

JURISDICCION JUDICIAL*

JULIA VICTORIA MONTAÑO BEDOYA**

1. LAS IMPOSTURAS SOBRE EL ALCANCE DEL VOCABLO JURISDICCION

Jurisdicción; del latín *iurisdicctio*, *iuris*: jus (derecho) y *dictio*: (acto de decir) . En la Roma clásica, para la época de la orden judicial privada, la jurisdicción fue privada, ejercida por árbitros; desde la Roma postclásica, época del conocimiento extraordinario, ha sido pública, con resurgimiento de la jurisdicción privada en la figura del arbitraje.

La doctrina se refiere a ella unívocamente –sin hacer ningún deslinde histórico–, como función estatal, deber-poder, poder político, poder soberano, expresión de la soberanía, potestad¹; dispersa la doctrina, toma luego diversas direcciones que hacen anfibológico el término en lo atinente a su finalidad, pues para unos, dicho poder está dedicado a la aplicación del derecho objetivo; para otros, se ocupa de la realización del derecho subjetivo; algunos destacan sus rasgos, como la ausencia de subordinación jerárquica, la presencia de cosa juzgada, así como la existencia de una pretensión y una resistencia; otros cuantos, aluden a la resolución de prestaciones jurídicas; también se dice que está destinada a satisfacer intereses tutelados por el derecho; a despachar pretensiones; a la actividad de sustitución, bien en sentido subjetivo u objetivo; y no pocos se refieren a ella como resolutive de conflictos.

* Este ensayo corresponde a una versión mejorada de la ya publicada en la República Argentina, en la Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Diciembre de 2003. Año XLIII, No. 64. Bajo el título “Reconocimiento de la garantía constitucional de la jurisdicción: Desde las tutelas”. Esta nueva denominación fue inspirada por el profesor Lázaro Gómez, a propósito de la invitación que me extendiera para exponerla en el auditorio Rafael Uribe Uribe de esta Universidad, el 28 de mayo de 2004.

** Abogada, Magíster en Derecho Procesal, Especialista en Arbitraje de EAFIT. Árbitro, consultora, investigadora docente de la IUE y de postgrado en la UPB

¹ Compartida cada vez más con los particulares, a través del arbitraje, instituto primitivo que ha revivido y que va en aumento a partir de la ineficacia de jueces –Estado; implantación de modelos neoliberales, fenómenos como la globalización e incremento de los negocios internacionales.

Todo lo anterior ha resultado engañoso e insuficiente, habida cuenta que la denotación acto de decir el derecho (jurisdicción), no siempre ha sido pública y, en todo caso, es demasiado genérica, pues el Estado desde todos sus poderes dice el derecho, pudiendo hablarse de jurisdicción judicial, jurisdicción administrativa y jurisdicción legislativa; seguir pregonando que es expresión de la soberanía, supone replantear su concepto. Actualmente debe entenderse la soberanía desde la preeminencia interna, pero, además, desde la preponderancia internacional, a partir de la necesaria colaboración de Estados o centros de poder, con normatividad jurídica y tribunales creados por todos coordinadamente. Entonces la jurisdicción judicial debe abarcar casos nacionales y multinacionales en todas las materias, siendo imperiosa la creación de jueces internacionales, más allá del tema de derechos humanos, abarcando también los derechos comunes: mercantiles, laborales, civiles, familiares.

Y habrá que hablar de un nuevo concepto de soberanía hoy, cuando cobra importancia la región, pero también lo nacional, al lado de lo transnacional como paso a lo internacional; todo ello según los modelos jurídico-políticos (presidencialismos, unitarismos y hasta federalismos), paradigmas que también se han quedado cortos (para dar paso a otros como bloques, uniones e integraciones de Estados) frente a los acontecimientos mundiales, a partir de los cuales, cada vez somos más afines, pero también más diferentes, a raíz de múltiples fenómenos intramundanos.

Desde el reconocimiento por las minorías, baste mencionar que en América Latina hay cerca de 400 pueblos indígenas, que constituyen alrededor de 30 millones de personas; y en Colombia 700.000, representados en 84 etnias y 62 lenguas, —reconocidas genéricamente en la constitución política Colombiana, pero dentro

² Estados Unidos, donde a inicios del siglo XX entraban 1.300 extranjeros al año, fue el primer país en acoger oleadas masivas de inmigrantes, ejemplo que luego seguirían Australia, Canadá, Argentina, Brasil y Uruguay; estas tres últimas naciones recibieron a 12 millones de personas, sobre todo italianos, españoles y portugueses, hasta 1940. Muchos asiáticos

de sus territorios (art. 10)—; sus sistemas jurídicos pueden ser clasificados en 22 grupos, aplicados por jueces indígenas en cada comunidad. Esta parte de la población está asentada en 32 departamentos, 230 municipios de 1075 con que cuenta el país. Otro grupo étnico Colombiano reconocido como tal, mediante resolución 022 de 1999 del Ministerio del Interior, es el pueblo Rom o gitano, compuesto de, aproximadamente, unas 8000 personas, provenientes del Norte de la India en la época de la colonia, que hablan su propio lenguaje: el romanés, y tienen su propia legislación y tribunales de justicia: Kriss Romaní.

Al lado de empresas locales y nacionales hay un notorio incremento de empresas transnacionales y multinacionales; van en aumento los negocios comerciales binacionales y globales; cada vez más se fortalecen las uniones de Estados (Andina, Asiática, Africana y Europea); se evidencia el rompimiento de fronteras y la instauración de libre comercio; la existencia de más de 240 tratados binacionales y multilaterales —sin contar los unilaterales— de libre comercio, así como más de 23 tratados multilaterales que regulan el derecho procesal civil; la presencia de 34 países en el ALCA, el TLC con Estados Unidos; la existencia de 4 tribunales internacionales: Corte de Roma, Corte Internacional de Justicia, Corte de Justicia Centroamericana, Tribunal Internacional del derecho del Mar; y 4 comunitarios: Tribunal Andino, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de justicia de la UE; un poco más de 50 organismos internacionales administrativos (con incidencia, y algunos con funciones jurisdiccionales judiciales). El incremento de la migración, con endurecimiento de las leyes que la regulan; 175 millones de personas en situación legal y una cifra indeterminada de ilegales que viven fuera del país²; los negocios

vía la internet; las catástrofes naturales³; las epidemias⁴; el terrorismo; las confrontaciones bélicas; la crisis de la legalidad (corrupción); el síndrome de presidentes débiles y autoritarios como el caso de Colombia, Venezuela, Bolivia, Perú, Cuba, ...

La aplicación del derecho o, como dejó dicho Chiovenda, la actuación de la ley, corresponde a la concepción ortodoxa de separación de poderes, que queda sin piso cuando se evidencia que desde todos los poderes se aplican unas normas para crear otras; ausencia de dependencia y presencia de cosa juzgada, son apenas peculiaridades; resolución de prestaciones, ofrece solo una mirada fragmentada, puesto que no siempre se impone una obligación por vía directa; actividad de sustitución, no es uniforme en tanto que para algunos ese reemplazo es de sujetos, y para otros, de normas; y aún menos aceptable si tenemos en cuenta que toda actividad del Estado es de sustitución —reemplazo de la voluntad privada por la voluntad pública—. Finalmente, y con gran acogida, la jurisdicción como función resolutoria de conflictos⁵, resulta ser la más discutible hoy, cuando aún no se ha clarificado, por lo menos con rigor jurídico, qué debe entenderse por conflicto, pues las explicaciones que dan los procesalistas son más económicas y sociológicas que jurídicas; basta recordar la tesis de Carnelutti, quien ex-

también emigraron a América, especialmente japoneses a Brasil y chinos a Estados Unidos. Sin embargo, el grueso de la emigración de ese continente se produjo a países vecinos: unos 14 millones de chinos se marcharon a Indonesia, Tailandia, Malasia o Vietnam.

³ El tsunami, una de las tragedias más grandes del mundo, con más de 300.000 muertos.

⁴ En 2002 se estimaba en 42 millones las personas contagiadas con el VIH. Para 2010 serán 115 millones. Cada 14 segundos se infecta una persona.

⁵ Siguiendo a Carnelutti, algunos hablan de litigio, considerado como el mismo conflicto sometido al proceso.

⁶ Me permito plantear una teoría conflictual, en virtud de la cual el conflicto jurídico surge de la insatisfacción de una prestación, de un estado de incertidumbre o de la inconformidad de una norma inferior frente a otra que le es superior. Lo primero entraña una obligación incumplida; lo segundo, la ocurrencia de un hecho humano o de la naturaleza, que torna al derecho cierto en incierto, en vilo o en perplejidad; y lo tercero, a un asunto de validez de actos jurídicos o de especies normativas.

plica el conflicto desde la teoría del interés, huelga decir desde el interés material, a partir de la lucha por los bienes, que la doctrina repite sin cuestionar⁶.

2. HACIA LA IDENTIDAD DE LA JURISDICCIÓN JUDICIAL

Me propongo, entonces, atisbar el cómo reconocer o identificar la jurisdicción judicial, de tal manera que este acto de decisión jurídica no se confunda con otra decisión Estatal. Para ello, con enfoque intradisciplinar, he acudido preferentemente a la teoría procesal, y como aficionada a la teoría de las obligaciones, del Estado y del derecho, siguiendo preferentemente al jurista, magistrado y profesor vienés más destacado de todos los tiempos: **KELSEN**, de quien han bebido robustos procesalistas como Cappelletti y Calamandrei.

La jurisdicción judicial debe reconocerse desde actos de decir el derecho, encarnados en el ejercicio de las tutelas judiciales: declarativa o cognoscitiva, ramificada en pura, constitutiva y de condena; la ejecutiva y una cualquiera de ellas acompañada de la cautelar, las cuales se deben formular técnicamente en el petitum de la pretensión, correspondiendo siempre a una consecuencia jurídica de un supuesto normativo y despachada finalmente en la sentencia.

2.1. Tutela declarativa constitutiva

Comenzaré por decir que la tutela judicial constitutiva tiene lugar cuando la intervención del juez es indispensable para mudar o extinguir una relación jurídica existente, y para declarar la cesación de eficacia de un acto jurídico o de una norma jurídica. Necesariamente se requiere la ocurrencia de un suceso fáctico que per se no muta o elimina dicha relación jurídica, o deja sin efectos el acto, pero sí la provoca, de tal manera que la relación no se modifica, ni se extingue fácticamente y, menos aún, jurídicamente, con la ocurrencia del hecho.

La sentencia que realice la tutela judicial constitutiva, declara la modificación o extinción de una relación jurídica, todo lo cual solo puede tener efectos desde la declaración, ex nunc, no antes, porque previa la sentencia la relación jurídica es una, y otra distinta a partir de ella. Su manifestación estelar consiste en que la relación jurídica deja de existir, de tener vida jurídica, cesa en sus efectos a partir de la sentencia.

Una de las expresiones de jurisdicción judicial, en ejercicio de la tutela declarativa constitutiva, es la de anulación de actos jurídicos, que no es más que un control jurídico de normas, normas que están en posiciones jerárquicas en el ordenamiento jurídico, donde la inferior debe adecuarse a la superior, es decir, la superior determina el contenido y la forma de la inferior; cuando no se adecua esta a aquella, la inferior debe cesar en sus efectos, siendo el juez el único que puede declarar la anulación, mas no la nulidad de tal acto, que hasta el momento viene produciendo efectos, pero no debe seguir produciéndolos, por conculcar el sistema jurídico normativo.

Las leyes, los actos administrativos, los contratos —en general las normas reglas—, pueden ser nulos o anulables; si son anulables, existen y son válidos, se presumen válidos, hasta que se declare judicialmente lo contrario; la decla-

ración de anulación no es una declaración de inexistencia del acto, sino de su ineficacia o cesación de sus efectos. Si el acto es nulo no produce efecto alguno, y su formalización entraña la tutela declarativa pura; pero si es anulable, los efectos de dicho acto sólo se detienen con la declaración de la anulación. En ejercicio de la tutela declarativa constitutiva, ¿cómo borrar o desconocer hacia el pasado los efectos jurídicos que el acto, presumiblemente válido, produjo?

Un juez constitucional en ejercicio del control constitucional, equivale a un juez civil o administrativo al desplegar la tutela declarativa de anulación. El juez civil controla la norma-contrato frente a la norma-ley civil; el juez administrativo, la norma-acto administrativo frente a la norma-ley administrativa; el juez constitucional controla la norma-ley referida a cualquier materia, frente a la constitución política o nacional, todo ello cuando se pide la tutela judicial declarativa constitutiva de anulación, llamada en Colombia acción (que debe ser pretensión o tutela judicial concreta) de inconstitucionalidad o inexecutable, anulación o ilegitimidad, siguiendo la expresión Italiana.

Si no se declara la anulación del contrato, del acto administrativo, ni de la ley, se define la apariencia de validez que recae sobre dichos actos, pues el juez, al realizar la tutela judicial declarativa en sentido negativo, ratifica la validez normativa. Pero la declaración de anulación del contrato, del acto administrativo o de la ley, rompe la presunción de validez, destruyendo dichos actos del sistema jurídico normativo, con efectos ex nunc, pues las especies normativas que no sean encontradas válidas, no pueden seguir formando parte del panorama jurídico normativo.

El control de la validez de cualquier especie normativa —incluyendo la ley—, en despliegue judicial, no desconoce la dimensión trial del ejercicio de la función judicial, pues el actor, parte contratante, será quien pida la anulación

del contrato; el administrado, la del acto administrativo; y cualquier persona nacional, la del acto ley. El sujeto pasivo será la parte contratante; la autoridad administrativa será la autoridad legislativa; y el sujeto supra-partes será el juez en concreto, es decir, el juez civil, el juez administrativo y el juez constitucional. El primero controlará actos privados; y los segundos, actos públicos, originándose la competencia objetiva en el acto que controla: el acto contrato, el acto administrativo o el acto ley.

La anulación es de la esencia de la jurisdicción judicial. Por ello la anulación de todos los actos particulares y públicos, incluyendo el mismo acto judicial protagónico, la sentencia, ha sido encargada a los jueces, en sede de tutela declarativa constitutiva, a través de los recursos extraordinarios de casación y de revisión, del especial de anulación del laudo arbitral, si la sentencia proviene de un juez privado, árbitro, y de la tutela contra sentencias, que equivale a la anulación de sentencias que han conculcado derechos humanos, a través de la aplicación de normas-reglas; dichos derechos humanos, y en general la doctrina constitucional sobre el alcance de un derecho fundamental, en Colombia tienen criterio vinculante según la sentencia de Revisión del proyecto de ley estatutaria S -C No. 037-96 art. 48 (consideraciones de la Corte).

Con todo lo anterior, queda superada la negación del poder judicial, pregonada en el seno de la revolución francesa. Para un revolucionario francés fue inconcebible e inaceptable que el poder judicial llegara a controlar la constitucionalidad de las leyes, menos aún, la legalidad de la actuación administrativa. Al inicio de la separación de poderes, se entendió que el poder judicial quedaba ajeno al conocimiento de los asuntos de importancia política en la vida social. Curiosamente, fueron los teóricos del derecho público quienes defendieron

la existencia del poder judicial, entre ellos Carré de Malberg.

El ejercicio de la tutela judicial declarativa constitutiva de anulación de actos jurídicos, nos pone en la otra orilla, en la que los jueces controlan jurídicamente los actos particulares y públicos, incluyendo sus propios actos: las sentencias; de donde resurge el interrogante histórico y teórico del constitucionalismo, ¿quién custodia al custodio? Se desencadena hoy, un segundo cuestionamiento: ¿Qué tan democrático es el control de validez de las sentencias de los jueces, cuando ese control lo hace el mismo órgano judicial, mientras que la administración y el parlamento no tienen el control de sus actos, pues la anulación de los actos administrativos y de las leyes corresponde, exclusivamente, al órgano judicial? La respuesta supone revivir visos de la discusión de los revolucionarios franceses, pasando de la negativa a reconocer que el poder judicial, en la postmodernidad, es el gran poder⁷, no el tercero, sino el primero, el gran poder.

Replantear la jurisdicción judicial desde el ejercicio de las tutelas judiciales, y en particular desde la tutela declarativa constitutiva de anulación de normas, contribuye a la discusión en torno a la naturaleza del control constitucional, y conduce a una concepción renovada del esquema de separación de poderes, habida cuenta que, actualmente, es una impostura jurídica afirmar que la jurisdicción y la administración aplican las normas-leyes provenientes del parlamento, puesto que todas, jurisdicción judicial, jurisdicción administrativa y jurisdicción legislativa como funciones estatales, dicen el derecho, producen derecho, a través de la aplicación de normas, como la constitución, las leyes, las costumbres, los principios..., para la creación (renovación) de normas, como la ley, el acto administrativo, la sentencia, dife-

⁷ Quedando atrás la idea de George Jellinek, para quien la administración es la función fundamental, de la cual, en un principio hizo parte la legislación y la jurisdicción, en cumplimiento de funciones anodinas, ...

renciadas solo por el nivel de creación, por su fuerza y efectos, que determinan la jerarquía para el control, control que, en este momento histórico, es exclusivamente jurisdiccional en sede judicial.

2.2 Tutela declarativa propiamente dicha

Sigamos con el reconocimiento de la jurisdicción judicial desde el ejercicio de las tutelas judiciales. A través de la declarativa pura, conocida como mero declarativa, el juez declara, formaliza o legaliza una situación fáctica existente, traducida en una relación sustancial cualquiera, frente a una persona individualizada y determinada. La relación fenomenológicamente debe existir, pero no tiene importancia jurídica, sino solo hasta que el juez al constatarla declare su existencia o inexistencia. Por ejemplo, el juez luego de examinar si Juan es hijo de Jonás, declara o no a este padre extramatrimonial de aquel; o el juez al encontrar que María no realizó el hecho punible –homicidio frente a la persona de Juan–, la absuelve, declaración negativa.

Si la declaración es positiva, los efectos de la sentencia que realiza tal tutela serán, *ex tunc*, retrotraídos al momento de la ocurrencia del hecho, o al origen de la relación de vida, porque la sentencia no origina la relación, solo le da importancia jurídica.

Si la declaración es negativa, la sentencia en la que se manifiesta tal tutela puede declarar la inexistencia de la ocurrencia del hecho, o declarar que el hecho existente, jurídicamente, no proviene del sujeto a quien se le endilga. En cualquiera de los dos eventos, los efectos se surten a partir de la sentencia, es decir, *ex nunc*.

⁸ Las situaciones jurídicas indican la posición que una persona ocupa frente a una norma jurídica. Cada persona ostenta a la vez múltiples situaciones jurídicas activas y pasivas (deberes éticos, obligaciones económicas, derechos políticos, facultades para obrar, ...) derivadas de diversas normas jurídicas, con ocasión de las variadas relaciones concomitantes de las que forma parte (somos a la vez: hijos, padres, cónyuges, hermanos, empleados, empleadores, nacionales, extranjeros, contratantes, contratistas...).

⁹ Esta es la tutela jurisdiccional por excelencia de la materia penal, salvo en los casos de absolución en los que estamos ante una tutela jurisdiccional declarativa pura, en sentido negativo.

Basta la declaración (positiva) en la sentencia. Las situaciones jurídicas que se deduzcan de tal relación jurídica sustancial, no tienen que estar contenidas en la sentencia; están consagradas en la ley sustancial y operan de pleno derecho, verbigracia, al declararse la relación jurídica de padre e hijo extramatrimonial (relación prevista y regulada por la ley sustancial), se derivan derechos, obligaciones, deberes, facultades, en fin, diversas situaciones jurídicas, tanto para el padre, como para el hijo extramatrimonial.

2.3 Tutela declarativa de condena

También hay jurisdicción judicial, cuando se despliega la tutela declarativa de condena, la cual se da cuando el juez en la sentencia crea un derecho al imponer una situación jurídica específica⁸: una obligación. Dicha obligación ha de ser concreta, es decir, contentiva de una prestación de dar, hacer o no hacer, con precisión y claridad. La obligación no tiene vida, no existe, hasta que no se imponga en la sentencia, previa la emisión de un acto o la ocurrencia de un hecho calificado por la ley como originario de obligaciones. Se requiere entonces la declaración del juez, previo el acto o el hecho que por sí solo no crea la obligación, pero sí tiene la vocación de generarla. Por ejemplo, un hecho dañoso, una hipótesis delictiva.

Los efectos de la sentencia que realice la tutela declarativa de condena, serán *ex nunc*; la obligación sólo tiene vida desde que se impone, y esto sólo se da en la sentencia o a partir de ella. Antes de la sentencia estamos en presencia de un acto o un hecho que tiene la potencia de originar la obligación, pero que *per se* no la origina⁹.

El despliegue judicial del juez, en un Estado constitucional, desde la realización de las tutelas judiciales, entraña un poder creador de derecho: el juez crea cuando declara la relación jurídica proveniente de una relación de vida, así como cuando declara la mutación o la extinción de la relación jurídica sustancial existente, la cesación de efectos de una especie normativa y, más aún, cuando desde la alteridad, crea un derecho al imponer una obligación en la sentencia de condena.

2.4 Tutela ejecutiva

Pasando de las declarativas a la ejecutiva, nos encontramos ante la orden de cumplimiento forzoso de una obligación, que el juez emite contra una persona determinada e individualizada, siendo su presupuesto la presencia de una obligación indudable, pero desatendida, contenida en un medio probatorio único: el documento.

La obligación puede nacer de una norma-ley, una norma-acto administrativo, una norma-contrato o una norma-sentencia; la única sentencia que impone directamente una obligación, es la que realiza la tutela declarativa de condena. En consecuencia, todas las demás sentencias se cumplen sin que medie la voluntad del vencido, mediante actos registrales ante oficinas públicas (notarías y registros de instrumentos públicos), realizados por cualquier persona; pero se advierte que las situaciones jurídicas (obligaciones) derivadas de la declaración, al ser incumplidas en cualquier tiempo, generan nuevamente la deprecación de una tutela judicial declarativa, pero esta vez de condena. Si la condena no se atiende voluntariamente por quien resulte desfavorecido en ella, se requiere una tutela judicial complementaria desde la cual se mande el acatamiento de la condena, impuesta por los jueces.

¹⁰ La naturaleza de la jurisdicción coactiva es bien polémica en Colombia. En sentencia de mayo 8 de 1969, el Consejo de Estado la consideró como verdadero proceso judicial de ejecución, y no un simple trámite gubernativo. En sentencia de

Tanto los particulares como las autoridades administrativas y los jueces, crean derechos generando obligaciones correlativas. Pero no por ello los particulares y la administración, lo hacen en sede de jurisdicción judicial, pues el único derecho-obligación que surge de la jurisdicción judicial, es el proveniente de la sentencia declarativa de condena. De otro lado, lo que sí es problemático y crea fisuras al ejercicio de la jurisdicción judicial, es que la jurisdicción administrativa, a través de un funcionario administrativo –muchas veces el mismo que impuso la obligación–, busque su ejecución (denominada en Colombia jurisdicción coactiva), cuando esta resulta desacatada, pues su cumplimiento forzoso, cualquiera sea su origen (contractual, legal, administrativo o judicial), corresponde exclusivamente a los jueces desde la tutela judicial ejecutiva, manifestación de la función jurisdiccional judicial que solo ha de ser desplegada por la rama judicial y, dentro de esta, por los jueces, de manera exclusiva y excluyente, tal y como corresponde a una república democrática, constitucional y de derecho.

Las obligaciones tributarias y, en general, las derivadas de actuaciones administrativas, cuyo acreedor es el Estado-administración y el deudor el administrado-contribuyente, **técnicamente suponen, deben suponer**, pedir al Estado-juez, el despliegue de la tutela judicial ejecutiva, de lo contrario equivaldría a permitir que el contratante ordene directa y coactivamente al incumplido, que cumpla con la obligación. No entendemos –desde la paridad y la técnica–, por qué si la administración es titular del derecho, ella misma ejecuta y la función es administrativa; pero si el administrado es el titular del derecho, el juez ejecuta, y la función es judicial, cuando en ambos casos, por su naturaleza, la función es la misma, y es el juez quien debe ejecutar¹⁰; independientemente de quién sea el obligado, o de dónde provenga la obligación¹⁰.

Cualquiera sea su origen (legal, judicial, administrativo o contractual), la obligación que resulta incumplida debe ser diáfana (montos de capital y réditos), ex profeso (si no consta en escritos cualificados, debe agotarse un interrogatorio anticipado) y actual en cuanto a su exigibilidad (no ha de estar extinguida, o viva pero sujeta a plazo, condición o modo), de lo contrario no opera la tutela judicial ejecutiva.

La obligación puede tener por objeto una prestación de no hacer, como la que impone el juez penal. La desatención de una obligación de no hacer, se ejecuta imponiendo otra obligación: pagar una suma de dinero. Pero la obligación de no hacer: no disfrutar de la libertad —que se impone en la sentencia penal—, no se reemplaza con otra obligación, y mucho menos de contenido económico.

El acreedor titular del derecho, frente a una obligación insatisfecha, debe poner en conocimiento del Estado, rama Judicial, el incumplimiento de la obligación; y para provocar la tutela judicial ejecutiva, deberá presentar una demanda a la que debe anexar un documento cualificado (sentencia de condena, contrato, acto administrativo u otro, público o privado, como un título valor o un auto de un juez, que contenga una obligación peculiar, por incorporar una obligación indudable, ex profeso y actual). Lo anterior nos lleva a afirmar que, por regla general, el poder de ejecución debe ser rogado, tinte dispositivo que corresponde a los procesos que procesan derechos disponibles,

que son los que suelen generar la tutela ejecutiva.

Solo excepcionalmente la tutela ejecutiva debe realizarse oficiosamente; es el caso de la ejecución de la sentencia declarativa de condena penal, que el Estado mismo debe procurar que se cumpla forzosa y coactivamente, sin esperar a que la víctima o el perjudicado con la comisión del hecho punible así lo solicite; primero, porque no es parte en el proceso penal, y segundo, por la indisponibilidad de la tutela judicial penal.

Desde la constitución política, el órgano judicial debe estar dotado de unas tutelas: cognitiva y ejecutiva, a las que debe sumarse la cautelar, para que la jurisdicción judicial sea completa y, desde ella, la tutela judicial principal, sea efectiva.

Cada una de dichas tutelas —cognitiva y ejecutiva—, en ocasiones se ponen en movimiento por impulso público (no judicial) o privado, según que se adopte el principio inquisitivo o dispositivo, coincidente con la naturaleza del derecho sustancial por procesar.

2.5. Tutela cautelar

Desde el principio dispositivo, el titular del derecho sustancial vulnerado debe presentar una demanda, y en ejercicio del derecho de acción, debe formular un pedido de tutela cautelar, no de manera acumulada, pero sí accesoria a un pedido de tutela cognoscitiva o ejecutiva.

Dicha tutela judicial cautelar, por lo menos en Colombia, es pública en materia penal y, en algunos casos, en materia civil, mas no en materia administrativa; aunque debería serlo para todas las áreas, cuando se procesan derechos conculcados que entrañen intereses públicos o de naturaleza indisponible, donde discrecionalmente el juez (no otro servidor público) vea la necesidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia cuyo contenido aún no vislumbra.

En relación con la materia civil y sus afines e, incluso, tratándose de la materia penal, la tutela cautelar tiene sentido de cara a la sentencia de fondo estimatoria del pedido de tutela judicial principal, mas no opera así para la materia administrativa, donde la cautela, por excelencia, es la suspensión provisional de actos administrativos, erigida en garantía frente a una decisión que conculca un precepto superior. Se busca que el acto administrativo amorfo, no produzca efectos hasta tanto no se profiera una sentencia que lo deje incólume; es decir, dicha tutela cautelar tiene sentido frente a la senten-

cia que no acoge el petitum de tutela principal, verbigracia, cuando el juez administrativo en la sentencia no declara la anulación del acto administrativo; sólo a partir de ese momento se reanudan los efectos de dicho acto.

La tutela cautelar en manos de un funcionario distinto al judicial (judicatura y magistratura), no tiene sentido, como en la investigación penal o en trámites administrativos, pues esta sólo se concibe como despliegue judicial complementario, accediendo simultáneamente, vale decir, en un mismo momento, con la tutela declarativa o ejecutiva, pues se desnaturaliza si se ejerce por cualquier órgano y/o de manera desligada a la tutela declarativa o ejecutiva, toda vez que ya no cautela ni asegura.

En suma: la jurisdicción judicial tiene identidad desde el pedido y la realización de las tutelas declarativa, ejecutiva y cautelar, puntal que, a la vez, permite propender por un derecho procesal contemporáneo desde tutelas, airear las encendidas posturas sobre la naturaleza del control constitucional, así como los criterios de separación de poderes.

octubre 5 de 1989, reiterada en 1990, la Corte Suprema de Justicia dijo que era un procedimiento administrativo. En 1994, mediante la S T-445, la Corte Constitucional siguió este último lineamiento, pero bajo otros argumentos: consideró al proceso de jurisdicción coactiva como de naturaleza administrativa, como expresión de una autotutela ejecutiva. En el año de 1996, el Consejo de Estado dejó dicho que mientras para la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional era una función administrativa, para esta corporación es judicial, bajo la modalidad de equivalente jurisdiccional, de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política. La Corte Constitucional en S C - 666 de junio 8 de 2000, no dilucida la naturaleza de la jurisdicción coactiva, pero advierte que hay un problema sobre si esta es función judicial o administrativa. El Exconsejero de Estado, Ricardo Hoyos, en sentencia de noviembre 8 de 2001, manifestó que la tesis de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, es que se trata de un procedimiento administrativo que por naturaleza no entraña ejercicio de la función judicial, por cuanto en ella no se discuten derechos, sino que se busca hacer efectivas obligaciones diversas ante un incumplido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de teoría general del proceso (1945 – 1972), Tomo I: Números 1-11. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. 615 p. ISBN 968-36-2303-4.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho procesal. 2 ed. México: Harla, 1995. 1518 p. ISBN 970-613-024-1.
- CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa América, 1962. 397 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, ideologías, sociedad. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1974. 570 p.
- _____ La justicia Constitucional. Estudios de derecho comparado. México: Universidad Autónoma de México, 1987. 353 p. ISBN 968-360120-0
- CARRE DE MALBERG, R. Teoría general del estado. 2 ed. en español. México: Fondo de cultura económica, 1998. 1282 p. ISBN 968-165281-9.
- JELLINEK, George. Teoría general del estado. Trad. Fernando De los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1978.
- KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la constitución: la justicia constitucional. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Autónoma de México, 2001, 107 p. ISBN 968-36-95272.
- _____ Teoría pura del derecho. México: Porrúa, 1991.
- _____ ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? Trad. Guillermo Casió. Madrid: Tecnos, 1995. 82 p. ISBN 84-309-2757-3.
- _____ Compendio de teoría general del estado. 3 ed. Trad. Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate Flórez. Barcelona: Blume, 1979. 230 p. ISBN 84-7031-137-9
- MONTERO AROCA, Juan, et al. Derecho jurisdiccional. 9 ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. 475. P. ISBN 84-8002-917-X.
- NEGRI, Antonio, et. al. Imperio. Massachussets: Harvard University Press, Cambridge, 2000. 328 p.
- ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. I parte general. Buenos Aires: Depalma, 1969. p. 47 a 85.
- SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. Jurisdicción En: Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. El derecho y la justicia. Vol. II, 2 ed. Madrid: Trotta. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2000. 221 – 230 p. ISBN 84-8164-052-2.