

JURISDICCIÓN

MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

e-mail: martin@une.net.co

Magíster en Derecho Procesal por la Universidad de Medellín. Doctor en Filosofía por la Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor universitario en los Colombia. Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín.

I. LA PROBLEMÁTICA DE DEFINIR LA JURISDICCIÓN

I.1. La jurisdicción y las acepciones existentes

El término jurisdicción no tiene contornos exactos. 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. Sin embargo, está presente la problemática de falta de delimitación conceptual de los contornos sobre la jurisdicción, lo que se sustenta en la variedad de acepciones que existen sobre el término, usadas para expresar realidades diferentes, como se consideran a continuación:

(a) Se ha entendido la jurisdicción como el límite territorial dentro del cual son ejercidas determinadas funciones específicas por los órganos del Estado (ya sean judiciales, administrativas o legislativas), o como un espacio geográfico sobre el cual se despliega un determinado poder. Se trata de una acepción muy extendida y que ha sumido a los propios profesionales del derecho en equívocos bien profundos que deben evitarse.

(b) También se ha equiparado jurisdicción con competencia. Cuando se considera la jurisdicción como una aptitud legal de conocimiento de determinadas pretensiones o litigios, se presenta una confusión conceptual muy seria. Precisamente este equívoco aún permanece en el lenguaje forense, y desde la inadecuada técnica legislativa se introduce tal imprecisión, como sucede con los códigos de procedimiento locales, en los que se confunde frecuentemente jurisdicción con competencia. Así por ejemplo, el artículo 12 del Código de Procedimiento.

Civil, de forma antitécnica, establece: “Corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por ley a otras jurisdicciones”.

Es posible establecer un paralelo dirigido a la distinción conceptual entre jurisdicción y la competencia propia de los procesos jurisdiccionales. La jurisdicción es abstracta, única e inclasificable; no sucede lo mismo con la competencia, que es concreta y clasificable. Como se precisará en un capítulo posterior, la competencia requerida en el proceso es la potestad de jurisdicción para una parte del sector jurídico; considerándose de esta manera una medida de la propia jurisdicción. La competencia presupone jurisdicción, y se constituye en la aptitud reconocida a un órgano jurisdiccional para entender un determinado tipo de pretensiones; mientras que jurisdicción es la función genérica de conocimiento de pretensiones o litigios. La falta de jurisdicción genera la inexistencia del acto proferido por el tercero emisor, teniendo en cuenta la vulneración del principio de exclusividad de la jurisdicción que excluye la posibilidad de la resolución de pretensiones procesales por parte de sujetos que al interior de un Estado no tengan la potestad para juzgar; mientras que la falta de competencia genera nulidad en la actuación procesal al comprometerse el principio procesal del juez natural.

(c) Adicionalmente, de forma impropia se ha confundido jurisdicción con ciertas prerrogativas inherentes a determinados cargos y empleos, o con el poder o autoridad de ciertos órganos del poder público. En esta tercera acepción sobre jurisdicción se hace referencia a la investidura y a la jerarquía vinculada a un cargo determinado o una posición derivada de una autoridad, más no se desarrolla la idea de potestad vinculada con una función sobre declaración o ejecución forzosa de un derecho.

(d) Finalmente, se ha asociado el concepto de jurisdicción con la función que realiza cualquier órgano o conjunto de órganos, preferentemente del Estado, al intervenir en la esfera de las atribuciones que le son propias. Se trata de una acepción demasiado amplia en la que no se reconocen los principales elementos materiales y formales que han de tenerse en cuenta para comprender el contenido de lo propiamente jurisdiccional.

1.2. Rescate de la acepción etimológica

Se hace imprescindible realizar una exploración sobre la naturaleza del concepto jurisdicción a partir de su acepción etimológica en la que se incorporan dos términos latinos: *iuris dicere* o *iuris dictio*. Se comprende la jurisdicción como la función por medio de la cual se

dice o se declara el derecho. Se concibe como la potestad de decir el derecho que le corresponde a las partes con apoyo en criterios de enjuiciamiento claro. Para buena parte de los doctrinantes procesales, esta acepción solamente ofrece una aproximación parcial frente al instituto, pero no permite un reconocimiento claro de su naturaleza en aras de ofrecer una distinción frente a otros conceptos como el de administración o legislación.¹

Nuestra propuesta es la de rescatar una acepción etimológica que efectivamente se aproxime al sentido genuino de jurisdicción. Mediante la jurisdicción 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. En tal sentido se comparte con el profesor español Modesto Saavedra la siguiente exposición: “Efectivamente, desde el punto de vista etimológico *iurisdictio* es la potestad de decir el derecho, y más concretamente, de decir el derecho aplicable a una situación o conducta que rompe la paz jurídica. En otros términos, es la determinación de un criterio jurídico de decisión para un problema que no puede ser resuelto espontáneamente... No equivale a legislar, sino a expresar o pronunciar lo que se tiene como derecho válido según las fuentes admitidas, aunque éstas impliquen un grado más o menos fuerte de indeterminación y, por tanto, de creación causalista del derecho”².

1.3. Criterios existentes para analizar la jurisdicción

La naturaleza de la jurisdicción puede comprenderse desde el estudio de los elementos formales, funcionales y de contenido específico que se incorporan con dicha función. No se trata de sostener una identificación entre jurisdicción y administración de justicia. La jurisdicción comprende la función ejercida por un tercero suprapartes, por medio de un proceso, por la que se posibilita el reconocimiento de una tutela concreta frente a unas partes; mientras que la administración de justicia es el conjunto de medios materiales y personales requeridos por el poder judicial para el cumplimiento de sus fines.

Es necesario superar el criterio orgánico o subjetivo ya que no resulta serio sostener que jurisdicción es una función exclusivamente realizada por los sujetos pertenecientes a la rama judicial. Los jueces pueden realizar tareas propias de otros órganos. Es posible

¹ Cfr. L. Dorantes Tamayo, *Elementos de Teoría General del Proceso*, 4ed, México, Porrúa, 1993, p. 131.

² M. Saavedra López, Jurisdicción, en E. Garzón Valdés y otros, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 221.

encontrar actividad judicial que no requiera de jurisdicción, como el caso de la impropia denominada jurisdicción voluntaria.

No toda actuación de los jueces (singulares y colegiados) pertenecientes a la referida rama ha de considerarse como de naturaleza jurisdiccional. Así, es posible considerar el ejercicio de una función administrativa por parte de los jueces en su calidad de directores del despacho, como sucede en las resoluciones sobre nombramientos, las relativas a la organización interna del despacho, o aquellas derivadas de su potestad disciplinaria. Adicionalmente, puede ocurrir que un constituyente de manera antitécnica integre en la lista de la rama judicial a órganos que no cumplen *in se* tarea jurisdiccional, como sucede en el caso colombiano con la Fiscalía General de la Nación y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (cfr. Artículo 116 del Constitución).

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. Se consideran, de esta manera, equivalentes jurisdiccionales que en sede de heterotutela tienen la potestad para resolver pretensiones procesales y que al interior de un Estado tienen un reconocimiento constitucional (cfr. artículos 116, 42, 246 y 247 de la Constitución Política).

Se impone, entonces, que la naturaleza de la jurisdicción sea considerada en atención a criterios diversos al orgánico.³ Ha de estudiarse una actividad con independencia de su órgano emisor. Esos criterios distintos que posibilitan una aproximación rigurosa a la naturaleza de la jurisdicción son el material- funcional y el formal, aunque la identificación de cada uno de ellos debe someterse a permanente crítica, dado el carácter polémico de la temática.

El tratadista uruguayo Eduardo J. Couture⁴ distingue en los siguientes criterios que permiten una aproximación al concepto de jurisdicción: En primer lugar, identifica unos elementos formales o externos, los cuales refiere a la presencia de las partes (demandante y demandado), de jueces y de procedimientos establecidos en la ley (en cuanto a que la jurisdicción opera con arreglo a un método de debate que se llama procedimiento, que revela

³ Según el procesalista mexicano Humberto Briseño Sierra: “El punto de vista organicista es de sencilla descripción, porque se limita a concebir la jurisdicción como una actividad del órgano, del tribunal, aunque también por ello mismo resulta insostenible, a menos que del ente se tuviera una concepción y una función únicas, indeformables, permanentes; pero como el juzgador suele aparecer, tanto en el sector judicial, como el administrativo y aún en el legislativo, es fuerza concluir que esta doctrina no resuelve el problema.” H. Briseño Sierra, *Derecho Procesal*, 2ed., México, Harla, 1995, p. 520.

⁴ E. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal civil*, 3ed, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 34-40.

la existencia del acto). Adicionalmente, incorpora el elemento del contenido, el cual refiere a la existencia de un conflicto jurídico de relevancia jurídica que debe ser decidido por medio de resoluciones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada. Finalmente, relaciona el elemento funcional consistente en la actividad de dirimir conflictos y decidir controversias, uno de los fines primarios del Estado. Luego, define la jurisdicción en los siguientes términos: “función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”.

En el campo material-funcional, los conceptos pretensión procesal y litigio son importantes para reconocer la naturaleza de la jurisdicción. Jurisdicción es una función de resolución de litigios (como lo expone Carnelutti), o de decisión de pretensiones procesales (como lo desarrolla Guasp Delgado). Se trata de una función que permite generar la protección o tutela de unos derechos en sede declarativa o ejecutiva. Esa potestad de resolución ha de realizarse indispensablemente con apoyo en el sistema de fuentes preexistentes, como lo impone el propio debido proceso. Los justiciables han de vincularse a un proceso en el que la decisión se apoya en una pretensión típica. El tema de decisión (litigio o pretensión procesal susceptible de ser resistida) es resuelto por el tercero suprapartes con apoyo en unos criterios de enjuiciamiento que los brinda el propio ordenamiento jurídico. En la comprensión de lo jurisdiccional, en atención a lo material-funcional, resulta polémica la inclusión de tópicos como el del 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.⁵ Sobre este punto resulta necesario cuestionar el paradigma tradicional de distinción radical entre juez constitucional y juez jurisdiccional.⁶

⁵ Si bien cuando se estudie la pretensión procesal se hará mención a exposiciones presentadas por importantes procesalistas clásicos, como es el caso del español Jaime Guasp Delgado, debe destacarse la necesidad de no seguir limitando lo jurisdiccional y el concepto de pretensión procesal. Estas comprensiones dogmáticas tradicionales no tienen que seguir considerándose como antagónicas con las perspectivas contemporáneas que se han venido adoptando sobre los institutos procesales. No puede adoptarse una concepción estrecha sobre los conceptos de litigio y de conflicto.

⁶ No se puede sostener que el juez jurisdiccional es un juez de mera legalidad, limitado exclusivamente a la aplicación de reglas, a diferencia del juez constitucional quien puede aplicar directamente principios. El concepto de pretensión procesal puede perfectamente cobijar aquellos casos en los que el juez no está atado a la mera legalidad, aplicando directamente la Constitución. Teniendo en cuenta lo anterior, deberá considerarse como perfectamente legítima aquella postura que persigue reconciliar estas dos “jurisdicciones”, para hacerlas comprender bajo una única realidad, como sucede con el caso de la tutela (en la forma como se regula en Colombia) y el de los procedimientos en los que se resuelve un caso justiciable con apoyo directamente en un principio. En el caso español se ha considerado que los derechos fundamentales pueden ser aplicados directamente en cualquier procedimiento, incluso en los ordinarios, por parte de los jueces y tribunales; aunque en los derechos prestacionales o sociales ya se

Desde el punto de vista formal, es posible identificar unos elementos que posibilitan la generación de actos jurisdiccionales: terceidad (presencia de un tercero imparcial, independiente, exclusivo, natural y director), partes (actor y opositor), proceso (método triangular desarrollado en medio de un instar bilateral impuesto por el propio derecho de acción y que vincula como mínimo tres sujetos: uno supraordenado y dos coordinados) y, finalmente, se advierte la generación de un acto que está acompañado de un sello distintivo como es el de la cosa juzgada.

Es importante una aproximación a la naturaleza y al concepto de jurisdicción, a partir de un criterio claro que permita captar la esencia de dicho instituto, logrando distinguir, de forma nítida, el acto jurisdiccional de otros tipos de actos, como los de orden legislativo y, en especial, de los actos administrativos⁷. Se precisa que el estudio sobre el referido paralelo

hace una salvedad, al comprenderlos como derechos que deben ser desarrollados por otras leyes. En lo que corresponde al amparo se ha posibilitado la defensa objetiva y subjetiva de unos derechos fundamentales, que ya no están contenidos en meras normas programáticas, sino que se constituyen en unas disposiciones que contemplan un procedimiento real para hacer realidad la limitación al poder, cuando éste socave la libertad del individuo. Se trata de un procedimiento especial de protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 30.2 de la CE frente a violaciones por autoridades públicas. La constitucionalista Figueruelo explora la naturaleza jurídica de dicho recurso explicando las siguientes características: (a) Es un auténtico proceso. (b) No es la continuación del proceso principal, sino un proceso autónomo e independiente. (c) Es extraordinario, por cuanto no se puede pronunciar sobre la totalidad de la cuestión litigiosa. (d) Es excepcional, en cuanto no suspende la firmeza de las sentencias contra las que se dirige. (e) Es un recurso de grado supremo, ya que la decisión judicial no puede ser anulada. Cfr. Á. Figueruelo, *El Recurso de Amparo: Estado de la Cuestión*, Madrid, Nueva, 2001. p. 36-37.

⁷ En cuanto a la diferencia entre jurisdicción y administración expone el procesalista Jaime Guasp Delgado: "Para la opinión que ve la idea característica de la Jurisdicción en ser una declaración del derecho en casos concretos, es difícil llegar a la delimitación deseada porque la Administración se propone también con frecuencia, la aplicación de normas jurídicas existentes a los supuestos particulares de la realidad. Por ello, las diversas teorías imaginadas para resolver el problema se muestran, en definitiva, insuficientes; tanto la que se fija en los órganos que ejercen una y otra función, especialmente en su posición coordinada o subordinada, como la que atribuye al acto administrativo un elemento predominante de voluntad y al acto jurisdiccional un elemento predominantemente lógico, como las que ven la esencia de la Jurisdicción en ser una sustitución por una actividad pública de una actividad ajena, o finalmente, en cualquier otro punto de vista secundario (función declarativa, interés público o privado, mayor o menor rigor formal). La diferencia entre Jurisdicción y Administración debe buscarse, por el contrario, en la existencia en el primer caso y la ausencia en el segundo de una pretensión que constituya el objeto de cada una de aquellas actividades. La función jurisdiccional está basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, se mueve siempre en torno al problema de la satisfacción de una pretensión, la función administrativa no exige, conceptualmente, para su desarrollo, esta iniciativa o impulso exterior a sí misma, puede obtener la realización de sus fines mediante una conducta espontánea de los órganos a quienes está encomendada. Así, mientras la Jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la Administración es función estatal de cumplimiento de los fines de interés general. Claro está que, lo mismo que el caso de la Legislación, y aún más acentuadamente, Administración y Jurisdicción se entrecruzan en una importante zona de contacto: la Administración proporciona los medios necesarios para el ejercicio de la función jurisdiccional, la Jurisdicción califica, en ocasiones, la actividad administrativa, verbigracia, determinando la legalidad o ilegalidad de una

debe realizarse desde el ámbito de lo interdisciplinario y no agotarse en la esfera del derecho procesal, sin que por ello se esté pregonando por la exclusión de la temática de aquella disciplina jurídica. "Una circunstancia que refuerza la necesidad de lograr un concepto lo más preciso posible es el de obtener un criterio objetivo que permita deslindar los imprecisos límites actuales entre el acto jurisdiccional y el acto administrativo, que tantas implicancias políticas tiene frente a los avances del poder administrador respecto del poder judicial y que constituye motivo de estudios en casi todos los regímenes jurídicos del mundo occidental... 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. Nada más erróneo, pues, sin que esto implique sostener que el estudio de la jurisdicción es patrimonio exclusivo del derecho procesal, no se puede dejar de reconocer que se trata de materia propia y sustancial de la disciplina procesal, y tanto es así que se ha propiciado el cambio de denominación por la de derecho jurisdiccional. En definitiva, lo menos que puede reconocerse es que se trata de una materia especialmente apta para un estudio interdisciplinario"⁸.

I.4. La jurisdicción y el derecho internacional

La función jurisdiccional no ha sido ejercida exclusivamente por el Estado, aunque históricamente se ha vinculado la jurisdicción con el poder estatal y expresión misma de la soberanía. El vínculo entre jurisdicción y Estado y la idea de la creación exclusiva a partir del propio poder constituyente han sido afirmados desde la época moderna (siglos XVII y XVIII), pero este referente paradigmático por el que se define la jurisdicción como función estatal de solución de litigios entre partes puede ser perfectamente replanteado. Aunque desde el mismo se justifican principios procesales como los de la exclusividad de la jurisdicción e independencia judicial, teniendo en cuenta el régimen liberal y republicano, en el que el poder constituyente es titular de la función jurisdiccional, no puede soslayarse la evolución del concepto dado el reconocimiento que se hace frente a concesión de tutelas concretas más allá del propio Estado.

disposición de ese carácter". J. Guasp Delgado, *Derecho Procesal Civil*, 3ed, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 103-104.

⁸ A. J. Di Iorio, *Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 5-6.

La asociación que se establece entre Estado, soberanía y jurisdicción ha de reformularse, en atención al ejercicio de la jurisdicción por fuera del propio Estado como se advierte en la actualidad con determinadas figuras de derecho internacional que no pueden ser explicadas desde los estrechos límites de la soberanía estatal. Se hace referencia a la jurisdicción internacional. Como ejemplos se consideran, entre otros, el arbitramento internacional, la jurisdicción comunitaria ejercida desde el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas)⁹, Tribunal de Justicia de La Haya, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.¹⁰ Adicionalmente, es dable encontrar actividad de juzgamiento encomendada a determinados Estados¹¹; a propósito este caso genera numerosos problemas, ya que no resulta fácil aceptar el predominio de determinados terceros Estados que adopten una posición de terceros *supra partes* en el ámbito de la comunidad internacional¹².

⁹ El Tribunal de Justicia de Luxemburgo es un órgano jurisdiccional encargado de la resolución de conflictos planteados en el ámbito comunitario. Emite una jurisprudencia de unificación en la interpretación de las normas comunitarias, que resulta vinculante y que asegura la primacía de una normativa que ha de coexistir con la de los propios estados nacionales.

¹⁰ La Corte Penal Internacional es un tribunal internacional de justicia conformado por 18 jueces de diversas nacionalidades, constituido en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de Roma de 1998. Esta forma de jurisdicción ha sido aceptada por la mayoría de Estados. Se ocupa de delitos graves que comprometan derechos humanos y que hayan sido cometidos a partir de 1 de julio de 2002, por solicitud del Consejo de Seguridad, de un fiscal jefe, o del propio Estado en el que se haya cometido el hecho punible.

¹¹ El Tribunal de Nüremberg (1945-1949), creado mediante el Manifiesto de Bernays de 15 de septiembre de 1944 y el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, se constituye en un antecedente de esta forma de jurisdicción internacional. Este tribunal internacional se conformó con las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial (Gran Bretaña, Francia, Unión Soviética y Estados Unidos). Se encargó de dirigir los trece procesos que tenían por objeto proferir un juicio de responsabilidad sobre los delitos cometidos por ciento ochenta nazis.

¹² En el ámbito de las relaciones de derecho internacional es dable encontrar pretensiones que involucran como elemento subjetivo activo y pasivo a diversos Estados o un Estado y una persona natural o jurídica de otro país; y cuyas soluciones requieren de un proceso jurisdiccional, cuando no sea posible agotar la etapa de la autocomposición. En el caso de un Tercero Estado, pueden encontrarse diversas posiciones que puede adoptar, “entre la hipótesis hobbesiana del estado polémico original, es decir, de la guerra de todos contra todos, y el estado agónico final, no menos hipotético, de la sociedad anárquica, sin Estado. La primera aparición del Tercero en el estado polémico es el Aliado, que, por otra parte, demuestra ser un Tercero aparente, porque aliarse es ponerse de parte de alguno de los contendientes. Aparente, porque mientras no existen más terceros que los aliados, la situación continúa siendo diádica. El auténtico Tercero es el Neutral, que al no ponerse de parte de nadie representa el paso a un estado que si bien continúa siendo polémico, ya no es sólo diádico... El paso al Estado agónico comienza con la primera de las formas del Tercero activo, el Mediador, aquel que aún no se sitúa *por encima* de las partes sino *entre* ellas, para comunicar a la una con la otra, sin suplantadas en la solución de la controversia; continúa con el Arbitro, en quien las partes delegan la decisión comprometiéndose a aceptarla, y que en tanto que árbitro está a la vez *entre y por encima*; y se concluye con el Juez, autorizado a intervenir para resolver el conflicto desde una instancia superior, lo que lo convierte en un Tercero de pleno derecho por encima de las partes; aunque es imprescindible distinguir el juicio cuya ejecución se confía a las propias partes, como ocurre en las situaciones que sin ser ya polémicas aún no son agónicas, del juicio cuya ejecución se confía a la propia instancia superior, lo que ocurre cuando los sujetos en conflicto han superado completo el estado polémico”. N. Bobbio, *El Tercero Ausente*, tr. de P. Linares, Madrid, Cátedra, 1997, p. 298-299.

La jurisdicción internacional permite comprender la cesión de la soberanía de los propios Estados, y así la jurisdicción deja de ser una función monopólica exclusivamente estatal; aunque al interior del propio Estado no resulta viable excepcionar el principio de exclusividad de la jurisdicción, teniendo en cuenta que sólo pueden ejercer la función referida, además de los jueces, los equivalentes jurisdiccionales que estén autorizados constitucionalmente. En la jurisdicción internacional se realiza la mencionada cesión a favor de órganos supranacionales que se pronuncian sobre temas litigiosos entre Estados o entre Estados y personas, o que juzgan sobre la responsabilidad de individuos. De otra parte, se destaca que proyectos como los de una Constitución Europea confirman este cambio de concepción que posibilita la integración supranacional, en la que los tratados internacionales cumplen un papel significativo, consolidándose cada vez más la articulación entre un ordenamiento jurídico supranacional y los ordenamientos nacionales.

En el caso colombiano resulta importante destacar la adición del artículo 93 de la Constitución, por parte del Acto Legislativo 02 de 2001, en cuanto se reconoce el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de un tribunal supraestatal como es el caso de la Corte Penal Internacional, en los términos consagrados en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de junio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Organización de las Naciones Unidas. Mediante sentencia C-578 de 2002 la Corte Constitucional se pronunció expresamente sobre los límites que al principio de soberanía estatal impone una instancia jurisdiccional distinta como la correspondiente a la Corte Penal Internacional, encargada de instruir y sancionar delitos de lesa humanidad, de genocidio, agresión y crímenes de guerra, a falta de la dirección del proceso que se ejerza dentro de un Estado. La labor ejercida por este órgano supranacional es complementaria a la de los órganos jurisdiccionales nacionales, dada la imposibilidad o falta de disposición para la realización del correspondiente juzgamiento.¹³

Debe precisarse el alcance del concepto de jurisdicción en los términos de la importancia que hoy tiene el derecho internacional, ante realidades que no se pueden desconocer, como son las de los ámbitos de validez espaciales de las normas procesales y el alcance de las normas jurisdiccionales emitidas por tribunales o jueces supranacionales,

¹³ La Corte Penal Internacional puede ejercer jurisdicción complementaria cuando un Estado solicite su intervención, como sucedió con los casos de la República Democrática del Congo y Uganda, por los delitos de lesa humanidad que se cometieron en estos países africanos y que causaron finalmente millones de muertes y desplazados. Pero igualmente el referido tribunal internacional puede actuar cuando se advierta una falta de voluntad política para el juzgamiento por los propios órganos jurisdiccionales de los Estados, como sucedió en el caso del grave conflicto generado en Sudán con motivo de la guerra desatada en el año 2003. En Colombia, la ley de justicia y paz busca confirmar ante la comunidad internacional que existe disposición local para el desarrollo de los correspondientes procesos.

desbordándose así el concepto clásico en torno al principio de territorialidad. Pero en donde se confronta la mayor polémica es en la aceptación del concepto de jurisdicción universal. Precisamente esta forma de jurisdicción permite que mediante órganos nacionales se pueda investigar, instruir y juzgar a una persona que supuestamente haya cometido un delito en cualquier otra parte del mundo, aunque haya ausencia de vínculo con el Estado que haya de concretar la correspondiente dispensa jurisdiccional y pese a que los acusados o imputados hayan recibido amnistía o indulto.

En la jurisdicción universal, órganos nacionales ejercen jurisdicción en aras de concretar el juzgamiento de los delitos de genocidio o de lesa humanidad cometidos en otros países aunque las víctimas y los imputados o acusados de los mismos no sean nacionales de los Estados en donde se desarrolla el correspondiente proceso jurisdiccional. Precisamente, frente a Estados que no han aceptado la jurisdicción de la Corte Penal Internacional o frente a delitos cometidos con anterioridad a la vigencia y ratificación del Tratado de Roma que crea este órgano supranacional, la jurisdicción universal sigue siendo una posibilidad real que genera numerosas críticas por quienes consideran que es una afrenta directa a la soberanía de los pueblos.¹⁴ En el caso colombiano el artículo 29 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) abre una puerta al ejercicio de esta jurisdicción al permitir que jueces penales nacionales puedan perseguir y juzgar delitos cometidos “en el extranjero en los casos que determinen los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Colombia y la legislación interna”.

2. LA JURISDICCIÓN COMO ACTIVIDAD DIRIGIDA AL ENJUICIAMIENTO CONFORME AL SISTEMA DE FUENTES

Jurisdicción es una función ejercida por un tercero suprapartes, dirigida a lograr paz social por medio del acto de juzgar. Ha de precisarse que la jurisdicción es una función que se ejerce en un método de debate que concreta este último acto jurisdiccional. La jurisdicción

¹⁴ El Tribunal Constitucional español, en respuesta a un recurso interpuesto por la premio Nobel de Paz Rigoberto Menchú que reclamaba del juzgamiento por el estado español de delitos atroces cometidos en Guatemala, ha establecido la prevalencia de la jurisdicción universal al declarar como válida la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para procesar a los supuestos responsables de delitos de lesa humanidad y de genocidio, con independencia de la nacionalidad del acusado o de la víctima, o de los vínculos de estas con el Estado español. De esta forma se formula una tesis contraria a la que venía defendiendo el Tribunal Supremo de limitar la jurisdicción universal a los casos en donde las víctimas de los delitos fuesen nacionales españoles.

permite resolver propiamente una pretensión procesal susceptible de ser resistida, previo agotamiento de un proceso, sin que pueda equiparse con cualquier tipo de resolución judicial como sucede en el evento de la jurisdicción voluntaria.

El acto de juzgar se plasma en una sentencia. Pero no necesariamente el proceso concluye con esta decisión de fondo, que en el caso de la tutela declarativa permite que se diga cuál es el derecho que le corresponde a las partes, previo agotamiento de un proceso en el que resulta indispensable superar la fase probatoria o de confirmación. Antes de que se profiera la correspondiente sentencia, son emitidos diversos actos jurisdiccionales que son respuesta al propio instar de los demás sujetos intervinientes¹⁵, en ejercicio del derecho de acción, sin que pueda excluirse la posibilidad de pronunciarse oficiosamente en el desarrollo del proceso en atención a los poderes vinculados al principio del juez tropsos o director.

Es necesario aclarar, entonces, que si bien la sentencia se constituye en un acto fundamental de ejercicio de jurisdicción, también asume el carácter jurisdiccional toda aquella resolución o providencia del tercero suprapartes que se profiera dentro del método de debate y que finalmente contribuya en el desarrollo del método para que finalmente se emita el acto de juzgar. La sentencia no puede ser el acto jurisdiccional exclusivo. Puede, incluso, haber jurisdicción sin sentencia, como lo precisa Humberto Briseño Sierra: “Este es el caso de aquellos procesos que no llegan al fallo del litigio, bien porque las partes desistan, renuncien, transijan o de cualquier manera abandonen la serie.”¹⁶

Desde la jurisdicción se busca un enjuiciamiento (en el que se toma partido), en atención a criterios que se estiman justificados para realizar tal actividad. Al respecto, Modesto Saavedra López expresa: “Pero el sentido genuino de jurisdicción es el de poder para decidir controversias según criterios jurídicos que sirven de fundamento para la decisión. Insistir en estas dos notas para aclarar el sentido filosófico-jurídico del término: enjuiciar autoritariamente y enjuiciar justificadamente. Efectivamente, la jurisdicción es poder (para decidir una situación de manera irrevocable), pero es poder que se ejerce adoptando determinados criterios que se estiman justificados para el enjuiciamiento”¹⁷.

¹⁵ Para Briseño Sierra “... el acto jurisdiccional es uno y el mismo para todos los procesos. Habrá tantos actos jurisdiccionales cuantas veces se inste proyectivamente, sin importar ni la índole del procedimiento, ni la clase de las pretensiones actualizadas.” H. Briseño Sierra, op. cit., p. 513.

¹⁶ Ibid., p. 528.

¹⁷ M. Saavedra, op. cit., p. 221-222.

Se precisa que originariamente la jurisdicción no sería función estatal. Desde una consideración hegeliana, la jurisdicción estaría representada en la idea de un poder jurídico subordinado, expresión de la sociedad civil (primer momento en la formación del Estado), cuya tarea básica es la de regular relaciones externas y específicamente la de dirimir conflictos de intereses y reprimir las ofensas causadas al derecho establecido; la sociedad civil no agotaría el concepto de Estado por ser un momento inferior y el poder judicial se limitaría a resolver conflictos de intereses surgidos en las relaciones humanas por medio de la administración de justicia, evitando el imperio del egoísmo entre los sujetos. Se pone al Estado por encima del medio para impedir la justicia privada, propia del estado de la naturaleza en donde no existe aún un sujeto imparcial y suprapartes.

La jurisdicción pasó a manifestarse como función estatal a partir de un largo proceso histórico, hasta recobrar una importancia notoria dentro del Estado social de derecho, toda vez que es la gran función tutelar de los derechos subjetivos de los coasociados, ofrecida desde un órgano imparcial y ajeno a los hechos que han de someterse a su consideración. Manifestaciones como las de los equivalentes jurisdiccionales no excepcionan esta realidad, toda vez que la jurisdicción se realiza en virtud del reconocimiento del ordenamiento jurídico estatal.

La jurisdicción permite un enjuiciamiento objetivo de acuerdo al derecho, exista o no una ley preexistente en los términos expresados por las reglas primarias sancionatorias, ante la posibilidad de poderse enjuiciar con apoyo a principios específicos. Es desbordada así la consideración tradicional de limitar la jurisdicción a una actividad de mera aplicación del derecho, de acuerdo a unos estándares precisos preexistentes. Cuando se hace referencia a la actividad de enjuiciamiento de acuerdo al derecho, se comprenden las reglas y los principios. Éste es precisamente un punto muy especial que enfrenta en el ámbito de la filosofía jurídica a positivistas y a los no positivistas; pero, como se insistirá más adelante, existen límites para fijar el contenido de la jurisdicción, evitándose el mero decisionismo judicial o los caprichos personales; y, así, mediante el acto de juzgar se garantiza la vigencia del Estado de derecho en el caso concreto, sin que sea procedente una adhesión a una postura radical. Pero lo que sí debe quedar establecido es que el ejercicio de la función jurisdiccional excluye la arbitrariedad por ser ésta realmente antinómica a una solución sustancialmente justa. “No basta la preeminencia o superioridad política del que enjuicia sobre las partes en litigio. La jurisdicción es lo opuesto a la arbitrariedad... Así pues, los criterios que la jurisdicción aplica pueden estar previamente fijados en las leyes o en los precedentes recaídos con anterioridad sobre casos

similares. Si no se hallan fijados con anterioridad, se establecen al momento de la decisión, pero no como una pura emanación del poder, sino por su valor, es decir, por su capacidad de convertirse en fuente de resolución de casos iguales. La jurisdicción presupone vinculación a normas o principios aceptados o aceptables”¹⁸.

Para concluir este aparte temático se precisa que la necesidad de enjuiciamiento conforme al sistema de fuentes hace necesario que los órganos jurisdiccionales puedan ser controlados por vía del amparo desde el Tribunal Constitucional. Es necesario que la jurisdicción se exprese por medio de un proceso en el que se respeten los principios y garantías del debido proceso, pero igualmente resulta indispensable un pronunciamiento en derecho. Cuando el proceso jurisdiccional fracasa en este propósito, es dable acudir al guardián de la Constitución. Precisamente este tipo de control permite establecer unos puentes claros de comunión e integración entre dos sujetos que tienen como nota en común la terceidad. Aunque deben considerarse diferencias dependiendo de los modelos de control existentes en Occidente. Así, en el modelo continental europeo se encuentra, por regla general, un Tribunal Constitucional, órgano de cierre, que procede de los otros poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), lo que permite comprender la pluralidad de sus integrantes. Se destaca que el Tribunal Austriaco es el primero de los Tribunales constitucionales en el continente europeo (1920), prototipo del modelo constitucional de control concentrado. Su diseño se debe al jurista Hans Kelsen, quien consideraba necesario un guardián de la Constitución frente al poder legislativo y a los posibles abusos del ejecutivo, asegurando el cumplimiento de la referida Carta. Este modelo concentrado es el que finalmente se impone tras la segunda posguerra, con la creación inicial de Tribunales como la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional en Alemania Federal. Otro es el modelo difuso, y justamente en este en donde la distinción entre el juez jurisdiccional y el juez constitucional se hace más difícil. En el caso de Estados Unidos, su modelo difuso tiene la paternidad en el juez Marshall. En este modelo americano, a partir del año 1803, en el caso *Marbury versus Madison*, posterior a la Constitución de Filadelfia, se entiende que los jueces no derogan las leyes, pero pueden inaplicarlas; en caso de duda se aplica la norma constitucional, pero es el Tribunal Supremo quien decide con efectos *erga omnes*.

Los tribunales constitucionales del entorno europeo han asumido como función tradicional la defensa de la Constitución. Se trata de una función que se encuentra muy vinculada con la configuración de la democracia. Este aspecto responde al propio diseño

¹⁸ *Ibid.*, p. 222.

kelseniano de confiar la defensa de la norma suprema a un órgano distinto de los Tribunales ordinarios, contando con la potestad de dejar sin efecto las normas-regla (generalmente ley) que contraríen las disposiciones constitucionales. Se precisa que sobre la defensa de la Constitución en el contexto continental europeo, se constituye en referente básico de consulta la famosa polémica de la década de los años veinte y treinta del siglo pasado entre Hans Kelsen¹⁹ y Carl Schmitt²⁰. Adicionalmente, además de la función de defensa, se fue incorporando frente al Tribunal Constitucional otra función fundamental: ser intérpretes supremos de la Constitución; adoptando pautas jurisprudenciales que fijan el derrotero de la propia actuación de las distintas autoridades públicas.

3. LA JURISDICCIÓN Y EL EJERCICIO DE TUTELAS CONCRETAS

La jurisdicción como función tutelar se ejerce de diversas formas, como son las tutelas declarativas, las ejecutivas y, por último, las cautelares. La función jurisdiccional se expresa en la potestad de juzgar, cuando declara o dice el derecho que corresponde para el caso concreto (realizando para ello los juicios jurídicos y de valor correspondientes), y, además, haciendo ejecutar lo juzgado. Se precisa que la tutela cautelar, dado su carácter instrumental, sólo asume la naturaleza jurisdiccional cuando se conecte a las tutelas de declaración o de ejecución.

3.1. Tutela de cognición-declarativa

¹⁹ El jurista vienés, en *Wer soll der Hüter der Verfassung sein* (1931), considera necesario un Tribunal Constitucional distinto del Poder Judicial, órgano independiente, encargado de estudiar el conflicto existente entre las normas constitucionales y las normas inferiores, contando con la potestad de excluir las últimas del ordenamiento jurídico que no se ajustan a los postulados de aquellas. Kelsen comprende al Tribunal Constitucional, con su papel principal de defensor de la Constitución, como un legislador negativo, por el que se asegure que la referida Carta conserve el carácter de Ley Suprema y pueda ser cumplida. Cfr. H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ed., tr. de R. Brie, Madrid, Tecnos, 1999.

²⁰ Schmitt, en *Der Hüter der Verfassung* (1929), no comparte la idea de que el Poder Legislativo, órgano con origen democrático, sea controlado por un órgano no democrático como el considerado por Kelsen. Schmitt, gran crítico del Estado liberal de Derecho, sostiene que ningún Tribunal de Justicia debe ser defensor de la Constitución. Recibe un fuerte influjo de las tesis de Benjamín Constant, proponiendo que sea el titular del poder político, y concretamente el Jefe del Estado, el defensor de la Constitución toda vez que tiene un origen o fundamento democrático. Schmitt sostiene que el Presidente del Reich debe contar con una cláusula de plenos poderes que le permitan proteger los mandatos constitucionales. Estos poderes del ejecutivo son los que posibilitan la crisis definitiva de la Constitución de Weimar. Cfr. C. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, 2ed., tr. de P. de Vega, Madrid, Tecnos, 1998.

Por medio del denominado juicio de declaración, la jurisdicción declara el derecho mediante una decisión definitiva que generalmente tendrá la autoridad de cosa juzgada. El tercero súper partes dice cuál es el derecho que le corresponde a las partes, profiriendo una norma jurisdiccional en la que se tiene en cuenta el efecto jurídico material que puede reconocerse. La tutela específica se concede previo respeto de unas formas, en las que contemporáneamente existe una tendencia a que sean sumarias en aras de asegurar la efectividad. Esta manifestación tutelar realiza por esencia la función jurisdiccional en su sentido más genuino, posibilitando que finalmente se profiera una decisión que puede ser de eficacia mediata o inmediata, dependiendo del tipo de pronunciamiento emitido.

La tutela declarativa se facilita por el desarrollo de procedimientos de cognición que están dirigidos a que el órgano jurisdiccional se pronuncie en una de estas tres maneras: merodeclarando (declarando sobre la certeza o no de un hecho), constituyendo (modificando una situación o estado jurídico) o, finalmente, condenando (imponiendo una prestación). En el evento que no se confirme la causa afirmada por el actor, el pronunciamiento tutelar debe desestimar la pretensión procesal. Para que pueda proveerse en uno de estos sentidos, es preciso del desarrollo de un método de debate que concluya con una decisión de mérito o de fondo que generalmente tiene una firmeza definitiva dada por la cosa juzgada.

En los casos de merodeclaración y constitución ha de proferirse un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada y cuya eficacia es inmediata. Tratándose de la declaración de condena, la tutela reconocida jurisdiccionalmente se manifiesta en una decisión en la que se impone una prestación, con posibilidad de ejecución forzosa; aunque resulta importante considerar la posibilidad de una eficacia real por medio del ejercicio de las propias medidas coercitivas que pueda proferir el órgano jurisdiccional, sin que tenga que esperarse la formulación de una pretensión ejecutivo por el no cumplimiento espontáneo del sujeto vencido en la sentencia.

Esta tutela declarativa corresponde a la tutela ordinaria o clásica, pero frente a la misma cabe realizar una extensión, teniendo en cuenta la variedad de situaciones que pueden ser tuteladas o reconocidas en sede jurisdiccional, como en el caso de las *tutelas de urgencia satisfactivas*. A modo de ejemplo, se considera el amparo constitucional (o la conocida acción de tutela en el caso colombiano). Se destaca el estudio presentado por Samuel B. Abad Yupanqui, quien al analizar la naturaleza del amparo, sostiene que es “un proceso cuya

peculiaridad descansa en su naturaleza constitucional”. Se concibe como un proceso declarativo o de conocimiento que “tiene como presupuesto la inseguridad o incertidumbre respecto de la violación de un derecho constitucional por parte de una autoridad, funcionario o persona, que debe ser aclarada por la respectiva sentencia”. Aunque su objeto sea una “tutela privilegiada” por la que se busca la protección de derechos fundamentales, no por esto deja de ser proceso. El profesor peruano sostiene que este proceso especial, de trámite más acelerado por la “naturaleza prevalente del derecho en litigio”, integra una pretensión declarativa de condena, por cuanto “persigue una declaración judicial que debe ponerse en práctica obligando al emplazado a que haga, deshaga, no haga o entregue algo al afectado.”²¹

Es importante replantear el alcance de las tutelas declarativas, incluyendo nuevas tutelas alternativa dirigidas a la protección sumaria de nuevos derechos, como sucede con varios de los eventos de la conocida *tutela jurisdiccional diferenciada*, para la protección de determinados derechos extrapatrimoniales como los fundamentales, los colectivos, o los intereses difusos (en los que la titularidad activa no resulta fácilmente determinable). Se incluye la *tutela diferenciada preventiva* consistente en “... aquel tipo de actividad jurisdiccional que tiene por finalidades específicas: eliminar las incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias –de hacer o de no hacer- no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial, es decir, de prestaciones infungibles.”²² Se incluyen, adicionalmente, las *tutelas de urgencia satisfactivas*, las que reclaman decisiones inmediatas y definitivas, sin que pueda sacrificarse el debido proceso, pese a lo sumario del procedimiento. A propósito en esta manifestación de tutela se reclama de un proceso en el que la cognición se concrete en el menor tiempo posible y cuya decisión definitiva pueda ejecutarse inmediatamente. “Una pretensión que deba ser admitida en esta forma tan especial de tutela debe tener una *probabilidad intensa*, es decir, una elevada posibilidad de ser acogida. Por otro lado debe ser además *infungible*, es decir, irremplazable, sin posibilidad de que pueda ser sustituida por una reparación patrimonial, por ejemplo.”²³ Debe reconocerse que el transcurso del tiempo en el desarrollo de un procedimiento ordinario puede implicar compromiso de los mismos derechos sino se atiende a la naturaleza especial que representa esta tutela de urgencia satisfactiva.²⁴

²¹ Cfr. S. B. Abad Yupanqui, «El proceso constitucional de amparo: Aproximaciones desde la Teoría General del Proceso», en S. Castañeda Otsu (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2004. pp. 323-328

²² J. J. Monroy Palacios, *La tutela procesal de los derechos*, Lima, Palestra, 2004, p. 49.

²³ *Ibid.*, p. 88.

²⁴ “En lo que se refiere a su trámite, la tutela de urgencia debe ser correspondiente con su nivel de exigencia temporal, por tanto, debe resolverse dentro del cauce de un proceso urgente. Esto significa que sólo es necesario cognición sumaria, es decir, que el juez debe resolver con una información inmediata e

3.2. Tutela ejecutiva

La ejecución forzada es la segunda de las formas posibles de ejercicio de la jurisdicción. La tutela ejecutiva persigue la satisfacción, mediante actos coactivos, de una pretensión ejecutiva en la que se afirma la existencia de un título que ha de reunir unos requisitos procesales y formales. Se precisa que la ejecución forzada no resulta necesaria para satisfacer el interés acogido por las sentencias declarativas puras y declarativas constitutivas. Las decisiones jurisdiccionales que estimen pretensiones merodeclarativas o constitutivas pueden hacerse efectivas mediante una actuación inmediata dada en el pronunciamiento definitivo con fuerza de cosa juzgada, o con la realización de actos de trámite de naturaleza no jurisdiccional.²⁵

Con la tutela ejecutiva el órgano jurisdiccional dispone de la ejecución de una prestación reclamada por un sujeto que se reconoce como acreedor y afirma la existencia de una situación de incumplimiento por parte de su deudor. En el evento de la existencia de una tutela satisfactiva antecedente, ha de reconocerse la ejecución inmediatamente para evitar que se haga nugatoria la satisfacción del propio derecho. La satisfacción tutelar se logra con la efectividad de un derecho cierto, claro y actualmente exigible, que pudo ser reconocido por las propias partes o impuesto por una autoridad (como en el caso de la sentencia declarativa de condena).

La cosa juzgada sería una nota definitiva de firmeza que acompañaría a la decisión de fondo que se profiera en el proceso cuando el resistente, con sus excepciones de mérito, discuta la certeza del derecho invocado por la parte actora. El trámite de excepciones de fondo provocaría finalmente la necesidad de un pronunciamiento nuevo sobre la certeza del derecho cuestionado por la parte opositora; precisamente este trámite es específico de los procesos denominados doctrinalmente como *monitorios*, en los que se posterga la

instantánea. Inclusive, debe quedar a su criterio, en función de la gravedad de las circunstancias, expedir su decisión con conocimiento de la parte afectada o sin ella. Completa la figura de esta forma de proceso urgente, la necesidad de que la decisión tenga ejecución inmediata, dado que, por las características de la pretensión, su actuación se convierta en la única forma de obtener la satisfacción requerida. Finalmente, la ejecución de la decisión declarada en este tipo de proceso debe recibir la autoridad de la cosa juzgada, por lo tanto, los efectos que produzca deben ser inmutables.” Ibid., p. 88-89.

²⁵ Cfr. Ibid., p. 164-165.

contradicción a un momento posterior a la orden jurisdiccional inicial que se profiera a favor de los intereses del pretendiente.

3.3. Tutela cautelar

La dirección cautelar o preventiva es la última de las manifestaciones posibles de la jurisdicción, pero no hace parte *in se* de su naturaleza. La tutela cautelar es ejercida de forma accesoria frente a las anteriores tutelas concretas, a instancia de una parte procesal que asume la responsabilidad de los perjuicios que puedan causarse con la misma; pero de manera excepcional, el órgano jurisdiccional puede disponer de la misma, aunque no la solicite una parte, para asegurar la efectividad en la ulterior decisión jurisdiccional.

Mediante las medidas dispuestas en virtud de la tutela cautelar es posible precaver la eficacia de las decisiones jurisdiccionales con determinadas garantías y seguridades concretas. En los procedimientos de ejecución forzada es posible que esta dirección cautelar esté presente, dada que la acumulación a la misma se tiene como regla general; pero igualmente algunos procedimientos de cognición posibilitan la práctica de medidas cautelares en aras de asegurar mayor eficacia en el ejercicio de la función jurisdiccional (p. ej. en litigios sobre alimentos, divorcio, reivindicación, restitución de tenencia por arrendamiento, etc).

En la tutela cautelar el órgano jurisdiccional genera decisiones provisionales que han de contribuir a la eficacia misma del proceso, sin que se afirme de manera definitiva una situación jurídica. Pero la estimación de la medida cautelar está condicionada por su procedencia, ya que se requiere que sea necesaria para la protección de un determinado derecho y que exista un riesgo real para que se conceda una tutela de protección debido a los propios tiempos procesales para desarrollo del procedimiento principal que le sirve de trámite a un proceso con pretensión declarativa o a uno con pretensión ejecutiva.

Generalmente el éxito de la tutela cautelar exige que se difiera el ejercicio de la contradicción o de la defensa por parte del sujeto afectado por la medida cautelar. Ese aplazamiento de la defensa por parte del opositor está vinculado con la eficacia de una tutela, que realza la importancia del derecho de las personas a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, en el contexto de la tutela jurisdiccional efectiva. Se asegura, de esta manera, una eficacia que es inmediata, sin que tenga que esperarse el cumplimiento espontáneo de un sujeto frente a la orden emitida por la jurisdicción. El contenido de la tutela cautelar se

manifiesta de diversas maneras: mediante actos afines a la ejecución forzosa, por medio de medidas coercitivas, y por actos de mero trámite. Se requiere de una actuación de manera inmediata una vez se profiera la medida cautelar.²⁶

4. PODERES DE LA JURISDICCIÓN

Quien pueda desplegar función jurisdiccional puede concretar, por medio de ciertos elementos de los que dispone a su servicio, su actividad de enjuiciamiento justificado de conformidad con el derecho. Esos poderes específicos contribuyen a la emisión de una decisión clara de fondo y, además, ésta puede hacerse cumplir cuando la ejecución espontánea de la misma no sea posible. Ya habían sido identificados desde el derecho romano-canónico con los siguientes nombres: *gnotio*, *vocatio*, *coercitio*, *iudicium* y *executio (imperium)*.

- **El poder de la *gnotio*:** Este elemento garantiza el derecho de formar la convicción, por parte del director del proceso, con el material de conocimiento suministrado en el proceso. Los elementos de confirmación o probatorios incorporados por el juez jurisdiccional, mediante su decreto y práctica, asegurarán una decisión de fondo objetiva.

- ***Vocatio*:** Este poder permite compeler al justiciable para que comparezca al proceso, como sucede con el trámite correspondiente a las notificaciones para efectos de integración del contradictorio.

- ***Coercitio* o el poder de coerción:** Posibilita que el juez director del proceso pueda ejercer sus poderes disciplinarios y castigue con sanciones, en aras que los instrumentos procesales que dirige se desarrollen sin mayores inconvenientes. Como ejemplo de este poder se consideran las sanciones emitidas por los jueces, sin perjuicio de la contradicción o defensa, cuando exista fraude procesal o se atente en contra de la moralidad del proceso.

²⁶ Juan Monroy Palacios expresa con gran claridad este concepto de eficacia inmediata en los siguientes términos: “Debido a su carácter instrumental, su contenido variará de acuerdo a las particularidades (y necesidades) de la pretensión propuesta y, es por ello, que en algunos casos requerirán de mecanismos que se asemejan a la ejecución forzada (secuestro judicial o conservativo), en otros de medidas coercitivas (cautelares que suponen un hacer o no hacer) o, finalmente, se traducirán en actos de mero trámite, similares a los utilizados para la actuación de sentencias constitutivas (la anotación de demanda o el embargo en forma de inscripción). Sin embargo, más allá de la atipicidad de este tipo de resoluciones, es decir, de su capacidad de asimilarse a otros tipos de sentencias ya conocidas, lo cierto es que tienen un matiz distintivo y es que, *sea cual fuere su contenido, su eficacia es inmediata.*” J. J. Monroy Palacios, op. cit., p. 179-180.

- **El poder de decisión o *iudicium*:** Corresponde al poder de sentenciar declarando el derecho que corresponde. Este poder posibilita que tras la culminación de un proceso se emita un pronunciamiento definitivo en lo referente a la tutela declarativa.

- **El poder de *executio* o *imperium*:** Este poder permite que el juez, mediante actos coactivos, haga cumplir el mandato cierto contenido en un título ejecutivo cuando no se dé el cumplimiento voluntario por parte del obligado por la prestación insatisfecha. Como ejemplo se presenta el caso de la sentencia declarativa de condena, que permite que el acreedor de la prestación acuda nuevamente a la jurisdicción para que haga cumplir la orden de dar, hacer o no hacer.

Con los poderes de la jurisdicción se confirma la posibilidad real que tiene un juez jurisdiccional de cumplir con su cometido en conceder una determinada tutela concreta en las tres direcciones ya consideradas. Para emitir un juicio de declaración, o para ejecutar lo declarado ha de apoyarse de la espada y de la balanza, como bien lo explica Carnelutti. Según el maestro italiano: “El juez tiene en su mano la balanza y la espada; si la balanza no basta para persuadir, la espada sirve para constreñir. Por eso, cuando el ladrón ha sido condenado, debe ir a prisión, de grado o por fuerza; cuando al deudor le exige el juez que pague la letra de cambio, si no paga se le quitan tantos bienes cuantos son necesarios para traducirlos en el dinero necesario para el pago; cuando el juez ha ordenado la transcripción de una venta, el conservador de las hipotecas (registrador de la propiedad) la transcribe sin más, aunque una de las partes se oponga a ello. Los juristas dicen a este propósito que el juicio del juez tiene fuerza ejecutiva, y quieren decir con ello que, aunque las partes no se presten a ejecutarlo, alguien interviene para hacerlo ejecutar por la fuerza”²⁷.

Todos estos poderes sumados a los deberes que concreta la función jurisdiccional (v.gr. deber para el órgano jurisdiccional de la prestación de la tutela cuando le es requerida), se facilitan con el agotamiento del proceso, como instrumento adecuado para que se profiera el acto final de juzgamiento. Este instrumento desarrollado por el ejercicio de la jurisdicción es un medio de carácter consecuencial y proyectivo que asegura una justa decisión, tras la confirmación realizada en torno a los hechos expuestos por las partes, en las afirmaciones realizadas con la pretensión o en las negaciones propias de la resistencia. “La actividad de enjuiciamiento se concibe de una manera predominantemente técnica, en cuanto que consiste

²⁷ F. Carnelutti, *Cómo se hace un Proceso*, tr. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Bogotá, Temis, 1994, p. 53.

en la averiguación empírica de los hechos y en la constatación del derecho aplicable a los mismos. Pero el éxito de esa actividad no puede ser garantizado simplemente mediante una investigación de tipo técnico realizada por una persona competente. Para evitar errores, involuntarios o interesados, se necesita la colaboración de todos los afectados. La necesidad de colaboración y control está presente en la instauración de todo proceso judicial, y da lugar a la exigencia de determinados principios cuya inobservancia pondría gravemente en peligro la corrección e imparcialidad de la decisión. Serán éstos los principios de dualidad, contradicción e igualdad de las partes. Un sistema de recursos permite, en su caso, corregir los errores que se hayan podido producir en primera instancia”²⁸.

5. BASES PARA UNA TEORÍA DE JURISDICCIÓN DESDE UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La función jurisdiccional se expresa en un acto por el cual se interviene en la práctica social, tal como lo subraya el filósofo francés Paul Ricoeur²⁹, evocando la propuesta habermasiana, donde asocia el juicio con la actividad comunicacional, en el nivel del intercambio de discursos, por medio del proceso. Debe tenerse en cuenta 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. La decisión jurisdiccional de fondo ha de ser el resultado de un proceso garantista, en que se respeten los derechos fundamentales, y ha de tener por fundamento el Derecho. Se propugna por una decisión que permita hacer realidad el Estado social, sin que por esto se proponga un Estado paternalista, en el cual el soberano simplemente se comporta como un padre y los coasociados son considerados como “menores de edad”.

²⁸ M. Saaverdra, op. cit., p. 227.

²⁹ P. Ricoeur, op. cit., p. 184.

La jurisdicción es una actividad creadora de derecho, que no se puede ver limitada a aplicar ciegamente la legalidad so pretexto de proteger seguridad jurídica. Incluso, la jurisdicción ha precedido históricamente a la legislación, como en el caso de la equidad. La legalidad es tan solo una manifestación de la seguridad jurídica y no debe agotar todo el ámbito del fenómeno jurídico. Lo que importa es 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, en los términos ya referenciados en este trabajo en apartes anteriores. Las normas elegidas como fundamento a las decisiones judiciales no son meros presupuestos y deben ser sometidas a un proceso de adecuación que exija de un trabajo arduo de interpretación, aplicación y posterior creación frente al caso concreto. Desde la doctrina de Kelsen entre la actividad creadora de la legislación y la jurisdicción se encuentra una diferencia más de tipo cuantitativo que cualitativa, en cuanto a que el vínculo del legislador con la constitución resulta ser más débil que la de un órgano judicial con relación a la norma legal, siendo más libre el legislador para crear que el juez.

Por medio de la jurisdicción se ha de enjuiciar el derecho establecido, de acuerdo al sistema de fuentes, en consonancia con el principio de plenitud. Es decir, las soluciones que se realicen en la jurisdicción, con arreglo al derecho, deben ser buscadas desde todo el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. “... el gran debate sobre la jurisdicción en la actualidad se debe fundamentalmente a la quiebra del imperio de la ley en su versión positivista, que dio lugar a una interpretación legalista del derecho y que ahora ha alumbrado una concepción de la ley más impregnada de política, de ética y de historia, es decir, una sustitución de la ley por el derecho como fuente de las decisiones jurisdiccionales. El acelerado desarrollo de la sociedad postliberal y las graves convulsiones políticas que ha sufrido ésta en el siglo XX han mostrado, de un lado, la incapacidad de la ley para regular una multitud de relaciones y de situaciones imprevistas e imprevisibles, y han ocasionado, de otro, un fenómeno de desconfianza de los ciudadanos en muchas de las disposiciones adoptadas por el legislador... La ley ha perdido el aura de legitimidad que de antaño poseía. Los jueces se han visto forzados a adquirir un mayor protagonismo en la resolución de conflictos, impelidos por la necesidad de responder en su propio ámbito a las exigencias de una reproducción estabilizada y legítima de relaciones sociales. El ordenamiento jurídico ha visto también incrementado su grado de complejidad, incluyéndose a distintos niveles (sobre todo al nivel constitucional) una serie de recursos que permiten el juego de la ética y de la política en la práctica jurisdiccional, incluso en contra de

las decisiones tomadas por la Administración en el ejercicio de sus competencias discrecionales”³⁰.

Desde la teoría no puede admitirse que las referidas fuentes sean reducidas sólo al espacio de las reglas legisladas; aunque en materia penal el principio de plenitud cede frente al principio de legalidad. La jurisdicción se concibe como garantía dirigida al aseguramiento y a la actuación de los derechos que el ordenamiento atribuye y reconoce a cada sujeto. Esta concepción es perfectamente viable desarrollarla en un Estado Social de Derecho, superando la aplicación de ideologías liberistas que la conciben como función dirigida a la realización de la libre confrontación de partes individuales, fundada en los valores del libre mercado y la libre iniciativa privada. No puede ser justicia el producto de lo que se obtiene en el proceso que inserte la referida confrontación de partes individuales. Por ende, la Jurisdicción no puede ser definida en términos de eliminación y superación del conflicto de intereses, sin interesar como se acaba la controversia, es decir, sin importar que resulte de cualquier modo eliminada.

El doctrinante italiano Michele Taruffo³¹ propone el rescate de la concepción publicista del proceso, superando la consideración nefasta de asumir la jurisdicción como la función dirigida a producir no tanto decisiones justas y verdaderas en un término razonable sino a materializar un valor bien diverso que es el representado por la libre confrontación de las partes. La justicia sería el mero resultado automático de esa confrontación. Señala que tal visión sustentada en la ideología liberista del proceso civil se encuentra actualizada en la siguiente postura: “la que emerge cuantas veces se define la jurisdicción civil en términos de eliminación, composición, superación de un conflicto de intereses, o en términos de *solución de controversias*”.

Los valores que inspiran la función jurisdiccional no deben estar fundados en la victoria del más fuerte y sobre el principio de no intervención estatal en esta suerte de mecánica darwiniana que se supone tiene lugar en el proceso, como lo sostiene Taruffo, donde los derechos son adjudicados a los vencedores al final de la contienda. Este modo de pensar excluye que la decisión judicial esté determinada por criterios extrínsecos y autónomos respecto de la dinámica de las partes procesales. “Así, por ejemplo, se llega a excluir que la decisión judicial deba reflejar lo más razonablemente posible la verdad histórica y empírica de

³⁰ M. Saavedra López, op. cit., p. 228.

³¹ M. Taruffo, La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?, tr. de P. A. Ibáñez, en P. A. Ibáñez y otros, *Corrupción y estado de Derecho; el papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, p. 136-137.

los hechos relevantes de la controversia. De manera análoga, se excluye que tal decisión deba inspirarse en criterios de justicia sustancial, exteriores o más generales respecto de aquellos invocados por las partes en apoyo de sus particulares intereses”³². Se advierte así una contradicción de fondo entre las teorías del proceso como mera resolución de conflictos fundados en la competición de las partes y una concepción rigurosa de la legalidad y de la garantía de los derechos. Esta última concepción es la que debe erigirse como meta para identificar la naturaleza de la Jurisdicción.

La función jurisdiccional, ha de ser el motor de un instrumento que otorgue confianza en la comunidad de su eficacia, en cuanto a que esté dirigida a auscultar la verdad material en aras de asegurar la justicia, de lo contrario la autotutela o autodefensa volvería a reinar en nuestra sociedad, como preocupan las manifestaciones de violencia que se desatan en ciertos espacios nuestros con indiferencia del Estado. Ya este horizonte de jurisdicción es suficiente para justificar la importancia de la prueba de oficio en el proceso jurisdiccional.

Para Taruffo, según una concepción abierta y creativa sobre jurisdicción, el sujeto ha de acudir a la garantía de la tutela jurisdiccional tantas veces se encuentre necesitado de la misma, en búsqueda del reconocimiento y tutela jurídica de los derechos, además de la individuación de los diversos remedios jurisdiccionales que se precisen para asegurar esa tutela. Considera que corresponde al juez, cada vez con mayor frecuencia, hacer aquello de lo que el legislador no es capaz, es decir, atribuir dignidad y tutela jurídica a las nuevas necesidades y a los nuevos derechos. Ya no es la preexistencia de un derecho sustancial determinado lo que abre la vía de acceso a la jurisdicción, sino la existencia de una situación en la que un interés relevante merece ser tutelado en sede judicial. Así, desde Taruffo la jurisdicción ya no puede ser considerada secundaria con relación al derecho sustancial, puesto que se convierte en primaria y esencial, ella misma creadora de derecho sustancial. Y es que el legislador aunque regla para casos habituales, para que la jurisdicción constate y declare la producción de ciertos efectos jurídicos respecto de los casos previstos, es necesario que reconozcamos que en nuestros complejos núcleos sociales siempre aparecerán nuevos casos en los que no resulta viable ni suficiente la aplicación de las reglas de derecho sustantivo ya establecidas. Sólo al final del proceso se podrá establecer si aquel sujeto es verdaderamente titular de un derecho. La jurisdicción no puede concebirse como función meramente declarativa del derecho material precedente, es decir, no puede analizarse simplemente como

³² Ibid., p. 138

función limitativa a restablecer status sustanciales ya existentes en la ley sustancial, donde el juez simplemente afirme el derecho preexistente.

El legislador sustancial es incapaz de seguir cerca la evolución de la sociedad y de sus problemas y de satisfacer de manera adecuada la necesidad de derecho que ésta expresa. La jurisdicción resulta ser una función creadora de nuevos derechos. Sobre este aspecto Taruffo sostiene: “La estratificación del ordenamiento, la necesidad de interpretar y concretar principios y garantías constitucionales, la pluralidad, dispersión, incoherencia y variabilidad de las fuentes legislativas, y los fenómenos de suplencia judicial a menudo inevitables, hacen así que el juez tenga que desempeñar una función, en sentido amplio, creadora de derecho, aunque sólo porque es a él a quien corresponde individualizar activamente, formular y justificar la decisión justa al caso concreto. El juez ha pasado, así, de ser pasivo y mecánico aplicador de normas, a convertirse en garante de justicia y de los derechos fundamentales, y al mismo tiempo en intérprete activo y responsable de las necesidades de tutela que emergen en el contexto social”³³. Pero, lo anterior no significa que la creación de derecho que realice el juez frente al caso concreto se realice de la nada. Se trata de una creación que no vulnera el principio liberal de separación de poderes en cuanto a que las decisiones judiciales se someten al imperio del ordenamiento jurídico, no entendiendo la ley en su sentido limitativo o restringido. A partir de un respeto por las reglas y condiciones que se han de asegurar en el proceso jurisdiccional (idea que puede ser justificada desde el rico legado de las teorías procesales de la justicia), se obtiene un resultado justo con la sentencia que exprese un acatamiento del ordenamiento normativo, sin que pueda tolerarse el mero decisionismo o subjetivismo judicial caprichoso. El fallo debe fundarse razonadamente en derecho. Este acto contentivo de la norma jurisdiccional se descompone en dos partes: En una motiva y en un mandato o parte resolutive. En la primera la jurisdicción explica mediante argumentaciones su decisión y en la segunda ordena propiamente, siempre respetando la jerarquía normativa, comenzando por la norma de normas, la Constitución, para luego considerar la complejidad del sistema de fuentes que pueda servir de soporte o fundamento para la decisión, sin que se limite a la mera declaración.

³³ Ibid., p. 141.