como se aterrizó en la era del constitucionalismo que fundamenta y legitima la actividad jurisdiccional en la actualidad.

La jurisdicción actual colombiana es un fenómeno de raigambre constitucional, y en este apartado se demostrará el recorrido constitucional colombiano que desemboca en la actual constitución de 1991. No se hará un recorrido histórico del derecho en general en Colombia, sino, mejor, solo de su vertiente constitucional, por temas de economía. El constitucionalismo colombiano se origina de la mano del proceso independentista que inició en 1810

:

“teoría clásica de la ley fundamental” y también como base de dicha teoría están los “varios tratados sobre constituciones estatales, publicados en Francia, Alemania, Inglaterra y Holanda, principalmente. Pero como hecho histórico que dio origen al moderno estudio del derecho constitucional, debe señalarse la Constitución inglesa del siglo XVIII. De ella partió el barón de MONTESQUIEU para exponer sus tesis sobre el funcionamiento de una Constitución tendente a buscar principios de validez general. La obra de MONTESQUIEU en sí, no puede considerarse como un tratado de derecho constitucional, pero sí como un punto de partida del mismo, en cuanto a que redujo a un sistema general el funcionamiento de los poderes del Estado y creó uno de los esquemas fundamentales para el desarrollo posterior de la materia. La obra de Montesquieu tiene un carácter polémico dirigido contra el absolutismo de la época: la misma característica tienen las demás obras que se produjeron por entonces sobre la materia, tanto en Europa como en Norteamérica, tales como las de Alexander Hamilton, el abate Sieyès, Benjamín Constant y otros.”
Óp. cit., pág. 36.

6.1. Provincias Unidas de la Nueva Granada

6.1.1 La constitución de Cundinamarca del 30 de Marzo de 1811 (promulgada el 04 de Abril de 1811)⁶⁶ a pesar de la marcada ofrenda de cortesías hacia don Fernando VII, Rey legítimo de España y de las Indias y de que según el artículo 1 del título III; “La Provincia de Cundinamarca se erige en Monarquía constitucional para que el Rey lo gobierne según las leyes, moderando su autoridad por la Representación Nacional que en esta Constitución se expresa y determina,”⁶⁷ es interesantísimo descubrir que esta Representación Nacional estaba privada de cualquier posibilidad de ejercer jurisdicción, porque el artículo 3 del título IV rezaba que “La Representación Nacional unida debe abstenerse de todo acto de jurisdicción, y sólo se juntará en un Cuerpo para presenciar y solemnizar los actos de la primera importancia, como son: la jura o recibimiento del Rey, o del Presidente; el recibimiento de una embajada, y otros en que se interese el decoro y seguridad nacional.”⁶⁸ Resulta un asunto de interpretación histórica y de marcada dificultad que estaba entendiendo por jurisdicción dicha constitución ya que paradójicamente definiendo el poder judicial arroja una suerte de definición bastante afortunada y hasta acorde por lo que se entiende por jurisdicción, así las cosas indicó que “el Poder Judicial consiste en la autoridad de examinar las diferencias que se suscitan entre los ciudadanos, fijar sus derechos, juzgar sus demandas y querellas, y aplicar las penas establecidas por las leyes a los infractores de ellas. El uso ordinario de estos juicios es lo que propiamente se dice Poder Judicial. El ejercicio de este poder, como parte de la Representación Nacional, corresponde a los Tribunales Superiores de la provincia. Los Jueces de la Primera Instancia, los inferiores, y las municipalidades que hay o de nuevo se establezcan para facilitar la administración de justicia, y cuidar de la policía, no tienen parte en la Representación Nacional.”⁶⁹

Esta constitución en virtud del modelo monárquico que adoptó se veía en la necesidad de establecer el poder judicial de manera lógica con el modelo de gobierno, es por esta razón que, a pesar del plausible acercamiento a la esencia de la jurisdicción, mencionó que los funcionarios del poder judicial no contaban con Representación Nacional.

⁶⁶ CONSTITUCIÓN DE CUNDINAMARCA, 30 DE MARZO DE 1811. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcft8h1>

⁶⁷ *Ibíd*em, artículo 1, título 3.

⁶⁸ *Ibíd*em, artículo 3, título 4.

⁶⁹ *Ibíd*em, artículo 1, título 7.

6.1.2. El 27 de Noviembre de 1811, sin embargo, surge el “acta de la federación de las provincias unidas de Nueva Granada” de un elegante y marcado tizne independentista; por una parte se decía que Las Provincias Unidas serían iguales, independientes y soberanas (art 6) y que aquellos puertos y demás provincias que aún “gemían bajo la opresión de sus antiguos mandones” debían ser, entre otros defendidos (art 19). Una austera y equivocada concepción de la jurisdicción permeaba, ergo, esta tentativa de sistema político federado, toda vez que según el artículo 38 la jurisdicción marítima pertenecía al congreso y las disputas entre Provincia y Provincia por jurisdicción también pertenecían al congreso (art 44). A pesar de la loable tentativa independentista de esta acta ya que si bien indica que “los derechos indisputables que tiene el gran pueblo de estas provincias, como todos los demás del universo, para mirar por su propia conservación, y darse para ello la forma de gobierno que más le acomode, siguiendo el espíritu, las instrucciones y la expresa y terminante voluntad de todas nuestras dichas provincias, que general, formal y solemnemente han proclamado sus deseos de unirse a una asociación federativa;”⁷⁰ una suerte de verdadero sinsabor invade al lector ya que la facultad jurisdiccional estaba fuertemente encargada al congreso.

6.1.3. La Constitución de la República de Tunja, 1811 es la primera en mencionar los derechos del hombre en sociedad (libertad art 2, igualdad art 3, legalidad art 5 y art 8, presunción de inocencia art 9 propiedad privada art 12) deberes del ciudadano capítulo 2 (sesión preliminar) y se consagró en la primera en declararse independiente de toda autoridad civil de España y cualquier otra Nación (sesión preliminar, capítulo III, numeral 1) y de desconocimiento total hacia la legitimidad del rey. En la Sesión preliminar, capítulo I, numeral 4 se utiliza una insospechada sinceridad del momento independentista que vivía el territorio al mencionar que “la idea de un hombre que nazca Rey, Magistrado, Legislador, ó Juez, es absurda y contraria à la naturaleza”⁷¹

También es interesante mencionar que el modelo de gobierno adoptado por la Provincia de Tunja era popular y representativo 1, capítulo 4, sesión preliminar. Esta constitución adopta una concepción interesante del senado ya que era como una suerte de corte especial que conocía de acusaciones a los miembros del poder ejecutivo, judicial y legislativo y solo podía apartar del cargo; estaba establecido, sin embargo, que si el delito cometido merecía pena mayor habría un

⁷⁰ Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, 27 de noviembre de 1811. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb27r8>

⁷¹ Constitución de la República de Tunja, 1811. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015. <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmctt6n1>

juez competente encargado de conocer y aplicar posible sanción diferente a la “separación” (capítulo 2, del senado, artículo 1 al 25).

No deja de sorprender la constitución de Tunja de 1811, toda vez que el grueso de la función jurisdiccional o, digamos, la idea de juzgar recaía en el gobernador en asuntos de policía, administración y economía y sus decisiones eran apelables ante el alto tribunal de justicia. Los alcaldes pedáneos conocían solo de lo civil y hasta doscientos pesos y no conocían lo penal; alcaldes ordinarios que decidían en primera instancia asuntos contenciosos del distrito; el tribunal de apelaciones o alto tribunal de justicia que conocía de las apelaciones; y se había concebido incluso una sala de último recurso, cuya conformación surgía de una lista proporcionada por el senado. Esta constitución indicaba que los jueces estaban sometidos a la ley, sin embargo, prohibía de manera implícita la aplicación analógica del derecho, porque si no había ley aplicable se debía proponer el caso a la Legislatura de la Provincia para que regularan jurídicamente la situación. Finalmente esta constitución trae la figura de los jurados que dirimían asuntos civiles de mayor cuantía y las partes debían convenir acudir a los jurados si los consideraban más confiables (una suerte de arbitramento temprano en Colombia). Los jurados eran propuestos por los electores de cada departamento y debían cumplir con cierto patrimonio; sin embargo la comparecencia de los jurados al proceso era supervisada, de cierto modo, por el juez. Sesión tercera, del poder judicial cap. 1-6.

6.1.4. Reforma a la constitución de Cundinamarca de 1811. Debido a la apresurada “redacción” de la constitución de Cundinamarca de 1811, surge la constitución de la república de Cundinamarca, la cual no tiene una sola mención al término monarquía, rey y la única independencia de la que habla es aquella de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Cundinamarca, constitucionalmente, y en virtud de una profunda y espiritual revisión no se reconoce como monarquía constitucional, sino como, digamos, Estado Republicano. Esta constitución, sin embargo, introduce significativas menciones de la jurisdicción ya que “la Representación Nacional unida debe abstenerse de todo acto de jurisdicción sino es en los precisos casos que detalla la constitución bien por apelación de un Poder ó Funcionario infractor de ella, ó bien por que de oficio se avoque el conocimiento de la infracción”⁷² (título 3, art 1, no 3.). Menciona la figura de juez natural (título IV artículo 74.). Esta constitución se caracteriza por ser una de las primeras en la historia de Colombia en realizar un detallado ejercicio de

⁷² Constitución de la República de Cundinamarca, 17 de abril de 1812. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.
<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcf349>.

establecimiento de la competencia. Otra vez advertimos que el cambio de paradigma político o cosmovisión de gobierno induce a la función jurisdiccional a adoptar cambios estructurales y orgánicos como ya lo vimos en el repaso de la “historia jurisdiccional romana.” Obsérvese que la concepción del poder judicial se sigue definiendo así “el Poder Judicial consiste en la autoridad de examinar las diferencias que se suscitan entre los ciudadanos, fijar sus derechos, juzgar sus demandas y querellas, y aplicar las penas establecidas por las leyes a los infractores de ellas. El uso ordinario de estos juicios es lo que propiamente se dice Poder Judicial.”⁷³

6.1.5. La Constitución del Estado de Antioquía de 1812, continúa en la misma línea de las constituciones anteriores, es decir, se incorporan los derechos del hombre en sociedad (sección segunda) como libertad (artículo 2), libertad de imprenta (artículo 3) igualdad (art. 4) legalidad (art. 9), incluso indica que la soberanía radica en el pueblo (art. 9) e incorpora una serie de deberes del ciudadano (sección tercera).

En el título II, artículo 1 se establece que la forma de gobierno será “Estado libre, independiente y soberano, concentrando su gobierno y administración interior, sin reconocer otra autoridad suprema, sino es aquella que expresamente delegare en el Congreso General de la Nueva Granada, o en el de las Provincias Unidas.”⁷⁴

Si bien la única mención explícita que realiza dicha constitución a la jurisdicción está en el artículo 9 y de manera negativa, es decir, indica que los “ Los contadores no gozan de jurisdicción alguna”⁷⁵; hay una definición interesantísima del poder judicial (título IV, sección primera, artículo 1) la cual indica, entonces, que dicho poder “es la facultad de aplicar las leyes a los casos particulares, ya sea decidiendo las querellas y demandas que ocurran entre partes, dando a cada ciudadano lo que le pertenece, ya imponiendo a los delincuentes e infractores las penas que han establecido las mismas leyes, o administrando justicia civil y criminal en todo lo contencioso.”⁷⁶ Esta definición aplicable a la jurisdicción es interesante, porque añade la idea aristotélica de la justicia proporcional, es decir,

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Constitución del Estado de Antioquía: sancionada por los representantes de toda la provincia y aceptada por el pueblo el 3 de mayo del año de 1812. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc69716>

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*

“dar a cada uno lo suyo”. En el aspecto orgánico se determinó que la cabeza sería el Supremo Tribunal de Justicia. También se reguló la creación de una Alta Corte de Justicia que se encargaría de resolver los recursos extraordinarios que antes de esta constitución debían conocer las autoridades españolas (Título IV, sección segunda, artículo 1). Cuando esta constitución regula lo relativo a los jueces de primera instancia, nos encontramos con un verdadero antecedente histórico en el constitucionalismo colombiano respecto la idea de que el poder político, a través de la promulgación de una constitución determina quién puede ejercer la actividad jurisdiccional de manera legítima. El artículo 7 de la sección tercera, título IV, indica que “Los tenientes, alcaldes, ordinarios, jueces pobladores, capitanes de guerra, alcaldes de la hermandad y jueces pedáneos, conocerán privativamente de todas las primeras instancias en los asuntos contenciosos entre partes, tanto civiles como criminales, en la forma y en la cantidad que expresa nuestra Legislación.”⁷⁷ Se debe observar que al otorgar explícitamente competencia se está legitimando su facultad jurisdiccional, porque al otorgarse la facultad de conocer y no especificarse la de resolver o “decidir en derecho” se entiende otorgada.

6.1.6. LA Constitución política del Estado de Cartagena de Indias, 14 de junio de 1812.⁷⁸El Preámbulo de esta Constitución es de reveladora franqueza respecto el cambio de paradigma político y estructural que pretendían adelantar las Provincias Unidas de la Nueva Granada respecto el sistema monárquico del Virreinato de la Nueva Granada; así, pues, indicó en su momento la constitución de Cartagena de 1812 en su preámbulo que “el poder gozar en paz y seguridad de sus derechos naturales y de los bienes de la vida; y siempre que estos grandes designios no se consiguen, tiene el Pueblo derecho a que se altere la forma de su Gobierno y tome aquella en que queden a cubierto su seguridad y felicidad.”⁷⁹

Esta constitución no solo incorpora los derechos sociales sino que también constitucionaliza los derechos naturales. La visión aristotélica de esta constitución se evidencia, porque “entrando en sociedad el hombre deja de ser un pequeño todo, y consiente en hacerse parte de un gran todo político.”⁸⁰ Esta constitución tiene una particular visión ya que la preponderancia del derecho a ser feliz del ser humano es evidente, dice en el artículo 7 del título 1 que “No renunciando, pues, el ciudadano sino el derecho de hacer mal impunemente, o lo que es lo mismo, no obligándose más que a obedecer a las leyes, conserva, asegura y perfecciona todos sus derechos naturales, esenciales y por lo mismo no enajenables, entre los

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Constitución política del Estado de Cartagena de Indias, 14 de junio de 1812. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmck7c2>

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

cuales se cuentan el de gozar y defender su vida y libertad, el de adquirir, poseer y proteger su propiedad, y el de procurarse y obtener seguridad y felicidad.”⁸¹ Si se realizara el ejercicio de comparar la constitución vigente colombiana (la de 1991) con estas constituciones pro homine y de tinte independentista se encuentran reveladoras diferencias como que la de Cartagena de 1812 de otorgaba especial preponderancia a la felicidad y la de 1991 no la menciona una sola vez.

En el título 8, artículo primero indica que el poder judicial “consiste en la autoridad de oír, juzgar y fenecer las diferencias, demandas y querellas que se susciten entre los ciudadanos, pronunciando la determinación de la ley y en la de aplicar la pena que ella impone al delincuente. El ejercicio de este Poder, como parte de la Convención general de Poderes del Estado, corresponde solo a los Tribunales superiores: los Jueces de primera instancia, los inferiores y las Municipalidades no tienen parte en ella, aunque la tengan en el ejercicio del Poder Judicial.”⁸² Esta constitución contempla una definición que debe ser leída cuidadosamente, ya que establece una suerte de autoridades que ejercen este poder judicial aunque como tal no convergen en la llamada Convención general de Poderes del Estado; sin embargo, se puede afirmar, con tranquilidad, que esta joven constitución conservadora en su intento de delimitar las competencias, legitima a diversos figuras diferentes a los jueces con jurisdicción; ejemplo del corregidor intendente letrado que conocía, en primera instancia, de “los asuntos contenciosos de Gobierno y Hacienda”⁸³ (artículo 1, sección 2, título 8) téngase en cuenta que para este Corregidor “Serán de su conocimiento todas las materias económicas contenciosas y administrativas de Policía, Gobierno y Hacienda: despachará la Auditoría do guerra de toda la guarnición; pero no tendrá la administración de justicia civil ni criminal entre partes, quo debo reservarse a los Alcaldes ordinarios de los pueblos en primera instancia.”⁸⁴ (Artículo 2, sección 2, título 8).

6.1.7. En el Proyecto de Constitución para la provincia de Popayán, 1814 el capítulo 11. Artículo 88⁸⁵ establece que el derecho de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales corresponde a los tribunales y jueces, no pudiendo ningún ciudadano ser juzgado por otro que por los que establece la Constitución. Antecedente de que solo la constitución legitima la función jurisdiccional

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Proyecto de Constitución para la provincia de Popayán, 1814. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2018.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckd3w0>

6.1.8. En 1815 surge la Constitución política del Estado de Mariquita. En esta constitución se inicia con la “Declaración de los Derechos de los Habitantes de la República de Mariquita”⁸⁶, con lo cual indica, desde el primer artículo de dicha constricción que “todo poder político pertenece al pueblo y se deriva de él.” Esta constitución introduce, en su título XII, una figura del teniente gobernador el cual le correspondía “el conocimiento en primera instancia de todas las materias contenciosas de Gobierno, Hacienda y Policía, en que principalmente se comprende la seguridad pública, con todas las demás atribuciones naturales en lo económico y administrativo.”⁸⁷ (artículo 2, título XII), cabe resaltar que según el artículo 1 este funcionario debía ser “juez letrado.”

Para esta constitución el poder judicial “es la facultad de aplicar las leyes a los casos particulares, ya sea decidiendo las querellas y demandas que ocurran entre partes dando a cada Ciudadano lo que le pertenece, ya imponiendo a los delincuentes è infractores las penas que han establecido las mismas leyes, ò administrado justicia civil y criminal en todo lo contencioso.”⁸⁸ Artículo 1, título XIII, y además de contar con la sala de apelaciones, una alta corte de súplicas, la cual, dicho sea de paso, conocía en última instancia de lo decidido por la primera, y desde la constitución ya se establecía una indisoluble relación entre la actividad jurisdiccional y el derecho positivo, porque el artículo 5 indicaba que “no se podrá pronunciar sentencia sin que en ella se exprese la ley en que se funda.”⁸⁹ También, regló, por otra parte esta constitución las facultades jurisdiccionales de las Municipalidades y los jueces subalternos; pero lo más revelador se considera es el establecimiento de los jueces mayores de paz cuya función esencial, razón de ser era “tranzar y conciliar amigablemente entre todos los Ciudadanos de su respectivo Departamento, las diferencias que ocurran en cualquiera clase de asuntos civiles.”⁹⁰ Artículo 1, título XVII. En los artículos 4 y 5 en lo concerniente a esta figura encontramos insoslayables antecedentes de requisitos de procedibilidad e incluso del mérito ejecutivo, como se conocen hoy día; porque según el artículo IV “Ningún Alcalde Ordinario sin la certificación de pase, dada por el Juez mayor de paz, admitirá en su juzgado escritos m presentaciones sobre esta clase de materias”⁹¹; configurándose esto como un evidente antecedente a la figura conocida actualmente como requisito de procedibilidad y también como un antecedente que permite indicar la existencia de la jurisdicción antes del proceso.

⁸⁶ Constitución política del Estado de Mariquita, 1815. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc3b801>

⁸⁷ *Ibídem.*

⁸⁸ *Ibídem.*

⁸⁹ *Ibídem.*

⁹⁰ *Ibídem.*

⁹¹ *Ibídem.*

6.1.9 La Constitución del Estado libre de Neiva de 1815 es muy similar a la de Mariquita, pero no trae la figura del juez de paz. El artículo 2 del Título VI indica que “Solamente son del resorte del Poder Judicial las materias contenciosas en cuanto tales, y por lo mismo no podrá introducirse en lo que pueda tener relación con los Poderes Ejecutivo y Legislativo.”⁹² La figura de teniente letrado, es muy similar a la de teniente gobernador contemplada en la constitución de Mariquita, porque se trata de un juez mayor que conocía, en primera instancia, asuntos contenciosos de Gobierno, Hacienda y política, la constitución se encarga de reglar su función y reglas principales de procedimiento en asuntos como los recursos, la competencia de los alcaldes ordinarios, entre otros; sin embargo es de resaltar que se consideraba como parte de la función jurisdiccional, así fuera de forma implícita, la necesidad de adelantar una labor interpretativa superior al exquisito tenor legal “El Magistrado deberá seguir en todo la letra de la ley; determinar su espíritu, cuando fuere dudoso, pertenece privativamente al poder de que dimana, a quien deberá consultarse en los casos que la letra ofrezca dudas y perplejidades.”⁹³ (Título VI, sección cuarta, artículo 25).

⁹² Constitución del Estado libre de Neiva, 1815. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcq54m1>

⁹³ *Ibíd.*

6.2. GRAN COLOMBIA 1821

6.2.1 La constitución de 1821 es la primera en referirse directamente a “los pueblos de Colombia”⁹⁴, esta constitución cuenta con una concepción poética de la labor judicial ya que “El Poder Judicial donde los asaltos de la intriga pierden toda su fuerza y el rico todo su ascendiente; a donde nadie puede llegar con rostro sereno si no va revestido con los simples adornos de la justicia, está destinado a dirimir imparcialmente vuestras contiendas, reprimir al malvado y favorecer la inocencia; en tan respetuoso lugar rinden todos homenaje a la ley; y allí veréis las pasiones desarmadas, cortadas las tramas del artificio y descubierta la verdad.”⁹⁵

No obstante en la forma de estructurar el poder judicial en si es bastante parca y solo hace referencia a la Alta Corte de Justicia de Colombia que era conformada por ministros propuestos por el presidente y elegidos por el congreso. Además también podía crear el congreso cortes superiores de justicia en el número que considerara necesario y finalmente contemplaba la continuidad de los demás juzgados de categoría inferior y dejaba así, entonces, la constitución delegada explícitamente la facultad de que el congreso regulara la administración de justicia de forma concreta.

6.2.2. La constitución de 1830 surge como respuesta a la separación de Ecuador y Venezuela de Colombia, con lo cual se finiquita el periodo de la Gran Colombia y se da inicio la República de la Nueva Granada; esta constitución como tal regula, entre otros, los derechos políticos de los colombianos (como se gozan, como se pierden, etc.) sección 2 artículo XII al XVI.

El numeral 3 del artículo 86 era imperativo al advertir que el jefe del ejecutivo no podía “Detener el curso de los procedimientos judiciales, ni impedir que las causas se sigan por los trámites establecidos en las leyes;”⁹⁶ sin embargo al igual que la constitución anterior de 1821 esta es bastante parca a la hora de profundizar en el poder judicial, ya que en su título IX, artículo 109 solo indica que “La justicia se administrará por una Alta Corte de Justicia, Cortes de apelación y demás Tribunales y Juzgados creados o que se crearen por la ley.”⁹⁷ Y se puede indicar, con tranquilidad, que el resto de los artículos dedicados a la regulación constitucional del poder judicial se refiere a temas orgánicos y de delimitación de competencia, ergo resulta interesante detenerse sobre la forma en que se concibe el concepto juzgar en esta constitución el artículo 115 establece que “los

⁹⁴ Constitución de 1821. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015
<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmck07r5>

⁹⁵Ibídem.

⁹⁶ Constitución de 1830. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.
<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc5q5j9>

⁹⁷ Ibídem.

Tribunales y Juzgados no pueden ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.”⁹⁸ Es interesante ver como en esta constitución la esencia de la función jurisdiccional queda reducida a la expresión juzgar ya que, en sí, esta cláusula aplicada exegéticamente no permitiría al operador jurisdiccional del momento realizar válidamente actividad distinta a juzgar, como interpretar la norma, por ejemplo, ya que según el numeral 22 del artículo 36 esta era atribución del congreso.

⁹⁸ *Ibíd.*

6.3. Nueva Granada

Tuvieron que pasar 2 años para poder hablar de la primera constitución de la nueva granada que fue expedida en 1832. La Nueva Granada tuvo 4 constituciones en su vida política, desde 1831 hasta 1852: Constitución política de Nueva Granada de 1832, las dos constituciones de la república de Nueva Granada de 1843 y 1853 y, finalmente la constitución para la Confederación Granadina de 1858.

6.3.1. En La Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832 desde el artículo 1 se indicaba que el Estado estaría compuesto de “todos los granadinos reunidos bajo de un mismo pacto de asociación política para su común utilidad.”⁹⁹ Desde el título II entre los artículos 8 al 11 se indican quienes y como son ciudadanos granadinos y solo en el artículo 11 se indica que tienen “derecho de elegir y son elegibles para las diversas funciones públicas, siempre que concurren en ellos los requisitos prevenidos por la constitución y las leyes.”¹⁰⁰

En relación con esta constitución es importante resaltar que el título IV, en la sección quinta, entre los artículos 121 al 129 se introduce en Colombia la figura del consejo de Estado; organismo el cual, a pesar de cómo se concibe en la actualidad, surgió en la vida constitucional colombiana como un órgano del poder ejecutivo y se limitaba a emitir conceptos respecto la sanción de las normas. Esto se puede considerar un conato de la vocación jurisdiccional del Consejo de Estado, sin embargo en esta constitución su función no gozaba de carácter vinculante para el poder ejecutivo.

El poder judicial en sí estaba a la cabeza de la Corte Suprema de Justicia, tribunales y juzgados bajo un esquema muy similar al actual.

6.3.2. La constitución de la República de Nueva Granada de 1843 es muy similar a la anterior de 1832, porque a pesar de hacer el esfuerzo de introducir la fórmula de “República” en la forma de organización política, no se consagran derechos como se debería en una República. Igual que la carta política anterior se hace una mención general de los derechos del ciudadano granadino, ergo no hay definición ni enunciados de los mismos.

⁹⁹ Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj260>

¹⁰⁰ *Ibidem*.

El consejo de Estado es modificado por el consejo de gobierno, si bien se amplían las funciones tácitas de este organismo sigue siendo parte del poder ejecutivo y la esencia de su actividad sigue siendo la de ser un órgano consultivo a cuyo dictamen no se encuentra obligado el poder ejecutivo.

La ampliación de los organismos encargados de ejercer el poder judicial quedó de la siguiente manera: “El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales superiores de distrito, y por los demás tribunales o juzgados creados por la ley.”¹⁰¹

El marcado acento legalista que le imprimen estas constituciones de la Nueva Granada a la estructura orgánica de la jurisdicción, dota la constitucionalización de este fenómeno de una simpleza hoy insoportable.

6.3.3 La Constitución de la República de Nueva Granada de 1853 tiene una faceta republicana más reconocible que las anteriores, en primer lugar porque desde el artículo 5 ya se introducía la garantía de ciertos derechos a los granadinos (1. Todos los individuos nacidos en la Nueva Granada, y los hijos de estos; 2. Todos los naturalizados según las leyes)¹⁰² artículo 2, entre los cuales se encuentran la libertad individual, legalidad, inviolabilidad de la propiedad, libertad de pensamiento, derecho a reunirse, entre otros. El artículo sexto estableció una prohibición expresa de la esclavitud.

Es de anotar que la figura del Consejo de Estado o de Gobierno desaparece como estaba concebida en las constituciones anteriores y finalmente es válido anotar que la concepción del poder judicial seguía siendo simplista y la constitución se limitaba a realizar enunciados de carácter orgánico, no se debe perder de vista que los magistrados de la Suprema Corte de justicia eran elegidos por voto popular (art 13 numeral 2).¹⁰³

6.3.4 En 1858 surge la constitución para la Confederación Granadina. Resulta bastante curioso que después de promulgar una carta política de notorio tinte

¹⁰¹ Constitución de la República de Nueva Granada de 1843. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcns1f8>

¹⁰² Constitución de la República de Nueva Granada de 1853. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcj10q5>

¹⁰³ *Ibidem*.

liberal y considerar, con ello, a la Nueva Granada como una república, solo cinco años después bajo el mandato del conservados Mariano Ospina Rodríguez, la Nueva Granada para a ser la Confederación Granadina. El artículo 1 indicaba que “Los Estados de Antioquía, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander, se confederan a perpetuidad, forman una Nación soberana, libre e independiente, bajo la denominación de «Confederación Granadina», y se someten a las decisiones del Gobierno general, en los términos que se establecen en esta Constitución.”¹⁰⁴

A pesar del cambio de paradigma político en el capítulo V se reconocen derechos individuales de “habitantes y transeúntes” como seguridad individual, libertad, propiedad, libertad de industria y lo que para el momento da la impresión de ser lo más revelador es una suerte temprana de derecho de petición “El derecho de obtener resolución en las peticiones que por escrito dirijan a las corporaciones, autoridades o funcionarios públicos sobre cualquier asunto de interés general o particular”¹⁰⁵ (artículo 56 numeral 12).

Además de lo anterior en esta Constitución se reconoce una facultad jurisdiccional del senado que se hace evidente en el artículo 53 al indicar que “El Senado conoce de las causas de responsabilidad contra el Presidente de la Confederación, o el que haga sus veces; y contra los Secretarios de Estado, Procurador general y los Magistrados de la Corte Suprema por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ Constitución para la Confederación Granadina de 1858. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4t772>

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

6.4. Estados Unidos de Colombia

Esta constitución es producto del regreso al liberalismo radical al poder, esta, también conocida como la constitución de Rionegro establece la siguiente organización política y territorial para Colombia “Los Estados Soberanos de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima, creados respectivamente por los actos de 27 de febrero de 1855, 11 de junio de 1856, 13 de mayo de 1857, 15 de junio del mismo año, 12 de abril de 1861, y 3 de septiembre del mismo año, se unen y confederan a perpetuidad consultando su seguridad exterior y recíproco auxilio, y forman una Nación libre, soberana e independiente, bajo el nombre de «Estados Unidos de Colombia».”¹⁰⁷

Esta constitución, debido al modelo liberal-federal adoptado incorpora una suerte de cooperación jurisdiccional porque en los Derechos y deberes de los Estados el artículo 9 establece que “Las autoridades de cada uno de los Estados tienen el deber de cumplir y hacer que se cumplan y ejecuten la Constitución y las leyes de la Unión, los decretos y órdenes del Presidente de ella, y los mandamientos de los Tribunales y Juzgados nacionales.”¹⁰⁸

Es importante resaltar que continúa con la línea de garantizar un mínimo de derechos, por eso la sección segunda se dedica a Garantía de los derechos individuales, entre lo cual es importante resaltar que dicha constitución estableció que la pena corporal máxima era de 10 años numeral 2 artículo 15). En el artículo 69 se evidencia una de las virtudes del modelo federal la cual radica en reconocer la necesidad de otorgar cierta autonomía jurisdiccional tanto orgánica como esencialmente a los Estados miembro, indicaba, por lo tanto que “El Poder Judicial se ejerce por el Senado, por una Corte Suprema federal, por los Tribunales y Juzgados de los Estados, y por los que se establezcan en los territorios que deban regirse por legislación especial.”¹⁰⁹ Es decir, esta constitución preveía una diferencia de cosmovisión en ciertos territorios los cuales a parte de la necesidad de tener una legislación diferente debían, a su vez, tener una estructura orgánica jurisdiccional especial.

¹⁰⁷ Constitución política de los Estados Unidos de Colombia de 1863. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcrj550>

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

Finalmente esta constitución creo una Corte Suprema Federal respecto la cual se encargó de delimitar su competencia y, subterráneamente, forma de ejercer la función jurisdiccional.

6.5. Constitución de 1886.

A pesar de que el recorrido histórico que se ha realizado responde solo a la historia constitucional colombiana. El constante cambio de carta política evidencia una insoportable duda organizacional en lo que a la estructura política colombiana se refiere. Es decir, el constante tambaleo entre la política conservadora y liberal se veía reflejado en la inestabilidad constitucional de Colombia, es por este motivo que, solo en razón de un acuerdo de las fuerzas conservadoras y liberales, el país pudo llegar a un punto de equilibrio y establecerse en un modelo que hoy sigue vigente; es decir la república de Colombia, y en concreto establece el primer artículo de dicha constitución que “La Nación Colombiana se reconstituye en forma de República unitaria.”¹¹⁰

Esta constitución es bastante particular, toda vez que, si bien todas las constituciones que se han enunciado en este breve recorrido histórico expelían un tufillo de profundo arraigo religioso; la constitución de 1886 le otorga jurisdicción a la iglesia católica, porque el artículo 53, del título IV que regula las relaciones entre la iglesia y el Estado establece que “La Iglesia Católica podrá libremente en Colombia administrar sus asuntos interiores y ejercer actos de autoridad espiritual y de jurisdicción eclesiástica, sin necesidad de autorización del Poder civil; y como persona jurídica, representada en cada Diócesis por el respectivo legítimo Prelado, podrá igualmente ejercer actos civiles, por derecho propio que la presente Constitución le reconoce.”¹¹¹ Este artículo contempla la constitucionalización de la jurisdicción de la iglesia pero no en la mención de “jurisdicción eclesiástica”, eso sería competencia; sino digamos que la jurisdicción se encuentra contenida en todo el artículo: el “podrá libremente en Colombia” es la aceptación expresa del pacto político de turno de la atribución jurisdiccional de la iglesia, evidentemente se establecen límites que son, a saber, sus asuntos interiores, actos de autoridad espiritual y la competencia eclesiástica.

Aparte de lo anterior es importante resaltar que en esta constitución reaparece el Consejo de Estado, pero los antecedentes de dependencia total del poder ejecutivo y la reducción de sus funciones a la mera consulta se superan; toda vez que este organismo adquiere, al igual que la iglesia, una suerte de legitimación constitucional de su actividad jurisdiccional; el numeral 3, del artículo 141 (atribuciones del Consejo de Estado) “Decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso-administrativas, si la ley estableciere esta

¹¹⁰ Constitución de 1886. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.
<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcms4d8>

¹¹¹ *Ibidem*.

jurisdicción, ya deba conocer de ellas en primera y única instancia, o ya en grado de apelación.”¹¹²

El poder judicial propiamente dicho pasa a recibir el nombre de “la administración de justicia” cuyo órgano de cierra sería la Corte Suprema, un escalafón más abajo encontramos que “Para facilitar a los pueblos la pronta administración de justicia, se dividirá el territorio nacional en Distritos Judiciales, y en cada Distrito habrá un Tribunal Superior, cuya composición y atribuciones determinará la ley.”¹¹³ (Artículo 153, título XV), también se contempla la existencia de juzgados inferiores (156), la instrucción de jurados para causas criminales 162, tribunales de comercio 163 y, finalmente, “tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los Departamentos y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración.”¹¹⁴ Artículo 164.

Siendo la constitución de 1886 el último antecedente constitucional (salvo las reformas constitucionales de la misma) respecto la constitución de 1991 el cuerpo de los derechos sociales a pesar de ser más completo que los contemplados en constituciones anteriores no alcanza el rango de fundamentales.

6.5.1 Reforma de 1936. (Acto legislativo 1 de 1936)

Es importante destacar esta reforma por el marcado tenor social que introduce en el constitucionalismo colombiano. Esta reforma introduce el concepto de “deber social” pero no solo de los particulares, sino del Estado e, incluso, la función social de la propiedad.

Así las cosas el artículo 9 de esta reforma indica que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”¹¹⁵ El artículo 10, inciso segundo introduce la cláusula de función social a la propiedad. El artículo 14 garantizaba la libertad de cátedra con cierta injerencia o intervencionismo del Estado con la finalidad de procurar “el cumplimiento de los fines sociales de la cultura.” El artículo 17 hace lo suyo al indicar que “El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado.”¹¹⁶

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Acto legislativo 1 de 1936.

¹¹⁶ *Ibidem*.

Aunado a lo anterior se empieza a evidenciar el clamor de igualdad de la mujer frente al hombre, porque antes de reconocer el derecho al voto se aceptó que la mujer ocupara cargas que implicaban, incluso ejercicio del poder, así las cosas el artículo octavo indicó que “la mujer colombiana mayor de edad puede desempeñar empleos, aunque ellos lleven anexa autoridad o jurisdicción, en las mismas condiciones que para desempeñarlos exija la ley a los ciudadanos.”¹¹⁷

6.5.2 Reforma de 1953 (acto legislativo 03 de 1954)

Reconoce que los ciudadanos eran los colombianos mayores de 21 años, incluyendo, entonces a las mujeres, ya que la constitución de 1886 solo hacía referencia a los varones mayores de veintiún años, con lo cual, según el artículo 2 de este acto legislativo, “La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para elegir y ser elegido, respecto de cargos de representación política, y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.”¹¹⁸

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ acto legislativo 03 de 1954.

CAPÍTULO 2

1. EL PROBLEMA DE LA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN EN LA ACTUALIDAD

Realizar un acercamiento a la jurisdicción presenta, de primer intento, una problemática teórica en la que pareciera agotarse el concepto y su estudio, sin embargo se advierte que esto se debe a una falta en la técnica y en el fundamento del mismo, lo cual gira en torno a una serie de apáticas vertientes ajenas a la cuestionable e imposible tentativa de exclusividad del derecho; y a veces a una programática ignorancia en donde los posteriores intentos que surgen en razón del acercamiento al de ser del concepto no representan una necesidad de ser del acto. Ante estos planteamientos se supone, a priori, que deben ser superados y más allá de discusiones teóricas se debe enaltecer la inevitable armonía ontológica fundamental que “decir el derecho” tiene con el constructo social, jurídico y la idea vigente de mundo o, mejor, de sociedad democrática. Y si bien el mundo son las cosas y los hechos y lo que quiera ser¹¹⁹ el análisis de esto implica

¹¹⁹ De entrada se plantea el vasto complejo de admiración que representa Wittgenstein, pero si “*der Welt ist alles, was der Fall ist.*” Y si “*Die Welt ist die Gesamtheit der Tatsachen, nicht der Dinge*”, sería válido, entonces, preguntarse si el reduccionismo estático de lo vital responde a una suerte de embrujo donde solo los hechos establecen una condición de trascendencia y a la vez constituye una invasión válida a lo intocable de las cosas. Sin embargo, si “*die Gesamtheit der Tatsachen bestimmt, was der Fall ist un auch, was alles der Fall nicht ist*” la momificación del en sí sobrepasa la suave representación del uno cualquiera que se le acerque y la lógica parece absorber para sí una victoria que no admite contradicción; ergo, como se verá, la intención no es perderse en unos contables principios que los determinismos históricos han impuesto; lo que se pretende es buscar si las “cosas-jurídico-filosóficas” planteadas en la constitución vigente en realidad se convierten en hechos y, por ende, parte del mundo o (aunque en sí ya hacen parte del mundo, tanto que la jurisdicción colombiana se les debe someter), si por lo contrario, esas mismas cosas se funden en lo que Dworking entendió como semántica jurídica y no está al alcance del pueblo y si en última instancia las tentativas de realidad como la justicia fundamentan cualesquier juego de palabras que el “poderoso” o el “jurista” quieran justificar en su momento pero sin la verdadera vocación de “*Tatsache*”. Por eso, por ahora, nos parece válido ajuntar a la primera fórmula lógica que tanto las cosas como la libertad de lo que nos quieran ser tienen libertad de ser.

Ahora, si “los hechos en un ámbito lógico son el mundo”, advertiríamos que desde de la lógica no tendríamos problema alguno, porque en la lógica nada (aparenta) ser casual... y es cierto, ergo el derecho ha intentado fundarse en parámetros lógicos pero su problema es que lidia con la sociedad y su humor, luego cualesquier postulado en una ley puede sufrir válidamente el ejercicio intelectual “abstracto” de sustraer una conducta humana (o animal o maquinal quien sabe) a un supuesto jurídico y por el momento parecemos combinar hechos (*Tatsache*) con cosas (*Dinge*) y ambos coexisten en el mundo y, menos que el mundo, son el mundo; luego entonces, lo inexcusable de lo casual es tan válido en la lógica como lo es la necesidad ontológica fundamental de escapar de los anacrónicos modelos que quieren disfrazarse de clásicos más necesarios que

una aventura que desborda los planteamientos puritanos de una suerte de “sentir” jurídico, para convertirse, o morir en el intento, en un verdadero estudio de los fenómenos jurídicos.

Ahora, lo planteado desde el introito, lo cual si bien ha sido respuesta de la máxima suavidad permitida del momento, resulta en una insoportable conclusión: “el término jurisdicción no tiene contornos exactos”¹²⁰. (Igual cualquier fenómeno o actividad humana analizadas a fondo tampoco los tendría). Debido a esto se han elaborado divisiones que no le pertenecen (la territorial, la marítima, la indígena, la especial, etc., por ejemplo) y se ha confundido con otros conceptos que, en estricto sentido, si son jurídicos ergo diferentes como sería el gráfico, “académico” y repetitivo caso de la competencia versus jurisdicción¹²¹; además, y más importante aún, se ha intentado reducir a la actividad judicial¹²² o a la exegética idea de que solo se presenta cuando se está frente a un proceso jurídico. Frente a este último aspecto se ha dicho de este concepto que “en primer lugar, se considera como el pronunciamiento de lo que se tiene por derecho válido según las fuentes admitidas. Permite cierta creación judicial del derecho con la emisión de la norma jurisdiccional contentiva en el fallo, por medio de la adopción de criterios que se estiman justificados para el enjuiciamiento.”¹²³ Sin embargo, el problema de aproximarse al concepto de la jurisdicción en torno al ejercicio de la

contingentes, los cuales pretenden enclaustrar el derecho en un museo donde, solo expertos seleccionados se encarguen de mantener su supuesta pureza o su inanalizable comprensión.

Se advierte, pues, que si bien se respetarán los postulados lógicos más básicos no se respetará, en diminuto, la idea aislacionista de que el derecho es de los juristas (porque la ley de garantías mobiliarias ya nos dijo que no, la constitución ya nos dijo que no, los cerros tutelares ya nos dijeron que no, etc.) por que el derecho en un modelo constitucional democrático (eje fundamental de la ley colombiana actual) surge vacío, emana de impulsos, de hiperexcitaciones de la conquista del momento (asambleas constituyentes, por ejemplo) y no respeta las elucubraciones lógicas más elaboradas de la vida como: me sacan de mi tierra por las armas, luego recorro mi país y me pierdo en un mar de procesos y posibles injusticias.

Las expresiones en alemán perteneces al *Tractatus lógico-philosophicus* de Ludwig Wittgenstein.

¹²⁰ AGUDELO RAMIREZ MARTÍN, *el proceso jurisdiccional*, Medellín, señal editora, 2001, p. 35. La idea de dicho estado gaseoso, en realidad, surge de Modesto Saavedra, sin embargo, sería harto pintoresco desdibujar la idea en torno al ser apenas intentando aterrizar en el porqué del mismo.

¹²¹ Frente a ese aspecto se anota que diversos tratadistas del derecho procesal concuerdan en que la jurisdicción se utiliza de forma antitécnica para referirse a fenómenos o realidades diferentes como circunscripción o competencia. No se ahondará en este aspecto, porque es ampliamente conocido en la doctrina; sin embargo, a modo de resumen, las realidades que generalmente se asocian a la jurisdicción y no lo son serían: territorio (circunscripción), prerrogativa de un cargo o empleo, función pública de un órgano estatal y, finalmente, la competencia.

¹²² Se aclara que ha mencionado que solo los jueces tienen jurisdicción.

¹²³ AGUDELO RAMIREZ MARTÍN, *el proceso jurisdiccional*, Medellín, librería jurídica comlibros, segunda edición, 2007, p. 91.

misma¹²⁴ y sus consecuencias materiales en un Estado Social de Derecho, en primera instancia y, en una política internacional globalizada, en segunda instancia, va más allá; porque el primero contempla conclusiones de alta relevancia social, los cuales no pueden ser ignorados por el estudio del concepto ya que parten del mismo y hasta lo justifican; y el segundo gira en torno a un poder supraestatal donde el actor que ejerce la jurisdicción sobrepasa la soberanía de un Estado determinado y, por ende, de una sociedad, cultura o creencia determinada.¹²⁵

Para aterrizar la “idea de lo jurisdiccional” en un concepto coherente (no verdadero, porque es imposible) más allá de su simple significado etimológico, el cual, sin embargo, se mencionará y analizará en el desarrollo de este trabajo investigativo; es necesario analizar una serie de problemas jurídicos y de fundamento filosófico-teórico que surgen como consecuencia del estudio de esta figura.

El problema, entonces, está constituido por varios elementos los cuales se intentarán analizar y hacen necesaria una mirada interdisciplinaria y flexible o, si se quiere, “dúctil” de esta figura para arrojar unos fundamentos más claros en torno al acercamiento conceptual-funcional de este fenómeno político que funge como el eje armonizador entre la idea de justicia (paz, orden social, hasta libertad si se quiere) y el derecho. Es de vital importancia anotar que para problematizar y analizar el concepto de jurisdicción, en primera instancia, hay que disfrazarse de purista y dejar a un lado los valores o principios que en última instancia este concepto ayuda a materializar, siendo esto último hartamente evidente ya que por medio de la aplicación de los valores, principios, normas, entre otros, es que se logra ese fin social del derecho de manifestarse como justo o con “apariencia de justo”; sin embargo, problematizar en el resultado del “acto jurisdiccional” antes que en el concepto mismo semejaría necedad y esto es ajeno al problema del significado puro, ergo propio de un problema posterior de matices de marcada relevancia práctica; porque la conciencia de percibir la realidad de los valores y principios es la conclusión material del acto-concepto¹²⁶, es decir, responde al ejercicio real de

¹²⁴ Se aclara la referencia al acto humano que implica la jurisdicción.

¹²⁵ Se hace referencia a la internacionalización del derecho, donde surgen poderes que sobrepasan los estatales, como la corte penal internacional.

¹²⁶ Principalmente en sociedades “occidentalizadas”. En el mundo todavía hay muchos puntos aparte que resultaría necio intentar abordar en un trabajo investigativo de pregrado.

“decir el derecho” y no parte del acto-concepto en-sí como entidad aislada o “abstracta”. Es importante anotar que dicho disfraz no puede ser permanente, porque una “dogmática fluida” es necesaria en el contexto constitucional contemporáneo y, si se quiere, también en el filosófico-jurídico actual, los cuales son cambiantes, en tanto comprometidos con la realidad social; ya lo anotaba Gustavo Zagrebelsky quien hace caer en cuenta de la imperativa necesidad “de una dogmática jurídica “líquida” o “fluida” que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional”¹²⁷. Esta afirmación es de vital importancia ya que la jurisdicción es un concepto político, porque el fenómeno en sí surge de una decisión política, por tal razón se afirma, en el caso colombiano, que es de raigambre constitucional y responde a una conclusión material de un acto político como lo es el acto de promulgar una constitución política. Aunado a esto debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la facultad jurisdiccional tiene un componente relevante dentro de un modelo de Estado determinado, en Colombia, por ejemplo, está el Estado Social de Derecho y el acto de “decir el derecho” debe responder a esta “política constitucional”, como se verá en la tercera parte de este trabajo.

Aunado a lo anterior, desde el análisis de esta figura, se observa que “una de las dificultades de su estudio radica en el hecho de que se trata de una institución que es objeto de análisis por diversas disciplinas jurídicas, y así encontramos que es materia de conocimiento por parte de los derechos políticos, constitucional y administrativo, además del procesal. Esto ha posibilitado que muchas veces se haya propugnado que, por tratarse de un concepto político y derivado del ordenamiento constitucional, el derecho procesal no debe hacerse cargo de su estudio por ser ajeno a su contenido.”¹²⁸ Sin embargo se debe tener en cuenta que, si bien puede ser una dificultad, es una necesaria, porque como ya se planteó el estudio de esta figura implica un diálogo interdisciplinario como muchas otras figuras en la dogmática jurídica contemporánea. Ahora, el dilema de si el derecho procesal debe encargarse de su estudio o no, no se puede plantear de forma tan apresurada ya que primero es necesario entender el fenómeno y los discursos en los que se mueve antes de asegurar una suerte de tímida exclusividad o hipotética eyección; además el derecho procesal contempla un exorbitante componente social (porque la jurisdicción, la mayoría de las veces, se activa en la búsqueda de

¹²⁷ ZAGREBELSKY GUSTAVO, *el derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, pág. 17.

¹²⁸ AGUDELO RAMIREZ MARTÍN, *el proceso jurisdiccional*, Medellín, señal editora, 2001, pág. 37.

una tutela efectiva de los derechos) el cual esta rama jurídica a pesar de su elevado componente técnico-legal no puede ignorar; porque hacerlo sería equivalente a condenarse a una suerte de teoría pura del derecho procesal¹²⁹ la cual sería excluyente, austera, negligente y, finalmente, imposibilitaría un estudio completo de la jurisdicción porque este concepto desde la óptica pragmática arroja al mundo importantes consecuencias sociales, y no solo jurídicas, cuyo ejercicio y despliegue en la realidad sobrepasan, muchas veces, el derecho positivo. Téngase en cuenta además que “el derecho procesal no sólo abarca el estudio del proceso, sino también el de otros fenómenos que tienen igual e incluso mayor importancia que el proceso mismo.”¹³⁰ Por esta razón todas las ramas del derecho y los fenómenos e instituciones que lo componen cada vez se enfrentan a un problema mayor de armonía y argumentación sostenible.

Se sabe que la jurisdicción es de origen constitucional (en los estados sociales y democráticos como Colombia intenta serlo) y el modelo de Estado adoptado por la constitución brinda elementos de vital importancia para la aplicación del concepto o el ejercicio del mismo, ya enunciaba Modesto Saavedra que “si bien en el Estado de derecho “más allá de la Constitución no existe jurisdicción”¹³¹, lo cual, de primer intento, parece ser cierto e irrefutable, puede ser cuestionable desde la estructura de la sociedad misma y sus conflictos¹³², sin embargo, continua el autor demostrando la importancia de la labor judicial en torno a la jurisdicción en dicho modelo de Estado, porque “los jueces tienen la obligación de buscar el derecho a través de las leyes. Esta es una tarea irrenunciable para los jueces, y ella les obliga a tener en cuenta, en toda su profundidad, no solamente los principios a los que deben su inspiración las normas e instituciones jurídicas, sino también su alcance social y las consecuencias de su funcionamiento.”¹³³ Ahora, en un Estado social de derecho, esta obligación judicial cobra mayor relevancia porque la labor del juez gira en torno a una dinámica jurídica de tal amplitud que supera la estructura consecuencialista y reactiva de la ley; la relevancia del ejercicio

¹²⁹ Una teoría pura del derecho procesal sería aquella que solo estudia los elementos técnicos y jurídicos del proceso.

¹³⁰ ACERO GALLEGOS LUIS GUILLERMO, *teoría aplicada de la jurisdicción: estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*, Bogotá, Ed de la universidad externado de Colombia, 2004, pág. 27.

¹³¹ SAAVEDRA MODESTO, *jurisdicción, constitución y derecho*, México, D. F., Ed. Fontamara, doctrina jurídica contemporánea, 2007, pág. 7.

¹³² El no respeto a los postulados constitucionales y la debilidad del Estado pueden dar pie al surgimiento de grupos, instituciones entre otros ilegales que de cierto modo ejercen una suerte de “jurisdicción” más allá de la constitución o en contra de la misma incluso.

¹³³ SAAVEDRA MODESTO, *óp. cit.*, pág. 7.

jurisdiccional responde entonces, entre otros, al deber de armonizar el ordenamiento jurídico con las complejas realidades colombianas y, en conclusión, se le debería dar prioridad al bienestar de las segundas antes que a la exegética aplicación del primero. En este punto es donde se evidencia uno de los mayores problemas actuales del concepto de jurisdicción no desde el punto de vista puro del derecho procesal, sino en la relevancia “legítima” y social del ejercicio o facultad de “decir el derecho”.

Se mencionó, entonces, que para abordar el concepto que se estudia, se hará un ejercicio posterior de discurso “dúctil” lo cual no responde a un capricho, sino al desarrollo lógico del trabajo investigativo, porque sería vano quedarse en una tentativa de fundamentar ontológicamente la jurisdicción y luego no plantear sus formas de desarrollo en la actualidad socio-política Colombiana y finalmente en el ámbito internacional. Esto facilitaría entonces el problema teórico interdisciplinar que implica el acercamiento al concepto de la jurisdicción.

Entonces he ahí pues la paradójica necesidad de fingir purismo y de desarrollar el concepto como ente aislado(sin problematizar sobre que definición sería verdadera o no, porque es irrelevante), pero la evidente y posterior necesidad de albergarlo en un campo interdisciplinario, porque la jurisdicción, como ya se ha venido repitiendo, no constituye En-si un concepto jurídico sino, mejor, uno político de consecuencias sociales y su comprensión y análisis juiciosos requieren de ahondar en diversas disciplinas y más allá de esto de manejar un discurso que se acople a la dinámica constitucional fluctuante, la cual, a su vez, responde a las decisiones políticas que son más cambiantes aún.

De antemano se menciona que el problema del concepto de la jurisdicción no se puede limitar a una simplísima reducción etimológica ni, mucho menos, a una tentativa fundacionalista en donde solo se indague por su significado; el problema del concepto En-sí, porque las oscurecidas consecuencias de su propio desarrollo son las que presentan una discusión más relevante y actual, por ende la necesidad es entender el concepto y dotarlo de coherencia con el discurso

político, el cual, de cierto modo, es quien determina su génesis y entorno de aplicación.¹³⁴

Comenzado esta exposición de la problemática, más práctica que técnica, que presenta el acercamiento actual al concepto, se citó al maestro Agudelo, donde menciona, que la jurisdicción no tiene contornos exactos, pero ¿En qué consisten dichas inexactitudes generadoras del problema? Se responde que estas inexactitudes son teóricas, ya que la jurisdicción En-sí, es indiferente a sus mismísimos contornos, porque el sujeto legitimado sigue diciendo el derecho en el mundo fenomenológico, pero la técnica filosófico-jurídica no ha logrado un claro punto de partida teórico-justificante y por eso se intentará abarcar la problemática en torno a la ausencia de fundamento ontológico-jurídico, porque “en el fondo, toda metodología jurídica necesita de una ontología”¹³⁵ y esto aplica tanto para quien estudia un concepto como para quien lo materializa.

Frente la posible incoherencia que surge del significado etimológico y los errores de la técnica jurídica colombiana (para el tema investigado) tanto la legislativa como la del ejercicio material de la misma, no se presentará un análisis extenso, si acaso enunciativo, porque esto es ampliamente conocido en la dogmática jurídico procesal, sin embargo, se sabe qué hace parte de la problemática que se estudia e investiga.

En cuanto a la manifestación trascendente de la jurisdicción, lo cual es, en última instancia, lo más importante, se debe analizar un problema de legitimación y validez jurídica (de la mano del estudio filosófico-ontológico) de quien ostenta dicho poder y de las herramientas con las cuales ha sido dotado para ejercer el mismo, donde cobran alta relevancia los valores del Estado social de derecho y la argumentación jurídica contemporánea.

¹³⁴ No se intenta desconocer los lineamientos establecidos del derecho positivo, se trata, mejor, de hacer un trabajo armonizador.

¹³⁵ SAAVEDRA MODESTO, op. cit., pág. 9

2. EL PROBLEMA DE LA ACEPCIÓN ETIMOLÓGICA PURA Y LAS DIVERSAS DEFINICIONES DEL CONCEPTO

Es de común conocimiento, para los aventurados en los estudios jurídicos, que la jurisdicción responde a las raíces latinas de *iuris* y *dicere*; siendo la primera equivalente a derecho y la segunda a decir¹³⁶ concluyendo entonces el significado etimológico del concepto a “decir el derecho”. El rescate del significado etimológico de la jurisdicción, aunque plantea más interrogantes que respuestas, es de alta relevancia para su estudio porque es en virtud de esta institución política que “un tercero suprapartes ha de decir o declarar el derecho que le corresponde a otros, y en este sentido se reconoce un elemento material propio de una función que no ha de confundirse con otras.”¹³⁷

La etimología del concepto que se estudia no presenta problema en sí, sino mejor el desarrollo del mismo, es decir, ¿equivale decir el derecho a juzgar? ¿Se debe estar necesariamente inmerso en un proceso “judicial” o “jurisdiccional” para que opere la jurisdicción? ¿Cómo se dice el derecho? ¿Quién lo dice? ¿Realizan los particulares la jurisdicción por medio de mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos o esta función se encuentra bajo una suerte de monopolio estatal, el cual en casos determinados se desprende del mismo y se delega? Y más importante aún ¿la jurisdicción crea el derecho o solo se limita a aplicar o ambas? A estos y muchos otros cuestionamientos da pie la acepción etimológica pura de la jurisdicción.

Las anteriores y muchas más son preguntas que de una u otra manera la doctrina ha respondido, sin embargo, para poder avanzar en los puntos importantes de este trabajo de investigación se hace necesario empezar a establecer el camino a seguir.

¹³⁶ ANZULA CAMACHO, JAIME, *Manual de derecho procesal, TOMO I, Teoría general del proceso*, Bogotá, Ed Temis, 2016, pág. 139. El autor menciona que desde el punto de vista etimológico se puede decir que la jurisdicción responde a “la facultad de declarar el derecho”.

¹³⁷ AGUDELO RAMIREZ, MARTÍN, *el proceso jurisdiccional*, Medellín, librería jurídica comlibros, segunda edición, 2007, p. 95.

El primer problema que se desprende del significado etimológico de la jurisdicción es el de su definición, de su concepto en sentido amplio. Se advierte que muchos autores ha realizado su aporte a este menester, partiendo, la mayoría, de un intento por dar respuesta a una de las preguntas mencionadas o a diversas. Al respecto el catedrático Luis Guillermo Acero se dio a la tarea de recopilar los modelos de definición del concepto en tres grandes bloques.¹³⁸

En el primer bloque reúne el autor las “definiciones que hacen énfasis en el aspecto auto compositivo de la jurisdicción”¹³⁹, es decir, acá se reúnen las definiciones, la cuales hacen especial hincapié a esa función “reparadora” de la jurisdicción¹⁴⁰, cuando, por ejemplo, se presenta el supuesto de hecho de una norma jurídica y se pone en marcha el aparato jurisdiccional en busca de la necesaria consecuencia jurídica, o mejor, en busca de una tutela efectiva del derecho o supuesto jurídico vulnerado o puesto en peligro. En conclusión, en este bloque se reúnen, según el autor, las definiciones cuyo eje fundamental es la faceta reactiva del aparato jurisdiccional, la cual busca dirimir conflictos “judiciables”, dentro de la “litis” o como lo dijo Carnelutti, dentro de ese “conflicto de intereses, en el cual uno de los dos interesados plantea un pretensión y el otro la resiste”¹⁴¹. Cabe resaltar que este en este bloque encuentran asidero las definiciones estrictamente procesalistas de la jurisdicción, porque solo en virtud de un proceso es que se puede hablar, según estas definiciones, de tutela efectiva del derecho.

En el segundo bloque de definiciones están las “que hacen énfasis en el aspecto ius-publicista y estatal de la jurisdicción”¹⁴², es este apartado el autor citado menciona que, al mismo, pertenecen las definiciones que han ligado la jurisdicción exclusivamente al Estado, como resultado, digamos, de la concepción de Estado moderno, el cual, no se puede concebir sin jurisdicción, siendo esto evidente que no se hace necesario explicarlo. Este tipo de definiciones, como las reunidas en

¹³⁸ ACERO GALLEGGO, LUIS GUILLERMO, op. cit., págs. 98 - 118.

¹³⁹ *Ibidem*, pág. 98.

¹⁴⁰ A modo de ejemplo tómese en cuenta el siguiente comentario: “Cuando la solución de las controversias y, en general, la tutela del derecho, queda encomendada al poder público, aparece la función jurisdiccional.” MAYNEZ GARCIA EDUARDO, *introducción al estudio del derecho*. Pág. 228.

¹⁴¹ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Editorial TEMIS, quinta reimpresión de la cuarta edición, 2017, pág. 61.

¹⁴² ACERO GALLEGGO, LUIS GUILLERMO, op. cit., pág. 109.

las mencionadas en el primer bloque, tampoco logran satisfacer el concepto de la jurisdicción, porque, si bien surge como una manifestación del poder político de un Estado determinado, en el ejercicio de la misma se convierte en esa obra que supera y existe, incluso, en contra de la voluntad de su creador, porque se convierte en autónoma y abarca esferas que se desligan de esa suerte de exclusividad estatal, incluso se puede hablar de que coexiste con el núcleo administrativo y judicial del Estado y por eso se habla de la jurisdicción de tribunales médicos, eclesiásticos, jurisdicciones especiales (para la paz, indígena, entre otros) lo cual si bien correspondería mejor a una competencia especial que a una jurisdicción especial en estricto sentido, por ahora, se podría aceptar dichas divisiones o clasificaciones de la jurisdicción. Aparte de lo mencionado, hay actores internacionales que en virtud de un poder político superior establecen una jurisdicción, digamos, supraestatal, que ponen en jaque definitivo la concepción clásica de exclusividad Estatal de la jurisdicción. Por ahora se logra advertir, de manera somera, que la jurisdicción más que hija del Estado, es consecuencia del poder político (económico) y la dimensión o alcance del mismo es quien logra establecer el alcance de los contornos de la jurisdicción misma y el ámbito de realización de la misma.

En el tercer bloque el autor reúne las definiciones “que hacen énfasis en la actuación del derecho o de la ley”¹⁴³. Se deja dicho de entrada que bien este bloque pareciera que se podría subsumir en el primero, porque en palabras de Acero, en este bloque, “la jurisdicción se concibe como un mecanismo con el que se hace actuar a la ley o, en términos generales, al derecho”, hay una diferencia que a juicio del autor es sutil pero acá se considera evidente y necesaria, porque si se toma como punto de partida la actuación del derecho en general el campo de acción de la jurisdicción, como el aire, estaría en todas partes, sin embargo, el mayor problema es que se sigue asociando la jurisdicción exclusivamente al ámbito procesal.

Si bien es cierto que la sentencia es la máxima expresión del ejercicio jurisdiccional o, mejor, su conclusión material ontológica en la mayoría de los casos: primero no se puede reducir exclusivamente al ámbito procesal y mucho menos civil (cosa que de cierto modo ha sido superada); segundo tampoco se

¹⁴³ *Ibidem*, pág. 115.

puede reducir el acto jurisdiccional a una sentencia, como se verá en hojas posteriores.

Se debe resaltar que el significado etimológico de la jurisdicción conlleva a asociar esta figura a un acto, es decir, el despliegue de una acción, la cual, para el caso concreto, sería decir o declarar, esto, sin embargo, comporta solo la esfera dinámica de la jurisdicción, es decir, “aquella relativa al desenvolvimiento de la denominada función jurisdiccional”¹⁴⁴

Aunado a esto se debe entender la acción de juzgar o decidir en derecho dentro de dicha esfera dinámica etimológica per sé sería vacía o propia del derecho jurisdiccional y no contempla rasgos importantes incluidos en el desarrollo actual del concepto, como son los correspondientes a los de su esfera estática que son “la conformación jurídico-política de la estructura mediante la cual normalmente se ejerce esa función”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 122.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

3. APROXIMACIÓN ONTOLÓGICA AL CONCEPTO JURISDICCIÓN

Se ha logrado advertir, a lo largo del desarrollo de este trabajo investigativo que los conceptos relevantes a la ciencia del derecho, por regla general, carecen de una fundamentación ontológica toda vez que la premura de sobreentender no para de envenenar hasta los conceptos e instituciones más antiguos; es decir, los problemas de conceptualización e interpretación de fenómenos como el de la jurisdicción, como se vio, en líneas superiores es que no contienen contornos exactos (para la gran mayoría de teóricos jurídicos) y debido a esto se manifiesta evidente el necesario trabajo de fundamentación y diferenciación ontológica del concepto que se estudia en estas páginas e intentar, de esta manera, un acercamiento no solo a la exactitud de sus contornos sino, menor, del concepto En-sí.

Como se ha venido advirtiendo la técnica legislativa y un gran sector de la doctrina (colombiana, porque es la que interesa para este trabajo) siguen cometiendo los mismos errores a la hora de abordar la jurisdicción. Ya se ha advertido que el legislador la confunde con competencia y, a su vez, la mayoría de autores hablan, todavía de jurisdicción penal, laboral, civil, entre otros.

Como se observó desde el significado etimológico del concepto surgen grandes problemas, porque decir el derecho, equivale a un amplio abanico de posibilidades que ni el poder político ni la técnica jurídica están dispuestos a tolerar en su aspecto puro e independiente como acto humano por las consecuencias, digamos, anárquicas que dicha amplitud podría traer a una organización social que busca el orden y el desarrollo. Además también se observó cómo existen varias definiciones que pretender monopolizar la jurisdicción para sí, ya sea como manifestación de la soberanía del Estado o como monopolio exclusivo de la esfera procesal del derecho o, como fenómeno relativo al derecho.

Veamos, entonces, como debería ser entendido este concepto, primero desde la esfera fenomenológica y, a posteriori, desde una teoría ya relativamente técnico

jurídica y, finalmente, como se ha materializado grosso modo en la realidad socio jurídica colombiana.

3.1. Ontología fenomenológica

3.1.1. El fenómeno

La jurisdicción pareciera albergar en su seno una contradicción ontológica porque da la impresión de que se debe entender como una potencia abstracta a la espera de aterrizar en la realidad por medio de conclusiones concretas que subyacen a la misma y/o parten de la misma. Veamos:

La jurisdicción es un acto, como ya se vio, desde lo que en el apartado anterior se llamó esfera dinámica y, desde acá se llamará esfera ontológica fenomenológica porque representa un actuar humano que per sé trasciende al mundo.

En primera instancia es menester entender que “el concepto de acto contiene, en efecto, muchas nociones subordinadas que hemos de organizar y jerarquizar: actuar es modificar la figura del mundo, disponer de medios con vistas a un fin, producir un complejo instrumental y organizado tal que, por una serie de encadenamientos y conexiones, la modificación aportada a uno de los eslabones traiga aparejadas modificaciones en toda la serie y, para terminar, produzca un resultado previsto”.¹⁴⁶ En el apartado de ontología jurídica se abordará esa serie de encadenamientos “jurídicos” de aquellos elementos precisos que constituyen el acto complejo de jurisdicción, sin embargo, por ahora, veamos que como acto su aspecto fundamental es modificar la realidad (ya se advirtió antes como, por ejemplo, las sentencias gozaban de esa vocación de modificar la realidad), sin embargo, desde una perspectiva fenomenológica, resultaría necio hablar de la sentencia, los autos, los conceptos, entre otros, porque el acto “puro” de la jurisdicción representa una actividad determinada ajena a sus propias conclusiones, sería como confundir un libro con el acto mismo de escribir, toda vez que cuando el “sujeto-jurisdiccional” actúa hay una serie eslabones de por medio anteriores a la conclusión final del acto (sentencia, auto, concepto, entre otros). A

¹⁴⁶ SARTRE JEAN-PAUL. *El ser y la nada*, Buenos Aires, Ed. Losada, 2011., pág. 591.

modo de ejemplo se menciona el eslabón de la “gnotio” jurisdiccional¹⁴⁷ o incluso lo que anteriormente se citó como esfera estática de la jurisdicción.

Sin embargo esta mencionada cadena de eslabones tiene un punto de partida el cual es otro aspecto inherente a la jurisdicción, el cual de primer intento parece pertenecer más a un tema de ontología jurídica, que resulta ser el de su característica de “abstracta”. Se puede decir que la mayoría de procesalistas y estudiosos del derecho consideran la jurisdicción como abstracta y esto pareciera ligado, como se verá adelante, con el aspecto de “no-actividad” que muchos autores le endilgan, sin embargo la jurisdicción no puede ser abstracta, porque no se puede considerar fuera de toda relación externa con el mundo, ya que es un acto. Lo abstracto en este caso no encuadraría en un acto a posteriori del conocimiento o de tentativa de despliegue material, sino a una cualidad de ser funcionario jurisdiccional y “la cualidad no es sino el ser del esto cuando se lo considera fuera de toda relación externa con el mundo o con otros esto”¹⁴⁸. Luego estudiar la jurisdicción pareciera revestirla de una suerte de abstracción, sin embargo, el acto de “decir el derecho” elimina esta característica y la hace partícipe del mundo fenomenológico. Es decir afirmar que el juez quinto civil del circuito de Medellín tiene jurisdicción es abstracto, pero, dicho juez al emitir un sentencia elimina esta categoría e invita al derecho a modificar la realidad.

Se podría hacer una suerte de paralelo entre el conocimiento y dicha vocación de modificar la realidad, porque ya lo había advertido el filósofo francés Jean-Paul Sartre manifestando que “el conocimiento es el acaecimiento absoluto y primero constituido por el surgimiento absoluto del Para-si en medio del ser y allende el ser a partir del ser que él no es...”. La jurisdicción no es competencia, la jurisdicción no es justa o injusta, la jurisdicción solo puede ser conocida (conciencia de sí) por el agente jurisdiccional en tanto la ejerce y continúa el filósofo haciendo un llamado al abandono de cualesquier posición idealista y poder así “encarar la relación entre el Para-si y el En-si como una relación ontológica fundamental”, quiere esto decir que toda relación de sujeto conocedor y objeto “conocido” estructura una relación ontológica fundamental. No limitamos la acepción sujeto al juez, en virtud de que esto constituye otro problema del concepto jurisdicción,

¹⁴⁷ La gnotio jurisdiccional es básicamente el eslabón de formación del juicio que el enfrentamiento de las realidades aprehendidas por el actor jurisdiccional aportan a la vital formación del constructo jurisdiccional.

¹⁴⁸ SARTRE JEAN-PAUL, op. cit., pág. 267.

porque limitar la jurisdicción al juez podría generar un error de acuerdo con las concesiones o atribuciones que el poder político a través del derecho positivo otorgue en un momento determinado; además de esto partiendo de que el juez ejerza la jurisdicción, el conocimiento de dicho acto corresponde a las partes o interesados en la conclusión jurídica del acto jurisdiccional; luego, de momento, resulta más saludable reducir la relación a sujeto-objeto como si únicamente de un trabajo ontológico-fenomenológico se tratase.

Como se logra advertir esta suerte de calificación de abstracta surge cuando se habla del aspecto de “no-actividad” de la jurisdicción, es decir, de esa suerte de potencia latente de convertirse en acto, sin embargo se dice que está ahí a la espera materializarse en el mundo fenomenológico; piénsese, por ejemplo, cuando se dice que un juez tiene jurisdicción, pero no está desplegando dicho acto, luego es como si se dijera Alberto tiene la escritura, porque puede producir libros, pero lo que se debe tener en cuenta es el acto, porque el ser humano está en acto y es el fundamento ontológico de la construcción artificial de la realidad que pretende el derecho, lo cual es lo que el última instancia interesa a la sociedad más allá de las intenciones escritas de las normas. Entonces la relación sujeto objeto entre jurisdicción y destinatarios se puede reducir a ese “acaecimiento absoluto” en donde la materialización del derecho está supeditada a una “relación ontológica fundamental” que implica un acto o no acto y el conocimiento del sujeto por el mismo; o implica un conocimiento del sujeto para negar o abstenerse de otro acto determinado.

Para continuar con el “problema de la abstracción” se retrocederá en el tiempo y se tomará como ejemplo la concepción de Hegel del derecho abstracto para entender mejor por qué se ha considerado la jurisdicción como fenómeno abstracto, el filósofo alemán dijo “en su concepto abstracto, la voluntad libre en y por sí, está en la determinación de la inmediatez. De acuerdo con ella es la realidad efectiva que se comporta de modo negativo frente a lo real y que se refiere a sí misma de manera solo abstracta, es la voluntad en sí misma individual de un sujeto. Según el momento de la particularidad de la voluntad, tiene un contenido ulterior constituido por fines determinados y, en cuanto este contenido es exclusivamente individual, lo tiene al mismo tiempo ante ella como un mundo

exterior, inmediatamente dado.”¹⁴⁹ Entiéndase, entonces, que al comienzo la jurisdicción es abstracta, porque todas las determinaciones jurídicas están contenidas en ella y no se han desarrollado hasta formar una “totalidad” o una alteración concreta en la realidad. Pareciera, entonces, que el concepto jurisdicción está en la forma de inmediatez del “ser jurídico” porque cuando actúa o se “palpa” en la realidad estas determinaciones jurídicas contenidas en ella salen expulsadas de lo abstracto para coexistir, combatir, modificar, entre otros, los demás fenómenos del mundo.

Sin embargo, da la impresión de que el “problema de abstracción” es más imputable al sujeto jurisdiccional que al concepto mismo porque según lo que se viene expresando el concepto tiene verdadera relevancia en el mundo fenomenológico cuando el operador desarrolla el acto o concluye el acto, ergo hay una suerte de emparejamiento de lo que Hegel denominó universalidad de la voluntad y particularidad de la voluntad y en el medio se encuentra la personalidad (o digamos “ser consciente de la jurisdicción”). Hegel dice que “la universalidad de esta voluntad libre por sí es la relación libre y formal consigo mismo en su individualidad, relación autoconsciente, pero, fuera de ello, carente de contenido”¹⁵⁰, carece de contenido porque el operador jurisdiccional adquiere personalidad como tal y “la personalidad solo comienza cuando el sujeto tiene conciencia de sí no meramente como algo concreto, determinado de alguna manera, sino como yo abstracto, en el cual toda limitación y validez concreta es negada y carente de valor”¹⁵¹ digamos pues que el sujeto jurisdiccional tiene personalidad jurisdiccional, pero es la voluntad particular la que realiza un verdadero ejercicio de abstracción y, por ejemplo, en el desarrollo de un proceso ese contenido vacío aterriza en medio de un debate dialéctico y comienza a tener sentido, veamos que para Hegel “la particularidad de la voluntad, si bien es un momento de la totalidad de la conciencia de la voluntad, no está contenida en la personalidad abstracta como tal”¹⁵². Entonces se puede entender la categorización de abstracto que se le ha endilgado a la jurisdicción pero vemos que no es completa y justa, ya que no permanece “perdida” en un mundo metafísico sino que es la personalización del operador jurisdiccional la que por medio de un acto palpable concretiza el ejercicio jurisdiccional en la realidad.

¹⁴⁹ HEGEL, FRIEDRICH G.W. *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial edhasa, primera reimpresión mayo de 2005. Traducción Juan Luis Vermañá, pág. 117.

¹⁵⁰ *Ibidem*. Pág. 118.

¹⁵¹ *Ibidem*. Pág. 118.

¹⁵² *Ibidem*. Pág. 120.

Como se podría advertir en este punto hay un grado de dificultad interesante en este apartado y téngase en cuenta que el problema de la ontología radica en que es aquello que “comúnmente, los discursos filosóficos se encargan de identificar simplemente como la doctrina del ser, creando ya un campo abierto a las más indisolubles ambigüedades, es tal vez una de las subdisciplinas de la filosofía que más dificultades presenta, tanto para su formulación como para mostrar el carácter y la estructura de los trabajos que lleva a efecto, al igual que, al cabo de estos, para garantizar alguna certeza con las respuestas que intenta o dice alcanzar”¹⁵³ y es frente a este problema de ambigüedad ante el cual nos encontramos ahora, porque el planteamiento del funcionario jurisdiccional como sujeto “abstractor” pareciera presentar más ambigüedades que soluciones; sin embargo la fórmula más sencilla para representar el problema es la siguiente: como concepto político la jurisdicción aparenta un contenido vacío, pero es la personalidad o la cualidad de sí del operador jurisdiccional la que brinda los elementos de aprehensión del contenido (dado en la plenitud del ordenamiento jurídico) para el posterior desarrollo del concepto. Frente a este tópico tengamos en cuenta lo que el profesor Luis Guillermo Acero entiende como el ser de la jurisdicción, dice, pues que se trata de: “un poder político, que no se debe de manera inmediata a ningún factor social, como a una ideología, un partido o un grupo de presión, sino que su estructura y actividades se encuentran constituidas alrededor de su relación con el derecho, como medio establecido para alcanzar un fin antecedente.”¹⁵⁴

Vemos pues que la relación de inmediatez con el derecho que contiene y dota de sentido la jurisdicción contempla una doble función de abstracción, porque primero el ordenamiento jurídico llena de contenido la función jurisdiccional (vacía per se en tanto considerada como concepto aislado) y la personalidad del funcionario jurisdiccional y segundo es que la verdadera importancia de la jurisdicción radica en dotar de “existencia” el derecho en el mundo fenomenológico (en tanto desarrollo y aplicación del contenido que otorga el ordenamiento jurídico). Como entidad abstracta no interesa ya que se reduce a una potencia a una cualidad como se dijo, sin embargo su relación allende al ser del Derecho constituye una relación ontológica fundamental que permite predicar la existencia de lo actuado procesal y jurídicamente. Luego la jurisdicción en sí surge como entidad abstracta, sin embargo, cuando se manifiesta en el mundo fenomenológico no lo puede ser y

¹⁵³ BEDOYA HUBED, *La construcción epistémica del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en Filosofía y Derecho, primera edición, 2017. Pág 117.

¹⁵⁴ ACERO GALLEGU LUIS GUILLERMO, op. cit., pág. 154.

finalmente, como si fuera una negación de sí misma adquiere matices concretos y es sería su verdadera cualidad.

Entonces para que un acto sea jurisdiccional debe inyectar de “posibles de solución”¹⁵⁵ conflictos jurídicos que surgen entre las personas, entre las mismas normas (o todos los componentes del ordenamiento jurídico) y entre las normas y las personas. Esto parece muy vago, porque de la mano del planteamiento pareciera que todo puede ser un acto jurisdiccional, incluso un acto administrativo podría ser un acto jurisdiccional, sin embargo, como de momento solo se analiza el fenómeno sus “contornos no son exactos” porque no se ha analizado el sujeto.

En consonancia con lo anterior se advierte que el acto administrativo tiene muchas veces la virtud o la apariencia de jurisdiccional, toda vez que puede aplicar una norma sancionando, nombrando y removiendo; creando, modificando o extinguiendo derechos, entre otros. La misma Corte Constitucional lo definió como “la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.”¹⁵⁶ El acto administrativo tiene una particularidad llamada presunción de legalidad la cual inyecta una suerte de validez al acto porque lo supone acorde al ordenamiento jurídico. Sin embargo dice la Corte que “presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción.”¹⁵⁷ Obsérvese que como fenómeno el acto administrativo puede ser considerado jurisdiccional, porque aplica el derecho, conforme a los postulados del ordenamiento jurídico, sin embargo, parece existir cierta unanimidad al decir que no es acto jurisdiccional, porque está sujeto a control posterior por parte de los jueces. Ante dicho control judicial dice la corte que “Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.”¹⁵⁸ En este caso se advierte más una

¹⁵⁵ O digamos trascendencia del posible normativo hacia la realidad o el mundo fenomenológico, que es algo, para bien o para mal, realizado, por ejemplo, en una sentencia judicial o un laudo arbitral.

¹⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 1436 de 2000. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Partiendo de dicha definición digamos que hay una incontrovertible presencia o apariencia de acto jurisdiccional.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

cuestión de amaños jerárquicos que una verdadera diferenciación de la esencia de un acto jurisdiccional con un administrativo. Se indica que la diferencia es más notoria en el análisis del sujeto que los profiere que en el acto mismo y esto es fundamental.

Obsérvese la fragilidad del argumento de que solo los jueces o los particulares investidos de dicha facultad pueden ser considerados operadores jurisdiccionales, téngase en cuenta que la administración a su vez puede realizar acto jurisdiccional, por ejemplo, en materia de derecho disciplinario cuando se emite fallo verbal en virtud del procedimiento verbal especial¹⁵⁹ o en razón de procedimiento disciplinario especial ante procurador general de la nación el cual resuelve por medio de fallo también.¹⁶⁰ Así hay muchos ejemplos que incluyen incluso una suerte de ficción legal en donde el título de una persona pareciera desfigurarse en la realidad de un acto. En concreto obsérvese la facultad de ejercer funciones judiciales que puede tener el congreso¹⁶¹

Es sin embargo necesario analizar el sujeto del acto jurisdiccional, porque el acto en sí desborda los límites impuestos por la constitución, ya que pareciera que el acto jurisdiccional solo corresponde a la función de administrar justicia. Frente a las autoridades administrativas dice la constitución que “Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.”¹⁶² Y frente a los particulares dice que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”¹⁶³

¹⁵⁹ Ley 734 de 2002. Artículo 178. Dice el artículo que “Concluidas las intervenciones se procederá verbal y motivadamente a emitir el fallo.”

¹⁶⁰ *Ibidem*. Artículo 188.

¹⁶¹ Constitución Política de Colombia. Artículo 116, inciso 2.

¹⁶² *Ibidem*, inciso 3.

¹⁶³ *Ibidem*, inciso 4.

3.1.2. EL sujeto

Se ha abordado la jurisdicción como fenómeno, sin embargo, no se ha solucionado la cuestión de quien ejerce dicho acto. Nos hemos resistido a reducir dicho acto exclusivamente a la figura del juez o magistrado, porque las diversas posibilidades de manifestación del acto en el mundo desbordan la figura del juez e, incluso, lo que se conoce como juzgar aunque, en el fondo, hagan parte de esa cadena de eslabones del acto. A su vez se ha planteado que la esencia del acto jurisdiccional consiste en hacer trascender los posibles normativos hacia la realidad y esto podría generar un insoportable vacío en donde todo lo que materialice una posibilidad jurídica sea considerado acto jurisdiccional.

El problema, entonces, corresponde a la legitimidad del sujeto que realiza el acto. El concepto empleado por la constitución de “administrar justicia” es desafortunado y se reduce al vacío mencionado. Sin embargo, se hace evidente que para adentrarse en el sujeto jurisdiccional o el operador jurisdiccional hay que conjugar elementos de teoría jurídica con los elementos de delimitación ontológica que se han venido planteando y, finalmente, con el trasfondo político que le inyecta a ese arrojado de posibilidad del acto una relevante dosis de validez, necesidad y aval en torno a la visión política “popular” plasmada en la constitución. De momento, sin embargo, adviértase que el operador jurisdiccional no es exclusivamente ese tercero imparcial que pronuncia, aplica, dice el derecho en medio del debate dialéctico que es un proceso (judicial o arbitral), es decir, ese que juzga, que decide en derecho un conflicto, es que “administra justicia”; porque la actividad se agota en sí misma y se manifiesta en otras posibilidades como la confrontación interpretativa, aclarativa y vinculante de conflictos entre normas y la solución a esto también es un acto jurisdiccional. La connotación de presupuesto procesal de la jurisdicción es fundamental pero no se agota en dicha connotación. Cuando la Corte Constitucional realiza la llamada revisión de tutelas, por ejemplo, o resuelve demandas de inconstitucionalidad se está en presencia de actos jurisdiccionales de incontrovertible relevancia.

El sujeto jurisdiccional entonces debe cumplir los siguientes requisitos para ser considerado como tal: aval constitucional. Delimitación de sus funciones dentro del inabarcable ideal de “administrar justicia” y la existencia de reglas de procedimiento que le indiquen como debe construirse la forma de su conclusión jurídica jurisdiccional.

Sin embargo el ser sujeto jurisdiccional nos plantea un problema de temporalidad de relativa sencillez, por ejemplo soy juez pero no siempre estoy ejerciendo un acto jurisdiccional y en este punto es fundamental la delimitación y el alcance que

la ley y la constitución le otorgan. Téngase en cuenta que es en este meollo fenomenológico en donde se le ha endilgado la connotación de abstracta a la jurisdicción, porque pareciera una potencia o una posibilidad latente de ser. Ergo en el acto material es donde verdaderamente existe y vale la pena hablar de ella.

Por ejemplo, es el pronunciamiento avalado política y constitucionalmente lo que llena de sentido el acto jurisdiccional, la labor lingüística jurídica y, a veces, filosófica lo que de cierto modo ha motivado esta investigación y se verá, de manera más práctica en el tercer capítulo.

A modo de ilustración se analizará la posibilidad de una “mala fe jurisdiccional” y se indica que resulta interesante porque en el contraste de la realidad y lo pronunciado es que surgen las verdaderas tentativas teóricas y argumentativas para cambiar una estructura social. Para abordar la mala fe hay que diferenciarla de la mentira a secas la cual en su esencia “implica, en efecto, que el mentiroso este completamente al corriente de la verdad que oculta”¹⁶⁴ y esto es precisamente uno de los retos constantes que enfrenta el acto jurisdiccional en el desarrollo, por ejemplo, de un proceso. La necesidad de construir una verdad va encaminada hacia la materialización un ideal de justicia. Esto, sin embargo, no interesa de momento, ya que se está intentando advertir una posible mala fe jurisdiccional. Digamos, entonces que la mala fe “se trata de enmascarar una verdad desagradable o de presentar como verdad un error agradable.”¹⁶⁵ Resulta harto similar al concepto de la mentira, empero, téngase en cuenta que la mala fe es una actitud hacia uno mismo. En la mentira Sartre planteó que “la conciencia afirma que existe por naturaleza como oculta al prójimo; utiliza en provecho propio la dualidad ontológica del yo y del yo del prójimo.”¹⁶⁶ En la mala fe en cambio “yo mismo enmascaro la verdad. Así, la dualidad del engañador y del engañado no existe en este caso.”¹⁶⁷ Se ha advertido el fuerte componente de labor lingüístico argumentativa que constituye el acto jurisdiccional, por lo cual, aterrizando un poco resulta válido preguntarse: ¿cuál es pues la mala fe del operador jurisdiccional si las partes tienen su mala fe y la constitución de una mentira procesal se convierte en una suerte de infección latente en el desarrollo del debate dialéctico?

La mala fe del operador jurisdiccional se evidenciará en el tercer capítulo de este trabajo y, de momento, se logra advertir como constructo inevitable del estado líquido de las estructuras sociales, jurídicas y, en general, humanas. Enmascaran

¹⁶⁴ SARTRE JEAN-PAUL. *Ibidem*. pág. 96.

¹⁶⁵ *Ibidem*. pág. 97.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

pues verdades desagradables los operadores en sus sentencias o diversas manifestaciones jurisdiccionales por diversas razones ya sea corrupción, defensa individual de intereses, entre otros y se observa como la independencia del operador jurisdiccional cobra insoslayable relevancia en el discurso crítico o analítico del ejercicio jurisdiccional, ergo se ensombrece en el seno del acto jurisdiccional como un posible de elección y no como verdadera cualidad del acto en sí. Tenemos entonces, no solo la constante presencia de la mentira sino la posición de mala fe que asume el operador jurisdiccional en su acto. La idea de transportar el concepto jurisdicción desde una ontología hacia una fenomenológica implica un constante análisis de la condición humana en sí, para consigo misma y para con los demás, la verdadera fenomenología de la jurisdicción implica una suerte de psicología judicial si se quiere en donde la conducta evidencia una buena fe en la reivindicación de los postulados democráticos y constitucionales y no precisamente intereses individuales o posturas apáticas que concluyen en la aplicación sesgada de la norma jurídica. “la ley es la ley”.

Se advierte la importancia de esta postura del operador jurisdiccional, porque es el quien realiza una función pública y es el quien aporta a la construcción responsable de un Estado democrático. Una suerte de responsabilidad existencialista le es aplicable al operador jurisdiccional pero a escala mayor. Indicaba Sartre que “yo soy mis propios fenómenos psíquicos en tanto que los verifico en su realidad consciente: por ejemplo, soy este impulso de robar tal o cual libro de ese anaquel, formo cuerpo con ese impulso, lo ilumino y me determino en función de él a cometer el robo.”¹⁶⁸ La fórmula se podría aplicar al operar jurisdiccional cambiando la acción de robar por la posibilidad de ser o no ser justo.

Finalmente digamos que la postura existencialista del filósofo francés resulta válida, porque acorazar los planteamientos jurídicos en instituciones y postulados exclusivos del Estado de Derecho se podría catalogar como mala fe jurisdiccional, toda vez que la responsabilidad de trascender en torno a una evolución jurídica que sea incluyente y democrática se constituye como el verdadero proyecto del operador jurisdiccional del Estado Social de Derecho.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

3.2. Ontología jurídica

Nos hemos acercado al ser de la jurisdicción y en dicho “andar” se han abordado problemas de ambigüedad en torno al ser del concepto. Ahora se hace necesaria analizar los componentes del concepto desde una perspectiva jurídica, toda vez que, en última instancia, el derecho es el elemento fundamental de trabajo de la jurisdicción, ¿no es, pues, como se ha venido demostrando, la jurisdicción uno de los actos por medio del cual el derecho aterriza en la realidad? Sin embargo se realiza la advertencia de que dichos componentes han sido desarrollados o estudiados por las corrientes procesalistas del fenómeno, las cuales, no logran agotar la comprensión total del alcance democráticos del acto jurisdiccional.

3.2.1. Elementos jurídicos de la jurisdicción

Más allá de lo tratado en los bloques que intentan integrar el concepto de jurisdicción, es necesario, adentrarse en la estructura jurídica que permite adentrarse en lo que el doctrinante Martín Agudelo Ramírez llamó los “criterios existentes para analizar la jurisdicción.”¹⁶⁹

El autor comienza haciendo énfasis en la necesidad de superar el criterio orgánico o subjetivo, el cual se refiere a que solo en sede del poder judicial o de la rama judicial se puede predicar la existencia de función jurisdiccional.¹⁷⁰ Lo anterior está claro porque así se reduzca la función jurisdiccional al acto de juzgar en Colombia, por ejemplo, las superintendencias tienen jurisdicción y estas no hacen parte de la rama judicial. El autor, sin embargo, menciona la posibilidad de “encontrar actividad judicial que no requiera jurisdicción, como el caso de la impropia denominada jurisdicción voluntaria.”¹⁷¹ Se concuerda con que la denominación es desafortunada, ergo, estos procesos si necesitan ser resueltos ante un tercero que tenga jurisdicción; porque lo mismo sería pedirle al vecino una “licencia para la emancipación voluntaria” o “la declaración de muerte presuntiva por desaparecimiento” o los demás asuntos sujetos a trámite de competencia

¹⁶⁹ AGUDELO RAMIREZ MARTÍN, *el proceso jurisdiccional*, Medellín, librería jurídica comlibros, segunda edición, 2007, p. 94 – 101.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pág. 95.

¹⁷¹ *Ibidem*, pág. 95.

voluntaria¹⁷² que a un juez. Sabemos que si el vecino me declara alguna de dichas peticiones todo esto sería inexistente, porque él no actuó con jurisdicción; luego estos asuntos si requieren de jurisdicción, la diferencia radica en el adjetivo, ya que se llama voluntaria porque no se estructura propiamente dicho el debate dialéctico jurídico propio de un proceso, en razón de la no existencia de una contraparte. Sin embargo, se concuerda con el mencionado doctrinante de que dicho criterio orgánico es desafortunado y no es suficiente para dotar de sentido y alcance jurídico a la jurisdicción.

Complementando lo anterior menciona el profesor Agudelo que “la función jurisdiccional puede ser ejercida por órganos pertenecientes a la Rama Judicial, como también por sujetos no integrados a la misma pero que han recibido un reconocimiento constitucional para juzgar”¹⁷³. En primer lugar se debe tener presente que dicho reconocimiento constitucional es producto o constructo de una decisión política, como se ha venido reiterando, pero se considera más afortunado decir que dicho reconocimiento no implica solo la potestad de juzgar sino mejor de decidir en derecho válida y legítimamente.

Aparte del mencionado criterio se introducen dos criterios que intentan ajustar la naturaleza de la jurisdicción más al ambiente jurídico. El autor mencionado trae a colación otros dos criterios que serían el material (funcional) y el formal:

El formal es en teoría el más sencillo ya que en sí hace referencia a la estructura tradicional de un proceso jurídico, donde aparecen, pues, las partes (demandante – demandado, pretensor – contendor, parte activa – parte pasiva), un tercero imparcial (juez), norma procesal, objeto de litigio, entre otros y se dice entonces que “la jurisdicción opera con arreglo a un método de debate que se llama procedimiento, que revela la existencia del acto”¹⁷⁴.

¹⁷² Se le denomina así porque entendemos que la expresión jurisdicción voluntaria es desafortunada. Sin embargo el código general del proceso en su artículo 577 establece todos los asuntos sujetos a dicho trámite.

¹⁷³ AGUDELO RAMIREZ MARTÍN, *ibídem*, pág. 95.

¹⁷⁴ *Ibídem*, pág. 96. El profesor Agudelo cita al tratadista uruguayo Eduardo J Couture por lo expresado en sus *Fundamentos de Derecho Procesal civil*, 3ed, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 34 – 40.

Lo interesante radica en el análisis del criterio material o funcional, porque el ejercicio jurisdiccional parece dirigido subterráneamente por la pretensión; es decir, en sede de derecho procesal la relación jurídica sustancial adyacente es la que determina la forma de la pretensión y esta última determina la manera de expresarse lingüística y jurídicamente la función jurisdiccional. A modo de ejemplo veamos la filiación (que sería la relación jurídica sustancial adyacente), el proceso entonces sería de investigación o impugnación de la paternidad o la maternidad; luego la pretensión sería de carácter declarativo, porque se busca declarar la filiación de tal persona o impugnarla (decir si alguien es hijo o no de tal persona); luego entonces el ejercicio jurisdiccional se debe reducir en este caso a una manifestación lingüístico jurídica que declare o no declare. Se observa entonces que hay una relación lógica que funge de necesidad ontológica entre las relaciones jurídicas establecidas por el derecho sustancial y las “formas” en que la función jurisdiccional “permite generar la protección o tutela de unos derechos en sede declarativa o ejecutiva”.¹⁷⁵

Sin embargo, se observa que desde el planteamiento anterior no pareciera haber mayor problema con el concepto de jurisdicción más allá de si su origen es político o no o si solo se manifiesta en sede de operación procesal. El problema estrictamente jurídico procesal pareciera agotarse en la relación lógica de los bienes de la vida consagrados en el derecho sustancial y el posterior apalancamiento que obtengan en sede procesal o contenciosa; ergo el mismo profesor Agudelo advirtió que: “En la comprensión de lo jurisdiccional, en atención a lo material-funcional, resulta polémica la inclusión de tópicos como el de control de legalidad de la actuación administrativa, el sometimiento de la administración a sus fines, y la protección de derechos fundamentales en sede de amparo o de tutela constitucional”.¹⁷⁶ Y aunado a esto surge, entonces, lo que mueve este trabajo investigativo ya que las decisiones en derecho, en virtud del modelo de Estado Social de Derecho, adquieren rasgos que superan la extrema legalidad y la teleología constitucional irradia todo el ordenamiento jurídico y la vida misma; porque en el Estado Social de Derecho la vida se vuelve jurídica.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pág. 97.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pág. 97.

3.2.2. Características de la jurisdicción

Unicidad: La jurisdicción es una sola, en estricto sentido, no se puede hablar de dos o más jurisdicciones dentro de un Estado. Al respecto indica el procesalista Lopez Blanco que “En efecto, la función pública de administrar justicia es una sola y técnicamente hablando, no se puede dividir, pues todo funcionario a quien la ley la asigna tiene idéntica aptitud para hacerlo. En otras palabras es igual la jurisdicción que tiene el juez penal, el civil, el de familia o el árbitro”.¹⁷⁷ Incluso si se habla de un Estado federal con autonomía judicial y legislativa en sus provincias, estados, regiones, etc., la jurisdicción sigue siendo una, lo que puede variar es la forma, el procedimiento, incluso las normas o el derecho que se aplique, pero el acto de aplicarlo es uno solo. Como ya se ha dicho el hecho de que en Colombia se pretenda hacer distinciones o clasificaciones corresponde a un error de técnica legislativa y, a veces, doctrinaria; ergo en virtud de una decisión político social si se podría transmutar esta cualidad de cualidad¹⁷⁸ en una suerte de pluralidad. Valga decir que de esta característica se desprende la idea de que la jurisdicción es inclasificable, por ende, explicar esto sería tautológico.

Necesaria: Esta característica tiene un trasfondo fundamental en el ejercicio de la jurisdicción; se dice que es necesaria porque sin jurisdicción la actuación que pretende “decir el derecho” no tiene validez (o dicho en estricto sentido jurídico no existe)¹⁷⁹, luego, partiendo de que haya sido otorgada, dicha facultad, directamente por el poder político-social a través de la constitución, la jurisdicción, dota de existencia un proceso o las actuaciones del operador jurisdiccional. Esta característica plantea otro problema que será desarrollado en esta investigación consistente entre la tensión que puede llegar a existir entre la legitimidad y la validez, porque actuar de acuerdo con el derecho de fuentes o actuar válidamente en derecho no necesariamente implica un acto legítimo en concordancia con los postulados constitucionales del Estado Social de Derecho; sin embargo, de momento se deja claro que la jurisdicción es una necesidad ontológica para el

¹⁷⁷ LOPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Código general del proceso, parte general*. DUPRE Editores, Bogotá, segunda edición 2019. Pag 157

¹⁷⁸ Cualidad jurisdiccional.

¹⁷⁹ En el derecho procesal se tiene a la jurisdicción como un presupuesto el cual es necesario para predicar la existencia de todo lo actuado, es decir, para que lo desarrollado a través de la cuerda procesal haya sido dirigido con un juez, que tiene jurisdicción per se, y por ende, tanto la conclusión del proceso como sus diversas etapas tengan esa vocación de modificar la realidad y pueda ser tanto aceptado como coercible.

derecho en el campo procesal concretamente y en el ámbito de la operación jurídica en un aspecto más social o democrático.

Constitucional: En este punto vale aclarar que dicha característica es cambiante, es decir, esta se refiere al origen de la jurisdicción, el cual, en Colombia, se predica que es de raigambre constitucional.¹⁸⁰ Pero dicha característica, al referirse a la validez existencial del fenómeno es más gaseosa que sólida; esto, porque siendo la constitución producto de un acuerdo o decisión política casi como máxima expresión de soberanía estatal pone de manifiesto la maleabilidad del concepto, toda vez que si el derecho es cambiante, lo es más aún la realidad política y social sobre todo de países complejos como Colombia; por ende se observa como en virtud de cambios sociales surgen nuevas competencias legales con atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con el momento y la necesidad social. Obsérvese el surgimiento de la JEP, jurisdicción especial para la paz¹⁸¹, como producto de un acuerdo político entre el Estado y la guerrilla de las FARC, entiéndase, pues, que si bien en el fondo se trata de una competencia exclusiva para intentar resolver conflictos entre dicha guerrilla, el Estado y la sociedad, estos no se podría hacer sin estar soportados por una jurisdicción válida; es decir, esta facultad de actuar democrática, procesal y jurídicamente para resolver un conflicto. Luego entonces esta característica se llama de momento “constitucional” pero se debe tener presente que en cuanto a la validez existencial la jurisdicción no deja de ser un concepto político que responde a la necesidad del momento.

Significado amplio: Esta característica es fundamental, toda vez que, por lo general se ha reducido el concepto de jurisdicción a una actuación procesal y, por ende, se ha mencionado que solo los jueces tienen jurisdicción. Esto se discute porque primero no solo los jueces tienen jurisdicción y, segundo es irreductible, por que como acto humano permea todos los aspectos de la vida misma. Ahora,

¹⁸⁰ Constitución política de Colombia de 1991. Artículo 234 habla de la “jurisdicción” ordinaria; artículo 236 habla de la “jurisdicción” contencioso administrativa; artículo 239 habla de la “jurisdicción” constitucional; artículo 246 establece “jurisdicciones” especiales; artículo 256 numeral 2 menciona la “jurisdicción” penal militar; artículo 256 A habla de la “jurisdicción” disciplinaria; artículo 258 numeral 5 menciona la “jurisdicción” coactiva; el artículo 272 en su inciso 6 establece algo bastante particular y otorga jurisdicción a los contralores departamentales, distritales y municipales; el artículo 317 le otorga jurisdicción a los municipios. Obsérvese que en un intento de la constitución de decir quiénes pueden decir el derecho válidamente en Colombia peca en la técnica jurídica y confunde jurisdicción con competencia (cuando habla de ordinaria y constitucional).

¹⁸¹ En sí no se debería llamar Jurisdicción X; ergo la misma termina siendo el vehículo por medio del cual los acuerdos se legalizan, no legitiman, en la realidad.

téngase en cuenta, que dentro de la búsqueda de una organización social los poderes o el actuar humano mismos deben responder a límites que no desborden la tentativa de alcanzar una paz social, es por esto que la jurisdicción al ser producto de una decisión política es esta misma quien impone sus límites; ya se vio como la constitución habla de que tanto los jueces como, digamos, los municipios tienen jurisdicción y es válido, porque la facultad de actuar o decidir en derecho, en un Estado Social de Derecho, la constitución se la puede otorgar a quien quiera. Se dice, entonces que la jurisdicción es de significado amplio porque no se puede reducir a juzgar, se debe entender como esa facultad de decir en derecho con vocación de modificar la realidad acorde a los mandatos teleológicos de la constitución. No se pretende arrojar el concepto hacia un vacío conceptual el cual sirva para sostener que cualquier acto con apariencia “jurídica” se le llama acto jurisdiccional porque desde una perspectiva ontológico fenomenológica sería válido, pero por eso desde el campo de una ontología estrictamente jurídica, de la mano del pensamiento filosófico jurídico y político contemporáneos, es donde se pretende esclarecer los aparentemente confusos contornos de la jurisdicción.

3.2.3. Poderes de la jurisdicción

La doctrina procesal ha hecho un intento de organizar el alcance de la jurisdicción estableciendo una serie de “poderes” de los cuales goza en funcionario jurisdiccional, en concreto, facultades que dicho fenómeno le otorga al juez dentro de un proceso jurisdiccional. Es decir hasta este punto sabemos que la jurisdicción consiste en esa facultad de decir el derecho válidamente con vocación de alterar la realidad, pero hemos visto la amplitud de significado que contiene el “decir el derecho” es por esto que la doctrina procesal ha reunido este acto en las siguientes potestades:

Poder de decisión: Consiste en la realización de un análisis estrictamente lógico en donde el juez emite un conclusión o juicio valorativo de fondo en torno a la pretensión procesal, basado en los presupuestos de hecho debidamente probados o no para finalmente aplicar la consecuencia jurídica correspondiente.¹⁸² Como se verá luego, esta concepción es herencia del positivismo jurídico y por eso se

¹⁸² Téngase en cuenta que la función jurisdiccional ha sido reducida al alcance de los poderes que contiene. A modo de ejemplo se menciona la siguiente afirmación: “la función jurisdiccional puede definirse como aplicación de normas jurídicas a casos concretos, aplicación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva contra su voluntad.” MAYNEZ GARCIA EDUARDO, op. cit., pág. 229. Obsérvese que el autor reduce la función jurisdiccional al poder de decisión y de ejecución, lo cual como se viene demostrando es errado.

demostrará la necesidad de, en cualquier proceso judicial, tener presente la teleología constitucional.

Poder de conducción: Consiste en la facultad que tiene el funcionario judicial de hacer avanzar el proceso de una etapa a otra por medio de sus providencias¹⁸³.

Poder disciplinario: El juez, como director del proceso que es, posee la facultad de sancionar actos de rebeldía, grosería y temeridad acaecidos en el desarrollo del debate dialéctico que es el proceso.

Poder de ejecución: Esta facultad es harto interesante porque conlleva en su seno la aplicación legítima de la fuerza, es decir, el operador jurisdiccional puede hacer cumplir su voluntad válidamente expresada con la ayuda del “monopolio” de la fuerza estatal.

Vemos que de momento se han reducido estos poderes a la figura de juez, lo cual es válido, porque así no se pertenezca a la rama judicial cuando se está haciendo un ejercicio jurisdiccional, por ejemplo, por un superintendente o un árbitro, en el fondo del asunto están actuando como un juez diciendo el derecho aplicable al caso concreto. Esta representación se podría aplicar a la inversa como cuando en el desarrollo del proceso un juez, se convierte en conciliador y en teoría ya no estaría actuando como funcionario jurisdiccional sino como mediador entre las partes.

¹⁸³ Las providencias del juez son los autos y las sentencias, digamos que desde la perspectiva estrictamente procesal es el medio por el cual el juez dice el derecho.

4. LO POLÍTICO DEL CONCEPTO

A lo largo de esta investigación se ha venido sosteniendo que la jurisdicción es un concepto político, en concreto, una manifestación de soberanía del “Estado” o sus desafiantes; y esto pareciera un círculo, porque se ha dicho que “El estado nace de la constitución”¹⁸⁴ y la constitución es fundamento tanto jurídico como político de ella misma y surge, además, como producto de un consenso político de sectores que, en su momento, lograron defender sus tesis y aquellos cuyo sufrimiento fue la lucha por recordar la existencia de las periferias, más allá de extensiones territoriales, como la voz de los “bastardos” o, mejor, los despojados. Luego un concepto como la jurisdicción debe ser analizado, desde el punto de vista pragmático, a partir de los postulados constitucionales¹⁸⁵, porque de allí emanan sus fundamentos y su “deber-ser” en la realidad; bajo la pena de aquellas voces anacrónicas que no advierten la concomitancia de las pretensiones

¹⁸⁴ Dice el autor al respecto algo bastante revelador y coherente trayendo a colación el proceso constitucional norteamericano: “Para 1773 es claro que la revolución se hace en nombre y en defensa de las constituciones coloniales, pero fundamentalmente de la Constitución consuetudinaria, de manera que llegado el momento de la Convención de Philadelphia de 1787 la disputa podía girar en torno a cualquier detalle, excepto la presencia misma de una Constitución. Pero los constituyentes saben demasiado bien que no se trata de una simple norma formal que organiza y da validez a un orden jurídico determinado. Es el mecanismo de control a los poderosos para garantizar que la política siga abierta a una discusión que no se puede encuadrar en habilitaciones legales, que no se puede depositar en un cierre, menos en una última palabra pronunciada por un poder constituido. Saben demasiado bien que como acto de creación de lo jurídico, ella no puede ser en sí misma un simple compuesto legal, pues esa posición creadora, su dimensión original, implica algo básico: si la Constitución es la creación política de lo jurídico, ella carece de un marco legal anterior y superior que defina un deber objetivo de aplicación, es decir, la constitución no tiene más fundamento jurídico que ella misma y, por tanto, no admite una imposición de límites de lo que es constitucionalmente negociable, ni permite una clausura de quién y qué se incluye dentro del discurso constitucional. Entienden, además, que su instancia jurídica no puede derivar en un diálogo social cuya única meta sea un consenso procedimental.” SANÍN RESTREPO RICARDO, *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*, Corte Constitucional para el Período de Transición, Primera edición, Quito, 2011, pág., 78 y 79. Si bien el autor hace especial hincapié en el proceso constitucional norteamericano, el argumento de lo que se podría llamar hermetismo político jurídico constitucional se hace extensible al proceso de constitucionalización de América Latina, especialmente en Colombia.

¹⁸⁵ En el siguiente acápite se comenzará con esta tarea a modo ilustrativo e introductorio y, finalmente, en el segundo capítulo se pasará a la práctica.

legítimas de los silenciados con las eternas, homogéneas y cuestionables de los que siempre han estado.

Como se advirtió en acápites anteriores hay una relación entre la soberanía del Estado y el concepto jurisdicción, la cual si bien ha sido superada como línea teórica para la definición del concepto, si es fundamental para su comprensión. Desde el *Leviatán* de Hobbes se comprende mejor la relación entre estos dos conceptos: se parte de la base de que “en el modelo hobbessianmo el Derecho es el reflejo de un acuerdo colectivo imaginario por el que cada miembro renuncia a una parte de su libertad individual en aras de la libertad y la seguridad comunes”¹⁸⁶ y en virtud de esta tesis contractualista entre la sociedad y el Estado es que se puede entender que “la sentencia del juez es emanación de la soberanía. La jurisdicción es emanación de soberanía; manifestación del poder soberano.”¹⁸⁷

Entonces para aterrizar mejor la teoría de lo político del concepto jurisdicción véase que la innegable relación de lo político con lo jurídico o lo constitucional se podría entender de la siguiente manera: “la constitución de cualquier Estado (*imperium*) se llama política (*status civilis*); el cuerpo íntegro del Estado se llama sociedad (*civitas*); y los asuntos comunes del Estado, cuya administración depende de quien detenta el poder estatal, reciben el nombre de asuntos públicos (*respublica*).”¹⁸⁸ Sin embargo se debe tener presente que en la actualidad, en virtud de fenómenos como la internacionalización de las instituciones más relevantes de lo que generalmente se ha conocido como Estado en la modernidad, cada vez permiten más hablar de Meta-Estado o mejor de un poder político y económico superior a un Estado determinado, el cual (el “Meta-Estado”) establece lineamientos que no pueden ser ignorados. Luego la fórmula que plantea Spinoza sigue siendo válida si se agrega el elemento internacional,¹⁸⁹ téngase en cuenta, además que “los asuntos estatales dependen exclusivamente de la gestión de quien detenta la potestad suprema. Solo, pues, la potestad suprema tiene derecho a juzgar sobre las acciones individuales, a pedir cuenta a cualquiera de sus actos,

¹⁸⁶ El profesor Martín Agudelo Ramírez expone la relación entre soberanía (Estado) y jurisdicción en su “aproximación al concepto de jurisdicción” que se encuentra en <https://www.unaula.academia.edu/MartinAgudeloRamirez>.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ SPINOZA BARUCH, *tratado político*, Alianza editorial, Madrid, 2013, pág., 125.

¹⁸⁹ Solo se hace mención del fenómeno de la globalización, porque, en sí, la investigación se centra en el ejercicio jurisdiccional en Colombia.

a imponer multas a los culpables y a dirimir los litigios entre los ciudadanos o a nombrar expertos en las leyes que velen, en su nombre, por su cumplimiento.”¹⁹⁰

Para entender lo precedente, en el contexto actual, diremos que la jurisdicción se ha tenido como un concepto ligado al de la soberanía del Estado o mejor al poder político (porque este lo valida existencialmente, más no lo legitima) Spinoza menciona una “potestad suprema” la cual debe ser reducida a lo que quiera que se haya entendido y se entienda por “quienes” determinan el rumbo del Estado dentro de las verdaderas esferas de poder. Desde la ilustrada, fantástica e idealista separación de poderes digamos que se insertó una suerte de idea de autonomía (ergo el juego político no respeta esto); vemos que esta división surgió sobre la base de un argumento el cual, como todos los argumentos, adquiere más relevancia en las clases de historia que en la realidad “actual”. Sin embargo, digamos, que la división de poderes del “Estado” se inscribió en la historia con el objetivo de evitar totalitarismos, por eso el aparte citado hoy día corresponde exclusivamente a la función jurisdiccional como parte de esta separación de poderes. Ahora no adentramos en un campo temido por los ius positivistas¹⁹¹, sin embargo la constitucionalización del derecho agrega un ingrediente extremadamente político al ejercicio jurisdiccional en todas sus dimensiones, porque este fenómeno agrega al poder de decisión de la jurisdicción (como se explicó arriba) el concepto de principios o valores constitucionales, lo cual introduce nuevas formas de aplicar o decir el derecho impensadas para el modelo positivista del Estado de Derecho.

Luego entonces la jurisdicción ya no solo es estrictamente política en su génesis, sino que adquiere fuertes matices políticos en su ejercicio.¹⁹²

¹⁹⁰ SPINOZA BARUCH, op. cit., pág., 142.

¹⁹¹ Es la concepción puramente empírica del derecho, es decir, no hay más derecho que el promulgado válidamente en las leyes.

¹⁹² Los positivistas del Estado liberal decimonónico vieron esto como un problema. Al respecto dice Gustavo Zagrebelsky que “es preciso darse cuenta de que el <<derecho por reglas>> del Estado de derecho decimonónico era algo cualitativamente distinto al <<derecho por principios>> del Estado constitucional contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho tiene consecuencias muy serias también para la jurisdicción.” Continúa el autor mencionando las objeciones positivas frente a este inevitable cambio y dice que “según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una <<contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc. Estas normas no podrían ser alegadas ante un juez por parte de los interesados, serían causa de aspiraciones frustradas y, de este modo, alimentarían la desconfianza

Las objeciones positivistas son fuertes y de cierto modo intentan alejar el veneno de la política del derecho, sobre todo, en el aspecto de su aplicación; pero lo insoslayable de las conquistas históricas obligan al jurista a hacer del derecho lo menos “retórico, grandilocuente, lleno de promesas que a un jurista no podían dejar de parecerle genéricas”¹⁹³. El problema es que lo político siempre se ha caracterizado por gozar de dichas “cualidades” y ahora resulta ser problema de la función jurisdiccional aplicar las conquistas sociales plasmadas en la constitución sin caer en dichos vicios de argumentación, en lo cual dicho sea de paso, han sido muy habilidosas las altas cortes colombianas.

Los problemas de la implementación de la teleología del Estado constitucional que plantearon los positivistas deben ser superados porque como lo advirtió Habermas los planteamientos normativistas siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social y difuminan la pragmática de la investigación¹⁹⁴. Téngase en cuenta, también que no solo la pragmática de la investigación, sino también la pragmática de la implementación del derecho o, en última instancia de la función jurisdiccional en concreto.

Toda esta idea de lo “político” haciendo fuerte presencia en el ejercicio jurisdiccional ha sido abordada de acuerdo con las ideologías o cosmovisiones del momento histórico y se sabe que los positivistas lo vieron como un error, como una contaminación del derecho; sin embargo voces más actuales o más interdisciplinarios dicen que “la unidad del derecho, según las exigencias del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales “señores del derecho”, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia.”¹⁹⁵ Lo cual innegablemente contempla un discurso tanto jurídico como político. Al respecto la

en el derecho; si alguien pretendiese extraer de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaría la confusión y la inseguridad>>. Dichas normas tendrían <<una importancia exclusivamente política y virtual. Ante los electores serían una ocasión de propaganda electoral y más tarde, en la lucha parlamentaria, pretextos para acusarse recíprocamente>>”. Gustavo Zagrebelsky cita A P. CALAMANDREI, la costituzione della repubblica italiana (1948).

¹⁹³ Norberto Bobbio citado por Gustavo Zagrebelsky en la página 127, cita número 10.

¹⁹⁴ HABERMAS JURGEN. Ibídem. Pág. 68.

¹⁹⁵ ZAGREBELSKY GUSTAVO. Ibídem. Pág. 150.

Corte Constitucional de Colombia dijo en la sentencia T 406 de 1992¹⁹⁶ “Los reparos que pueda suscitar esta posición, en el sentido de que se llegaría a una enorme dispersión jurisprudencial en vista del carácter abiertamente político del contenido de las decisiones, pueden ser despejados si se tiene en cuenta la importante fuente de seguridad jurídica que se desprende del mecanismo de revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional y consagrado en el numeral 9 del artículo 241 de la Carta. Como se sabe, la revisión tiene, entre otras, la finalidad de servir de instrumento de fijación del sentido de los textos. Su alcance, por lo menos en términos prácticos, no se limita a la solución definitiva del caso que se presenta para su conocimiento, sino que va mucho más allá: sirve de pauta a todas las autoridades para la interpretación y aplicación de los derechos. Es innegable el valor pedagógico e incluso "normativo- general" de la jurisprudencia de tutela que crea la Corte Constitucional y su importancia y alcance apenas empiezan a vislumbrarse en el panorama jurídico nacional.”¹⁹⁷

Si bien la Corte Constitucional se refiere a la revisión¹⁹⁸ el análisis se debe hacer extensivo a la función jurisdiccional dentro del Estado Social de Derecho colombiano, porque este modelo implica el rescate de la democracia en todas las instituciones del Estado con lo cual el ejercicio jurisdiccional juega un papel fundamental en la salvaguarda y el rescate (en Colombia) de la democracia, lo cual es importante porque el modelo democrático de la sociedad es, hasta ahora, el más civilizado y “La diferencia radical y determinante entre la democracia y cualquier otro sistema de atribución y designación del poder es que en la democracia el sujeto está marcado por una división trascendental y única; el presupuesto de la democracia es que el sujeto político es tanto gobernante como gobernado. El sujeto en la democracia forma parte tanto de la decisión de gobernar como sobre quien recae la obligación de observar la norma de conducta. No existe sujeto previo a la política; la política, como antagonismo, es el lugar donde se asoma y se crea el sujeto, es la relación política interna entre sujetos el momento de inicio de la política. Exclusivamente en la democracia, gobernar (archein) y ser gobernado (archestai) recaen sobre el mismo sujeto. Es la interjección entre estos dos términos contradictorios lo que da forma y textura al sujeto, la democracia desaparece en un soplo cuando esta relación es desechada

¹⁹⁶ Esta sentencia se analizará en el segundo capítulo de este trabajo.

¹⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia T 402 de 1991.

¹⁹⁸ Como su nombre lo indica esta facultad consiste en repasar la estructura jurídica y argumentativa de una actuación judicial-procesal, ejecutiva y hasta legislativa, para determinar que dichas actuaciones se hayan ajustado a derecho. El código general del proceso en su artículo 355 enumera las causales de revisión en materia procesal.

y el archein es sustituido por una entidad teórica como el Estado de derecho o una práctica como el Estado de opinión.”¹⁹⁹

El Estado de opinión representa evidentemente un peligro para la democracia y las políticas que implementan se han caracterizado por encaminar el ejercicio jurisdiccional en una misma línea.

¹⁹⁹ SANÍN RESTREPO RICARDO, *Teoría crítica constitucional 2: del existencialismo popular a la verdad de la democracia*, Corte Constitucional para el Período de Transición, Primera edición, Quito, 2011. Págs. 123-124.

5. CONSTITUCIONES SURAMERICANAS RESPECTO A LA JURISDICCIÓN Y EL MODELO DE ESTADO ADOPTADO

Por cuestiones de economía no corresponde realizar un trabajo de investigación comparada amplio, toda vez que lo único que se pretende es incursionar, de forma somera, en el concepto de jurisdicción en algunos Estados de Suramérica para ilustrar un poco mejor como se ha plasmado la institución en diversos modelos de Estado, resaltando que siempre es de raigambre constitucional y los límites, atribuciones, entre otros, responden a la voluntad política plasmada en la norma superior.

Chile: La constitución chilena le imprime una dosis de legalidad a la actividad jurisdiccional pero solo menciona las sentencias “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”²⁰⁰ Luego se logra advertir una fuerte presencia de la concepción procesalista de la jurisdicción.

El artículo 111 de la mencionada constitución representa un gráfico caso de confusión entre jurisdicción y circunscripción: “El gobierno de cada región reside en un intendente que será de la exclusiva confianza del Presidente de la República. El intendente ejercerá sus funciones con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente, de quien es su representante natural e inmediato en el territorio de su jurisdicción.”

En las disposiciones transitorias de dicha constitución se pone de manifiesto la posible tensión que podría surgir entre organismos supraestatales y el Estado mismo: “Vigésimo cuarta. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.”²⁰¹ A posteriori el Estado chileno reafirma su soberanía estableciendo que

²⁰⁰ Constitución chilena. Artículo 19, numeral 3 inciso 5.

²⁰¹ Constitución chilena, disposiciones transitorias, vigésimo cuarta.

“Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.” Y, finalmente, dice que “La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma.”

Argentina: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal”²⁰²

En virtud del modelo de Estado adoptado por la Nación Argentina pareciera que coexistieran varias jurisdicciones “El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción Federal.”²⁰³ También se establece en la constitución argentina que “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.”²⁰⁴ Obsérvese, entonces, como el modelo político estatal adoptado por una nación intensifica la idea de que la jurisdicción puede ser clasificable e incluso diferente dentro de un mismo Estado. Pero esto se debe entender desde la perspectiva de autonomía que el modelo federal le imprime a las federaciones. Téngase en cuenta que como fenómeno la jurisdicción sigue siendo una sola, lo diferente puede ser el modelo de aplicación del derecho o las leyes mismas, por ejemplo, se observa como en Estados Unidos algunos estados tienen pena de muerte y otros no, el operador jurisdiccional sigue estando imbuido de la facultad de decidir en derecho, pero son las normas las que cambian no la facultad de aplicarlas.

Peru: La constitución del Peru trae un artículo interesante el cual dice lo siguiente: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo,

²⁰² Constitución de la nación argentina, artículo 1.

²⁰³ *Ibidem*, artículo 32.

²⁰⁴ *Ibidem*, artículo 139.

espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”²⁰⁵

El literal F utiliza un verbo desafortunado porque indica que el juez puede asumir jurisdicción. Sin embargo según lo que se ha explicado ya la tiene, lo que asume es competencia. Esto se puede resolver diciendo que todos los jueces tiene jurisdicción pero no competencia, porque es en virtud del principio de la división del trabajo que los jueces solo puede conocer asuntos determinados, sin embargo, obsérvese que, por ejemplo, en Colombia, la falta de competencia se puede sanear, es decir, si ninguna parte alega la falta de competencia del juez o si este mismo no la advierte, el proceso se sana; por otra parte si la actuación es dirigida por alguien sin jurisdicción, la consecuencia es la inexistencia y es imposible jurídicamente de sanear como ya se vio.

El artículo 31 establece la participación ciudadana en los asuntos públicos y dice: “Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación”.²⁰⁶

En el inciso segundo de artículo 31 se observa otra de las clásicas confusiones entre jurisdicción y circunscripción.

El artículo 54 inciso 4 indica que: “El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.”²⁰⁷

En este artículo bastaba con decir soberanía ya que al agregar por medio de disyunción el concepto jurisdicción, se entiende que son conceptos desligados y

²⁰⁵ Constitución política del Peru. Artículo 2, Numeral 24, literal f.

²⁰⁶ *Ibidem*. Artículo 31, inciso 2.

²⁰⁷ *Ibidem*. Artículo 54, inciso 4.

que responden a procedimientos distintos y según la concepción moderna del Estado este ejerce soberanía en su territorio, luego la jurisdicción estaría contemplada dentro de este fenómeno en virtud de las normas nacionales o internacionales que aplique un Estado para defender su soberanía.

El Artículo 118 que establece las funciones y deberes del ejecutivo en el numeral 8 indica que este debe “cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales”²⁰⁸

Se observa que las sentencias, principalmente, y las resoluciones siguen siendo la máxima expresión de la función jurisdiccional, tanto que el ejecutivo debe acatarlas.

A pesar de la confusión del concepto vemos que la constitución del peru la entiende como una sola, el artículo 139 dice que son principios y derechos de la función jurisdiccional “la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional”²⁰⁹

Bolivia: Este se podría considerar como el Estado más interesante para analizar el fundamento político de fenómenos como la jurisdicción; esto porque “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”²¹⁰

Se podría decir que desde una óptica socio jurídica Bolivia se constituye como el Estado Latinoamericano más consciente de su idiosincrasia y su compromiso político con la protección de su cultura. En la constitución Boliviana se establecen “garantías jurisdiccionales”²¹¹ las cuales, básicamente, están constituidas por todos los derechos establecidos en dicha constitución, luego la función jurisdiccional debe responder a dicha teleología.

²⁰⁸ *Ibidem*. Artículo 118, numeral 8.

²⁰⁹ *Ibidem*. Artículo 139, numeral 1.

²¹⁰ Constitución política del Estado (de Bolivia), artículo 1.

²¹¹ *Ibidem*, Título IV.

El artículo 120 de dicha constitución es de reveladora manifestación en torno a la buena técnica jurídica. El numeral primero dice “Toda persona tiene derecho a ser oída por una autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial, y no podrá ser juzgada por comisiones especiales ni sometida a otras autoridades jurisdiccionales que las establecidas con anterioridad al hecho de la causa.”²¹² Obsérvese que a la autoridad jurisdiccional se le añade la necesidad de ser competente, luego, al parecer, para esta constitución ambas instituciones son ontológicamente diferentes ergo necesarias. Cuando la constitución indica la posibilidad de que puedan existir otras autoridades jurisdiccionales lo hace con plena coherencia manifestando, implícitamente, que las decisiones políticas pueden determinar la génesis de distintos organismos o instituciones para ejercer función jurisdiccional, luego el fenómeno como se ha venido resaltando sigue siendo uno, pero los actores que lo pueden ejercer varían según el ambiente político social de un momento determinado.

En artículo 122 de la constitución boliviana comete una imprecisión jurídica “Son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de las que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley”.²¹³ Ya se ha explicado que si no hay jurisdicción la conclusión lógico jurídica es la inexistencia y la jurisdicción no emana de la ley, más bien, los argumentos técnicos por medio de los cuales dicha función se materializa son los que emanan de la ley.

El artículo 179 evidencia una de las problemáticas que se han expuesto a lo largo de este trabajo. Dice “la función judicial es única”²¹⁴ (lo cual es cierto porque la función judicial está inmersa dentro de la función jurisdiccional, la cual, dentro del Estado es única, comienza la antitécnica subdivisión de la jurisdicción confundiéndola con las competencias (ordinaria, agroambiental, indígena, entre otros).

Si bien, pues la constitución de Bolivia es hartamente interesante por su intento de integrar la diversidad cultural y propugnar por una identidad nacional fuerte, en el aspecto puramente técnico de la jurisdicción comete diversas imprecisiones

²¹² *Ibidem*, artículo 120, numeral 1.

²¹³ *Ibidem*, artículo 122.

²¹⁴ *Ibidem*, artículo 179, numeral 1.

técnicas, las cuales, en última instancia no afectan su ejercicio, porque entre más garantista y pluricultural sea el derecho más herramientas de argumentación jurídica, sociológica y filosófica tiene el funcionario jurisdiccional.

6. APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Cada vez nos acercamos más al seno de la pregunta que mueve esta investigación y para continuar, antes de evaluar situaciones fácticas puntuales tanto sociales como jurídicas en Colombia, es necesario realizar una breve aproximación al impacto del Estado Constitucional en el ejercicio jurisdiccional.

Como ya se vislumbró en el acápite de lo político del concepto, la constitucionalización del Estado, aparte de inyectar, teóricamente, fuertes componentes filosóficos, morales y sociológicos a las instituciones jurídicas, también ha generado una suerte de caos en las mismas²¹⁵; porque la égida constitucional más que proteger el interés general se ha convertido en el vehículo de reivindicación de los intereses individuales más fuertes, como se intentará evidenciar en la tercera parte de este trabajo.

Sin embargo, desde el punto de vista técnico del ejercicio jurisdiccional encontramos que, poco a poco, las diversas ramas del derecho (incluso aquellas que se desarrollan desde una perspectiva puramente positivista) van cediendo ante la necesidad de incorporar postulados constitucionales, garantistas o democráticos en sus instituciones o fenómenos jurídicos, por esta razón hoy se sostienen tesis como la constitucionalización del derecho privado o público.²¹⁶

La labor del agente jurisdiccional en el Estado Constitucional es de dimensiones faraónicas, porque cada vez es más frecuente encontrarse con el choque irremediable de figuras contrapuestas como la seguridad jurídica versus la libre interpretación jurisdiccional o la legitimidad del constructo jurisdiccional²¹⁷ versus la validez del mismo. Luego la dogmática jurídica como ya se ha venido explicando, en este modelo de Estado, sufre un proceso de transición constante, tanto es, que no sería apresurado concluir que el Estado Constitucional contribuye de forma mediata a la adopción de un sistema jurídico de fuentes menos estáticas

²¹⁵ O mejor, una verdadera subasta de ideologías.

²¹⁶ No es viable profundizar en estos tópicos ya que, en estricto sentido, corresponden a un estudio diferente.

²¹⁷ Acá se hace referencia a las conclusiones del ejercicio jurisdiccional, por ejemplo una sentencia.

pero de argumentos más dinámicos, donde la mayor preponderancia se la lleva la jurisprudencia, la cual encuentra su génesis en la jurisdicción.

Esta “tensión”²¹⁸ constituye la mayor justificación para adentrarse en los casos que han resuelto el ejercicio jurisdiccional o todos aquellos que debería resolver en consonancia con la teleología constitucional vigente. En el Estado Constitucional la jurisdicción se erige como ese baremo jurídico que la temperatura política va regulando, esto parece peligroso y, en efecto, lo es, pero ya se trata de la responsabilidad social con la cual el ejercicio político determine el rumbo.²¹⁹

Ahora, cuando el profesor Martín Agudelo Ramírez argumenta las “bases para un teoría de jurisdicción desde un Estado Social de Derecho”²²⁰ comienza diciendo que “la función jurisdiccional se expresa en un acto por el cual se interviene en la práctica social”²²¹ y luego dice que “es imposible establecer una conexión entre jurisdicción y Estado social de derecho (desde el cual se impone la necesidad de establecer un Ordenamiento soportado en unos criterios de validez material) se parte de unos basamentos desprovistos de directrices axiológicas, como cuando se adoptan ciertas propuestas procesales de la justicia que sean radicales. Por ejemplo desde las tesis sostenidas por Niklas Luhman sería imposible fundar una decisión judicial desde elementos axiológicos, ya que el derecho de legitimidad sólo es el producto de ciertos procedimientos, sin referencia a valores; el carácter vinculante de la decisión emitida por la jurisdicción se basaría exclusivamente en el respeto de las reglas y condiciones propias del procedimiento.”²²² Frente a esto se debe tener en cuenta que la concepción procesalista de la jurisdicción ha sido superada y la constitucionalización del derecho si bien no implica el fundamento de una decisión jurisdiccional basada en “elementos axiológicos” si se constituye en una necesidad de imperativa observancia para el operador jurisdiccional, porque la plenitud del ordenamiento jurídico es consecuencia lógica de la adopción de las garantías constitucionales en los procesos y las demás manifestaciones del ejercicio jurisdiccional. Luego la inclusión de la formula

²¹⁸ En palabras de Habermas. Ver nota 39.

²¹⁹ En la actualidad se logra observar la tensión política en torno al establecimiento de la Jurisdicción Especial para la Paz. Todos los poderes políticos realizan sus respectivas pujas para que en última instancia dicha “competencia especial” sepa bajo que parámetros decir el derecho. Esto constituye un claro ejemplo de cómo los límites de la jurisdicción vienen determinados por decisiones políticas.

²²⁰ AGUDELO RAMIREZ MARTÍN, óp. cit., pág. 123.

²²¹ *Ibidem*. El profesor indica que la idea es el filósofo francés Paul Ricoeur.

²²² *Ibidem*.

“social” al Estado de Derecho permite que “por medio de la jurisdicción se ha de enjuiciar el derecho establecido, de acuerdo con el sistema de fuentes, en consonancia con el principio de plenitud.”²²³

Además Si tomamos incluso como punto de partida la decisión jurisdiccional en un proceso ordinario el cual representa los mayores obstáculos a la evolución constitucional del ejercicio jurisdiccional; se advierte que esta encuentra un fundamento implícito en los elementos axiológicos de la constitución, porque la mayoría de las veces la referencia explícita a los valores solo aparece cuando una parte (procesal) introduce al debate dialéctico procesal la posible vulneración de los mismos; luego como acto, la jurisdicción debe entrar a resolver dicho planteamiento meta-jurídico, sin embargo, en sí, el mismo está justificado per se desde el conjunto normativo filosófico constitucional.

Entonces vemos que desde la teoría ya no resulta viable la resistencia a la apertura de la argumentación jurisdiccional basada en parámetros axiológicos constitucionales, porque son precisamente estos los que buscan regular la fuerte injerencia de los postulados rígidos del Estado de Derecho, en donde el papel del operador jurisdiccional era mediador acrítico entre la exégesis normativa y la sociedad.

²²³ *Ibidem*. Pág. 124.

7. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD Y VALIDEZ JURÍDICA

En consonancia con el acápite anterior ya se lograba vislumbrar uno de los problemas que atrae la constitucionalización del Estado y que los ius positivistas lucharon por prevenir, pero son insoslayables. De momento se intentará realizar un esbozo somero de la tensión que existe en un sistema democrático constitucionalizado cuando se intenta integrar coherentemente con la legitimidad y la validez jurídica y, si no se logra, que por lo menos puedan convivir juntas dentro del sistema jurídico y una realidad política democrática.

Entre el poder o la facultad de decir el derecho existe una relación con la legitimidad de quien ejerce dicho poder y como dice el derecho y, a su vez, con la validez de lo que expresa como conclusión de su acto jurisdiccional. Para poder analizar esto es menesteroso aclarar, en primer lugar, la consistencia y alcance de dicho poder; y en segundo lugar, la validez jurídica que acoraza dicho poder en el mundo fenomenológico.

Digamos, entonces, que “el principio de legitimidad del Estado democrático es la soberanía popular, y a él debe responder todo ejercicio del poder, incluido el poder o la potestad jurisdiccional.”²²⁴ Por esta razón es que se investiga si la jurisdicción en Colombia si responde a los postulados democráticos, sin embargo la discusión de la legitimidad arrastra consigo otros problemas (como el de la justicia) y debe ser abordada si se analiza el ejercicio jurisdiccional contemporáneo sobre todo en una sociedad compleja como la colombiana. En consonancia con el argumento de Saavedra encontramos postulados más recientes en donde ya se plantea una necesidad de “identidad constitucional” por parte de la soberanía popular, la cual se entiende como producto de la constitucionalización del derecho y la transformación jurídica de la vida según los postulados de Habermas. El catedrático Francisco Chaux plantea que “la legitimidad que se deriva del pueblo, asegura uno de los elementos primordiales para la existencia de la democracia constitucional, en el entendido que el pueblo como titular del poder constituyente y soberano, debe identificarse con la Constitución, de tal manera que esta responda a las expectativas jurídicas y políticas de las personas.”²²⁵ Entonces se observa

²²⁴ SAAVEDRA MODESTO, óp., cit. pág. 9.

²²⁵ CHAUX DONADO, FRANCISCO JOSÉ. *Adiós a la constitución. ¿Por qué la constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?* Ed Temis, 2017, Bogotá. Pág. 3.

que la legitimidad de las instituciones políticas y/o estatales encuentra asidero en la soberanía popular, por esta razón se encuentra válido sostener que la función jurisdiccional debe girar en torno esta noción social fundamental en el Estado Social de Derecho.

Surge entonces la necesidad de abordar el concepto de la validez jurídica, porque este se erige como un pilar fundamental en modelos estrictos y puros del derecho y es necesario a la vez, porque la validez jurídica plantea problemáticas puramente ontológicas de las normas jurídicas. Se dice, entonces, que frente a la validez se puede transpolar la teoría de Bobbio así solo la haya desarrollado para la norma jurídica, y esto porque si bien a través del ejercicio jurisdiccional se busca la aplicación de normas jurídicas; en el modelo de Estado Social de Derecho, como se ha venido viendo hay más componentes que hacen parte del ejercicio de decir el derecho y, la mayoría de las veces, la máxima conclusión material del ejercicio jurisdiccional que es una sentencia, se equipara ontológicamente a una norma jurídica. Bobbio dijo entonces que “el problema de la validez es el de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no.”²²⁶ Luego la determinación de la validez de un acto jurisdiccional corresponde exclusivamente al jurista y no importa el análisis axiológico que se haga del mismo, ya que para ser válido solo debe responder a las reglas del procedimiento. Y es en virtud de este planteamiento que surge la tensión entre validez y legitimidad, porque si bien la manifestación puede ser arrojada al mundo fenomenológico observando postulados y procedimientos preestablecidos y legales el contenido puede no ser legítimo y este es el quid de la tensión.

En consonancia con lo anterior se recuerda que el jurista H. L. A. Hart había dicho que solo el jurista puede establecer la validez de lo que él llamó regla de reconocimiento²²⁷, es trabajo del jurista porque la validez se determina desde criterios exclusivamente racionales y empíricos; y, esto se complementa con lo dicho por Bobbio, porque, según él, dentro del ordenamiento jurídico hay generalmente tres requisitos que se deben cumplir para determinar la validez: el

²²⁶ BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial TEMIS, quinta edición, 2016. Pág. 20.

²²⁷ H. L. A. Hart, divide las normas jurídicas en dos tipos: reglas primarias y secundarias; “Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas.” HART, L. A. HERBERT, *El concepto de derecho*. Pág. 101. A su vez el autor subdivide las reglas secundarias en reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación.

primero consiste en que la norma haya sido expedida por quien tiene el poder legítimo para hacerlo; el segundo es que no esté derogada²²⁸; y lo tercero es que no contradiga una norma de jerarquía superior.²²⁹

Lo anterior se trajo a colación, porque el ejercicio jurisdiccional encuentra problemas de legitimidad versus validez, es decir, supóngase que existe norma válida pero en el ejercicio racional de aplicación de la misma se advierte que no es justa o para ser más concretos digamos que no está acorde con la política, principialística y teleología constitucional. El operador jurisdiccional debe, en el Estado Social de Derecho, proveer una solución en contra, incluso, de la validez jurídica del postulado normativo. Se observa entonces que este problema es de vital importancia en este trabajo investigativo, porque como se ha venido expresando el agente jurisdiccional debe expresarse acorde a los postulados constitucionales o en palabras de Saavedra Modesto “el derecho pronunciado por los jueces debe ser, en este sentido, un derecho democrático.”²³⁰ Por esta razón desde ya se esgrime el planteamiento de que el derecho pronunciado, no solo por los jueces sino, mejor, por todos los actores jurisdiccionales debe ser democrático y los problemas que surjan entre validez y legitimidad deben ser superados dándole prevalencia a la legitimidad. Si bien parecería escandaloso lo planteado en términos de seguridad jurídica se debe tener en cuenta que en una sociedad cada vez más dinámica y cada vez más jurídica per se, los postulados jurídicos deben optar por las vertientes menos estáticas pero que a la vez tengan un sustento constitucional y jurídicamente viable.

Además de lo anterior pareciera que se presentara un doble problema de validez porque primera está el de la norma a aplicar y luego el del procedimiento que debe seguir el operador jurisdiccional a la hora de aplicar dicha norma. La legitimidad, entonces, pareciera absorber para sí ambos y la realidad social sería el verdadero juez del proceso de aplicación en donde se puede medir empíricamente la exactitud o la veracidad del derecho.

²²⁸ La derogación es un fenómeno jurídico en virtud del cual una norma entra en vigencia posterior a la anterior y regula la misma materia; por ende, digamos que la primera norma pierde su validez porque la nueva norma la absorbe toda para sí.

²²⁹ BOBBIO, NORBERTO, *óp.*, cit. pág. 20.

²³⁰ SAAVEDRA MODESTO, *óp.*, cit. pág. 9.

8. EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA

La labor investigativa y teórica que de momento se lleva a cabo pareciera concluir su idea en este acápite donde se intentará revivir, decorar o, incluso, para algunos, develar el mayor problema que persigue al operador jurisdiccional comprometido.

El filósofo del derecho Arthur Kaufmann comprendió que “La verdadera filosofía del derecho se dirige hacia el problema del *derecho justo* y con ello finalmente hacia la justicia.”²³¹ Sin embargo el doctrinante alemán entiende que el problema del derecho justo es un “*problema de la veracidad de proposiciones normativas* o bien de su exactitud.”²³² Lo cual en este trabajo se entendió como un problema de validez o legitimidad. De cualquier manera se entiende la importancia del objeto de la verdadera filosofía del derecho, y, de antemano se manifiesta que la posible veracidad de las normas podría ser medida por los niveles de arbitrariedad en un Estado, incluso las escuelas de derecho natural han advertido esto, al respecto dice Del Vecchio que “la escuela del derecho natural ha entendido y pretende esencialmente mantener la *no arbitrariedad* del derecho, o sea la existencia de una relación necesaria entre la substancia intrínseca de las cosas y las respectivas reglas del derecho.”²³³ Luego la justicia se erige como el verdadero baremo de la democracia en la sociedad, se torna casi como un problema propio de lo humano y el problema de lo humano es obligación de sí en un Estado Social de Derecho.

Si bien la justicia representa uno de los mayores problemas del derecho, no se pretende definir que es la justicia, ni mucho menos como tiene que ser el ejercicio jurisdiccional justo en Colombia, porque “la justicia es una institución que interpretamos”,²³⁴ sin embargo como se observó en el acápite anterior representa el ideal más idóneo para analizar el estado actual de la jurisdicción en Colombia, el problema de la justicia se conjuga, de cierto modo, con lo político del concepto y

²³¹ KAUFMANN, ARTHUR. *La filosofía del derecho en la modernidad*. Pág. 40.

²³² *Ibidem*.

²³³ DEL VECCHIO, GIORGIO. *Los principios generales del derecho*. Pág. 93.

²³⁴ DWORKIN RONALD, *El imperio de la justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Pág. 63.

determina su esfera jurídica, porque “el problema de la justicia es el problema de la correspondencia o no de los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico.”²³⁵ Luego como se logra advertir esa idea de lo justo constituye uno de los criterios más relevantes para establecer la legitimidad del ejercicio jurisdiccional o, mejor, de las consecuencias materiales del mismo.

En el campo del derecho han existido sinnúmero de incursiones teórico filosóficas en torno a la justicia, de las cuales solo se mencionarán, someramente, las más relevantes para la filosofía jurídica occidental, porque profundizar en alguna de ellas sería propio de un trabajo investigativo aparte y más extenso:

El profesor y filósofo del derecho Oscar Mejía Quintana realiza en su conferencia del FORUM Divulgación del Conocimiento Socio Jurídico²³⁶ una reconstrucción del concepto de justicia:

Toma como base la ética a Nicómaco de Aristóteles, donde básicamente la justicia equivale a una virtud para garantizar el buen vivir en la Polis y la equidad surge como manifestación del actuar justo y se convierte en el instrumento más idóneo “de corrección del derecho positivo para garantizar el bien común”. Entonces desde el mismo Aristóteles se plantea una suerte desobediencia legítima al derecho injusto y una confrontación al derecho positivo que no sigue ni garantiza el bien común. Posteriormente Tomas de Aquino hizo el planteamiento de que no se puede obedecer una ley injusta.

Se hace, entonces, evidente, como el problema de la justicia siempre ha acompañado al derecho y, en última instancia, al ejercicio jurisdiccional, porque como se observó desde el acápite de la validez la labor jurisdiccional es relativamente sencilla ya que solo debe responder a los lineamientos normativo lógicos preestablecidos; ergo dentro de sociedades que pretenden dejar atrás el modelo del Estado legislativo o liberal el concepto de la justicia se convierte en

²³⁵ BOBBIO NORBERTO, óp. cit. Pág. 19.

²³⁶ FORUM Divulgación del Conocimiento Socio Jurídico: Conferencia por Óscar Mejía Quintana.
<https://www.youtube.com/watch?v=cNxpVhvF0I4>

una suerte de problema argumentativo para el operador jurisdiccional a la hora de realizar su labor.

Es válido anotar que desde John Rawls ya no se habla de la justicia como virtud sino de justicia política. Y esta implica que todos somos iguales ante la ley; la constitución busca favorecer al desfavorecido y, por ende, el operador jurisdiccional debe actuar acorde a esta teleología. Los principios de la justicia, en palabras de Rawls, deben responder, en primera instancia a que: “Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.”²³⁷ Y, en segunda instancia: “Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”.²³⁸

Posterior a Rawls aparece Habermas y su justicia constitucional que utiliza como modelo la sociología reconstructiva. El derecho se vuelve instrumento de cosificación de la vida. En virtud del fenómeno político jurídico del Estado Social de Derecho se constitucionaliza la vida, se vuelve jurídica; por esta razón los operadores jurisdiccionales deben ser interpretes jurídicos e intérpretes de la realidad socio política; porque el fundamento de su función pertenece a un conglomerado de normas, valores y principios producto de una filosofía incluyente y democrática. Si bien la amplitud y la posible dificultad que este planteamiento puede incluir a la técnica argumentativa del operador jurisdiccional se debe tener en cuenta que “toda decisión jurisdiccional puede ser fundada en derecho, imperativo mismo de la seguridad jurídica; aunque éste soporte ha de estar siempre medido por la justicia.”²³⁹ Siguiendo este planteamiento se hace necesario aterrizar un poco la justicia en el modelo de Estado que se analiza en este trabajo investigativo, porque “la teoría de un Estado constitucional democrático es una teoría de la justicia tanto material como procesalmente. La realización de esta teoría en el orden jurídico constitucional de un Estado concreto significa el intento de incorporar en el derecho positivo de este Estado instituciones y procedimientos

²³⁷ RAWLS JOHN. *Teoría de la justicia*, sexta reimpresión 2006, trad. De María Dolores González. Pág. 67.

²³⁸ *Ibidem*, pág. 68.

²³⁹ AGUDELO RAMIREZ MARTÍN, *óp. cit.* Pág. 124.

que ofrezcan la mayor garantía posible contra la injusticia.”²⁴⁰ Sin embargo la realidad colombiana es de manifiesta contradicción con los planteamientos de justicia, porque la justicia parece, pues, una empresa especuladora secuestrada por los saqueadores de la democracia o los abusadores de las estadísticas. La bolsa de valores jurídicos alcanza verdaderas nociones y suplementos representables en una hipotética realidad, ergo los acercamientos autocomprensivos, unilaterales e individualistas erigen el verdadero objeto económico de esta empresa. En virtud de este desolador panorama es que el operador jurisdiccional debe superar los planteamientos normativos abiertamente injustos y debe aplicar un derecho democrático.

²⁴⁰ DREIER RALF. *Derecho y justicia*. Pág. 38

Conclusiones

Desde una perspectiva puramente teórica en Colombia todavía se asimila la jurisdicción a la competencia o la circunscripción, sin embargo, este problema ha sido superado desde el estudio del derecho procesal, pero se ha caído en otros errores ya sean: primero atribuir la jurisdicción solo a los jueces como un presupuesto exclusivamente procesal o; segundo encuadrar el estudio y análisis de la jurisdicción como algo ajeno al derecho procesal porque se trata de un concepto político que no puede contaminar la ciencia del derecho positivo. Sin embargo se ha demostrado que el trasfondo político es de inusitada relevancia en torno al concepto y por eso se aventura la siguiente definición del mismo: la jurisdicción sería el acto político en su fundamento de ser jurídico en su continuidad de ser por medio del cual se conjugan los postulados del ordenamiento jurídico con la demanda o la necesidad jurídica de la sociedad y como resultado de dicho acto surge la evidencia empírica de la aplicación del derecho.

Como se expuso de manera superficial en este capítulo hay fenómenos de transformación sociopolíticos que repercuten directamente en el derecho y lo obligan a adaptarse adquiriendo matices más amplios e interdisciplinarios. La expresión del fenómeno de la constitucionalización del derecho ha impreso nuevas tendencias vinculantes y democráticas en el ejercicio jurisdiccional; por eso resulta válido indicar que uno de los aspectos más jurídicamente relevantes que encontramos consiste en la democratización de las instituciones jurídicas por medio de la constitución política de 1991 y con la aceptación y aprehensión de este fenómeno es que se erigen los lineamientos para ejercer la función jurisdiccional acorde a la teleología constitucional vigente.

Hemos aprendido que la jurisdicción como entidad abstracta no representa importancia más allá de una tentativa gaseosa, porque es el operador jurisdiccional quien tomando conciencia de sí es quien representa el verdadero valor de su función en torno a un ambiente social en constante cambio y pugna ideológica y política. Entonces es en virtud del rescate de conceptos como democracia o justicia en donde la relevancia teórica y práctica de la función jurisdiccional adquiere matices aplicables a la realidad. Se observa, como, por ejemplo, el problema de la justicia que sirve de vehículo entre la legitimidad y la

validez del ejercicio jurisdiccional se debe entender como un constructo socio político histórico y dinámico cuya certeza se ve reflejada constantemente en la eficiencia y fortaleza de las instituciones jurídicas y democráticas del Estado y son, en última instancia, el reflejo de la coherencia de las instituciones con la constitución.

No obstante lo anterior, la continuidad de esquemas y teorías superadas en contextos democráticos, representan un constante peligro para la naturaleza funcional de conceptos como la jurisdicción; porque se presenta un apalancamiento teórico de la institución pero el impacto social es nulo y se presta para el constante abuso estadístico del poder. La insistencia en defender un modelo anacrónico como el Estado de Derecho, la inviolabilidad de la seguridad jurídica, el sacramental imperio de la ley; se erigen como modelos de aplicación jurídica que deben ser superados, porque la evolución de los dogmas sociales y políticos debe encontrar un acomodamiento mediato en el seno de las instituciones jurídicas.

Aunado a lo anterior se advierte la necesidad de una reestructuración real en las instituciones “jurisdiccionales” del Estado (por no advertir una total) porque más allá de la ingente masa de teoría en favor de la evolución del concepto, aparece el infranqueable muro de la burocracia política la cual no permite el desarrollo de las instituciones. Se manifestó como desde la antigüedad se han elaborado teorías en torno a la justicia e, incluso, hoy, se habla de la constitucionalización de la vida y con esto la aparición de valores supremos como la justicia y la libertad en el seno de la vida misma; pero no se advierten avances significativos en la realidad. Entonces la necesidad y la responsabilidad social de quien indague por fenómenos jurídico políticos de tan alta relevancia para el desarrollo de la comunidad evidencia la constante “lucha por el derecho” que se debe llevar a cabo; la necesidad de confrontar el ejercicio jurisdiccional con los postulados constitucionales se erige como un responsabilidad del jurista contemporáneo. El verdadero jurista debe, entonces, superar la norma mientras que los técnicos del derecho deben ocupar el lugar que les pertenece y no entorpecer la evolución inevitable de la ciencia jurídica.

La responsabilidad social del profesional jurídico debe girar en torno a un pilar fundamental llamado la imparcialidad. En teoría es una cualidad fundamental que

debe regir la actuación del operador jurisdiccional, pero en la realidad hay muchos factores de idiosincrasia, cultura, traumas, preferencias políticas que contaminan este tópico y desembocan en lo que se ha intentado esbozar como “mala fe jurisdiccional”. Por eso podría ser válido plantearse la posibilidad de que la comunidad, en virtud de un mecanismo democrático, pueda revertir las manifestaciones jurisdiccionales abiertamente polarizadas y ajenas al bien común que plantea la constitución. Sin embargo esto debe ser decantado a fondo, porque implica un importante avance en la educación y el ejercicio serio de la política.

CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DEL ESTADO ACTUAL DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DENTRO DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO

1. Introducción al deber ser de la función jurisdiccional en el Estado Social de Derecho

Dentro del amplio y complicado estudio de la jurisdicción es inevitable aterrizar en el seno de los pronunciamientos de las altas cortes, porque dentro de las sociedades polarizadas e históricamente en conflicto es casi necesidad vital saber, escuchar o conocer lo que dicen los poderosos. En Colombia, entonces, es menester acercarse a la forma de “decir el derecho” del tribunal constitucional (y las altas cortes) o, como se conoce en el país, de la Corte Constitucional, porque es esta institución quien ha intentado ejercer la función jurisdiccional en un ámbito más amplio y “cercano” al modelo ideal del Estado Social de Derecho en conjunción con la sociedad compleja colombiana; como bien lo resalta el autor Oscar Mejía Quintana “el rol de los tribunales constitucionales es hoy, más que nunca, decisivo para la estabilidad de las sociedades complejas o en conflicto. Lo es porque representa el nivel más alto de justicia al que puede aspirar cualquier sociedad contemporánea, necesariamente fragmentada en una multiplicidad de minorías y en una relación de tensión con mayorías coyunturales o estables, de carácter étnico, social o político.”²⁴¹ Debe tenerse en cuenta que dicha aspiración a altos niveles de justicia responde más a la correlación de la jerarquía de la corte que a realidades predicables por la percepción social, ya que en última instancia corresponde a la sociedad establecer el nivel de legitimidad de los pronunciamientos o decisiones jurídicas. Ahora, digamos que la apreciación del autor mencionado es reveladora y de incalculable valor, porque, si bien en Colombia después del establecimiento del modelo de Estado Social de Derecho la corte constitucional se estableció como la guardiana de la carta²⁴², lo cual implica un verdadero ejercicio jurisdiccional, no siempre se logra la tarea de armonizar la visión y la misión establecida por el constituyente con la diversidad cultural, social y política que se encuentra presente en el territorio colombiano; luego siendo la

²⁴¹ QUINTANA MEJÍA OSCAR, *ibídem.* Pág. 235.

²⁴² El **artículo 241** de la constitución política colombiana de 1991 establece que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

sociedad colombiana una compleja y en histórico conflicto, estas altas cortes como máximos representantes del nivel de “justicia” al que puede aspirar una sociedad “organizada” cuentan con una función que excede la que está escrita en la constitución o en las diversas leyes estatutarias; funciones, las cuales, también son extensivas a todos los actores jurisdiccionales del territorio nacional y no exclusivas del tribunal constitucional o las altas cortes, porque “los jueces deben ejercer la revisión judicial no porque ello sea algo exclusivo y excluyente de la actividad judicial, sino por al hacerlo obran como agentes del pueblo, la revisión judicial debe y tiene que ser entonces no un acto ordinario de interpretación legal, sino otra de las instancias de resistencia popular.”²⁴³ Y más allá de la revisión judicial esta máxima debe ser extensiva a todo lo que implica la función jurisdiccional, es decir, el acto en sí de decir el derecho válidamente y de forma vinculante debe ser realizado por verdaderos agentes del pueblo y no del poder político, económico o social de turno. El actor jurisdiccional lo es en función del pueblo, por eso, más allá de particularidades como la revisión judicial esta actividad se hace extensiva a todos los ámbitos de administración de justicia o de aplicación del derecho.

Ahora, obsérvese que después de la promulgación de la constitución política de 1991 no tardo mucho la corte constitucional en explicar los alcances de la función jurisdiccional dentro del nuevo modelo estatal adoptado. Modelo el cual después de una década de ser introducido sigue pareciendo más una virtud ortopédica añadida o una “muletilla retórica” que una realidad con “consecuencias jurídicas, políticas y sociales”²⁴⁴ salvo algunos casos aislados. Sin embargo, digamos, por ahora, que el propósito de este capítulo es plasmar la reacción jurisdiccional al nuevo modelo, ya las conclusiones de su estado actual responderían a conceptos más subjetivos, los cuales, posteriormente, podrán ser abordados.

Para quienes estudian el derecho resulta evidente que la mejor manifestación del ejercicio jurisdiccional de las altas cortes para desarrollar el concepto y alcance de la jurisdicción en el nuevo modelo de Estado sería la sentencia T406 de 1992: primero por su cercanía en el tiempo a la promulgación de la constitución política de 1991; y segundo por el cuidadoso y extensivo análisis que realiza la corte

²⁴³J. Iredell, magistrado de la corte norteamericana, citado por Ricardo Sanín Restrepo en Teoría Crítica Constitucional pág. 90.

²⁴⁴ T 406 de 1992

constitucional del ejercicio jurisdiccional dentro de los nuevos parámetros constitucionales, políticos, sociales y jurídicos.

En la sentencia T406 de 1992 la corte constitucional realiza un juicioso y revelador pronunciamiento sobre la base del nuevo modelo de Estado, el papel del juez constitucional, los valores y principios constitucionales, los derechos fundamentales, entre otros. Lo más resaltable de esta sentencia hito de la corte consiste en que dicha manifestación jurisdiccional surgió en virtud de una problemática cotidiana relativamente propia de países con fallas estructurales en su desarrollo, infraestructura e instituciones como Colombia, lo cual no fue óbice para que la corte constitucional esgrimiera un trabajo amplio sobre el nuevo modelo político-jurídico pretendido por el constituyente de 1991.

Los hechos de la mencionada sentencia fueron, a grandes rasgos los siguientes: “Las Empresas Públicas de Cartagena iniciaron en 1991 la construcción del servicio de alcantarillado para el barrio Vista Hermosa de esa ciudad. Transcurrido un año y sin haber terminado su construcción fue puesto en funcionamiento, hecho este que ha producido el desbordamiento de aguas negras por los registros, ocasionando olores nauseabundos y contaminantes de la atmósfera de los residentes tanto del barrio en mención como del Campestre, ubicado a pocos metros de aquél.”²⁴⁵

Esta sentencia constituye uno de los más claros ejemplos como la función jurisdiccional democrática del Estado Social de Derecho puede modificar la realidad en virtud de los valores y principios constitucionales más allá de la extrema legalidad de los jueces; esto porque la demanda fue presentada inicialmente ante el tribunal administrativo de Bolívar el cual, entre otros, pidió un informe detallado de la construcción del alcantarillado al gerente general de las empresas públicas municipales de Cartagena, el cual no fue atendido; y luego realizó, el tribunal, una inspección judicial donde pudo constatar la problemática con el desbordamiento de aguas negras, sin embargo, a pesar de hacerse evidente la problemática la decisión, fundada en la extrema legalidad o, digamos, en el modelo del Estado de Derecho no accedió a la petición de la parte actora porque “La acción de tutela sólo es procedente para la protección inmediata de los

²⁴⁵ *Ibidem*.

derechos constitucionales fundamentales, que son los señalados expresamente en la Constitución Título II, Capítulo I."²⁴⁶, además la parte actora había citado la vulneración del artículo 88 de la constitución política pero el tribunal dijo que este no estaba expresamente señalado como derecho fundamental y por esta razón no podía acceder a las pretensiones. La decisión del tribunal fue enviada a revisión a la Corte Constitucional, la cual basándose en el nuevo modelo de Estado realizó un análisis diferente y actuó como verdadero agente del pueblo.

La corte comienza sus consideraciones resaltando el concepto "social" el cual "no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado."²⁴⁷, sino que la virtud de este nuevo concepto en el modelo de Estado contempla en su seno consecuencias jurídicas, políticas y sociales las cuales deben ser inherentes al ejercicio jurisdiccional, al juez constitucional y al derecho. La corte resalta el surgimiento del Estado democrático constitucional como una respuesta Jurídica y política a la actividad interventora del Estado, en la cual se agregan nuevos derechos y valores propios de la segunda y tercera generación²⁴⁸, luego vemos como desde el desarrollo histórico de la sociedad se toman decisiones políticas que fundamentan el ejercicio de las instituciones jurídicas, los límites de la sociedad, entre otros; e intentan obligar a los poderes estatales a forjar una armonía entre los valores y principios alcanzados con las instituciones. El cambio más resaltable que menciona la corte y que a la vez es uno de los pilares más importantes de esta investigación es la pérdida del extremo legalismo del Estado de derecho, al respecto la corte dice que la "pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos"²⁴⁹ constituye un concepto clave en la transformación cualitativa en el Estado social de derecho. Frente a este proceso de transición de legalidad hacia justicia material la corte esgrime otros argumentos y otro de vital importancia es la necesidad de conciliar o mejorar la comunicación entre el derecho y la sociedad (aspecto importante de la función jurisdiccional) ante lo cual

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ Los derechos de segunda generación son derechos económicos, sociales y culturales y como fueron reconocidos después de los derechos civiles y políticos por eso reciben este nombre. Los derechos de tercera generación son derechos del pueblo o de solidaridad, conocidos también como derechos de cooperación entre los pueblos y por eso abarcan valores como la paz, el desarrollo y el medio ambiente.

²⁴⁹ T 402 de 1991.

la corte dice “En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica”²⁵⁰. La corte advierte en este aspecto que elevar el valor de la Justicia puede desencadenar un detrimento de lo que se conoce como seguridad jurídica²⁵¹ sin embargo abandonando el viejo modelo del Estado de Derecho la apuesta se encuentra justamente en esta tensión “en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley.”²⁵²

Otro aspecto frente al cual hace hincapié la corte es la nueva virtud ontológica del Estado social de derecho, porque el concepto “social” no podría ser entendido como una cualidad del Estado sino como parte de su propio ser, es decir, el Estado en-sí es social y dicho esto se debe entender que la función jurisdiccional no solo se debe central en la aplicación del derecho sino en la defensa de los presupuestos constitucionales, en síntesis la labor jurisdiccional adquiere una cualidad proactiva más allá de la reactiva del Estado de Derecho, ahora, es evidente que esto no solo atañe a la función jurisdiccional sino a todos los organismos de Estado y a la sociedad, esto lo sintetiza la Corte diciendo que “la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ La seguridad jurídica es un principio del derecho en virtud del cual el individuo obtiene certeza por parte del Estado de que sus derechos y bienes no serán vulnerados por el ejercicio de la actividad estatal sin fundamento en normas vigentes.

²⁵² T 402 de 1991.

organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”²⁵³, luego es importante volver a resaltar que la función jurisdiccional, principalmente, no se puede seguir viendo reducida a la extrema legalidad y, por otro lado, la virtud de ir más allá del texto legal no puede ser concebida como una atribución propia de las altas cortes sino una condición propia a todas las personas que ejerzan la jurisdicción, porque es el nuevo modelo de Estado el cual desde su concepción ontológica y su visión fenomenológica el que faculta a quien ejerce jurisdicción a imponer el imperio de la justicia material sobre el imperio de la ley formal.

De la constitución de 1991 lo que hace la función jurisdiccional distinta a antiguo modelo liberal es la consagración de los principios y valores²⁵⁴ constitucionales, luego es desde la misma constitución, desde esa decisión política que se desprende el rol amplio del funcionario jurisdiccional, al respecto dice que la corte que “Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.”²⁵⁵ Y es por esto que, principalmente, los jueces en el Estado social de derecho están llamados al ejercicio jurisdiccional proactivo y con enfoque en la materialización de los valores y principios establecidos por la carta constitucional de 1991.

Antes de resaltar grandes ejemplos de este nuevo enfoque jurisdiccional social, es menester finalizar el análisis de la sentencia T 406 de 1992, porque esta se puede considerar como la base de la función jurisdiccional en el nuevo modelo de

²⁵³ *Ibíd.*

²⁵⁴ Al respecto la corte explica cómo se deben entender los valores y su diferencia con los principios. Dice que “Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial.” Además establece la diferencia diciendo que es principalmente de “eficacia”, dice que los principios tienen una mayor eficacia “y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata” mientras que los valores solo poseen una eficacia indirecta y “sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales.”

²⁵⁵ T 402 DE 1991.

Estado. Entonces, ¿por qué después de la constitución de 1991 el actor jurisdiccional adquiere un rol de capital importancia dentro del nuevo modelo de Estado?

En primer lugar porque hay un aumento de “complejidad fáctica y jurídica” que termina agotando la capacidad de la ley de abarcar todos los supuestos y la respuesta lógico jurídica a los mismos.

En segundo lugar porque la actividad reguladora del Estado, es decir, la actividad legislativa, la que crea las leyes en una sociedad democrática y constitucional debe ir acompañada de un control jurisdiccional constitucional. Esto porque desde el desarrollo histórico del Estado siempre se ha buscado el equilibrio de los poderes²⁵⁶ y es en el nuevo modelo de Estado donde “Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo.”²⁵⁷

En tercer lugar surge la problemática de la aplicación efectiva de los derechos fundamentales, porque en el modelo anterior del Estado de Derecho el dilema era definir cuáles eran y en torno a esto establecer un listado de los llamados derechos fundamentales; ahora en el nuevo modelo el actor jurisdiccional enfrenta el problema de la aplicación efectiva de los derechos fundamentales y frente a esto visualizó la Corte Constitucional en la sentencia que se estudia argumentando que hay “una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales.”²⁵⁸

²⁵⁶ Ejecutivo, judicial y legislativo.

²⁵⁷ T 402 de 1991.

²⁵⁸ *Ibidem*. Para la correcta y efectiva aplicación de los derechos fundamentales la corte estableció dos grandes bloques: primero los requisitos esenciales y segundo los criterios de distinción. En el primer bloque esta la conexidad directa con principios que estable que todos los derechos fundamentales deben surgir directamente de un principio constitucional. Esta la eficacia directa, es decir, debe ser la aplicación directa del texto constitucional sin que medie una norma. Y finalmente

En cuarto y último lugar surge el argumento más fuerte el cual combina la falta de intervención del poder legislativo o la ausencia de norma para el caso específico con la justicia distributiva. En este punto es válido anotar que como ya se ha venido diciendo hay situaciones específicas donde no hay norma aplicable pero si un derecho en riesgo de vulneración y es acá donde la función jurisdiccional surge, dentro del modelo constitucional democrático, como esa verdadera agente del pueblo. En la sentencia mencionada y partiendo de los hechos relatados arriba con el problema del alcantarillado surgió un problema en torno a los derechos de segunda generación porque “La mayoría de los derechos en referencia implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Con base en esto, se sostiene que los enunciados constitucionales que recogen tales derechos no pueden ser objeto de decisiones judiciales hasta tanto el Congreso no haya expedido la legislación necesaria para aplicarlos; de lo contrario, se dice, el juez estaría ocupando terrenos que no le corresponden de acuerdo con la doctrina de la separación de los poderes. Esta fue la solución que la doctrina colombiana e internacional dio al asunto mencionado, a la luz de los postulados del estado de derecho liberal clásico. Sin embargo, los nuevos postulados del Estado social y las nuevas relaciones jurídicas derivadas del Estado bienestar imponen un cuestionamiento de esta solución.”²⁵⁹ Frente a esto la corte aplicando justicia distributiva decidió tutelar el derecho al servicio de alcantarillado, porque la no

el contenido esencial que el núcleo inmodificable de los derechos fundamentales. En la mencionada sentencia la corte dice que “El concepto de "contenido esencial" es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan.”

En el segundo bloque están los criterios de distinción analíticos y los fácticos. Los primeros establecen la consagración expresa, la reemisión expresa, la conexidad directa con derechos expresamente consagrados y el carácter de derecho inherente a la persona; en los segundos, es decir, los fácticos se habla de la importancia del hecho y frente a este último aspecto la corte hace énfasis en el seno mismo de la función jurisdiccional diciendo que “los jueces y la Corte cuentan, para su interpretación, por un lado, con el texto constitucional, con el catálogo de valores que se desprende de los principios constitucionales y que alimenta toda el saber del constitucionalismo occidental y de la doctrina sobre el Estado social de derecho, y por el otro con una realidad social colmada de dificultades económicas, atropellos y violaciones a los derechos humanos y con unas instituciones venidas a menos en su capacidad reguladora.” Y a partir de esto es que el actor jurisdiccional debe realizar una interpretación razonable en la aplicación del derecho fundamental y desde acá decimos, de una vez, del derecho en general donde se armonice la realidad compleja de Colombia con los postulados constitucionales.

²⁵⁹ *Ibidem*. Obsérvese como comienza a surgir tensión por la falta de regulación normativa y la necesidad de solucionar un problema social y real.

protección del mismo estaba resultando en un evidente riesgo para la comunidad y la evidente vulneración de derechos fundamentales los cuales según la corte eran “los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos)”²⁶⁰

Como se logra ver por todos los argumentos expuestos después de la promulgación de la constitución de 1991, la sentencia T 402 de 1992 surge como la máxima expresión de función jurisdiccional en favor del pueblo y a la vez como los mejores fundamentos teóricos para el ejercicio adecuado de esta función dentro del nuevo modelo de Estado. Lo expuesto entonces por la corte parece de relativa sencillez, de hecho, a partir de postulados teóricos incluyentes y acordes con la visión y la teleología constitucional realizó una labor evidenciable empíricamente. Veamos entonces que ha pasado.

²⁶⁰ *Ibidem*.

2. Función jurisdiccional constitucional democrática frente a la tensión constitucional del imperio de la ley

Como ya se vio el actor jurisdiccional debe estar al servicio de la realidad social más allá de los posibles vacíos legales o, incluso, de una posible exégesis normativa inaplicable; lo cual tiene un sustento constitucional evidente, porque el artículo 113 de la carta magna dejó claros lineamientos para el trabajo armónico de los poderes del Estado.²⁶¹ Si bien esto puede generar una serie de tensiones dogmático teóricas entre principios como la seguridad jurídica y la plenitud del ordenamiento jurídico o la necesidad de aplicar los principios y mandatos constitucionales frente a los intereses políticos e individuales elevados a norma²⁶²; la primacía de la realidad y su inmediata relación con el derecho implican el mayor fundamento para la evolución de la función jurisdiccional en el seno del Estado Social de Derecho. Se ha dicho que la función jurisdiccional da la sensación de adquirir matices del poder legislativo pero esto es porque la realidad desborda la norma y el juez constitucional, principalmente, o el operador jurisdiccional, deben proveer una solución apelando, si es necesario, a la plenitud del ordenamiento jurídico y a la necesidad de construir justicia material aterrizando la visión consignada en la carta magna de 1991 en situaciones evidenciables empíricamente.

En virtud de lo expuesto se trae a colación uno de los mayores ejemplos que de cierto modo han desarrollado la evolución del ejercicio jurisdiccional en Colombia: En sede de competencia administrativa y civil principalmente se ha venido generando una problemática que los jueces deben solucionar basados en sus propias creaciones jurisprudenciales. El problema ha surgido principalmente del artículo 90 de la constitución para la primera competencia y de los daños propios que los particulares ocasionan a otros en la segunda competencia, porque, por ejemplo, en virtud de las normas consagradas en las diferentes disciplinas jurídicas²⁶³ los ciudadanos pretenden el resarcimiento de los daños que sufren.

²⁶¹ Se deja claro que la separación de poderes no puede ser entendida desde una perspectiva absoluta. En un Estado Social de Derecho, las ramas del poder público deben realizar sus funciones armónicamente y con la primacía del interés general y la defensa de la visión constitucional vigente como fundamento de la injerencia y vigilancia de funciones.

²⁶² Esta cuestión constituiría un importantísimo y revelador trabajo investigativo, ya que sería interesante evidenciar esas normas vigentes cuya función principal consiste en velar por la protección de ciertos intereses individuales y/o privados.

²⁶³ Artículo 90 de la constitución política de 1991 establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la

Frente a esto se podría decir, de primer intento, que las normas jurídicas se han quedado cortas y la función jurisdiccional ha tenido que regular las materias. Sin embargo obsérvese, a modo aproximativo, el tratamiento jurisdiccional del asunto: En la competencia administrativa el problema del resarcimiento de perjuicios estaba perdido en una cantidad de sentencias más que en normas y por eso el Consejo de Estado tuvo que establecer una línea jurisprudencial, por ejemplo, para los perjuicios inmateriales en el “Documento final aprobado mediante acta del 28 de Agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales.” En este documento el Consejo de Estado dijo que solo se reconocían tres tipos de perjuicios inmateriales²⁶⁴ y estableció los toques monetarios para indemnizar cada perjuicio, para quienes aplicaban y como se probaban.

Con fundamento en esta tentativa de unificar jurisprudencia y darle un rumbo, con matices de seguridad jurídica, se logra observar la función armonizadora del ejercicio jurisdiccional cuya única finalidad pareciera subsanar vacíos legales y establecer una suerte de parámetros vinculantes para los demás operadores jurisdiccionales y las personas inmersas en dicha realidad jurídica. Se puede concluir entonces que organizar el rumbo temático de un realidad jurídica puede considerarse un avance pragmático y jurídico valioso, pero se debe tener en cuenta que el problema de estas sentencias del Consejo de Estado es que dan la impresión de responder más a una decisión político económica que a una verdaderamente justa, porque en teoría desde la normativa procesal colombiana se deben reconocer todos los daños, ya que es el mismo CGP el que en el art. 283²⁶⁵ hace un llamado a la reparación integral, por esta razón, lo ideal fuera que el daño se observara ontológicamente, en la realidad, en el deterioro total que sufre la víctima para poder dar cumplimiento a este principio de reparación

omisión de las autoridades públicas”. Este artículo constituye el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado. En el ámbito del derecho privado el fundamento normativo lo establece el artículo 2341 del código civil colombiano que establece lo siguiente: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.” El artículo 94 del código penal colombiano (ley 599 de 2000) regula, también, la reparación de los daños y dice “La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.”

²⁶⁴ Perjuicio moral, la afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente amparados y daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

²⁶⁵ Código general del proceso (ley 1564 de 2012) en el artículo 283 en su último inciso dice que “En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

integral. Luego, en teoría, se pueden reconocer todos los daños, ya lo que implique el procedimiento en la reclamación y las decisiones judiciales son temas aparte los cuales se separan, en ocasiones, del mencionado principio. Pero la otra cara de la moneda pone de manifiesto un avance en torno a lo que se podría denominar responsabilidad jurisdiccional ya que son los jueces lo que deben armonizar las normas con la constitución, ya es el desarrollo posterior y la evolución de los fallos en donde se debe buscar el perfeccionamiento de los mismos. La Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, ha reconocido otras tipologías de daño observables empíricamente y les ha asignado un monto económico con la finalidad, evidente, de resarcir dicho daño, como ha sido el caso del reconocimiento “por alteración de las condiciones de existencia relacional o daño a la vida de relación.”²⁶⁶

Se observa, pues, que en Colombia, debido al estado actual de la legislación, o de su común interpretación y aplicación y la jurisprudencia no se piden todos los perjuicios en un proceso y esto se debe a que son el medio de control, la acción o el mismo procedimiento los que determinan los perjuicios que se pueden solicitar; es decir, no es la víctima ni el perjuicio ontológicamente visto los que establecen y fundamentan una posible solicitud del mismo, sino, como se dijo, la instancia y/o el medio por los cuales se lleve la petición o pretensión de reparación y esto es precisamente lo que debe ser mejorado en cuanto a este tópico y si la voluntad legislativa ya plasmó la reparación integral no se encuentra óbice para que en sede jurisdiccional se reconozcan perjuicios reales y que se puedan probar.

Ahora, la respuesta ante la cuestión de que cualesquier juez pueda reconocer perjuicios inmateriales, pende de un hilo de incertidumbre, porque, jurídicamente y en teoría, el llamado de la legislación es hacer una reparación integral del daño y, por ende, en cualquier proceso en cuyo trasfondo haya un perjuicio inmaterial este debe ser reconocido si fue pedido en la demanda y probado en el desarrollo de la actuación procesal.

Basados, entonces, tanto en el llamado del artículo 283 del código general del proceso, como en los argumentos establecidos para la función jurisdiccional en la sentencia T 406 de 1992, en todos los procesos el actor jurisdiccional debe basar

²⁶⁶ Corte Suprema de Justicia. SC2107-2018. M. P.: Luis Armando Tolosa Villabona.

su sentencia frente a los perjuicios en un análisis más amplio y democrático, concediendo el resarcimiento de todos los daños que se presentan en la realidad más allá de decisiones político económicas que solo buscan, sobre todo en competencia administrativa, salvaguardar el erario público por encima de los atropellos estatales. Obsérvese, a modo de refuerzo constitucional del tema, como en la sentencia C 344 de 2017 la misma Corte Constitucional declara la asequibilidad condicional de “los daños materiales y morales” mencionados en el artículo 94 del código penal Colombiano “en el entendido de que las categorías de perjuicios allí indicadas son meramente indicativas y no excluyen la reparación integral de todos los perjuicios tanto materiales, como inmateriales, que hayan sido causados a las víctimas como consecuencia del delito y resulten debidamente probados.”²⁶⁷

Aparte del tema de resarcimiento de los perjuicios, los cuales acá, porque no son el tema de investigación, se han tratado de manera somera e ilustrativa hay muchas normas que, en la actualidad, hacen manifiesta la tensión entre la función jurisdiccional y el poder político económico que se hace palpable en algunas normas. Por ejemplo el artículo 384 del código general del proceso de restitución de inmueble arrendado establece que el demandado no será oído en el proceso sino demuestra el pago de los cánones de arrendamiento y los demás conceptos por los cuales el demandante lo haya llamado a comparecer en el proceso.²⁶⁸ Esta norma, evidentemente, se constituye como una vulneración del debido proceso, porque frente al derecho a ser oído dijo la corte constitucional que “el carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino, también el

²⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia c 344 de 2017. M. P: Alejandro Linares Cuello.

²⁶⁸ El sexto inciso del mencionado artículo menciona que “Si la demanda se fundamenta en falta de pago de la renta o de servicios públicos, cuotas de administración u otros conceptos a que esté obligado el demandado en virtud del contrato, este no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones y los demás conceptos adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador, correspondientes a los tres (3) últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, a favor de aquel.”

respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver”²⁶⁹, además el artículo 8 numeral 1 de la convención americana sobre derechos humanos dice que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”²⁷⁰

Teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales, normativos y la visión constitucional, es válido entra a analizar si decir del derecho como manifestación de un ejercicio democrático esta clase de normas pueden dejar de ser aplicadas en un proceso judicial, porque si bien está claro que la norma existe por decisión político económica la cual solo buscaba celeridad y eficacia en un proceso de restitución de inmueble arrendado esto no se puede lograr a costa del debido proceso y de garantías internacionales de derechos humanos.

Pareciera, entonces, que los sustentos teóricos están dados para que la respuesta a la no aplicación de ciertas normas sea positiva, sin embargo a la sumatoria de dilemas jurisdiccionales ante los que se puede encontrar un operador jurisdiccional se adhiere el artículo 230²⁷¹ de la constitución política de Colombia el cual catedrático Modesto dice que entre la dogmática jurídica y la crítica del derecho hay una distancia que parece insalvable para los jueces y se pregunta si ¿Pueden los jueces criticar el derecho en el contexto de su función jurisdiccional? ²⁷²

Esta discusión es de inusitada actualidad en el panorama jurisdiccional colombiano actual, porque hay una cantidad considerable de personalidades que sostienen y aparentan la lucha por el Estado de Derecho, pero téngase en cuenta

²⁶⁹ Corte constitucional, T 516 de 1992. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz.

²⁷⁰ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Ratificada por Colombia el 28 de Mayo de 1973.

²⁷¹ Artículo 230 de la constitución política de Colombia establece que: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

²⁷² SAAVEDRA MODESTO, óp., cit. pág. 94.

que el papel del operador jurisdiccional en este modelo de Estado es de mediación entre el legislador y el ciudadano²⁷³ y esta postura de mediación se puede articular con el sometimiento al imperio de la ley, los cuales se imponen como “dogmas incuestionables”²⁷⁴, sin embargo la adopción constitucional de criterios auxiliares han posibilitado, de cierto modo, la apertura del panorama interpretación jurisdiccional.

Respecto al controversial imperio de la ley la corte constitucional a grandes rasgos tuvo dos grandes momentos al respecto: el primero en 2011 con la sentencia C 634 y el segundo en 2015 con la sentencia C 284.

En la primera sentencia se encuentra una posición armonizadora del ordenamiento jurídico y la corte realiza una interpretación integradora entre el mandato legal particular con derechos, valores y principios constitucionales, al respecto entonces que “una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”²⁷⁵ Y en concordancia con el cuestionamiento planteado se observa que el operador jurisdiccional no está facultado constitucionalmente para apartarse arbitrariamente del precedente jurisprudencial ni de la ley o el derecho en general. La corte constitucional, en esta sentencia, realiza un aporte valioso para la actividad jurisdiccional ya que “el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso.”²⁷⁶ Con esto se introduce la labor argumentativa y armonizadora que debe llevar a cabo el operador jurisdiccional en los diferentes casos y eso se debe entender como una aplicación directa del criterio de la equidad mencionado por la constitución.

²⁷³ *Ibidem*. Pág. 95.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C634 de 2011. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷⁶ *Ibidem*,

Ahora en la sentencia C 284 de 2015 revive la protección a la seguridad jurídica toda vez que la corte lo asocia con el principio de igualdad y dice “que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso”.²⁷⁷ Sin embargo lo que parece un retroceso es simplemente la defensa del ordenamiento jurídico porque la corte reconoce que “las exigencias de seguridad jurídica y de trato igual no son absolutas si se considera que ello implicaría, entre otras cosas, desconocer la autonomía judicial, la necesidad de ajustar el derecho a las nuevas realidades sociales o la importancia de corregir yerros en la interpretación y aplicación del derecho. Es por eso que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado, por ejemplo, que resulta posible introducir cambios de precedente bajo la condición de cumplir exigentes cargas argumentativas, como forma de armonizar la autonomía judicial y el principio de igualdad.”²⁷⁸

Entonces se observa que el operador jurisdiccional tiene la facultad de “criticar” el derecho en virtud de su función, sin embargo, y como es lógico, se debe cumplir con una carga argumentativa que se desprenda principalmente de la constitución o en palabras de Modesto “ la crítica del derecho que éste (el operador jurisdiccional) puede ejercer es, de manera bastante obvia, la denuncia de las contradicciones y lagunas en las que puede incurrir el desarrollo del mismo por obra del legislador y de la administración. Es decir, la crítica estará justificada en su sentido ético y jurídico allí donde se detecte una incongruencia entre una norma y los valores fundamentales del sistema jurídico en vigor, e igualmente donde se perciba la falta de plenitud del sistema por omisión indebida de quien tiene la obligación de dotar de efectividad a tales valores.”²⁷⁹

Esta actuación o manifestación crítica del ejercicio jurisdiccional se hace cada día más necesaria en Colombia, la posición armonizadora entre sociedad y constitución debe ser llevada a cabo con esmero por el operador jurisdiccional en todos los grados, no puede ser una suerte de exclusividad esporádica de las grandes corporaciones de cierre; porque los preocupantes y crecientes índices de

²⁷⁷ Corte Constitucional. Sentencia C284 de 2015. M. P.: Mauricio Gonzales Cuervo.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ SAAVEDRA MODESTO, óp., cit. pág. 125.

desigualdad, impunidad e inequidad en el país también son consecuencia de un generalizado desarrollo apático, lento y sectario que se viene llevando a cabo en el seno de las instituciones jurisdiccionales desde el funcionamiento aparente de Colombia como Estado de Derecho, entonces la transición hacia o la inclusión de la formula “social” pareciera que no ha logrado un sano aterrizaje en la realidad social del país.

3. Crisis de la jurisdicción y del Estado Social de Derecho

En la actualidad colombiana de la función jurisdiccional se advierte cada vez más una creciente, pública y escandalosa crisis compuesta por diversos matices los cuales permean desde las altas cortes²⁸⁰ hasta los jueces de menor rango.²⁸¹ Siendo en Colombia una necesidad improrrogable la de inyectar el componente “social” o democrático en la tentativa de Estado que se viene intentando desde el bautizo más simbólico que empírico de Colombia como república, se entiende que la entrada en crisis de la labor jurisdiccional representa un amplio peligro para el más alto valor al que puede aspirar el recto ejercicio del derecho, el cual es la justicia. Otros valores plasmados en la constitución política colombiana de 1991 como la igualdad, la dignidad humana y la equidad también se ven asediados constantemente por el jaque en que los intereses individuales han puesto al Estado Social de Derecho en general.

Cada vez se hace más evidente el hecho de que en Colombia hay más extensión territorial que presencia institucional, democrática y social del Estado, y el abuso constante de los recursos de todo tipo y de los ideales fundantes de 1991 repercuten de manera directa en el debilitamiento generalizado de las instituciones. Las altas cortes, en concreto, como cabeza visible de la rama judicial y como máximos representantes del ejercicio jurisdiccional en Colombia, han caído en vicios propios de una lucha de poderes económicos y políticos y se ha llegado al punto donde ya existe evidencia empírica de actos de corrupción hasta en las altas magistraturas. De la mano del preocupante el panorama actual se hace palpable lo indefensible de la estructura gubernamental, la legitimidad institucional y el constante abuso estadístico de los poderosos; se está alcanzado la panacea del exterminio estatal en donde ya no hay Estado que presentar al exterior ni Estado que defender en el interior, si bien decía Von Ihering que “no existe para un Estado que quiere ser considerado como fuerte e inquebrantable en el exterior, bien más digno de conservación y de estima que el sentimiento del

²⁸⁰ El fenómeno de la corrupción en Colombia ha permeado hasta las altas cortes: el cartel de la toga por ejemplo, el cual consistía básicamente en la organización de magistrados de altas cortes, un exfiscal anticorrupción y abogados para manipular algunos procesos a cambio de dinero. Más información al respecto se puede encontrar en <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/que-fue-el-cartel-de-la-toga-y-quienes-son-los-investigados-227456>.

²⁸¹ Evidentemente el fenómeno de corrupción y compraventa de intereses se hace patente en estos rangos menores de funcionarios judiciales, sin embargo, fenómenos como la congestión, la apuesta por la oralidad y la celeridad sin fuerte compromiso estatal por capacitar a los mismos constituyen una alarmante amalgama de problemas reales que fomentan la crisis general.

derecho en la nación...”²⁸² se observa que ni la defensa de la legalidad ni la presentación de dicha legalidad como “social” han encontrado parangón en la realidad. Para Von Ihering esta “estima” era “uno de los deberes más elevados y más importantes de la pedagogía política.”²⁸³ Pero con creciente horror se advierte cada día que pasa que la pedagogía política colombiana consiste en un engorroso duelo de cortesías y reparticiones ocultas de dividendos y coimas. Cuánta razón le asistía al teórico alemán cuando asociaba la fortaleza de las instituciones jurídicas con la supervivencia de un país y finalizaba la idea diciendo que “el buen estado y la energía del sentimiento legal del individuo constituyen la fuente más fecunda del poder y la garantía más segura de la existencia de un país, tanto en su vida exterior como en la interior.”²⁸⁴ Pero en un país que pareciera odiarse así mismo la única fortaleza que cultiva es la de la conservación y la estima por el sentimiento de corrupción de la nación. La función jurisdiccional tiene una evidente crisis producto de este creciente mal nacional, obsérvese que si bien “la defensa del derecho es un acto de la conservación personal, y, por consiguiente, un deber del que llega a ser lesionado, para consigo mismo”²⁸⁵ esto ya no se entiende como la facultad legítima y gratuita de acceder a la justicia sino el deber de defender el honor personal anulando al otro, exterminándolo. El paulatino desaparecimiento de la figura estatal en el territorio colombiano viene contribuyendo a la figurativa “pérdida de investidura” de los operadores jurisdiccionales incluso como anacrónicos pero necesarios mediadores entre la ley y el ciudadano.

A la constante desfiguración del concepto de Estado como problema generador de evidente crisis, se suma, en concreto con el ejercicio jurisdiccional, el cuestionamiento del desbordado poder de las altas magistraturas en donde todavía se logra predicar o siquiera imaginar presencia estatal o institucional. Se considera, de primer intento, que dicho poder no se puede catalogar como desbordado sino mejor de coherente con la finalidad constitucional o de coherente con ciertos intereses económicos y políticos de turno y en el seno de esta diferencia es donde se logra advertir una verdadera crisis jurisdiccional.

²⁸² VON IHERING, RUDOLF. *La lucha por el derecho*. Bogotá TEMIS, segunda reimpresión de la tercera edición, 2015. Pág. 75.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 49.

Sin embargo resulta interesante abordar lo que se podría catalogar como problema de forma antes de sumergirse en el fondo. No se puede llegar al debate sobre el poder que se desprende de la administración, interpretación o aplicación constitucional sin repasar el cuestionable método de elección de los altos magistrados, el cual, disfrazado de democrático en realidad responde a una suerte de hermetismo político el cual cada vez es más oscuro y escandaloso²⁸⁶. Los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el senado de la república que elige uno por cada terna presentada. Las ternas están integradas de la siguiente manera: 3 ternados son presentados por el presidente, 3 por la Corte Suprema de Justicia y 3 por el Consejo de Estado.²⁸⁷ Resulta, entonces, evidente que, por ejemplo, un presidente solo propondrá a quien continúe su agenda política por más cuestionada que resulte por la ciudadanía (y el congreso tiene que elegir si o si uno de los 3) y a esto se le suma que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y o del Consejo de Estado se eligen ellos mismos²⁸⁸ y las ternas presentadas para ingresar a la Corte Constitucional pareciera responder a una retribución de cortesías de las altas magistraturas. El sistema electoral se presta para constantes luchas que terminan produciendo verdaderos engendros jurídicos y luchas de poder entre las corrientes e intereses políticos de turno. Parece extraño que sectores elevan furiosa voz de protesta cuando, por ejemplo, una sentencia de la Corte Constitucional no responde a las directrices del gobierno de turno.²⁸⁹

Planteada la cuestión de forma y dejada en el aire, resulta entonces pertinente revivir el cuestionamiento de Dworkin que se preguntaba si el derecho constitucional norteamericano estaba basado en un error²⁹⁰ porque era una fuente de autoridad incuestionable de la Corte Suprema de Justicia, lo cual sería comparable a la autoridad insoslayable de la Corte Constitucional colombiana o las altas cortes en general. Según Dworkin dicho vasto poder surgió de las interpretaciones de quien en su momento fue el presidente del tribunal supremo John Marshall para quien, dice Dworkin, “el poder y el deber de la corte de hacer cumplir la constitución provenía de la declaración de dicho documento de que

²⁸⁶ Véase el caso de la magistrada Cristina Lombana, por ejemplo.

²⁸⁷ Artículo 44, ley 270 de 1996.

²⁸⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 231.

²⁸⁹ Véase, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional avaló el consumo de alcohol y sustancias psicoactivas en lugares públicos y el gobierno de turno que

²⁹⁰ DWORKIN RONALD, *El imperio de la justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona, ed. Gedisa, segunda edición, 2012, p. 251.

constituye la ley suprema de esa tierra”, por lo que serían las cortes o el tribunal supremo quienes “tienen el poder de decidir por todo el gobierno que significa la Constitución y declarar inválidos los actos de otros departamentos del gobierno si excedieran los poderes otorgados por la Constitución, correctamente entendida.”²⁹¹ Los norteamericanos terminaron aceptando estas conclusiones y en su paralelo colombiano no se está muy lejos de lo mismo, primero porque la constitución es la norma suprema del país y segundo porque la corte constitucional es su guardiana, la última palabra²⁹² y la misma corte lo ha admitido basados, incluso en el nuevo modelo de Estado de 1991.²⁹³ La cuestión para Dworkin era, entonces, no debatir el poder estático consagrado en el seno de la Constitución y a la vez el derivado y dinámico de la que en Colombia sería la Corte Constitucional, sino, mejor como ejercerlo, es decir como ejercer la función jurisdiccional dentro del marco de la competencia constitucional.

Aterrizamos entonces en los verdaderos problemas del poder constitucional, por ejemplo, el filósofo Habermas “critica la metodología de trabajo del tribunal constitucional alemán por lo que considera una falsa autocomprensión de sí misma, en cuanto que, a través de las figuras de la ponderación y el caso concreto, se asimilan valores morales a principios jurídicos con lo que las decisiones judiciales pierden el carácter deontológico que deberían tener, decisiones justas para todos, y adquiriendo un peligroso sesgo axiológico de decisiones buenas para algunos”.²⁹⁴ Estas decisiones buenas para algunos, en Colombia, genera un impresionante revuelo social, pero patrocinado por poderosas maquinarias políticas y no necesariamente por una consciencia crítica social. La degeneración constante de la inteligencia social es un pilar fundamental en la crisis de un modelo de Estado que pretende estar al servicio de la misma, ya que se caen en modelos de “autocomprensión” donde la única resistencia democrática posible es la auspiciada por la maquinaria política y el surgimiento de un círculo vicioso antidemocrático deja de girar cuando los negocios y los acuerdos y los intercambios de bondades entre los poderosos llegan a feliz término.

²⁹¹ DWORKIN RONALD, *Ibidem*, p. 252

²⁹² Norma de normas.

²⁹³ Por ejemplo, en la sentencia C 566 de 1995 dice que “La orientación social del Estado, elevada a rasgo constitutivo suyo, articulada en varias disposiciones de la Constitución, resulta vinculante y obligatoria para todas las ramas del poder público.”

²⁹⁴ QUINTANA MEJÍA OSCAR, *óp. cit.* Pág. 249. Téngase en cuenta el caso de la tutela, la cual generalmente es buena solo para quien la interpone, pero el problema de la realidad sigue operando para los demás que lo sufren y no lo tutelan.

Aparte de sufrir el problema de decisiones buenas para algunos, el problema de la corrupción y concretamente los activos financieros del narcotráfico han generado un resquebrajamiento en la estructura del Estado. Decimos, pues, que se evidencia también un problema de idiosincrasia colombiana, porque la interpretación de Habermas a pesar de ser extensible al tribunal constitucional colombiano y a todos los jueces por ser jueces constitucionales, se encuentra una importante concentración de discusiones folclóricas como el aumento del sueldo de magistrados de altas cortes y su respectivo aumento en edad de retiro y no un comportamiento verdaderamente comprometido con la defensa de los postulados del Estado Social de Derecho.

Partiendo de la tentativa de depurar la labor de la necesaria interpretación y protección constitucional del insufrible acoso de intereses individuales, surge una teoría crítica constitucional que busca armonizar la constitución con esta importante y poderosísima labor. Al respecto digamos que un aspecto fundamental de la función jurisdiccional es el de la interpretación de la norma constitucional y ¿cómo debe ser esta? El catedrático Ricardo Sanín Restrepo trae pautas, dentro de su teoría crítica constitucional, muy valiosas:

La interpretación de los principios constitucionales: Ya se observó en el primer acápite del presente capítulo a grandes rasgos los criterios utilizados por la Corte Constitucional, sin embargo, se pregunta el autor Sanín Restrepo si dicha labor pertenece más a la filosofía moral que al derecho y sostiene que “Una reacción normal del abogado para lidiar con estos materiales complejos es someter a los principios a una fase de conversión a reglas, con lo cual a los principios se le sustrae todo valor deontológico y se empobrece el discurso constitucional, esta parece ser la vía ordinaria de la más gruesa porción de nuestra judicatura, con el agravante que al crear tests de toda índole lo que se logra es complicar a tal grado la comprensión de los derechos, que los sujetos de los derechos pierden todo contacto con una realidad cuya implicación debería ser la más existencial de todas. Cuando la desigualdad, la discriminación, el hambre o la guerra dependen de matrices lógicas y derivaciones, de 23 subreglas que desarrollan subprincipios y dependen de intensidades de escrutinios, al final del tratado de neorracionalidad difícilmente se puede reconocer al ser humano y la arbitrariedad que ha sufrido, al final de este embudo teórico hay un ser humano recodificado, un cyborg, al que

una autopsia jurídica le ha separado irremediabilmente de cualquier posibilidad de entender su realidad particular en la Constitución.”²⁹⁵

Aunado a lo anterior está la necesidad de ir más allá del hermetismo puramente jurídico el cual ya no tiene sustento en la pragmática jurídica actual colombiana que demanda más cercanía y claridad con la sociedad que dogmatismo puro con el ordenamiento jurídico, dice Sanín que “Otra labor que parece infructuosa es aquella dirigida a describir los diferentes tipos de normas constitucionales, a catalogarlas, rotularlas, emprender con ellas experimentos de validez jurídica, es infructuoso, digo, la descripción de diferentes tipos de normas como normas “jurídicas”, la empresa debe dirigirse a la comprensión de las diferentes capas de normas que fluyen en la Constitución, y mucho más allá de su contenido formal debemos entenderlas desde diversos discursos que se cruzan y contraponen, la norma política, la norma social, la norma económica, sin ello seguimos arañando la mera superficie del problema. No existe un modelo de interpretación porque el objeto de interpretación rebasa el modelo, es como tratar de entender la movilidad social meramente con estadísticas. Un modelo jurídico de interpretación exige reglamentar lo irreglamentable, formalizar lo informalizable, una ciencia sin científico. Para la comprensión y sensibilidades contemporáneas la Constitución es una especie de norma formal y pura especialidad de los jueces. La Constitución reglamenta y reduce los procesos políticos, los dirige y los condiciona. Aquí pueden estar nuevos puntos de reflexión profunda sobre la interpretación constitucional, la comprensión de la Constitución político-legal, no como un intermedio o subespecie de las dos disciplinas, sino como una nueva forma de disciplina.”²⁹⁶

No obstante lo anterior el fenómeno del autoritarismo constitucional surge como una consecuencia adversa de la crisis constitucional; si bien este fenómeno parece esculpido bajo la égida constitucional y cimentado sobre la base de los planteamientos jurídicos de la carta magna, se advierte que solo sirve de máscara cuando en la realidad la sociedad colombiana sigue arrojando resultados negativos, mayores índices de desigualdad, mayor dificultad de acceder a la justicia, actores jurisdiccionales perdidos en el modelo del Estado de Derecho y las discusiones de interpretaciones y dogmática jurídica siguen sin representar un

²⁹⁵ SANÍN RESTREPO RICARDO, Teoría crítica constitucional, Primera edición, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, pág. 97.

²⁹⁶ SANÍN RESTREPO RICARDO, ibídem, pág. 98

cambio en la política social, estructural y democrática del Estado. Si bien ya se demostró el insondable poder del tribunal constitucional el poder político colombiano sigue manejando las instituciones a su antojo, pero paralelamente y de la mano de la teoría crítica constitucional se erigen discursos reflexivos, por ejemplo Sanín dice que “en una crisis constitucional las regulaciones y estructuras son reflexivas, es decir, no siguen la lógica del discurso convencional, sino que forman la propia suya como término completo de su expresión. El poder constituyente es pura autorreferencia, pura representación de sí misma, pura carencia de intermediación con un marco superior de limitaciones lingüísticas.”²⁹⁷

El ejercicio jurisdiccional, el cual, salvo concesiones políticas de turno a particulares, representa el poder judicial del Estado, no deja de ser ajeno al juego de los egos de quienes representan los poderes económicos quienes, en última instancia terminan ejerciendo su voluntad. La parafernalia de que la Corte Constitucional le ordene al congreso, el congreso omita, haga caso o no quiera y si quiere lo envíe al ejecutivo y se repita el carrusel de las “emociones”, actos u omisiones, son un veneno el cual representa la mayor burla a la ortopédica o “muletilla retórica” de lo “Social” en el Estado de Derecho o lo que en su momento quiera ser para el delfinesco poder político.²⁹⁸

Si bien (llamémoslo, entonces, poder judicial) el poder jurisdiccional se ha basado en innumerables argumentos jurídicos, filosóficos y éticos para decirle no a la

²⁹⁷ SANÍN RESTREPO RICARDO, *Teoría crítica constitucional 2: del existencialismo popular a la verdad de la democracia*, Corte Constitucional para el Período de Transición. Pág. 120.

²⁹⁸ Sabemos, pues, que la jurisdicción, entre otras, “prerrogativas”, responden a la concesión del poder político. Ahora, es evidente que el poder político colombiano responde al andamiaje de los “delfines”, de los herederos, los mismos de siempre; luego la lucha popular organizada y legítima enfrenta dos divergencias o, digamos, contradicciones en su seno: la necesidad de incorporar la demagogia de los delfines históricos colombianos para superarla con delicada prudencia y la insondable y menesterosa pugna por alejarse de lo ilegítimo para renegar de las armas y defender la “Nación” con un sentido verdadero de identidad; entonces la lucha popular se ve expuesta a prejuicios tanto folclóricos como históricos, pero debe seguir firme a sus principios de libertad aunque implique censura, de fraternidad aunque implique traición y de igualdad aunque implique la muerte; de superación de la loca mayoría de edad aunque implique perderlo todo: luego entonces, algo que el delfinismo risible político colombiano no ha logrado entender es que parecemos irreconciliables culturalmente, parecemos enemigos en los más simples discursos, parecemos los medios hermanos que se pelean la madre ajena; pero tenemos el mismo condenado pasaporte y lo afrontamos con eso obscurecida identidad que quiere contradecirnos. Y ¿Qué le importa lo anterior al actor jurisdiccional? Ya sabemos que nada o poco o, mejor, lo que convenga, pero en la arrogante y folclórica respuesta a dicha pregunta se resume todo lo que quiera ser argumento en esta “investigación.”

voluntad del ejecutivo, para ordenarle al legislativo; pero, por otra parte, la realidad sigue reposando en una conclusión cada vez más deprimente: la brecha social sigue creciendo. ¿Será que los renombrados y anoréxicos poderes siguen fingiendo actuar a favor del pueblo, mientras en secreto se preguntan hasta donde aguantará la sociedad y hasta donde el verdadero poder que es uno solo, y su principal parangón es la faceta económica, que habla a través de sus artimañas políticas tendrá que diezmar las naciones a la fuerza?

En estos tiempos el verdadero actor jurisdiccional está en la obligación de revelarse contra su creador, contra ese poder político que le dijo: si usted puede decir el derecho, usted puede obligar a las partes a modificar su realidad, usted puede luchar por aquello que fue educado... podría ser un momento justo para advertir, entre otros, el puntapiés de Dworkin porque entre la difuminada jugarreta del poder que pretende serse más allá de uno solo, no se puede olvidar que “las cortes son las capitales del imperio de la justicia y los jueces son sus príncipes, pero no sus adivinos y profetas.”²⁹⁹

Sin embargo la crisis constitucional ha constituido la ley en un ornamento o en una alternativa de conveniencia; los principios y valores constitucionales en un pie de página o en las contingencias de las tutelas; el Estado Social de Derecho en un tópico de tesis o clases universitarias y esto porque “Colombia es el país de los ilegalismos por excelencia. Existe hiperinflación legislativa pero no se aplican las leyes, o no hay uniformidad en su interpretación y aplicación; de ella dan mal ejemplo permanente las altas Cortes: en Colombia no hay jurisprudencia sino ruleta judicial, debido a la corrupción y a la ignorancia e ineptitud de los operadores jurídicos, llámese jueces, abogados litigantes, auxiliares de la justicia, etc. La impunidad es rampante y el pueblo desconfía con razón de los mecanismos judiciales por lentos, torpes y corruptos. Pese a la constitución del 91 (1991) y con Fiscalía a bordo y todo, ella ha sido más objeto de escándalos, ambiciones políticas y parcialidades que mecanismos de justicia. La inmensa mayoría de los ciudadanos colombianos de las distintas clases viven, con naturalidad, por fuera de la ley.”³⁰⁰

²⁹⁹ DWORKIN RONALD, *Ibídem*, pág 286.

³⁰⁰ TOBÓN SANÍN GILBERTO, *Estado, política y economía en Colombia. Capitalismo burocrático y gansteril*. Medellín, señal editora, segunda edición junio de 2018. Pág. 584.

Entonces el ejercicio jurisdiccional se encuentra ante dos grandes frentes de batalla: el primero consiste en la renovación de una argumentación jurídica que reconcilie la seguridad jurídica con la teleología constitucional y el segundo en la superación del detrimento estructural del Estado que lo convierte en cómplice de la mediocridad, el subdesarrollo y la impunidad.

4. La contradicción de la constitución

Se ha advertido que la función jurisdiccional tiene herramientas para desbordar los imperativos estáticos normativos, se ha demostrado que las altas cortes han realizado ejercicios dinámicos de armonización entre principios y zonas de penumbra normativa, entre principios y problemáticas sociales e individuales; se ha criticado y evidenciado una problemática formal y de fondo en la estructura ontológica de la función jurisdiccional, sin embargo, pareciera que existe otro tópico subterráneo del cual se desprende el último fundamento argumentativo para responder la pregunta que mueve esta investigación teórica.

En Colombia la democracia se encuentra en jaque y cada vez se evidencia más la plutocracia en todas las esferas del poder del Estado Colombiano; además si la democracia peligra, si el Estado constitucional se fragmenta por corrupción y mediocridad de las instituciones y los dirigentes y dirigidos, evidentemente lo hace el juez constitucional, la función jurisdiccional y todos sus actores, finalmente, se desdibuja la idea de justicia y la sociedad se vuelve más compleja, más rebelde, más autónoma en sus formas de dirimir conflictos, y paralelamente aumenta la producción legislativa y surge la llamada “hipertrofia normativa”³⁰¹; con lo cual se incrementan los índices de desigualdad social y siguen siendo los oligarcas los victoriosos, toda vez que el poder político les ha otorgado los tribunales de arbitramento (la justicia privada, la función jurisdiccional hermética) y los ciudadanos comunes ajenos a estas esferas deben aguardar sus respuestas en un mar de incertidumbre.³⁰² Luego mientras la histórica corrupción y la histórica oligarquía quienes representan el hermético poder político y económico colombiano sigan determinando el rumbo y dirigiendo las instituciones colombianas, no habrá Estado Social de Derecho que logre una sociedad igualitaria, sostenible y progresista.

En este último acápite se abordará un tópico vital importancia que en el fondo contribuye a la ausencia de criterio democrático en el seno del ejercicio jurisdiccional, porque en la constitución de 1991 hay una insoportable

³⁰¹ RODRÍGUEZ FLÓREZ, ERBEY ENRIQUE. *Derecho y complejidad. Entropía, caos e interdisciplinariedad en sistemas jurídicos complejos*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez, 2014. Pág. 124. Este fenómeno consiste en la multiplicación desmedida de normas jurídicas.

³⁰² El texto del escritor Franz Kafka *frente a la ley* sería un gráfico y elocuente ejemplo.

contradicción que dificulta no solo el ejercicio jurisdiccional efectivo sino el progreso de los marginados colombianos y a la vez constituye una manifestación empírica de lo que supra se denominó “mala fe jurisdiccional”. La constitución adoptó un modelo económico neoliberal³⁰³ y el esfuerzo legislativo, controlado evidentemente por el poder político, se ve orientado a crear más y más leyes cada vez más confusas, al respecto dice el autor Erbey Enrique Rodríguez Flórez que “contrariamente, el Estado Social de Derecho, que persigue fines de equidad social, otorgando prelación a las necesidades de la comunidad, y del que ha emergido nuestra constitución política de 1991, se encuentra más interesado en la actividad económica, incluso auspiciando una mayor oferta de servicios a los administrados, promoviendo la inversión interna y externa, estimulando sectores determinantes como la banca, la industria, la construcción y las exportaciones, hasta ampliar significativamente el circuito comercial más allá de sus fronteras.”³⁰⁴

Téngase en cuenta pues que globalización económica es precisamente lo que ha permitido la globalización del derecho, de los tribunales, de la función jurisdiccional y se ha considerado tan inevitable como una manifestación automática del producto de la apertura de mercados y la flexibilización de la economía mundial, y a la vez una clara manifestación del poder político hegemónico quien es en última instancia la voz que silencia, que determina el rumbo global, entre otros, sin embargo, para aterrizar el fenómeno introducido por la constitución del 91 diremos que “si algo es antidemocrático es precisamente la globalización”³⁰⁵. El hecho de que en Colombia se adopte un modelo neoliberal frente al cual la oligarquía si

³⁰³ El modelo neoliberal constituye un regreso a casi todas las ideas económicas del liberalismo clásico, con esto entonces, se advierte que la constitución política al adoptar dicho modelo da vía libre para que los grandes poderes económicos y políticos colombianos tengan mayor autonomía y libertad a costa del desarrollo social de los más marginados. Lo anterior porque el modelo económico neoliberal busca y protege la libertad del mercado privado y se ha caracterizado por la reducción de los beneficios sociales, del gasto público y la intervención del Estado en materia económica privada.

³⁰⁴ RODRÍGUEZ FLÓREZ, ERBEY ENRIQUE. *Ibidem*. Pág. 126.

³⁰⁵ JALIFE-RAHME, ALFREDO. *Hacia la desglobalización*. México, D.F.: Jorale editores en coedición con Grupo Editor Orfila Valentini, segunda edición, 2007. Pág. 90. El geopolítico explica por qué el fenómeno se debe considerar antidemocrático: “Y aquí se vislumbra lo que no es, ni podrá ser, por su estructura intrínseca: un movimiento democrático de alcances universales. Todo lo contrario: la globalización, en sus diversas modalidades y variantes, es la expresión más acendrada del poder plutocrático concentrado en el (‘poder monetario’ de las transnacionales que dominan en el seno del G7, extensivo al G10 (que en realidad son 11), bajo la cobertura nuclear de la OTAN y en especial de la superpotencia unipolar EU que ha sido la más beneficiada por ese modelo acaparador de la riqueza mundial”.

estaba preparada más no la sociedad es lo que constituye el problema y la nombrada contradicción constitucional. Sin embargo se debe tener presente la postura de sectores geopolíticos que advierten la fractura del modelo neoliberal y la posible desglobalización de la política internacional como posibilidad de reivindicación de los intereses nacionales y el fortalecimiento de las estructuras propias como un residuo de la devastación que ha generado el intervencionismo internacional de fuertes capitales privados.

A pesar pues de que dentro del marco geopolítico las directrices económicas y políticas parecen adoptar nuevos rumbos, en Colombia el problema del neoliberalismo sigue presente porque cada vez se encuentra más fallos políticos los cuales jurídicamente son correctos, pero cuestionables tanto en su aspecto ético como legítimo. Por ejemplo el caso que se presentó en Cumaral Meta en donde el 4 de Junio de 2017 se presentó una consulta popular donde más del 97% de la población voto en contra de la explotación de hidrocarburos de la multinacional China Mansarovar Energy Colombia Limitada y se le dio trámite por medio de decreto de la alcaldía de Cumaral y el mismo fue avalado por el Tribunal administrativo del Meta. Luego sucedió que a la mencionada multinacional se le ocurrió tutelar dicho proceso democrático y legítimo y lo más alarmante fue que la Corte Constitucional accedió a dicha tutela y la multinacional pudo llevar a cabo su actividad, por encima de la voluntad popular.

Se trae a colación este caso por ser uno de los más recientes donde se evidencia que el modelo económico neoliberal tiene más peso en este Estado Social de Derecho que la voluntad democrática del constituyente primario.³⁰⁶ En síntesis en la Sentencia SU095/18³⁰⁷ la Corte constitucional dijo:

³⁰⁶ El poder constituyente es la facultad de establecer, determinar y promulgar la norma fundamental de un ordenamiento jurídico específico. Este poder tiene que ver con la soberanía del Estado y es, evidentemente, un poder político, el cual en un Estado Social de Derecho, este, recae sobre el pueblo.

Al respecto sobre el origen del poder constituyente, dijo el abogado y tratadista José Vicente Barreto Rodríguez que “El concepto es producto más de una investigación filosófica sobre el origen del poder político fundacional que de una investigación sociológica; su esfuerzo estuvo dominado básicamente por la intención de debilitar y delimitar el poder absoluto, haciendo un esfuerzo por fundar racionalmente los derechos de los súbditos frente a las pretensiones de dicho poder.” Extraído de *El constituyente primario: una construcción filosófica de frontera entre la política y el derecho*, Revista pensamiento jurídico No 34, pág. 15.

³⁰⁷ <https://www.sur.org.co/una-corte-de-filosofia-neoliberal-la-corte-constitucional-contra-la-participacion-ciudadana-y-a-favor-de-las-multinacionales/>

En primer lugar que la propiedad del subsuelo es exclusiva del Estado porque “con la expedición de la Constitución de 1991 se estableció que la propiedad del subsuelo y de los recursos naturales no renovables está en cabeza del Estado de acuerdo con lo estipulado en los ya mencionados artículos 80, 332, 334, 360 y 361.”³⁰⁸

En segundo lugar la explotación del subsuelo le genera recursos económicos al Estado es decir dicha explotación “causa una regalía como contraprestación económica a favor de este último”³⁰⁹ y que solo el legislador podría determinar la repartición de dichas regalías teniendo en cuenta, además, condiciones de sectores vulnerables.

En tercer lugar el derecho a la participación ciudadano tiene un carácter limitado, porque se busca evitar, según la corte, “i) que impongan decisiones por las mayorías sin que existan unos procedimientos adecuados para ello, definidos por el legislador en cumplimiento de sus potestades y competencias o, ii) se usen estos procedimientos fuera de su regulación constitucional o legal.”³¹⁰ Dice, además la corte, que no se puede realizar consulta popular sobre asuntos nacionales o departamentales. En este punto, no se podía realizar la consulta porque si bien la explotación se haría en el municipio Cumaral, como esto generaría regalías o beneficios a nivel nacional “no es posible someter a una consulta popular territorial materias que no son propias de sus competencias.”³¹¹ La corte concluye en el caso concreto, entre otros, que:

La consulta popular en el nivel territorial solo puede referirse a materias que se encuentren comprendidas por las competencias del respectivo nivel territorial.

El subsuelo y los RNNR son propiedad del Estado en sentido amplio, y la dirección general de la economía está a cargo de éste último, por lo que en tal condición, éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales.

³⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU095/18 M. P.: Cristina Pardo Schlesinger.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ *Ibidem*.

Así mismo, la consulta popular es un instrumento focalizado y limitado que no permite discusiones ampliadas, sistemáticas e integrales de una materia compleja como es la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales.

En cuarto y último lugar la Corte Constitucional exhorta al “Congreso de la República para que en el menor tiempo posible defina uno o varios mecanismos de participación ciudadana y uno o varios instrumentos de coordinación y concurrencia nación territorio.”

Como se observa, a grandes rasgos, es un fallo que se fundamenta más en el apartado neoliberal de la constitución política que en la labor jurisdiccional democrática que le es exigible al actor jurisdiccional en el Estado Social de Derecho y evidencia la corrupción democrática e ideológica, por decir lo menos, de la función jurisdiccional. Si bien Colombia viene enfrentando un problema de falsa democracia y eficacia jurisdiccional paupérrima, los postulados neoliberales establecidos en la constitución deben ser superados, porque, en primer lugar fomentan la desigualdad y la proliferación de manifestaciones jurisdiccionales válidas (evidentemente) pero ilegítimas; y en segundo lugar porque no nutre la necesidad constitucional de acercar la función jurisdiccional como “verdaderos agentes del pueblo” a la sociedad, sino que antes la termina alejando y convirtiendo en otro tópico de exclusividad para los poderosos.

Finalmente se logra evidenciar síntomas de corporativismo jurisdiccional, la incompatibilidad de la verdadera teleología constitucional con la estructura burocrática desarrollada por el patetismo político colombiano han degenerado todas las posibilidades prácticas de fenómenos jurídicos de importantísima relevancia social como la jurisdicción. A lo largo de este trabajo investigativo se le ha dado preponderancia a la labor del magistrado, pero la razón de esto es que en las altas magistraturas para bien o para mal desembocan las realidades jurídicas (no siempre sociales) de Colombia. Evidentemente hay tópicos, sectores y minorías que siguen sufriendo de una especie de exclusión teórica y práctica, pero el análisis de la función jurisdiccional de las altas cortes otorgar importantes elementos para concluir si la función, el acto en sí, se lleva a cabo respondiendo a postulados democráticos.

Se ha observado como ingredientes que incorporan en su seno todo lo que pueda ser considerado antidemocrático han participado en la creación de líneas jurisprudenciales y han creado determinismos insoslayables en la generalización de la mediocridad y la corrupción del operador jurisdiccional. Fenómenos como el neoliberalismo tienen la “virtud” de expropiarle a la sociedad exponentes y defensores dedicados y conscientes de correctos ejercicios de actividades públicas, por ejemplo, el ideal ejercicio de la jurisdicción que se intentó evidenciar en el primer acápite del presente capítulo.

Finalmente se advierte una multiplicidad de frentes y de posibles que enfrenta la función jurisdiccional y se hace patente la necesidad de implementar políticas que aseguren un ejercicio independiente y socialmente viable. Es importante resaltar que en la globalización³¹² el estatus por el cual los individuos se caracterizan en el mundo es de consumidores; aquella persona que tiene tanto dinero disponible para comprar o no. Todos estamos en el mismo status en la medida que aportamos al mercado como consumidores, si bien todos somos iguales, en este sentido, el corporativismo ha logrado establecer una suerte de cláusulas que generan una incompatibilidad.

El problema que se ha logrado advertir, en el caso colombiano, es el de la cláusula del Estado Social artículo 1 versus el artículo 333 que establece la libertad de empresa, lo cual se configura en lo que Bernal Pulido denomina la cuadratura del círculo. A la hora de explicar esta posición el constitucionalista colombiano toma como punto de partida el ejemplo de la salud. El cual visto desde la óptica de derecho como promesa, debe ser optimizado y la promesa es tan seria que está en la constitución; sin embargo, el Estado es incapaz de cumplir porque no tiene la infraestructura. Entonces, Bernal Pulido habla de problemas de asimetría porque las empresas privadas (que poseen una mayor infraestructura que el Estado entran a prestar servicios que el Estado es incapaz de prestar) que participan en el negocio de la satisfacción de los derechos deben generar ganancias pero deben realizar a cabalidad su objeto. Con lo surge la pregunta ¿cómo debería ser la atención a la salud? Pues la mejor; pero esto es incompatible con la idea que plantea la constitución del “derecho al margen de utilidad”, porque la empresa privada en su “legítimo” derecho de obtener ganancias emplea estrategias que la

³¹² Si bien se menciona la tesis de Jalife que indica la dirección hacia la desglobalización, el término todavía goza de cierta vigencia, por lo que se considera afortunada y correcta la elección de emplearlo.

mayoría de las veces se conjugan como impedimentos para la buena prestación de un servicio determinado. Entonces la privatización de los servicios generalmente prestados por el Estado, generan una suerte de contradicción con el sentido “social” que busca la constitución. El constitucionalista Bernal Pulido prefiere hablar de incompatibilidad en vez de contradicción, sin embargo, los resultados de esta política económico introducida en la constitución demuestra que hay una contradicción de filosofías plasmadas en la misma. Aunado a esto, de la visión corporativista del Estado surgen teorías como la necesidad de evitar sentencias fiscalmente irresponsables; es decir, hay manifestaciones jurisdiccionales que si bien son constitucionales y ordenan proteger ciertos derechos fundamentales, son, a la vez, perjudiciales para el fisco colombiano, entonces, la protección de ciertos derechos se ve amenazada por la necesidad de proteger el patrimonio público.

Planteada la problemática anterior surge la necesidad de solucionar esta contradicción o incompatibilidad. Así las cosas se considera que la inspección judicial en asuntos de competencia constitucional debería ser obligatoria, toda vez que sentencias fundamentadas en rigurosas premisas empíricas tiene una menor vocación de ser fiscalmente irresponsables, además, y en razón del artículo 113 de la constitución, que establece la necesidad de implementar un trabajo armónico entre las ramas del poder público, la convergencia de estas debería establecer las bases para hablar en Colombia de un verdadero constitucionalismo cooperativo.³¹³

³¹³ Estos planteamientos encuentran fundamento en la “Teoría del Estado: El constitucionalismo en el nuevo orden mundial i y ii de Carlos Bernal Pulido.” Conferencia dictada en la universidad Externado de Colombia. A continuación los enlaces:
<https://www.youtube.com/watch?v=SmtX89qQ14U>
<https://www.youtube.com/watch?v=fJbs8Eotklw>

CONCLUSIONES

Conclusiones generales

Si bien se ha demostrado la importancia de la función jurisdiccional en el Estado Social de Derecho; la advertencia temprana de la Corte Constitucional sobre la posibilidad de convertir el componente “social” en una muletilla retórica cada vez se constituye más como tal antes que un verdadero postulado comprobable. A pesar del amplio acercamiento teórico a la necesaria evolución del ejercicio jurisdiccional; la realidad del mismo responde más a detrimentos, involuciones y pleitesía de la necesidad económica y política de turno, la cual, por regla general, no responde a la social.

Pareciera hacerse patente la necesidad social de superar la idea de lo incontrovertible. El poder desmedido de las altas cortes es algo que debe ser superado; porque: primero es desmedido toda vez que limitados a un ejercicio lingüístico con matices jurídicos, válidos y hasta constitucionales pareciera que no logran superar la constante presión del poder y, como buenos artífices de la expresión lingüística, pueden disfrazar las mayores injusticias como un beneficio social; segundo tienen la posibilidad de abrir un abanico de órdenes de contenido jurídico que debe ser acatado por los demás poderes del Estado, salvo que tengan ganas de descubrir cual ego es más grande y más improductivo; tercero lo único de democrático que tienen parte de las elongaciones grandilocuentes que ellas mismas se endilgan interpretando el texto constitucional y en su elección pareciera hacer más fuerte presencia el nepotismo, el clientelismo o las especiales combinaciones de circunstancias del mundo político que la voluntad popular.

Evidentemente de la teleología constitucional y el trabajo comprometido de algunos funcionarios jurisdiccionales, se puede extraer una tentativa de coherencia con los postulados de la primera y los actos de los segundos; sin embargo, estos esfuerzos no logran sobrepasar el inmenso detrimento que causa la imposición de intereses económicos, disfrazados por medio de una grandilocuente capacidad argumentativa en prerrogativas sociales o simplemente constitucionales; entonces parece paradójico, que para salvar los intereses de una multinacional el operador jurisdiccional encuentre argumentos de peso y convierta

los mismos en precedente por medio de una sentencia de unificación, y luego cuando se trata de los intereses de los más desprotegidos se imponga el imperio de la ley y no la posibilidad de criticar y enmendar las hipotéticas injusticias del derecho.

De la mano de esta suerte de paradoja se advierte que el crecimiento desmedido de los índices de desigualdad en el país también encuentra asidero en el paupérrimo desenvolvimiento material del ejercicio jurisdiccional en el país y lo abrumador de esta realidad permite cada vez más sostener que las instituciones del país no poseen una política democrática e inclusiva; en concreto, la institución judicial (la cual constituye la máxima expresión de la función jurisdiccional) colapsada por la deficiente administración de los recursos no representa un ejercicio democrático del mismo sobre todo en las categorías inferiores; salvo la controversial lucha del garantismo penal que en última instancia, en virtud de su aplicación indiscriminada, ha generado más fomento de la impunidad.

El derecho, en primera instancia, responde a lineamientos pasivos y no proactivos; el ejercicio material-real del derecho colombiano no es proactivo es reactivo y es lo coherente. Obsérvese que si la persona (o patrimonio autónomo por medio de representante como quieran) no ponen en marcha el aparato jurídico, la jurisdicción no reacciona, luego se puede colegir que la función social de decir el derecho y/o ejercer el mismo tiene encima la acechadora obligación de superar lo reactivo y pasivo para no solo entrar y proporcionar paliativos, sino, mejor modificar la realidad de tal manera que dicho cambio responda a los valores y principios consignados en la constitución. No se propone, pues, que el derecho busque a la sociedad preguntando por sus problemáticas, sino mejor que cuando la sociedad busque el derecho este haga un ejercicio amistoso con la evolución de una sociedad y encuentre respuestas coherentes con el anhelo de un mejoramiento estructural y cultural de la población, para poder establecer parámetros de desarrollo nacional que no se hundan en el discurso retórico capitalista el cual invita a la sugestión y el prejuicio de que abundancia económica implica desarrollo, por eso la necesidad de que la labor jurisdiccional no sea esporádica, reactiva y exclusiva de los preceptos jurídicos sino que articule estos con los mandatos de optimización o los valores constitucionales y que, finalmente, la labor jurisdiccional democrática permee todo el ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior se indica porque el juez percibe una porción de la realidad social más marginal de la que el político-legislador (acechado por los embrujos del poder) en su magna y “exclusiva” labor percibe a priori, e imagina, a posteriori, tipificar, positivizar; por esta razón es imperativo dotar la independencia judicial de un eje democrático-social que permita al discurso jurídico propio del “decir el derecho” adquirir un grado mayor de justicia-social y el cual responda a los parámetros (líquidos si se quiere) dinámicos que generan necesidades de soluciones jurídicas en la sociedad de cualquier estrato, raza o condición.

En la actualidad se perciben intentos de acercamiento a la sociedad como los acercamientos o publicaciones de la Corte Constitucional en YouTube y es casi necesario reafirmar que si existen los medios de comunicación, si existen las maquinarias politiqueras, y de cierto modo se logran advertir como enemigos públicos del ejercicio jurisdiccional, ergo desde David Hume ya se habían establecido “científicamente” o, digamos “occidentalmente” los parámetros sentimentales del ser humano, lo cual hoy día cobra inusitada relevancia ya que nosotros, la plebe, respondemos con el estómago, luego la sensación colorida que provocan (medios y maquinaria política) los dos primeros comporta en su seno un préstamo; ya que solo responde a una elaborada tarea estadística de posibles respuestas sentimentales del pueblo y sobre la base de lo dicho establecen sus prioridades tanto de rating como de conveniencia para sus restringidos intereses; por ende, pues, la democracia o el “clamor” del sentimiento (escuela de Frankfurt, adorno) es un tema que plantea inverosímiles problemas para el serio desarrollo de una democracia participativa en virtud del conocidísimo trabajo manipulativo. Ahora, sobre la base de estas desoladoras realidades parece casi una broma desesperada invitar a la sociedad a participar en una de las conclusiones del ejercicio jurisdiccional;³¹⁴ sin embargo, es una necesidad social hacerlo para fundamentar la sociedad del futuro; la sociedad que es “metida”; la sociedad que desobedece sentencias ilegítimas, noticias, conceptos, discursos, entre otros, que no se ajustan al diminuto y particular bramar estomacal del momento hiperextitado, sino mejor, la que se ajusta al verdadero y costoso “interés general”.

La jurisdicción entonces debe ser reestructurada y no necesariamente desde el aspecto teórico, sino, mejor desde el material. Las instituciones que la desarrollan

³¹⁴ Obsérvese los comentarios de la “gente” en la Rueda de prensa 6 de junio de 2019 de la Corte Constitucional. <https://www.youtube.com/watch?v=wPOOhKep688&t=1232s>.

en el país han alcanzado su fecha de caducidad y los hechos lo demuestran. La hipertrofia legislativa debe ser superada y la activa participación ciudadana en los temas jurídicos de alta relevancia debe ser promovida y protegida de los sobornados intereses políticos.

Se concluye entonces que hay un apariencia de democracia en el ejercicio jurisdiccional, sin embargo, sin hacer una suerte de abuso estadístico, propio de las formas de expresiones del ejecutivo, se logra extraer empíricamente que los niveles de impunidad y desigualdad social permiten acercarse a la respuesta negativa de la pregunta. Pero ¿en medio de la posibilidad democrática o no del ejercicio jurisdiccional surge otro fenómeno?

¿Hacia una jurisdicción líquida?

Parecen entonces sentadas las bases para aventurar nuevos discursos y análisis en torno a una suerte de jurisdicción líquida en donde lo impredecible e inestable de los discursos e ideas se conjuga en una terrible amalgama de micro autocomprensiones de la realidad. Los grandes intereses privados o corporativos tienen la facultad (asunto comprobado)³¹⁵ de penetrar la orfandad institucional que pareciera haber pegado el salto de lo sólido a la absoluta evaporación. De la mano pues de este fenómeno hay un asombroso apego a especular en una bolsa de valores jurídicos en donde los conceptos que se aprenden en las facultades, los que integran la constitución y los que han ideado grandes juristas se constituyen en posibles argumentativos de una cátedra universitaria o en elementos de estudio en una tesis más que en posibilidades de transformación.

Lo anterior no es malo ni bueno es inevitable y la lucha por el derecho en la postmodernidad implica un trabajo argumentativo consiente y desinteresado donde la conciencia de que las estructuras sólidas vienen sufriendo un constante derrumbe tenga un papel protagónico. Se puede intentar realizar ejercicios retrotópicos o nostálgicos que busquen reconstruir las ruinas que ha dejado el siglo XX; sin embargo también se puede llevar a cabo una labor que comprenda la dinámica social y actual y la conjugue con estructuras jurídicas a las cuales, de

³¹⁵ Véase caso Odebrech

momento, no se puede renunciar, so pena de anarquía o microreinos. La labor del operador jurisdiccional no puede seguir siendo propia de un solo eje temático la habilidad argumentativa debe proporcionar herramientas que legitimen una decisión o conclusión jurisdiccional generosa con el interés colectivo plasmado en la constitución.

Digamos finalmente que la teoría y las buenas intenciones quedan plasmadas pero el evidente rumbo de reivindicación del individualismo pareciera impedir el ejercicio verdaderamente democrático del acto en que se dice el derecho. Aunado a lo anterior se debe promover una política pública donde desde el colegio las personas comprendan lo mínimo de habitar en un Estado Social de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias primarias

ACERO GALLEGO, LUIS GUILLERMO. *Teoría aplicada de la jurisdicción: estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, primera edición, 2004.

AGUDELO RAMÍREZ, MARTÍN. *El proceso jurisdiccional*. Medellín: Señal editora, primera edición, 2001.

AGUDELO RAMÍREZ, MARTÍN. *El proceso jurisdiccional*. Bogotá: Librería jurídica COMLIBROS, segunda edición, 2007.

AGUDELO RAMÍREZ, MARTÍN. *Filosofía del derecho procesal*. Bogotá: Editorial Leyer, segunda edición, 2006.

ANZULA CAMACHO, JAIME. *Manual de derecho procesal, TOMO I, Teoría general del proceso*, Bogotá, Ed Temis, 2016.

ARISTÓTELES. *Política*. Madrid: Editorial GREDOS, introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés, 1988.

BEDOYA, HUBED. *La construcción epistémica del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, centro de investigación en Filosofía y Derecho, primera edición, 2017.

BERNAL PULIDO CARLOS, *derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de derecho constitucional y teoría del derecho*. Bogotá, departamento de publicaciones de la universidad Externado de Colombia, 2018

BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial TEMIS, quinta edición, 2016.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Editorial TEMIS, quinta reimpresión de la cuarta edición, 2017.

CHAUX DONADO, FRANCISCO JOSÉ. *Adiós a la constitución. ¿Por qué la constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?* Editorial TEMIS. Bogotá. 2017.

DEL VECCHIO, GIORGIO. *Los principios generales del derecho*. Bogotá: Grupo editorial ibañez, 2017.

DREIER RALF. *Derecho y justicia*. Bogotá: Editorial TEMIS, segunda edición, 2018.

DWORKIN, RONALD. *El imperio de la justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona, ed. Gedisa, segunda edición, 2012.

LOPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Código general del proceso, parte general*. DUPRE Editores, Bogotá, segunda edición 2019.

MESA NARANJO, VLADIMIRO. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Ed. TEMIS, novena edición, 2003.

MAYNEZ GARCIA, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho*, México D.F., Ed Porrúa, cuadragésimosegunda edición, 1991.

HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.

HART, L. A. HERBERT, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot, 1998. Traducción de Genaro R. Carrió.

HEGEL, FRIEDRICH G.W. *Principios de la filosofía del derecho*. Barcelona: Editorial Edhasa, primera reimpresión mayo de 2005. Traducción Juan Luis Vermal.

JALIFE-RAHME, ALFREDO. *Hacia la desglobalización*. México, D.F.: Jorale editores en coedición con Grupo Editor Orfila Valentini, segunda edición, 2007.

KAUFMANN, ARTHUR. *La filosofía del derecho en la modernidad*. Bogotá: Editorial TEMIS, reimpresión de la tercera edición, 2014.

PETIT, EUGÉNE. *Tratado elemental de derecho romano*. México D.F. Editorial Porrúa, primera edición, 1984.

QUINTANA MEJÍA, OSCAR. *Filosofía del derecho contemporánea, una reconstrucción del estatuto epistemológico*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez, segunda edición ampliada y revisada, 2016.

RAWLS, JOHN. *Teoría de la justicia*, sexta reimpresión 2006, trad. De María Dolores González.

RODRÍGUEZ FLÓREZ, ERBEY ENRIQUE. *Derecho y complejidad. Entropía, caos e interdisciplinariedad en sistemas jurídicos complejos*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez, 2014.

SAAVEDRA, MODESTO. *Jurisdicción, constitución y derecho*. Bogotá: Campus editorial S.A.S, 2007.

SANÍN RESTREPO RICARDO, *Teoría crítica constitucional: rescatando la democracia del liberalismo*, Corte Constitucional para el Período de Transición, Primera edición, Quito, 2011.

SANÍN RESTREPO RICARDO, *Teoría crítica constitucional 2: del existencialismo popular a la verdad de la democracia*, Corte Constitucional para el Período de Transición, Primera edición, Quito, 2011.

SARTRE, JEAN-PAUL. *El ser y la nada*, Buenos Aires, Ed. Losada, 2011.

SPINOZA, BARUCH. *Tratado político*, Alianza editorial, Madrid, 2013.

TOBÓN SANÍN, GILBERTO. *Estado, política y economía en Colombia. Capitalismo burocrático y gansteril*. Medellín, señal editora, segunda edición 2018.

VON IHERING, RUDOLF. *La lucha por el derecho*. Bogotá TEMIS, segunda reimpresión de la tercera edición, 2015.

ZAGREBELSKY GUSTAVO, *el derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 2011.

Referencias secundarias

Referencias Jurisprudenciales

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T406 de 1992. M. P.: CIRO ANGARITA BARON.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 516 de 1992. M.P.: Dr. FABIO MORON DIAZ.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C566 de 1995. M. P.: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 1436 de 2000. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C634 de 2011. M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C284 de 2015. M. P.: MAURICIO GONZALES CUERVO.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C344 de 2017. M. P.: ALEJANDRO LINARES CUELLO.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU095 de 2018. M. P.: CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

CONSEJO DE ESTADO. DOCUMENTO FINAL APROBADO MEDIANTE ACTA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014 REFERENTES PARA LA REPARACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES. Documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25/sep/2013 con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

Constituciones

CONSTITUCIÓN DE CUNDINAMARCA, 30 DE MARZO DE 1811. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmctf8h1>

Acta de Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, 27 de noviembre de 1811. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb27r8>

Constitución de la República de Tunja, 1811. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmctt6n1>

Constitución de la República de Cundinamarca, 17 de abril de 1812. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcfn349>

Constitución del Estado de Antioquía: sancionada por los representantes de toda la provincia y aceptada por el pueblo el 3 de mayo del año de 1812. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2006.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc69716>

Constitución política del Estado de Cartagena de Indias, 14 de junio de 1812. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmczk7c2>

Proyecto de Constitución para la provincia de Popayán, 1814. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2018.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckd3w0>

Constitución política del Estado de Mariquita, 1815. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc3b801>

Constitución del Estado libre de Neiva, 1815. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcq54m1>

Constitución de 1821. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmck07r5>

Constitución de 1830. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc5q5j9>

Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj260>

Constitución de la República de Nueva Granada de 1843. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcns1f8>

Constitución de la República de Nueva Granada de 1853. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcj10q5>

Constitución para la Confederación Granadina de 1858. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc4t772>

Constitución política de los Estados Unidos de Colombia de 1863. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.

<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcrj550>

Constitución de 1886. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015.
<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcms4d8>

Acto legislativo 1 de 1936.

Acto legislativo 03 de 1954.

Constitución política de Colombia de 1991

Constitución política de la república de Chile de 2005

Constitución de la Nación Argentina de 1994

Constitución política del Perú de 1993

Constitución política del Estado (de Bolivia) de 2009

Normas internacionales

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Códigos y leyes

Código civil colombiano

Código general del proceso

Código disciplinario único. Ley 734 de 2002.

Links virtuales

<https://www.sur.org.co/una-corte-de-filosofia-neoliberal-la-corte-constitucional-contra-la-participacion-ciudadana-y-a-favor-de-las-multinacionales/>

FORUM Divulgación del Conocimiento Socio Jurídico: Conferencia por Óscar Mejía Quintana. <https://www.youtube.com/watch?v=cNxpVhvF0l4>

<https://www.unaula.academia.edu/MartinAgudeloRamirez>

<https://www.youtube.com/watch?v=wPOOhKep688&t=1232s>.

<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/104>

Teoría del Estado: El constitucionalismo en el nuevo orden mundial i de Carlos Bernal Pulido <https://www.youtube.com/watch?v=SmtX89gQ14U>

Teoría del Estado: El constitucionalismo en el nuevo orden mundial ii de Carlos Bernal Pulido <https://www.youtube.com/watch?v=fJbs8Eotklw>