

TEMAS PROCESALES

22

Septiembre
1998

Proceso y Poder
Hugo Alberto Castaño Z.

Los límites del discurso

El rol del Juez en el método de la oralidad
Juan Guillermo Jaramillo Díaz

**Apuntes en torno al remate de bienes embargados
en procesos penales**
Jesús Emilio Múnera

**Consideraciones en torno a la costumbre
como fuente del derecho procesal**
*Julia Victoria Montaña y
Martín Agudelo Ramírez*

La conciliación contencioso administrativa
Jorge Octavio Ramírez R.

**Un modèle original de juridiction administrative:
le conseil d'état colombien**
Carlos Molina Betancour



**LIBRERÍA JURÍDICA
SÁNCHEZ R. LTDA.**

El Centro de Estudios de Derecho Procesal, tiene por objeto la profundización en el estudio del derecho procesal, su divulgación y sostenimiento de su vigencia en la actividad forense, por cualesquiera medios lícitos como elaboración de trabajos individuales y colectivos, publicaciones, conferencias, cursos, etc.

TEMAS PROCESALES

No. 22 Septiembre 1998

**Revista del Centro de
Estudios de Derecho Procesal**

Director:

Andrés Orión Alvarez P.

Consejo de Redacción:

José Fernando Ramírez G.

Gilberto Martínez Rave

Beatriz Quintero de Prieto

Correspondencia:

Eugenio Prieto Mesa

Apartado Aéreo 50088

Medellín - Colombia

Los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores. Es permitida la reproducción total o parcial, citando la fuente.

Miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal

Rodrigo Velilla Gómez

Eugenio Prieto Mesa

Beatriz Quintero de Prieto

Alejandro Ochoa Botero

José Fernando Ramírez G.

Gilberto Martínez Rave

Alberto Ceballos Velásquez

Fernando Ossa Alvarez

Alvaro Vargas

Alfonso García S.

Darío González Vásquez

Andrés Orión Alvarez P.

Juan Carlos Gaviria G.

Guillermo Montoya Pérez

Arturo Gómez Duque

Martín Agudelo Ramírez

Eugenio David Andrés Prieto Q.

Julia Victoria Montaña Bedoya

John Jairo Ortiz Alzate

Juan Guillermo Jaramillo

Edinson Múnera García

Mauricio Patiño Mariaca

TEMAS PROCESALES

Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal

- No. 22 (Septiembre, 1998) - Medellín, El Centro, 1998
Anual hasta 1986, semestral a partir de 1987.
ISSN 0120 - 8519
- **DERECHO PROCESAL**
Publicaciones Seriadas El Centro

SUMARIO

- **PROCESO Y PODER**
Hugo Alberto Castaño Z...... 5
- LOS LÍMITES DEL DISCURSO** 11
- **EL ROL DEL JUEZ
EN EL MÉTODO DE LA ORALIDAD**
Juan Guillermo Jaramillo Díaz 47
- **APUNTES EN TORNO AL REMATE
DE BIENES EMBARGADOS
EN PROCESOS PENALES**
Jesús Emilio Múnera..... 59
- **CONSIDERACIONES EN TORNO A
LA COSTUMBRE COMO FUENTE
DEL DERECHO PROCESAL**
*Julia Victoria Montaña y
Martín Agudelo Ramírez*..... 63
- **LA CONCILIACIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**
Jorge Octavio Ramírez R...... 73
- **UN MODÈLE ORIGINAL DE
JURIDICTION ADMINISTRATIVE:
LE CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN**
Carlos Molina Betancour 91

PROCESO Y PODER

Hugo Alberto Castaño Z.

INTRODUCCION

No se está frente a la sola necesidad de resolver una discrepancia entre particulares, como en apariencia se cree, cuando se pone en conocimiento de los jueces un conflicto intersubjetivo de intereses; la decisión que allí se tome, frente a esa situación fáctica determinada puede que incida, en una u otra forma, sobre sus bienes o sobre sus cuerpos; tampoco se está frente a la nuda discusión de unos hechos acaecidos con anterioridad, donde la tarea sería simplemente la de reconstruirlos para referirlos posteriormente a una norma y sacar una conclusión acorde con el derecho; nos encontramos, en cambio, frente a una directriz formada de varias palabras, oraciones, incisos, párrafos; donde cada uno de los mismos se inscribe para cada uno de los casos en particular, dentro de un marco de verdad, es decir, de control, redistribución y selección se instancias de saber. Así la sentencia obedecerá a un proceso de formación de la verdad, que puede ser ajena o no al concepto justicia, pero nunca extraño al ejercicio de poderes.

Aquí se intentará mostrar que el derecho tomado en ese momento en que se conjugan las normas que lo integran, con los efectos que sobre la conducta humana producen esas normas, es pasible de una mirada común a muchas otras ciencias, disciplinas o técnicas, o, en otras palabras, que el derecho constituye igualmente un discurso como los que trasiegan por la Medicina, la Psiquiatría, la Economía, la Biología, en los cuales se combinan, en dosis variables, la racionalidad con la irracionalidad; la pureza teórica con los compromisos del entorno; la historia con la leyenda y el mito. Se quiere evidenciar que el derecho no escapa a lo que Foucault denomina **EL ORDEN DEL DISCURSO**, mirado como el escenario donde se articula y teje sutilmente la malla discursiva que le da singularidad a un determinado saber, mirado como código que regula quién puede hablar, de qué se puede hablar y en qué circunstancias se puede hablar (privilegio del sujeto que habla, tabú del objeto, ritual de la circunstancia).

El presente trabajo pretende develar ese trasfondo que generalmente se abstrae en la cotidianidad del quehacer jurídico, para enfrentar el estatuto de elaboración de la verdad, en un espacio donde constantemente y de manera estratégica se entrelazan y se superponen el poder, el derecho y la verdad.

Y para ello se abordará el derecho como discurso, es decir, como formación de enunciados que definen un objeto, designan unos sujetos cualificados para su manejo e imponen una ritualización determinada en el ejercicio de algo que antes de regular conductas, forma un campo de conocimiento a través del cual, se domina y controla una esfera del saber y del poder social.

“Se trata en cierto modo de una microfísica del poder... donde el poder que en ella se ejerza no se conciba como una propiedad, sino como una estrategia, que sus efectos de dominación no sean atribuidos a una 'apropiación', sino a unas disposiciones, a unas maniobras, a unas tácticas, a unas técnicas, a unos funcionamientos; que se descifre en él una red de

relaciones siempre tensas, siempre en actividad más que un privilegio que se podría detentar; que se le dé como modelo la batalla perpetua más que un contrato que opera una cesión o la conquista que se apoderará de un territorio".¹⁾

Son estas estrategias las que bajo la presentación positivista del derecho, le permiten eludir la pregunta sobre si el derecho debe ser justo o no, pues afirman que al derecho le basta con ser verdadero... a su manera, claro está. Esto es, a partir del cabal sometimiento (léase imperio) por las reglas que determinan la formación de la verdad en el discurso jurídico.

Todo ello implica, necesariamente, una mirada distinta —la propuesta por Michel Foucault— que se contrapone a la que tradicionalmente se ha fijado sobre el poder, donde el punto de partida metodológico reside en el **abandono** de una serie de postulados, presentes durante mucho tiempo en los análisis que se hacían sobre el poder. Por lo tanto conviene precisar su alcance, como presupuesto de una cabal comprensión del trabajo emprendido.

Gilles Deleuze en su libro "**FOUCAULT**" y más concretamente en su capítulo "UN NUEVO CARTOGRAFO" da cuenta de tales postulados:

"...Postulado de la Propiedad (según el cual el poder es algo que posee la clase dominante): el poder no se posee, **se ejerce**. No es una propiedad, es una estrategia: algo que está en juego. Sus efectos no son atribuibles a una apropiación sino a dispositivos de funcionamiento. Dispositivos que no son unívocos sino coyunturales (el poder no tiene finalidad, ni sentido); dispositivos que siempre pueden ser invertidos en un momento dado".

"...Postulado de la Localización (según el cual el poder debe entenderse como poder del Estado): El Estado no es un

1) **FOUCAULT, Michel**. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. 2 ed. México: Siglo veintiuno editores S.A. 1978. Trad. Aurelio Garzón Del Camino, p. 33.

lugar privilegiado del poder; su poder es un efecto de conjunto. Hay que atender a la microfísica del poder: a sus hogares moleculares. Este espejismo del Estado vehículo, por lo menos, dos grandes errores:

- plantear la toma del Estado como la toma del poder;
- plantear un contra-Estado como forma óptima de ejercicio del poder”.

“...**Postulado de la Subordinación** (según el cual, el poder encarnado en el aparato de Estado, estaría subordinado a un modo de producción que sería su infraestructura): Evidentemente es posible hallar correspondencias más o menos estrictas entre un modo de producción que plantea unas necesidades políticas y una serie de mecanismos disciplinarios que se ofrecen como solución. Pero hay que evitar un concepto estrecho de determinación, liberando lo que hay de **invento** en el **modo** como se solucionan los problemas infraestructurales. El poder no es una mera sobreestructura. Toda economía presupone unos mecanismos de poder inmiscuidos en ella. Hay que abandonar el modelo de un espacio piramidal trascendente por el de un espacio inmanente hecho de segmentos”.

“...**Postulado del Modo de Acción** (según el cual el poder actúa por medio de mecanismos de represión/ideología: Estas no son sino estrategias extremas del poder, que en ningún modo se contenta con impedir y excluir, o hacer creer y ocultar. El poder produce, a través de una transformación **técnica** de los individuos. Conviene tener presente este aspecto organizacional del poder que hace decir a Foucault: **el poder produce lo Real**. En nuestras sociedades ésta transformación técnica de los individuos, esta producción de lo real, recibe un nombre: **normalización**”.

“...**Postulado de la Legalidad** (según el cual el poder del Estado se expresa por medio de la Ley): Debe ponerse en juego otra comprensión de la ley: entender la ley no como lo que demarca limpiamente dos dominios -legalidad/ilegalidad: ésta

sería la imagen que la ley da de sí misma— sino como un procedimiento por medio del cual se gestionan ilegalismos. Ilegalismos que la ley permite o inventa como privilegios de clase; o que tolera como compensación, o para recuperarlos en otro terreno en favor de la clase dominante; o bien ilegalismos que prohíbe, aísla y define como medio de dominación. La ley no es un estado de paz —no es la *carta* otorgada por el nuevo soberano el día de su victoria— sino la batalla perpetua: el ejercicio actual de unas estrategias”.⁽²⁾

Esta es la propuesta de trabajo sobre una temática que será reconocida bajo el título de **“PROCESO Y PODER”**, en cuyo desarrollo, más que aventurar conclusiones (las cuales se detectan en su lectura) se pretende incitar e invitar a una mirada distinta del derecho procesal como teatro donde se produce toda una urdimbre de poderes.

2) **DELEUZE, Gilles.** Foucault. Barcelona: Ediciones Paidós, 1987. Trad. José Vázquez Pérez, p. 49-55.

LOS LIMITES DEL DISCURSO

Son múltiples las formas de abordar un objeto de estudio, de adentrarnos en una disciplina, de incursionar en una ciencia. En un campo de conocimiento como el jurídico –como en cualquier otro campo– cada un de las proposiciones que se manejan y ponen al servicio del objeto a que se refieren, puede ser vistas, utilizadas y tomadas de muy diversas maneras.

El derecho, que es el campo del conocimiento que aquí nos interesa, no escapa a esa especie de mirada “caleidoscópica” que propicia su cotidiana invasión en distintos órdenes del acontecer humano, máxime si consideramos con Ronald Dworkin que: “Vivimos dentro y según la ley. Ella nos convierte en lo que somos: ciudadanos y empleados, doctores y cónyuges, personas que poseen cosas. La ley es espada, escudo y amenaza: insistimos en nuestro salario o nos negamos a pagar la renta, o nos vemos forzados a pagar multas o nos encierran en la cárcel, todo en nombre de lo que nuestro etéreo y abstracto soberano, el derecho, ha decretado.”³⁾

3) **DWORKIN, Ronald.** El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica. 2 ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1992. Trad. Claudia Ferrari, p. 11.

Por ello las respuestas a la pregunta qué es el derecho?, resultan tan variadas. Miremos dos tendencias. Para Eugeny Pasukanis y P.I. Stucks, cualquier respuesta a esta pregunta debe partir no del derecho en sí, sino de su utilización. En el primer sentido el derecho es mirado como "ese vano juego de conceptos desprovistos de significación", en el segundo, como el mecanismo a través del cual se defienden los intereses de las clases detentadoras del poder. Por otro lado, para Hans Kelsen y H. L. Hart, el derecho se debe abstraer de la ideología política y de todo elemento de ciencia de la naturaleza para regirse por sus propias leyes, para poder entronizar como ciencia libre.

No constituye propósito central de este escrito rastrear, cada uno de los múltiples problemas que se han discutido con relación a la pregunta qué es derecho?, la intención al citar estos "dos puntos de vista" consiste en contrastarlos con una mirada diferente del derecho: El derecho como discurso, en cuyo interior se ponen en juego unas intrincadas relaciones de poder que obedecen a unas maniobras, a unas tácticas, a unas técnicas, a unos funcionamientos; más que una detentación.

Consecuencialmente, cualquier reforma en el derecho deberá ser leída como una estrategia para el reacondicionamiento del poder juzgar, o mejor "administrar" justicia: la justicia construida dentro del marco específico de formación de la verdad, donde se conjuran peligros y se redistribuyen estrategias.

Con independencia de la naturaleza de las elaboraciones teóricas que pretenden dar respuesta a la pregunta qué es derecho?, ellas responden a un orden del discurso, que define el estatuto de formación de la verdad, que no constituye un campo pacífico sino una constante batalla, permitiendo permanentemente las recíprocas implicaciones entre poder-derecho-verdad.

El poder, es preciso señalarlo, no se toma en el presente trabajo como ha sido analizado tradicionalmente por los teóri-

cos marxistas. En el tratamiento de este elemento se tendrán en cuenta los planteamientos generales que para su análisis propone Foucault en VIGILAR Y CASTIGAR:

- "1. No centrar el estudio de los mecanismos punitivos en sus únicos efectos 'represivos', en su único aspecto de 'sanción', sino reincorporarlos en toda la serie de efectos positivos que pueden inducir, inclusive si son marginales a primera vista. Considerar, por consiguiente el castigo como una función social compleja".
- "2. Analizar los métodos punitivos no como simples consecuencias de las reglas de derecho o como indicadores de estructuras sociales, sino como técnicas específicas del campo más general de los demás procedimientos de poder. Adoptar en cuanto a los castigos la perspectiva de la táctica política".
- "3. En lugar de tratar la historia del derecho penal y la de las ciencias humanas como dos series cuyo cruce tendría sobre la una o sobre la otra, sobre las dos quizá, un efecto, según se quiera, perturbador o útil, buscar si no existe una matriz común y si no dependen ambas de un proceso de formación 'epistemológico-jurídico', en suma, situar la tecnología del poder en el principio tanto de la humanización de la penalidad como del conocimiento del hombre".
- "4. Examinar si esta entrada del alma en la escena de la justicia penal, y con ella la inserción en la práctica judicial de todo un saber 'científico' no será el efecto de una transformación en la manera en que el cuerpo mismo está investido de las relaciones de poder".

"El poder como técnica compleja: por un lado, cómo se construye una 'ciencia' del hombre y cómo esa ciencia ha podido dar nacimiento al hombre como objeto de saber".⁽⁴⁾

4) FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. 2 ed. México: Siglo veintiuno editores S.A. 1978. Trad. Aurelio Garzón Del Camino, p. 30.

Pero queda el otro extremo; el extremo de la verdad. Se trata de rastrear aquella extraña potencia que pone en marcha relaciones de poder que producen discursos verdaderos. Esa solemnidad quieta, apacible en apariencia, que recubre cada uno de los actos que el hombre realiza y que impone mediante sus formas, el alcance que puedan tener sus actos. La indagación, el testimonio, el documento, la presentación de un escrito dirigido a entablar (poner las tablas... del teatro?) una demanda, serán elementos claves en la búsqueda de esas reglas de formación. Es necesario, por lo tanto, tratar de ver qué hace posible hablar de determinado objeto, en determinada forma y con determinadas personas. Tratar de analizar qué tipo de verdad es aquella que dentro de un proceso se produce, qué alcance tiene y a qué tipo de poderes se enfrenta.

Esa verdad, como "verdad jurídica" tal vez no presente ningún problema en su análisis; nos situamos en el interior de un discurso y con base en sus reglas de funcionamiento, distribución y atribución, vemos si corresponde a sus premisas; es decir, analizamos la coherencia de un sistema de signos. La sentencia que un juez dicta podría ser abordada diciendo: a) se dieron los presupuestos procesales para una sentencia de fondo favorable a las pretensiones del actor y el juez falló acorde con eso. Es una verdad jurídica, que responde al juego de las variables del discurso y que se llegó a ella mediante un procedimiento válido, b) podríamos también encontrarnos con la ausencia de los presupuestos procesales previos a la acción, previos a la demanda, previos a la sentencia de fondo que impedirían en apariencia predicar de dicha sentencia su condición de discurso verdadero, pues contrariaría las reglas de formación de la verdad dentro del discurso, no obstante, transcurrido el término de ejecutoria sin que sea impugnada, ésta deviene en firme y es verdad: se está dentro de lo que el discurso permite se haga, se diga, se regule válidamente.

Dentro de esta formación de verdad, o mejor, dentro de las posibilidades de "estar en la verdad" en lo que hace referencia al discurso jurídico, podemos analizar cada uno de los li-

mites y explorar a qué necesidades responden cuando a partir de unos hechos cualquiera se formula una prédica de verdad.

Dice Foucault en "El Orden del Discurso": "Se sabe que no se tiene derecho a decirlo todo, que no se puede hablar de todo en cualquier circunstancia, en fin, no se puede hablar de cualquier cosa. Tabú del objeto, ritual de las circunstancias, derecho exclusivo o privilegio del sujeto que habla: he aquí el juego de tres tipos de prohibiciones que se cruzan, se refuerzan o se compensan, formando una compleja malla que no cesa de modificarse".⁽⁵⁾

En esta dirección, se perseguirá evidenciar los límites del discurso jurídico; advirtiendo que se podría aplicar dicho esquema respecto de cualquiera de los diferentes discursos que se manejan a diario dentro de una sociedad; de todos aquéllos que forman, constituyen y definen un grupo social.

A. LIMITES EXTERNOS DEL DISCURSO

(dominar los poderes que conllevan los discursos).

1. LO PROHIBIDO.

a) Privilegio del Sujeto que habla.

Los procedimientos de exclusión. Son múltiples las formas de exclusión que dentro de un discurso funcionan.

En primer lugar, estaría lo prohibido. Qué se puede decir dentro de un proceso, quién lo puede decir y de qué manera. No todas las personas pueden concurrir a un despacho judicial y atestiguar acerca de unos hechos determinados que allí se discuten; aunque los haya presenciado, si no reúne ciertas características personales (mayoría de edad, salud mental), capacidad y ausencia de limitantes para darse a entender) su

5) **FOUCAULT, Michel.** El orden del discurso. Barcelona: Tusquets Editores, 1970. Trad. Alberto González Troyano, p. 22.

declaración carecerá de todo valor probatorio y al momento de decidir la cuestión en litigio, de construir unos hechos verdaderos: la sentencia, no será tenido en cuenta; lo que en un determinado momento ésta persona conozca no tiene relevancia como testimonio, su dicho, aunque sea "verdadero" resultará intrascendente en la edificación de la verdad.

El artículo 215 del Código de Procedimiento Civil dispone que son inhábiles para declarar **en todo proceso**: los menores de doce años; los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete.

Las tres clases de sujetos mencionados, están excluidos para testimoniar en todo tipo de proceso. No importa que en un momento determinado estemos en capacidad de demostrar que un menor de 12 años tiene la madurez de un "mayor de edad", o que los hechos sobre los que se le pide rinda su declaración, sean de tal simpleza que no requieran de una determinada madurez psicológica, o por último, que resulte ser la única persona que conozca los hechos debatidos (piénsese en el caso de un homicidio cuyo único testigo es un menor de 12 años). Empero, el problema por considerar no tiene nada que ver con estas apreciaciones, a lo sumo su planteamiento sea el señalamiento de una injusticia o de una impunidad, o, como pretendemos en este trabajo, este señalamiento sea la posibilidad de mostrar cómo el discurso jurídico está fundado sobre una serie de límites y uno de ellos hace relación a los sujetos.

En el proceso penal el menor de doce (12) años puede "participar" como testigo pero sólo a través de su representante, lo cual no impide seguir hablando de una exclusión.

Lo mismo podría decirse de otro de los sujetos excluidos por la norma. Una persona que haya sido declarada interdicta por un juez, carece de "derecho" a atestiguar en un proceso acerca de unos hechos que conoce; la declaratoria de interdic-

ción puede obedecer, y ordinariamente obedece, a variadísimas circunstancias que en un momento determinado pueden rotularse como demencia; pero qué escala existe dentro del derecho que nos permita decir que un esquizofrénico, un paranoico, un oligofrénico, pertenecen a la misma familia de alienados mentales? qué es un alienado mental? Piénsese en los múltiples diagnósticos que sobre un mismo comportamiento puede pronunciar la siquiatria, como lo sostiene Luis Carlos Restrepo en su libro "La Trampa de la Razón" es fácil encontrar coincidencias de diagnóstico de patologías somáticas en distintas culturas y países, la discrepancia se presenta en el diagnóstico (y también en el tratamiento) de patologías mentales o síquicas, pues lo que para un siquiatra norteamericano constituye una neurosis, para un siquiatra ruso puede ser una esquizofrenia.

Esto muestra con claridad que dicha declaración (la de interdicción) no hace referencia directa a lo que la persona está en posibilidad de hacer o de decir; simple y llanamente, nos muestra las posibilidades de un discurso, su configuración desde la instauración de unos sujetos y de unos planos de objetos.

Sobre el tercer sujeto excluido no vale la pena analizar su situación. Su exclusión es innecesaria, por no decir absurda. Testimonio: dice el diccionario, es testimoniar, decir algo. Jurídicamente "testimonio es la declaración que un tercero al proceso hace ante un juez de unos hechos que conoce y son materia de investigación en esa instancia": No habla, no oye, no se puede dar a entender por escrito y finalmente ni a través de un intérprete puede exteriorizar lo que vió, luego la norma no dice realmente nada, ni dispone nada nuevo acerca del testimonio.

La existencia de sujetos cualificados, que si pueden "hablar" en el proceso (jueces, abogados, auxiliares de la justicia) no va a mostrar con más claridad el objeto del discurso, sus límites, sus posibilidades. Estas personas están investidas de

la capacidad de hablar precisamente por las reglas que el mismo discurso dispone para el manejo de su objeto. Se trata de una instancia de positivización del sujeto que lo constituye y lo erige en elemento articulante del discurso a través de cuatro procesos de formación (o deformación?):

- a. El proceso de hacer sujetos...
- b. El proceso de actuar el sujeto...
- c. El proceso de reproducirse el sujeto...
- d. El proceso de comportarse el sujeto...

Estos sujetos cualificados son destinatarios y receptores de un sistema de signos y son al mismo tiempo los instrumentos para la reproducción del discurso jurídico y por ende de su inherente poder, pues el saber es condición necesaria del poder, están unidos, se dan validez recíproca. Mientras el poder pueda controlar todas las formas de saber dentro de un plano de objetos delimitado y determinado; mientras la "verdad" de ese discurso obedezca a leyes claramente definidas, apreciables en una determinada posición de objetos; mientras los enunciados se sigan moviendo dentro de los mismos parámetros y se discutan las mismas cosas, sin desconocerles su calidad de problemas de disciplina, ni su ubicación, ni su presentación, el poder funcionará como agente administrador de esa que es su gran fortaleza: el saber.

Pero si bien las demás personas -diferentes a las exceptuadas en el citado artículo 215 del C. de P.C.- pueden intervenir en el proceso, dicha intervención tiene un gran límite: sólo serán oídas en todo aquello que tiene relación con los supuestos fácticos que se discuten en determinado proceso. Es decir, las personas que sean llamadas a testimoniar, declarar, exhibir documentos, rendir dictámenes, etc. sólo se referirán en lo que a su participación concierne a unos hechos que se discuten en el proceso y que por alguna razón se cree que los conocen (cuando se trata de una declaración o de un testimonio) o se referirán a la apreciación íntimamente con el proceso, haciendo dicho análisis de acuerdo con su particular pericia sin

calificar jurídicamente los resultados (si se trata de un peritazgo).

Todo el ordenamiento procesal define unos sujetos privilegiados al interior de su discurso.

b. Tabú del Objeto

Empero, los sujetos que pueden hablar dentro del proceso, no lo pueden hacer respecto de cualquier cosa. Cuando una persona pone en conocimiento de un juez un determinado asunto, no lo puede hacer de cualquier forma; como se vió en el primer límite, su petición en la mayoría de las oportunidades, debe hacerse por intermedio de un sujeto cualificado (abogado) y este sujeto, a su vez, tendrá que llevar a cabo dicho mandato cumpliendo determinadas formalidades y limitando su discurso a una problemática muy puntual y específica.

El artículo 75 del Código de Procedimiento Civil exige una serie de requisitos que debe cumplir todo libelo demandatorio: que se exprese claramente lo que se le pide al juez, los fundamentos fácticos de dicha petición y los fundamentos jurídicos de la misma... De esta suerte se delimita el ámbito discursivo del que se ocupará el juez y los demás sujetos procesales.

De qué forma se delimita un discurso y se impone la obligación de hablar solo de determinadas cosas y no de otras?, qué relación "natural" existe entre ellas?, o, en cambio, son límites que el discurso impone, formando una compleja malla donde el poder actúa?

En este punto como en el anterior, debe hacerse la misma advertencia: No tenemos un plano de objetos que se da antes del discurso y sobre el cual éste ejerce su poder ordenador; nos encontramos frente a una creación constante de objetos, que se da a través de la puesta en juego del discurso.

Dice Jean Baudrillard en su libro "Crítica de la Economía Política del Signo"... "Así los objetos, su sintaxis y su retórica

remiten a objetivos sociales y a una lógica social. Aquello de lo que nos hablan no es tanto del usuario y de prácticas técnicas, como de la pretensión social y de resignación, de movilidad social y de inercia, de aculturación y de enculturación social y de clasificación social. A través de los objetos, cada individuo, cada grupo, busca su lugar en el orden, mientras trata de desarrollar ese orden de acuerdo con su trayectoria personal...".^[6]

Las relaciones contractuales no siempre han sido el objeto de regulación de un discurso como el jurídico tal y como lo conocemos hoy, y no son tampoco, la única pensable y digamos "correcta" de realizar tales transacciones; los objetos que a través de su historia ha creado el derecho a partir de un discurso primario como la forma simple de contrato, con múltiples, pero se hará referencia solo una: piénsese en el contrato de arrendamiento que rigió en el derecho romano y la misma institución que hoy nos rige, y se encontrará la razón por la cual de dicho contrato se sacó la fuerza de trabajo, para hacer de ella una regulación específica como el derecho laboral.

Con la limitación del tema del proceso no se persigue un simple efecto de economía. Se persigue, en lo fundamental, el reordenamiento del discurso jurídico y con él la constitución de nuevos objetos de saber y poder.

Nuestro Código de Procesamiento Civil trae una serie de disposiciones aplicables a los distintos procesos: **1.** procesos declarativos o de conocimiento; **2.** procesos de ejecución; **3.** procesos de liquidación; **4.** procesos de jurisdicción voluntaria y **5.** proceso arbitral.

Esta clasificación muestra claramente la forma cómo se distribuye el objeto dentro del discurso jurídico; cada uno de

6) **BAUDRILLARD, Jean.** Crítica a la economía política del signo. 2. ed. Ciudad de México: Editorial Siglo XXI, 1977. Trad. Aurelio Garzón del Camino, p. 14-15.

los puntos que se vayan a discutir dentro de un proceso se deben someter rigurosamente a lo establecido para cada tipo específico de proceso. El manejo de la prueba es diferente para cada uno de ellos y las personas legitimadas para hablar estarán también cuidadosamente señaladas.

La regulación de un objeto discursivo es, por así decirlo, uno de los fenómenos que integran el proceso ritualizador que se implementa dentro y a través de una determinada formación discursiva; y es en la medida que se ritualiza cada vez más, como se excluyen y crean, también en forma creciente, objetos y sujetos, realizándose de esta manera un constante reforzamiento de esa malla construida por los mecanismos de control del discurso, como entidad generadora de poderes. Esta afirmación general, no obstante, presenta una caracterización más diáfana cuando se observa sobre una formación discursiva concreta, en consecuencia, se intentará mostrar la forma cómo se decanta el objeto del discurso jurídico y específicamente dentro de la ritualización que significa el proceso judicial, dentro del cual, una vez determinadas las pretensiones e integrado el contradictorio, es preciso ubicar y determinar cuál es el objeto del proceso, es decir, la temática en torno a la cual ha de girar la discusión y la prueba, porque dentro del proceso de indagación que llevará a la "verdad" en el proceso resulta indiscutible el papel necesario y principal que desempeñan las pruebas, pues la verdad (jurídica) debe salir de la prueba.

A partir de esta premisa puede afirmarse que el objeto del proceso está constituido fundamentalmente por las pruebas generadoras de verdad, pues ya lo expresa el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil: "**Necesidad de prueba.** Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso".

Detengámonos brevemente en el análisis de tres conceptos medulares dentro de cualquier régimen probatorio: objeto de prueba, tema de prueba y carga de prueba.

Objeto de prueba: Responde a la pregunta ¿qué es lo que puede probarse desde el punto de vista extraprocesal y desde el ángulo estrictamente procesal? La respuesta referida al primer interrogante nos da cuenta de lo que la doctrina ha denominado objeto abstracto o genérico de prueba; la otra respuesta nos enuncia el llamado objeto concreto de prueba.

Es este un concepto supremamente amplio: en un proceso puede probarse todo hecho principal o accesorio que tenga o no que ver con la decisión, pero en el transcurso del proceso se va depurando cada vez más.

Tema de prueba: También conocido como necesidad de prueba. Es este un concepto objetivo y concreto, pues determina los hechos que estrictamente deben ser materia de la actividad probatoria en un proceso concreto, sin señalar la respectiva responsabilidad probatoria de los sujetos; de ahí su objetividad.

Pero este tema de prueba está supeditado a nociones o circunstancias tales como: la afirmación del hecho, discusión o controversia sobre el hecho, no preclusión del término de alegaciones del hecho. Es preciso además señalar que existen una serie de hechos que no necesitan probarse y por ende se excluyen del tema de prueba; nos limitaremos a señalarlos: hechos confesados o admitidos, hechos presumidos legalmente, hechos cuya prueba prohíbe la ley, hechos materia de cosa juzgada, hechos inconducentes, impertinentes, irrelevantes o imposibles, hechos indefinidos y hechos notorios.

Dentro de este concepto de tema de prueba, se considera de vital importancia para ver el *modus operandi* del tabú del objeto como límite del discurso, el análisis o por lo menos la definición de tres elementos:

1. Conducencia - Es la relación jurídica entre el hecho objeto de prueba y el medio probatorio utilizado; relación que de no darse, haría impotente la afirmación de un hecho para

crear verdad jurídica. El ejemplo típico es que la prueba de la propiedad inmobiliaria solo se logra por medio de la correspondiente escritura pública debidamente inscrita ante la oficina de registro de instrumentos públicos.

2. Pertinencia - Es la relación fáctica entre el hecho por probarse y el tema de prueba del proceso; pues de no existir, no se podría estimar y en muchos casos ni siquiera admitir o decretar. Respecto a este concepto, podríamos por vía negativa, presentar la relación completamente lejana de un contrato de transporte en un proceso de cambio de nombre, por ejemplo.

3. Eficacia - Se reduce a un principio: la prueba debe aportar algo útil al proceso.

Carga de prueba: Responde a dos preguntas: **1)** cómo debe fallar el juez, en los casos de ausencia o insuficiencia de prueba. Art. 37 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil, para evitar nulidades y providencias inhibitorias. **2)** Qué es lo que debe probar cada una de las partes para salir adelante con sus pretensiones. Art. 177 del Código de Procedimiento Civil: "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

La respuesta a la primera pregunta se nos presenta como una regla de juzgamiento y como tal es objetiva y abstracta, y de imperativa aplicación en todos los procesos.

La respuesta a la segunda pregunta involucra una norma de comportamiento, de carácter subjetivo y concreto. Subjetivo por cuanto precisa el sujeto responsable de la prueba y concreta porque circunscribe o señala el conjunto de hechos sobre los cuales las partes tienen responsabilidad probatoria.

Es así como el discurso jurídico proyecta y define su arquitectura: Quiénes pueden hablar y de qué se puede hablar.

Me ocuparé a continuación de la problemática en torno a las circunstancias en que se puede hablar:

c. Ritual de las Circunstancias

Aquellos sujetos privilegiados (léase controlados) que pueden hablar dentro del proceso solo lo pueden hacer respecto de determinadas cosas y bajo precisas circunstancias. Para el juez el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil Colombiano señala la forma de comportarse y dirigir el proceso: debe dictar la providencia dentro del proceso en la medida en que se van presentando. Las providencias deben ser elaboradas de determinada manera; deben tener una parte motiva y una resolutive, sin poder el juez, a su arbitrio, soslayar alguna de éstas o alterar su orden lógico. Toda providencia deberá ser firmada por el juez y el secretario, siendo imperioso un orden en tales rúbricas.

Son rituales que no se dirigen exclusivamente al juez como impulsor y principal sujeto del proceso; también hacen relación al comportamiento de las partes y finalmente al comportamiento de terceros en el proceso.

En lo que hace relación a la conducta del juez y a la forma de actuar dentro del proceso, encontramos: El juez está dotado de facultades para procurar una efectiva igualdad de las partes en el proceso y la determinación de la verdad; con base en esta facultad podrá exonerar a una de las partes de las costas que el proceso genera (artículos 160 a 170 C. de P.C.); facultad del juez para que practique en cualquier instancia, toda clase de pruebas (artículos 179 ib.); darle a la conducta de las partes el carácter de prueba indiciaria (arts. 242, 246 # 5 y 249 ib.); la facultad-deber del juez de inadmitir la demanda que carezca de los requisitos necesarios; podrá citar de oficio a las personas que falten para integrar el contradictorio; tomar las medidas necesarias para evitar sentencias inhibitorias y para remediar las nulidades que aparezcan en el proceso; restarle toda validez a los pactos celebrados entre las partes sobre car-

ga de la prueba y domicilio judicial. -La intermediación del juez sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso: no podrá comisionar para la práctica de pruebas en su sede y para la práctica de inspecciones judiciales en todo el territorio de su jurisdicción (art. 181 ib.); iniciar el interrogatorio de las partes y los testigos, antes que los apoderados, tiene facultad de designar peritos, secuestres y demás auxiliares de la justicia- aceleración del proceso en cuanto sea posible y carácter inquisitivo en materia de pruebas. Estos son solo algunos ejemplos de la regulación de la conducta del juez de la que se ocupa el discurso jurídico.

En lo que respecta a la conducta de las partes encontramos una serie de disposiciones similares a las que determinan el alcance y manera de actuar del juez; lo primero que encontramos es el carácter dispositivo del objeto litigioso: Para las partes de un contrato -por ejemplo- existe libertad de poner en conocimiento de los jueces una irregularidad, un incumplimiento, el deseo de que declare su resolución o simplemente resignarse y valorar dichas irregularidades e incumplimientos dentro de un código normativo diferente, donde ya el discurso jurídico tendría una influencia moderada. La opción de someter el conflicto intersubjetivo de intereses a la decisión de un juez no se puede abordar de cualquier manera. La demanda deberá reunir ciertos requisitos: designar el juez competente, indicar el nombre y demás datos (edad, domicilio, dirección y representación) de la parte demandada que servirá para determinar la legitimación en la causa, narración sucinta de los hechos, especificación precisa de lo que se pide (pretensiones), fundamentos de derecho, etc.

Esta actuación está sometida, para ser estudiada y resuelta, a una serie de ritmos tales como: la demanda debe ser presentada personalmente, con un número determinado de copias, los anexos deben ser de determinado valor probatorio según su naturaleza, solo por citar algunos. El incumplimiento de algunos de estos requisitos (ritos) conlleva la descalificación de la demanda, se admite o se rechaza según su gravedad, o lo

que es lo mismo se inserta o no en el ritual de producción de la verdad.

El comportamiento de los sujetos auxiliares en el proceso cabe también dentro de este tipo de apreciaciones; su dicho estará expuesto a este límite externo del discurso.

Cuando una persona cualquiera es designada secuestre, perito, curador ad-litem, etc., no podrá empezar a desempeñar las funciones de su cargo hasta que no preste juramento ante el juez. Con este juramento, que se entiende prestado con la sola firma del acta de la diligencia en la cual toma posesión, se compromete a cumplir, según su leal saber y entender, las obligaciones de su cargo. La actuación que después del juramento vayan a realizar ésta metódicamente reglada en una especie de "ortopedia del detalle" a lo largo y ancho del ordenamiento procesal.

La participación y los límites que se le imponen al juez, a las partes y a los auxiliares de la justicia, están inscritos dentro de toda una estrategia ritualizante que en últimas —como todos los límites externos del discurso— persigue conjurar los peligros circundantes que se originan en toda una red de poderes, en una constante lucha entre tales poderes.

La enunciación de los límites que se ha realizado, acompañada de la citación de algunas normas a guisa de ilustración, constituye simplemente una muestra ligera que deberá ser complementada con el análisis de otros límites para poder establecer de manera precisa y clara cuáles han sido los factores que una u otra forma han llevado el discurso jurídico a funcionar en un campo y de una manera que ya nos parece propia y "natural"; o a partir de qué, y sin saber cuándo, todo aquello que el individuo piensa, dice y lleva a la práctica, aparece regulado dentro de unos parámetros claramente establecidos que pertenecen a un área específica del saber y por lo tanto del poder.

Si podemos saber quién puede hablar dentro de un proceso, de qué puede hablar y bajo qué circunstancias lo puede hacer, podemos entender qué relación existe entre los hechos que “motivan” un proceso y aquellos hechos que dentro de un proceso se generan.

Hasta aquí se ha hecho referencia a la **palabra prohibida** como límite externo del discurso que opera a partir de mecanismos de exclusión, ocupémonos ahora del segundo límite externo al que se encuentra “enfrentado” el discurso jurídico: se trata de la separación razón-locura. No se trata ya de una prohibición, sino de una separación y un rechazo.

2. SEPARACION RAZON-LOCURA

No resulta fácil encontrar los múltiples momentos en los que la palabra del loco se encuentra excluida del discurso jurídico, siendo silenciada por la “razón”, por aquel comportamiento que “acepta”, comprende y se maneja como discurso. Sólo los sujetos que articulen un lenguaje avalado por la razón podrán fabricar “la verdad”; el loco, en cambio, tendrá que soportar el hecho contundente de que su palabra –en sentido estricto– no existe.

Cómo se ha llegado a este punto es lo que se intentará mostrar a partir del análisis de autores especializados en el tema. En primer lugar recogeremos frecuentemente expresiones de Erwin Goffman en su libro “internados” y en segundo lugar a Michel Foucault.

Goffman en su experiencia de campo durante tres (3) años en el Laboratorio de Estudios Sociocambiantes del Instituto Nacional de Salud Mental de Maryland, encuentra en el análisis de varias historias clínicas, muchísimas coincidencias que le permiten mostrar el camino que conduce al pre-paciente a la condición del paciente mental, evidenciando cómo a partir de unas manifestaciones cualesquiera, sonambulismo, nerviosismo, inestabilidad laboral, timidez, autodidactismo, depresión,

etc., se enrola a la persona como enfermo mental. La primera afirmación de su estudio, presentada en el prefacio de su trabajo, es bastante reveladora: dice el autor: "Creía entonces, y sigo creyendo, que cualquier grupo de personas –sean presos, integrantes de un núcleo primitivo, miembros de una tripulación o enfermos hospitalizados– forman una vida propia que, mirada desde cerca, se hace significativa, razonable y normal..."⁷⁾.

Analizando una cantidad considerable de historias clínicas se da cuenta de que no existe "motivo" claro, científico, seguro, que pueda explicar por qué en determinado momento una persona recluida en un sanatorio; no existe... "Al parecer, la enfermedad mental es la condición que aflige a las personas que deben internarse en un hospital psiquiátrico; sin embargo, hasta que se interna, todo lo que hace es normal"⁸⁾.

Nos encontramos frente a la creación que de un sujeto hacen otros discursos –la psiquiatría fundamentalmente, pero no exclusivamente– y que el discurso jurídico utiliza para excluir los sujetos y controlarlos. Es, como ya lo hemos dicho varias veces, una institución que antes de estar hablando de los sujetos y de sus capacidades, es una institución que nos habla de los límites y poderes del discurso. La internación en un hospital psiquiátrico, al igual que en un centro correccional o panóptico, está describiendo un estado de cosas que impone y hace funcionar a nivel de lo que para el sujeto supone o puede representar todos y cada uno de los contactos intersubjetivos a que se ve sometido. Así el discurso jurídico, mas que una potencia es la fuente de creación de sujetos de los que constantemente se ocupa para controlarlos.

Michel Foucault presenta este efecto de una manera bastante clara: "Quizá habrá que buscar lo que se oculta bajo el

7) **GOFFMAN, Erwing.** Internados. 2 ed. Barcelona: Amorrortou Editores, 1979. Trad. María Antonia Oyuela., p. 9.

8) *Ibidem.*

aparente cinismo de la institución penal que, después de haber hecho purgar su pena a los condenados, continúa siguiéndolos por toda una serie de marcajes (vigilancia que era de derecho en otro tiempo y que hoy es de hecho; pasaporte a los presidiarios de antaño, y ahora el registro de penados y rebeldes) y que persiguen así como 'delincuente' a quien ha cumplido su castigo como infractor? sería preciso entonces que la prisión, y de manera general los castigos, no estén destinados a suprimir las infracciones; sino más bien a distinguir las, a distribuir las, a utilizar las: que tienden no tanto a hacer dóciles a quienes están dispuestos a transgredir las leyes, sino que tienden a organizar la transgresión de las leyes en una táctica general de sometimiento. La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos, de trazar los límites de tolerancia y de dar cierto campo de libertad a algunos, y hacer presión sobre otros, de excluir a una parte y de hacer útil a otra; neutralizar a éstos, de sacar provecho de aquéllos. En suma, la penalidad 'reprimiría' pura y simplemente los legalismos; los 'diferenciaría', aseguraría su 'economía' general⁹⁾.

Qué le impide al "enfermo mental" atestiguar frente a un tribunal la existencia de ciertas instancias fácticas simples que él conoce y comprende?, qué diferencia la legítima defensa de una persona considerada enferma mental -inimputable para el derecho penal- y otra considerada san de mente (imputable?), el manicomio criminal como clínica de terapia, qué diferencia puede presentar a nivel de control, no sólo del comportamiento de un sujeto sino, la formación del mismo, con una cárcel donde se cumple una condena determinada en sus años, sus límites y su importancia sobre el sujeto y la sociedad?

La separación razón-locura se ve superada a veces, la más de las veces, como la única posibilidad de plantear o explicar el funcionamiento de un determinado conglomerado social, se

9) **FOUCAULT, Michel.** Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. 2 ed. México: Siglo veintiuno editores S.A. 1978. Trad. Aurelio Garzón Del Camino, p. 57.

ve algo anejo a él; es más, como necesario. Desde cuándo, aquel campo mítico donde aparece la palabra del loco, dejó de ser idónea para "informar" unos hechos? Y lo más importante aún: desde cuándo su exclusión dejó de ser tal y se convirtió en la simple anomalía siquica?

La separación razón-locura explica, en conjunto, lo que una formación discursiva representa: nos encontramos frente a una formación de signos (pero no solo de signos) que responden a una serie de preguntas que el excluido no puede responder. El enajenado mental no puede responder como sujeto del discurso jurídico a una serie de preguntas y de necesidades, su exclusión va a funcionar como límite, es decir, como peligro conjurado.

Nuestra legislación tanto sustantiva (artículos 545 s.s. y concordantes del Código Civil) como procesal (artículo 659 del Código de Procedimiento Civil) regulan los presupuestos y procedimientos para la declaratoria de interdicción por demencia. No obstante, cuando se observa con algún detenimiento dicha normatividad no se encuentra ningún criterio que nos de cuenta de lo que debemos entender como "enfermedad mental" y su alcance, definición y diagnóstico se deja a la apreciación que otra esfera discursiva tenga de ella, sometiendo al paciente a una situación completamente contingente... "Desde el punto de vista de la sociedad, los internos de un hospital psiquiátrico se encuentran allí porque padecen enfermedades mentales. Empero, si se considera que el número de 'enfermos mentales' no internados, iguala, y hasta excede al de los internados, podría decirse que éstos son víctimas de las contingencias, más que una enfermedad mental"⁽¹⁰⁾.

Por lo tanto cualquier persona podría, a la luz de la mirada psiquiátrica dar lugar a una declaración judicial de tal naturaleza, pues la psiquiatría, a menudo no responde, a la pregunta

10) **GOFFMAN, Erwing**. Internados. 2 ed. Barcelona: Amorrortou Editores, 1979. Trad. María Antonia Oyuela., p. 140.

si alguien es responsable de sus actos?, porque no puede responder. Pero admiten –y esto es muy significativo– qué pueden responder a la pregunta: es peligroso ese individuo?

Se configura así una separación y un rechazo: *modus operandi* de este segundo límite externo del discurso.

3. OPOSICION VERDADERO FALSO

Se trata de indagar cuál es la voluntad de saber que se entroniza en la periferia del discurso y que da origen a la voluntad de verdad. Es decir, se trata de establecer cómo, con qué medios y a través de qué procedimientos, un discurso ha podido llegar a una serie de formulaciones “precisas” y en su historia (léase arqueología) se han excluido de él otras tantas. El discurso pasa de ser aquello preciso y deseable que sobre un objeto de conocimiento se puede formular; ahora el discurso deviene como un campo de ejercicio del poder, un campo donde la relación *significante-significado* se desplaza y su función es distinta: será un campo propio de reflejos ajenos al campo reflejado.

La formación de una voluntad de saber determinará, hasta en su más mínimos detalles, la forma y las posibilidades de *aprehensión* del “objeto de estudio”. Determinará en un proceso de selección, cuáles sujetos y dentro de qué circunstancias podrán analizar, estudiar y formular verdades de un discurso.

Dice H.L.A. Hart, que la raíz del fracaso de las teorías que han intentado explicar el derecho radica en que los elementos con que estaban construidas: hábitos, obediencia, órdenes y amenazas, no incluyen, ni producen el concepto de regla, sin la cual, no se puede elucidar, ni siquiera la formación más elemental de un sistema jurídico, siendo como lo reconoce el mismo autor, necesario diferenciar dos tipos de reglas: las **primarias**, que prescriben a los seres humanos hacer o abstenerse de realizar ciertas acciones, y las reglas **secundarias**, que establecen que los sujetos pueden, haciendo o diciendo ciertas

cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguiendo o modificando reglas existentes o determinando los efectos de éstas reglas para poder controlar su actuación.

Es este el tercer límite externo que encuentra el discurso.

No podrá ser cualquiera el lenguaje que se maneje; no podrán interpretarse las cosas de cualquier manera: cuando hablamos de cosa, de capacidad, de bien, de precio, de persona, de causa, de consentimiento, de nulidad, de validez, de sentencia, de cosa juzgada, etc. estaremos hablando de lo verdadero, sólo en la medida en que nuestros enunciados correspondan a la conceptualización de cada una de estas instituciones. Cuando se menciona cada una de estas categorías necesariamente nos encontraremos con un referente de significado muy particular, que puede resultar otra cosa en otros contextos discursivos.

Hasta aquí, se ha hecho referencia a tres grandes límites del discurso: lo prohibido, la separación razón-locura y la separación verdadero-falso (voluntad de saber). Podría afirmarse a partir del análisis hecho, que no nos encontramos ante una formación discursiva neutra, ajena a todo tipo de elecciones y abierta en su manejo a todas las personas. Tenemos sujetos cualificados (privilegiados en la reproducción discursiva), rituales establecidos a través de los cuales se puede construir la verdad jurídica y planos de objetos por conocer, que responden a la constitución que de ellos hace el discurso. También encontramos un proceso especial de selección de sujetos: la razón espera en silencio las palabras del loco para que la separación permanezca; y una instancia de positivización que cuando se trata del discurso se torna arbitraria, institucional y violenta.

LIMITES INTERNOS DEL DISCURSO

Corresponde el turno al análisis de los llamados procedimientos internos de producción y formulación del discurso. Se

verá cómo sus “modus operandi” son sustancialmente diferentes a los de los límites externos, aunque ambos se sincronizan en torno a un mismo fenómeno. Mientras los límites internos tienden a dominar los poderes que conllevan los discursos, los internos tienen como función principal conjurar los azares de su aparición en su dimensión de discurso.

Estos límites internos que expone Michel Foucault en EL ORDEN DEL DISCURSO, son: el comentario, el autor y la formación de disciplinas.

1. EL COMENTARIO

Intentar analizar el comentario conlleva, en primer lugar, salvar un escollo y es el que se desprende de la respuesta a la pregunta: no es acaso esto un comentario?, pues en lenguaje coloquial esta palabra significa: decir algo sobre... (por ejemplo, el discurso). Por ello a partir de esa acepción popularizada abordaremos el análisis de ese autolímite del discurso.

“Decir algo de...” supone la preexistencia de un **algo** y simultáneamente una **formulación lingüística** con la impronta de un juicio. En otras palabras, nos encontramos con dos niveles discursivos: discursos **primarios**, por su aparición cronológica, y otros discursos **secundarios** que se refieren a los primarios para controlarlos.

He aquí el punto de partida para el análisis que se propone, pues esa relación que se puede manifestar en diferentes formas entre los dos niveles discursivos señalados, constituye el aspecto central del comentario, porque cuando nos referimos a discursos primarios y secundarios lo hacemos en términos de prioridad en su formulación y apareamiento, no en su contenido. Lo que resulta bastante interesante como tema de estudio son los fenómenos relacionantes entre estos dos tipos de discursos y por ende conviene hacer una primera precisión: no es que existan unos discursos de por sí privilegiados frente a otras formaciones discursivas condenadas para siempre al

servicio de los primeros, se trata de un juego impredecible y sometido a continuos cambios que hacen posible que entre uno y otro (el primario y el secundario) exista una tendencia a solidarizarse, a reforzarse y a prestarse mutuo auxilio.

De esta manera se cumple la función de autocontrol del discurso. Se abren las puertas al discurso, al verbo, a la palabra: se le permite decir cosas no incluidas en el texto comentado, pero con la severa advertencia de pronunciar el mismo discurso, logrando así la prolongación de su existencia. O para ser más claros, con el deber de repetirlo mediante la **recitación** y a través de ese juego de identidades de la recitación y lo mismo, se logra su control interno como discurso. El comentario en su general formulación no es NOVEDOSO pues por él y a través de él se enmascara lo que hay en la profundidad del discurso, en lo más íntimo de su pronunciación, es sólo una REPETICION. Lo verdaderamente nuevo es el fenómeno del retorno, del regreso al punto de partida, de la reivindicación de lo mismo, de la salvación por el juego de identidades del discurso comentado.

El discurso jurídico no escapa a tal juego de control ya que como entidad discursiva conlleva una serie de poderes-saberes que es preciso someter y conjurar a través de estos mecanismos (internos y externos) que hemos llamado límites, y que si bien presentamos en forma separada, actúan y se refuerzan mutua y simultáneamente; su operancia imita la figura de una espiral indefinida, de una red que envuelve el discurso, quitándole su fuerza salvaje.

Obsérvese un ejemplo suficientemente ilustrativo en el ámbito del derecho procesal. El tratadista nacional Hernando Devis Echandía, en unas conferencias previas a la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Civil, pronunciadas en el Colegio Mayor del Rosario hace comentarios como el que veremos a continuación, sobre algunas disposiciones del mencionado estatuto.

Discurso primario objeto de análisis: Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil Colombiano: **“CARGA DE LA PRUEBA:** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

Discurso secundario (COMENTARIO): “El artículo 177 establece el principio de la carga de la prueba, de acuerdo con esta doctrina prácticamente acogida en todo el derecho universal moderno y armonizando los criterios de Rosenmberg, Michelli, Couture, De la Plaza, Redenti, Carnelutti, Guasp, Prieto Castro Aragonese Alonso, Calamandrei y otros importantes juristas. Dice dicho texto: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. ¿Cuál es el supuesto de hecho?, pues el que la norma contempla como necesario para que el efecto jurídico se produzca; por ejemplo, en materia de reivindicación, el Código Civil establece que quien tenga un título de propiedad sobre un inmueble del cual no está en posesión puede reivindicar contra el tercero, que se encuentre en posesión de él. Cuáles son entonces los supuestos de hecho de esa norma para que pueda el juez aplicarla en determinado caso? - 1) La propiedad del demandante sobre el bien, su título de propiedad; 2) Que el bien que concretamente se reivindica en el proceso, corresponda al que relata aquél título, es decir, que se identifique el bien. Esos son los supuestos de hecho que contempla la ley, que deben probarse por quien persigue el efecto jurídico que ella consagra, a saber, la reivindicación y por lo tanto son los hechos cuya carga de prueba corresponde al demandante que pretende la reivindicación. Pero veamos otro aspecto: el demandado pretende haber adquirido el bien por prescripción, debido a que lleva más de veinte años explotándolo económicamente, y entonces propone la excepción; qué sucede?, pues que por su parte el demandado está diciéndole al juez que aplique a su favor la norma jurídica que consagra

la prescripción adquisitiva, y como esa norma jurídica tiene como supuesto de hecho para su aplicación, que efectivamente haya existido la posesión material y si es un bien rural que haya tenido carácter de explotación económica, y que haya durado los veinte años, esos son los dos hechos que le demandado tiene la carga de probar. Pero el demandante dice que aunque el demandado inició la posesión hace más de veinte años, hubo una interrupción de tipo material o legal, que impide que se cuenten esos veinte años y se haya consumado la prescripción; pues entonces el demandante está invocando una nueva norma jurídica para que se aplique a su favor: la norma jurídica que regula la interrupción de la prescripción, y entonces, de nuevo él tendrá la carga de probar esos hechos que sirven de supuesto para que se pueda aplicar la norma de interrupción de la prescripción. Y así la carga de la prueba va pasando de una parte a otra, sin que se altere en absoluto la regla general”.

“Veamos ahora qué sucede con los hechos presumidos. Pongamos por caso el de la prueba de la paternidad legítima; como la ley presume que el hijo de la mujer del marido lo es de este si ha sido concebido dentro del matrimonio o durante los ciento veinte días posteriores a la disolución del matrimonio, entonces desde el momento en que la norma legal presume la existencia de un hecho, aquí la paternidad, ya ese hecho, no es un supuestos para la aplicación de esas normas, sino que son supuestos de ella los que contempla como requisitos para que esa presunción opere; en el ejemplo que examinamos, la existencia del matrimonio y el nacimiento que implica la maternidad y que indica el tiempo de la concepción. La fecundación de la mujer por el marido no es supuesto de hecho de la aplicación de la norma, porque está presumida, y por ello el demandante solamente tiene que probar los otros hechos que si son supuestos de aquella y que acabo de indicar”.

“Lo mismo ocurre cuando el hecho es notorio o indefinido, porque en el inciso segundo de ese texto, por primera vez en Colombia, se establece que los hechos notorios no requieren

prueba, ni tampoco las afirmaciones o negaciones indefinidas, norma que sustituye la del artículo 595 del C. de P. Civil de 1931, según el cual las negaciones no se prueban, que no es correcta porque las que no son indefinidas si requieren pruebas. Es el carácter indefinido y no el ser negación lo que exonera de la carga de probar el hecho, sea este negativo o positivo”.

“Pues en estos casos, los hechos indefinidos, sean afirmados o negados, y los hechos notorios, no son presupuestos de la norma que se va a aplicar, porque en virtud de esa disposición, ese hecho está eximido de prueba; entonces, quien alega una norma que se basa en la existencia de un hecho notorio o indefinido, sólo tendrá que probar los demás hechos que forman el supuesto de ella, para que surtan esos efectos jurídicos. Como se ve la norma es realmente general sin que deba considerarse que esos casos de hechos notorios, indefinidos y presumidos constituyen una excepción a su aplicación”.

“Tiene también esta norma la ventaja de que ya haya abundantísima doctrina sobre el particular (de qué ventaja estará hablando el comentarista?), no solamente en las obras de Rosenberg y Michelli, sino también en la de muchos otros autores como los que mencionamos antes. Igualmente puede consultarse la larga serie de casos concretos que explico en mi Teoría General de la Prueba y en el tomo V de mi Tratado”. (El paréntesis no aparece en el texto original)⁽¹¹⁾.

Del análisis de estos discursos podemos intentar algunas conclusiones:

Si bien es cierto que el discurso secundario (comentario) realizado sobre un texto legal parece presentar un desfase amplio sobre este último, lo cierto es que sólo logra, paradójicamente, reforzarlo y controlarlo, mediante la también contra-

11) **DEVIS ECHANDIA, Hernando.** Nuevo procedimiento civil colombiano. Bogotá: Ediciones Rosaristas, 1977. Tomo I, p. 217-219.

dictoria técnica de la repetición y lo mismo; pues se reiteran contenidos ocultos y oscuros, se enfatizan carencias, se señala ese aspecto tan socorrido por los intérpretes de retornar al espíritu del legislador (origen del discurso primario); se marcan límites y pautas que actúan como catalizadores del acontecimiento discursivo (discurso primario).

La relación significante-significado se patentiza claramente en el comentario, pues con él se pretende que se refuerce el lazo que une las palabras y las cosas; se preconiza que es necesario tomar una conciencia agudizada de las palabras para evitar de esa manera lo azaroso del acontecimiento discursivo. Qué es pues lo novedoso en la instancia del comentario? acaso la asignación de etimologías y significados —orientados— a las palabras que integran el discurso primario? Con el señalamiento del alcance de entidades tales como: supuestos de hecho, carga de prueba (su operancia con respecto a las excepciones), los hechos presumidos, los hechos notorios y los hechos indefinidos, ha realizado Devis Echandía algo novedoso frente al texto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil? —Con su “autoridad” está tal vez impidiendo que otros interpreten de otra manera y se detengan a considerar más importante por ejemplo lo negativo que lo indefinido?—

Es el discurso jurídico una de las formaciones discursivas en donde con mayor claridad puede verse la operancia del comentario, y ello obedece a las reacciones que suscita, a los poderes que conlleva, a las verdades que instaura en el campo del saber, a los deseos que simultáneamente oculta y exhibe, por lo que se ha empezado a comprender que este discurso no es lo transparente y neutro que aparentaba ser; pero ahí está el comentario para ejercer su control.

Veremos entonces qué lugar ocupa el comentario dentro del discurso jurídico, si se ubica en una línea paralela o es intersticial, si desplaza o refuerza el texto primigenio, si lo perpetúa en el tiempo o lo sepulta en el olvido; las respuestas son múltiples e inestables pues varían a cada momento y ello obs-

taculiza cualquier pretensión clasificatoria. Empero, no sería muy aventurado afirmar que los comentarios que se ciernen sobre el discurso jurídico han hecho posible la aparición de un sinnúmero de formaciones discursivas que se integran, bien como discursos más o menos autónomos que se ubican paralelamente al discurso comentado; o bien como discursos subalternos –transitoriamente– que refuerzan al comentado; que hablan y pronuncian discursos fuera del texto mismo, cumpliendo de esta manera una función de “voceros”.

2. EL AUTOR

Cuando se hizo referencia al comentario como mecanismo de autocontrol del discurso se dijo que el sistema que utilizaba para el cumplimiento de su misión consistía en el juego de una identidad que tenía la forma de repetición y de lo mismo; ahora resulta imperioso afirmar con respecto a este límite del autor, que cumple su cometido a través de la implementación del juego de la identidad cuya forma es la individualidad y del yo.

A partir del conocimiento del autor, bien sea como sujeto creador o continuador de su obra, bien en su cotidianidad, en su diario comportamiento, en sus declaraciones y actitudes, en sus opiniones de diversa índole, se podrá delimitar su discurso, se interpretará (o mejor controlará) lo que quiso decir, el ánimo que lo inspiró.

Desde tiempos remotos (siglo XVII) el aval que representa el autor ha sido exigido en los discursos filosóficos, científicos y literarios y con una tendencia a reforzar la función del autor, especialmente en el campo literario, donde se evidencia cierto desdoblamiento entre el autor y su obra, pues se le pide que articule su producción con la vida personal, con sus experiencias, con esa serie de relaciones que lo forman como sujeto, en fin... con su historia, propiciando así un mayor control sobre lo que dice. La codificación de las vivencias del autor ha sido integrada a su obra, quedando así alterada la imagen que del autor se tenía como simple sujeto productor del discurso

(hablado o escrito). En consecuencia, es a partir de la nueva posición que asuma el autor como se podrá discernir su cotidianidad del marco propiamente dicho de su obra. Y se nos ocurre que tal situación se puede lograr en cierta forma mediante la práctica de las notas introductorias y de los prólogos, donde el autor puede imponer su ley al lector, señalarle los caminos por donde el autor quiere que incurcione y vedarle aquéllos por los que sería inconveniente que lo hiciera; donde les diría a los lectores: "Yo soy el autor: mirad mi rostro o mi perfil; esto es a lo que deben parecerse todas esas figuras calçadas que van a circular con mi nombre; aquellas que se le aparten no valdrán nada; y es por su grado de parecido como podréis juzgar del valor de los demás: Yo soy el nombre, la ley, el alma, el secreto, el equilibrio de todos esos dobles míos"¹²⁾.

La figura del autor, para los efectos perseguidos, no es solo el sujeto emisor de un discurso, sino aquél sujeto en torno al cual y para el cual se establece la unidad de un discurso y se distribuye un reglamento jurídicamente impuesto y llanamente aceptado a partir del cual se señala quién, dentro de un ámbito determinado, puede referirse a un plan de objetos previamente delimitados.

Dentro del proceso de producción de la verdad que es el proceso judicial, el autor de la sentencia (léase verdad) solo puede ser el juez, que se sitúa en la brecha entre el lenguaje y el silencio; como instancia de positivización que le otorga coherencia al discurso que lo forma a él, para que él —a su vez— le de el status de verdad al discurso.

El autor como límite interno del discurso, en este caso del discurso jurídico, funciona como individualización y cualificación, pues la imposición de ritos a los sujetos, no los uniforma, solamente los hace partícipes en algunos de los principios

12) **FOUCAULT, Michel.** La historia de la locura en la época clásica. 1a. reimpresión. Ciudad de México: Ed. Fondo de Cultura Económico, 1979. Trad. Juan José Utrilla. p. 7-8.

presentes en los ritos, los cuales pasan de una relación de apropiación a una relación de identidad, ya que el sujeto es formado y estereotipado por dichos principios; pero no en forma exclusiva y uniforme pues cada vez aparecen más sujetos, con roles cada vez más especializados y definatorios.

Empero, este límite no siempre permite determinar de una manera clara y precisa su funcionamiento y ubicación, pues parte de su estrategia consiste precisamente en no dejarse identificar y en mutar su condición de tal. Muchas veces el autor se presenta con ropajes que impiden atribuirle un determinado texto, por lo diferente que resulta éste, frente a aquéllos que lo han caracterizado, tal situación —como se dijo— hace parte del juego de estrategias de poder. Este fenómeno lo ilustra supremamente bien Gilles Deleuze en su libro “Crítica y Clínica”, refiriéndose a San Pablo, dice... “No se trata de dos individuos, de dos autores, sino de dos tipos de hombre, o de dos regiones del alma, de dos conjuntos del todo diferentes. El Evangelio es aristocrático, individual, suave, amoroso, decadente, bastante culto incluso. El Apocalipsis es colectivo, popular, inculto, rencoroso y salvaje. Habría que explicar cada uno de estos términos para evitar los contrasentidos. Pero ahora ya el evangelista y el apocalipsista no pueden ser el mismo”⁽¹³⁾.

En el ámbito jurídico se presenta frecuentemente este círculo vicioso, que no es más que una nueva manifestación del poder. Acaso no nos sorprende el giro que toma una decisión judicial? No sucede muchas veces que al leer la parte motiva de una sentencia se tiene el convencimiento de una decisión en un determinado sentido y al leer la parte resolutive, nos encontramos con una completamente contraria?

De esta manera queda esbozada, a grandes rasgos, la técnica utilizada por el autor como límite interno del discurso, como mecanismo de autocontrol del ejercicio discursivo, para

13) **DELLEUZ Gilles.** Crítica y clínica. Barcelona: Editorial Anagrama, 1996. Trad. Thomas Kauf, p. 55.

la conjuración del acontecimiento aleatorio que representa su aparición. Pero si bien es cierto que hemos presentado el problema en forma separada de los demás mecanismos de control del discurso; también es cierto que ellos funcionan conjuntamente, como instrumentalización de la microfísica del poder que subyace en toda formación discursiva.

Resta por analizar dentro de lo que Foucault llama los límites internos del discurso, la formación de disciplinas.

3. FORMACION DE DISCIPLINAS

Podría afirmarse que el juego de las identidades es una constante en la forma de funcionamiento de los mecanismos de autocontrol del discurso, mientras en el comentario se presenta dicho juego como el de la recitación y de lo mismo, en el autor aparecía como un juego de identidades del yo y de la individualidad, o mejor, de la individualización. Ahora en este tercer límite: Formación de Disciplinas, funciona como un juego de identidad que presenta la forma de reactualización constante de las reglas que ponen en actividad la entidad discursiva.

Empecemos por definir la disciplina como mecanismo de autocontrol del discurso, que está integrada por lo que podríamos llamar un ámbito de objetos, un conjunto de métodos, un corpus de formulaciones consideradas como verdaderas, un juego de reglas y definiciones (conceptos), técnicas e instrumentos propios y apropiados para la realización de sus objetivos. Lo anterior, sin embargo, haría pensar la disciplina como el resultado de un acopio o suma de conceptos o dichos acerca de una cosa, que además llevarían la nota de verdaderos y coherentes,... "una disciplina no es la suma de todo lo que puede ser dicho de cierto a propósito de alguna cosa y no es ni siquiera el conjunto de todo lo que puede ser -a propósito de un mismo tema- aceptado en virtud de un principio de coherencia o de sistemacidad... las disciplinas están construidas tanto sobre errores como sobre verdades, errores que no son residuos o cuerpos extraños, sino que ejercen funciones posi-

tivas y tienen una eficacia histórica y un papel frecuentemente inseparable del de las verdades¹⁴⁾.

Sobre el hecho ampliamente discutido por muchos autores acerca de la ubicación o calidad del derecho como ciencia o como disciplina, no haremos ninguna anotación, solamente y en forma hipotética tomaremos el ordenamiento jurídico como disciplina, para los efectos que nos proponemos, su categorización como ciencia presenta algunos inconvenientes.

El discurso jurídico, tan antiguo como la sociedad misma, por lo menos en lo que respecta a la técnica de control de la conducta humana; ha sido integrado o formado por una serie de enunciados tan numerosos como opuestos; al grado de que en la actualidad tratadistas tan connotados como H.L.A. Hart se asombran ante la proliferación de respuestas diversas a la pregunta qué es derecho, en contraposición a la actitud derivada de respuestas de la misma naturaleza formuladas en otros campos del conocimiento.

La disciplina en su vocación de existencia debe esbozar la presentación de un horizonte teórico que se conjuga con los demás mecanismos de control en pos de la construcción de la verdad en la instancia judicial, en la que se valoran patrones de conducta y se vierten en normas que se dinamizan en el proceso. Además esta formulación indefinida de enunciados y proposiciones se convierte en el presupuesto de perpetuación de las disciplinas jurídicas.

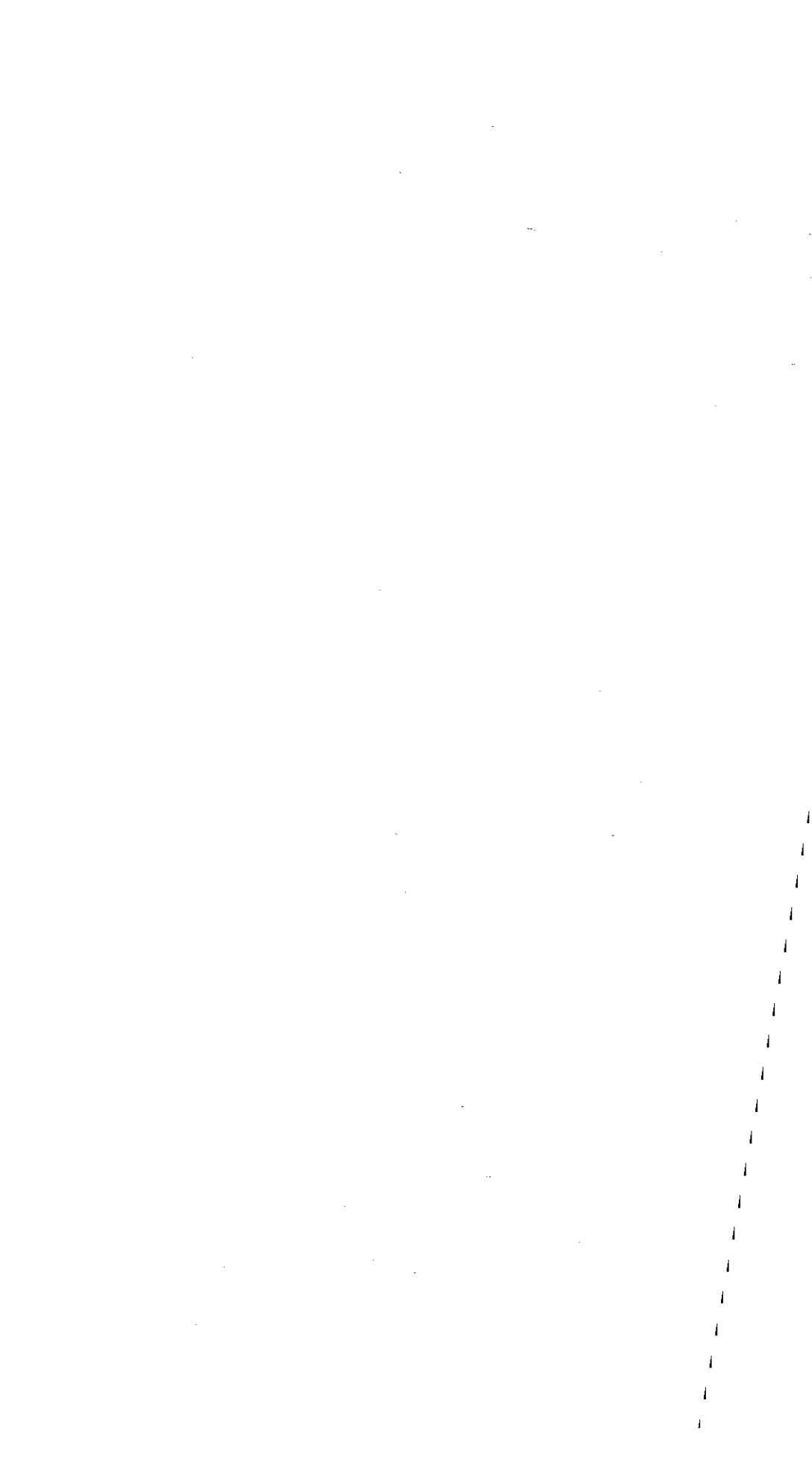
Se concluye así un intento encaminado a evidenciar los límites del discurso como estrategias en virtud de las cuales se regula todo un ejercicio de poder, sutil y muchas veces imperceptible, pero siempre presente en el proceso, de acuerdo con la lógica que propuesta en la introducción del presente trabajo.

14) FOUCAULT, Michel. El orden del discurso. Barcelona: Tusquets Editores, 1970. Trad. Alberto González Troyano, p. 29.

BIBLIOGRAFIA

- BAUDRILLARD, Jean.** Crítica a la economía política del signo. 2 ed. Ciudad de México: Editorial Siglo XXI, 1977, trad. Aurelio Garzón del Camino.
- BETANCUR JARAMILLO, Carlos.** De la prueba judicial. 2 ed. Medellín: Ed. Bedout, 1982.
- DELEUZE, Gilles.** Crítica y clínica. Barcelona: Editorial Anagrama, 1966, trad. Thomas Kauf.
- DELEUZE, Gilles.** Foucault. Barcelona: Ediciones Paidós, 1987, trad. José Vásquez Pérez.
- DWORKIN, Ronald.** El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica. 2 ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1992, trad. Claudia Ferrari.
- FOUCAULT, Michel.** La arqueología del saber. 6 ed. México: Siglo Veintiuno editores S.A., 1979, trad. Aurelio Garzón del Camino.
- FOUCAULT, Michel.** Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. 2 ed. México: Siglo Veintiuno editores S.A., 1978, trad. Aurelio Garzón del Camino.
- FOUCAULT, Michel.** Historia de la sexualidad. La voluntad de verdad. 3 ed. México: Siglo Veintiuno editores S.A., 1978, trad. Ulises Guinazú.
- FOUCAULT, Michel.** El Orden del Discurso. 1a. ed. Barcelona: Turquets Editor, 1970, trad. Alberto González Troayano.
- FOUCAULT, Michel.** La verdad y las formas jurídicas. 1a. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1980, trad. Enrique Lynch.
- FOUCAULT, Michel.** La historia de la locura en la época clásica. 1a. reimpression. Ciudad de México: Ed. Fondo de Cultura Económico, 1979, trad. Juan José Utila.

- GOFFMAN, Erwing.** Internados. 2 ed. Barcelona: Amorrortou Editores, 1979, trad. María Antonia Oyuela.
- HART, H.L.A.** El concepto de derecho. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1977, trad. Genaro Carrió.
- KELSEN, Hans.** Teoría Pura del Derecho. 14a. ed. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1976, trad. Moisés Nilve.
- PASUKANIS, Eugeny.** Teoría general del derecho y el Marxismo. 2 ed. Medellín: Ed. La Pulga, 1976, trad. Fabián Hoyos.
- RESTREPO, Luis Carlos.** La trampa de la razón. 2 ed. Bogotá: Arango Editores, 1994.
- STUCKA, P.I.** La Función revolucionaria del derecho y del estado. 1a. ed. Barcelona: Ed. Imprenta Frontis, 1969, trad. Juan Ramón Capella.



EL ROL DEL JUEZ EN EL METODO DE LA ORALIDAD

A propósito del esquema del
juzgamiento penal Colombiano

Juan Guillermo Jaramillo Díaz ⁽¹⁾

1. INTRODUCCION

Vuelve el tema de la "oralidad" a protagonizar espacios entre los doctrinantes esmerados por la situación actual del derecho procesal y, en particular, por lo que de esa "metodología" se puede apreciar en el ámbito de la sistemática procesal penal Colombiana. Prueba de lo primero, en efecto, lo constituye el objeto basilar del XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal⁽²⁾ y, del segundo, los contenidos del séptimo módulo de la segunda fase del plan nacional de capacitación.

Desarrollos de esa índole imponen la formulación de precisos interrogantes sobre, por ejemplo, su procedencia, justificación y utilidad, más ahora a partir de la constitución política de 1991 que, en lo pertinente, contó con una propuesta

1) Magistrado adscrito a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín; profesor universitario.

2) Celebrado en la ciudad de Neiva (Huila), entre el 10 y el 12 de Septiembre de 1997, bajo la dirección del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

propicia para la adopción del sistema procesal penal acusatorio.⁽³⁾

El esquema de juzgamiento tipo "acusatorio" surge en la Roma Republicana y en él se ratifica el concepto de acción y obviamente los de pretensión y defensa, dado que es la desconcentración de funciones la que rige, derivada del mandato no procedat iudex ex officio. Es, pues, un auténtico esquema de partes, de respeto por la dignidad y libertad personales y por los derechos humanos, un esquema de controles, de régimen probatorio gobernado por el principio de la libre y racional apreciación de la prueba y, en todo caso, un esquema caracterizado por la **publicidad** y la **oralidad**.

Por obvias razones fue ese sistema adjetivado y reconocido como garantista y la paternidad reconocida al régimen político demoliberal. Pero en la misma Roma, en la siguiente ya de orientación imperial, surge y se impone el esquema absolutamente contrario, algo así como una especie de calculada respuesta a esa estructura, el esquema inquisitivo que niega al sindicado su condición de persona y con ello su dignidad y todos sus derechos; se trata sin duda del desmonte de la desconcentración de funciones para peligrosamente ubicarlas todas en cabeza del juez quien por ello habrá de actuar como el "dueño" del proceso, único, exclusivo y excluyente. De esa manera, pues, la humanidad conocería el inconveniente sistema inquisitorio con el que sin duda se desconocen absolutamente las conceptos de acción, pretensión, defensa y parte; el diseño instrumental aparece sin controles porque al fin al cabo el juez es el dominus, el amo y señor del proceso; la libertad personal nada significa y con ella desde luego los derechos humanos. Se trata de un esquema de tarifa probatoria, secreto, aunque luego morigerado, y de **escritura**.

3) Sobre este particular puede consultarse las gacetas constitucionales 11, 68, 69 y 81.

Con la revolución Francesa la humanidad vería superada gran cantidad de esas expresiones inquisitorias y el resurgir de algunas notas caracterizadoras del sistema acusatorio. Surge, desde entonces, el esquema mixto que cada país habrá de fortalecer, según su régimen político, con notas propias de uno u otro esquema. Y ahora, no hace precisamente una década⁽⁴⁾, los Argentinos han reforzado, desde el punto de vista marco, su sistema procesal que han denominado "sistema mixto moderno".

A este punto podría entonces afirmarse lo siguiente: a). que el método de la ORALIDAD es propio del esquema acusatorio que es, definitivamente, más ágil, coherente, y democrático; b). que éste se debe al régimen demoliberal tanto como el inquisitorio al dictatorial; c). que en aquél el hombre es la razón misma del Estado en tanto que en éste precisamente nada significa en honor a la importancia y trascendencia que se le reconoce a las Instituciones; d). y que, en fin, el anhelo de uno u otro no es más que un asunto de contenidos filosófico-políticos.

No en vano la humanidad anda hace mucho tiempo en busca de la oralidad. El tercer congreso Internacional de derecho comparado celebrado en Londres en 1950 terminó recomendando su inmediata adopción; empero, se repitió el error histórico: los estudios y las conclusiones todos se efectúan en el plano del proceso civil como si igual o peor urgencia no tuviera el penal⁽⁵⁾. Muy recientemente acaba de entrar en vigencia el

4) Esa misma actitud se acaba de asumir en Colombia. En efecto, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 diseñó, en la carta política que produjo, incluso desde el preámbulo mismo, un modelo social personalista que la sistemática procesal penal acoge para dimensionar, en el código de la materia, lo que podría abordarse, a partir del texto 3o. que es norma rectora, como un hilo conductor humanístico.

5) No sin dejar de reconocer algunas importantes expresiones de "procesalismo" penal, en todo caso no resulta irresponsable censurar el atraso de siglo y medio del derecho procesal penal Colombiano, pues aparece todavía anclado ahí en el período del procedimentalismo superado en la segunda mitad del siglo pasado precisamente a partir de la célebre polémica de los profesores Alemanes Windscheid y Muthler sobre el contenido del concepto de "acción" y sus relaciones con el derecho sustancial objeto de debate en el proceso.

código procesal civil de la República de Uruguay, estatuto instrumental que sigue muy de cerca precisamente el código procesal civil tipo para latinoamérica que acoge el sistema de la oralidad⁶⁾ aunque desde luego mantiene la escritura fundamentalmente reservada para los actos de formulación de la pretensión y la respuesta que a ella debe darle el demandado.

En lo penal, la tradición Colombiana ha sido hacia el mantenimiento del esquema de juzgamiento mixto con tendencia al inquisitivo y con ello la incolumidad del método de la ESCRITURA que le ha resultado altamente cara al país (cfr. ley 94 de 1938; decretos 409 de 1971 y 050 de 1987). A consecuencia de la reforma constitucional de 1979 se configuró un nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria, con inclinación a la oralidad⁷⁾ y ahora a su voz en cuello se afirma que el actual sistema es acusatorio, y a veces que es acusatorio mixto⁸⁾, lo que está por verificarse desde luego porque la adopción de algún principio que lo caracteriza no puede de manera alguna significarlo ciertamente.

De lo que si no hay duda es que la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) quiso y estableció en la constitución polí-

6) Cfr. VESCOVI, Enrique. La reforma de la justicia civil en Latinoamérica. Editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1996.

7) Fue el abortado código decreto 181 de 1981, que no entró a regir por la caída de esa reforma constitucional, situación que impuso la inmediata expedición de la ley 2 de 1982 que revivió entonces el decreto 409 de 1971. Sobre el particular advirtió DEVIS ECHANDÍA: "En nuestro C. de P. Penal, de 1981, se consagró la oralidad para la etapa del juzgamiento que se inicia con la aceptación (que quedó forzosa) por el juez de la causa, de la acusación que le presente el fiscal acusador (que es diferente de los fiscales instructores); desde ese momento el proceso o juicio es en audiencias hasta su fin (realmente comienza entonces el proceso, pues antes apenas existen las etapas de investigación y de acusación, no obstante un pésimo uso que del término "proceso" se hace en tal Cod., en muchos textos referente a la etapa de la investigación por los fiscales instructores, que son funcionarios administrativos)"; DEVIS ECHANDIA, Hernando; Compendio de derecho procesal; tomo I. Teoría general del proceso; editorial ABC, Santafé de Bogotá, 1983; página 51.

8) Cfr. Corte Constitucional: C-093 de 1993; C-396, 472 y 558 de 1994 y C-037 y 364 de 1996. Corte Suprema de Justicia: Agosto 5/92 (M.P., doctor Gustavo GOMEZ VELASQUEZ), Abril 27 de 1994 (M.P., doctor Guillermo DUQUE RUIZ), Agosto 2 de 1995 (M.P., doctor Ricardo CALVETE RANGEL) y Junio 11 de 1996 (M.P., doctor Nilson PINILLA P.). Consejo Superior de la Judicatura: Mayo 5 de 1997, salvamento de voto del doctor Alvaro ECHEVERRI URUBURU.

tica de 1991 un programa procesal a partir de los conceptos políticos de Estado social, de derecho, de régimen republicano, unitario, democrático y participativo y, antes que nada, a partir del reconocimiento del principio de la DIGNIDAD HUMANA⁽⁹⁾. No está expresamente impuesto en la carta constitucional el método de la ORALIDAD; empero la ley, que tiene que desarrollar el mojón constitucional, necesariamente ha de preverla porque, ya se dijo, el perfil diseñado en la constitución no es otro distinto al acusatorio, no puro desde luego, y la oralidad es precisamente, entre otras, una de sus notas.⁽⁹⁾

II. LA ORALIDAD Y LA ESCRITURA

Los tipos o sistemas procesales “Son las formas técnicas aptas para el desarrollo de los presupuestos político-jurídicos del derecho procesal”⁽¹⁰⁾. Esos tipos o sistemas permiten concretar las distintas estructuras procesales; una de ellas precisamente es la conocida como tipo procesal oral y tipo procesal escrito⁽¹¹⁾, antagónicos, dependiendo de si se utiliza en la actuación la palabra o la letra, o, de otra manera dicha, dependiendo del método utilizado para la presentación de la correspondiente pretensión y su respuesta, para la presentación y conservación de la prueba, la manera como se lleva a cabo el debate e incluso el proferimiento de la sentencia. Habría que señalar, de una vez, que no existen esquemas orales puros dado que tienen una fase de proposición escrita fundamentalmente para la presentación de la pretensión y su respuesta y, a veces, para la tramitación y decisión de los recursos.

El sistema de escritura implica inexorablemente la consignación por escrito de todo cuanto se cumple en la actuación.

9) Consúltese, sobre el particular: QUINTERO DE PRIETO, Beatriz, en revista Temas Procesales número 16; editorial Lealón; y JARAMILLO DIAZ, Juan Guillermo en la conferencia sobre el módulo uno 91) de la segunda fase del plan nacional de capacitación (abril 8 y 9 de 1997).

10) QUINTERO DE PRIETO, Beatriz. PRIETO MESA, Eugenio. Teoría General del proceso, tomo I. Editorial Temis, Santafé de Bogotá; 1992; página 108.

11) Otros serían los tipos procesales de jueces técnicos y no técnicos, de única instancia o instancias plurales, de juez unipersonal o colegiado, público o secreto, acusatorio o inquisitivo.

En el proceso civil, la presentación de la demanda, su contestación, la práctica de pruebas y la decisión final; de idéntica manera se tramitan todas las instancias. Y en la actuación penal, el sistema de la escritura hace que se consigne de esa manera todo cuanto sucede durante la faena investigativa, la calificación sumarial, el juicio, la sentencia y la ejecución de ésta cuando se precise; otrosí, el avance en el ejercicio de las distintas competencias funcionales.

El moderno sistema de oralidad en el proceso civil hace que se cumpla por escrito las primerísimas actuaciones, como acaba de verse, pero luego se lleva a cabo un sistema de audiencias, bien para propiciar la forma de agotamiento inherente a la conciliación, ora para la práctica de pruebas y para el proferimiento de la sentencia que le pone fin a la instancia. Es el sistema del proceso por audiencias. En el campo penal, el sistema de la oralidad hace que la práctica de pruebas se cumpla de manera verbal y en audiencia, pero por sobretodo en presencia del juez quien dentro de ella debe sentenciar lo procedente.

En el tipo procesal oral el juez no puede salirse de los enunciados orales presentados en sede de la audiencia respectiva. En el tipo procesal escrito sucede lo propio pero la vinculación del juez radica ya en lo suministrado por escrito y consignado en el acta.

La doctrina universal siempre censuró lo negativo que presenta cada sistema. La oralidad porque propicia y tolera por ejemplo los discursos excedidos y hasta nimios; la escritura porque eterniza la actuación. "prolonga en demasía el curso del proceso; permite el abuso de los recursos y medios encaminados a dilatar el litigio; sirve de medio para crear confusión en el juez y en la contraparte, y en veces hace aparecer lo accidental como esencial"⁽¹²⁾. Pero en el balance de lo fecundo triunfa el esquema de la oralidad y ello explica por qué es esa la

12) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. cit., página 50.

tendencia moderna, a más de que es sin duda nota caracterizante del sistema acusatorio que, por garantista, es un anhelo democrático. Mauro CAPPELLETTI fue quien, luego de interrogar por allá en la década de los setentas sobre la validez y operancia del sistema de la oralidad, concluyó manteniendo la necesidad del esquema sobretodo en aquellos países en “donde existen todavía, más o menos acentuados, los arcaicos residuos del sistema de la prueba legal; donde persisten el predominio del elemento escrito, y la ausencia de relaciones inmediatas entre el órgano decisor y los otros sujetos del proceso, los lugares y las cosas; donde, en fin, el proceso se desarrolla en una larga, exasperante, distanciada sujeción de términos y de reenvíos”.⁽¹³⁾

DEVIS ECHANDIA lo recomienda⁽¹⁴⁾. Igual en Argentina VASQUEZ ROSSI. “Se ha entendido que la naturaleza de las cuestiones propias del proceso penal, como así también las necesidades de una dinámica administración de justicia, unidas al respecto de las garantías del imputado y su defensa, exigen este tipo de actuación que, en general, ha dado resultados notoriamente mejores a los logrados por el procedimiento escrito”.⁽¹⁵⁾

III. IMPLICACIONES DEL SISTEMA DE LA ORALIDAD

El sistema de juzgamiento a través del método de la oralidad concita necesariamente las ideas de la CONTRADICCION, INMEDIACION y la CONCENTRACION. “Se entiende por oralidad del procedimiento el principio de que la resolución judicial puede basarse sólo en el material procesal proferido oralmente. Donde el principio de la oralidad tiene vigor en este sentido, el principio del “audiatur et altera pars”, cuya observación es el mínimum de una configuración acusatoria del proceso,

13) La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Ejea; Buenos Aires, 1972 p; página 75.

14) Ob. Cit., página 51.

15) VASQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Curso de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni editores, Santafé Argentina; página 448.

conduce al principio de la contradicción, es decir, a la audiencia de las alegaciones mutuas de las partes en forma de un "juicio oral". La dificultad de retener lo hablado en la memoria conduce además al principio de la concentración, o "unidad de acto", que requiere condensar el juicio oral en una o varias sesiones consecutivas".⁽¹⁶⁾

La CONTRADICCION se ratifica como una expresión del principio de equilibrio procesal. En ROCCO es "un diverso aspecto del derecho de acción"⁽¹⁷⁾. Si hay espacio para el ejercicio de la acción, a través de la formulación de la pretensión, lo tendrá que haber para el ejercicio del contradictorio, esto es, para que el demandado o el sindicado, según fuere el caso, conozca a plenitud la dimensión de lo que contra él se pretende (la pretensión punitiva en lo penal, por ejemplo), conozca la práctica de prueba que se invoca, y haga él lo propio, o sea, responda a esa pretensión, demande la práctica de las pruebas que estime pertinentes y, en fin, se defienda.

El derecho de contradicción surge en el instante en que se admita por el juez la pretensión. Y como el demandado, en civil, y el sindicado, en penal, son los sujetos pasivos en la estructura de la pretensión, pues éstos son entonces los titulares del derecho de contradicción.

La INMEDIACION, obviamente en el ámbito procesal, implica la directa y personal vinculación del juez con las partes, sus pretensiones, el ejercicio del contradictorio en todas sus manifestaciones (oposición, allanamiento, etc.) y la práctica de las pruebas. Esto es, la presencia del juez de extremo a extremo; desde que se invoca al Estado jurisdicción hasta que se dirime el conflicto en instancia. Es la idea de la inalterable, dinámica y plena **presencia** del juez. El destinatario de la prueba es el juez. El proceso procesa la pretensión pero quien la

16) GOLDSCHMIDT, James. Principios Generales del Proceso. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Ejes, Buenos Aires. 1961. Página 138.

17) ROCCO, Hugo. Trattato di diritto processuale civile. Tomo I. Torino; páginas 186 y 187.

estima o desestima es el juez sujeto calificado representante del Estado Jurisdicción a quien sin excepciones toda persona puede invocar.⁽¹⁸⁾

La intermediación será subjetiva en la medida en que el juez se contacte con las partes y otros sujetos procesales. Será objetiva cuando lo haga con las cosas y los hechos.

El campo propicio a su cabal desarrollo es la audiencia ORAL. La escritura distancia y aplaza. La oralidad acerca, concentra y conecta.

La CONCENTRACION completa la idea final de la auténtica razón de ser de la oralidad. De nada vale asegurar el ejercicio del contradictorio ante el juez, tanto como su antecedente el ejercicio de la acción que se materializa con la presentación de la pretensión, si no se garantiza la secuencia lógica, disciplinada y progresiva de los actos. El proceso definitivamente es una unidad y debe evacuarse sin solución de continuidad. Pero no puede ser esa unidad un cúmulo de muchos actos sino de los estrictamente necesarios.

IV. LA ACTUACION PENAL COLOMBIANA

En el lamentable estado de quietud del procesalismo penal Colombiano, el procedimiento ciertamente le ha aportado pobreza. La estructura macroscópica de la actuación penal vernácula, para mayor perplejidad, no es ni el reflejo ni el desarrollo de lo que construyó la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. De ahí que no resulta pacífico afirmar que la estructura procesal penal Colombiana es acusatoria o, por lo menos, mixta con esa tendencia. Para mí tengo que, a consecuencia de la improvisada y desarmónica introducción de elementos, ideas, postulados, principios y sistemas, la estructura termina siendo una extraña mixtura. Muy seguramente por ello no con-

18) "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia", dice el primer aparte del artículo 229 de la constitución política.

cretamente acuerdos pacíficos y progresivos sobre los conceptos de jurisdicción y de órganos en la sistemática⁽¹⁹⁾ sobre si funciona o no el concepto de acción⁽²⁰⁾; si el esquema de juzgamiento penal Colombiano es o no de partes; sobre cual es el perfil del fiscal y cual el del juez, y, en fin, otros tantos cuya presentación acá se hace extensa y en todo caso no consulta el núcleo de la exposición.

Lamentablemente es ese el estado de las cosas en la sistemática procesal penal en Colombia. Es pues notable y por demás altamente inconveniente la distancia entre los prístinos mojones constitucionales y lo que realmente se construyó en el decreto 2700 de 1991⁽²¹⁾. No ha surtido el efecto esperado el cambio de paradigma constitucional; tampoco en la mentalidad de los hombres.

La actuación penal Colombiana, hay que decirlo, no adopta el método de la ORALIDAD; subsiste, con algunas desarticuladas excepciones⁽²²⁾, el sistema de la ESCRITURA y ello definitivamente es un gran inconveniente. Todo cuanto sucede en la faena investigativa se consigna por escrito y como tal se le presenta al juez. Esto es, la prueba no se practica ante él.

19) La jurisprudencia de la Sala penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia hace ver el fiscal como otro juez (Cfr. providencia del 12 de mayo de 1995; M.P., doctor Juan Manuel TORRES FRESNEDA; expediente número 8724). En la declaratoria de constitucionalidad del texto 19 del decreto 2699 de 1991, la Corte Constitucional ratifica que la fiscalía ejerce funciones jurisdiccionales. En esa oportunidad la Procuraduría conceptúa negándole al fiscal equivalente de juez (cfr. C-558 del 6 de diciembre de 1994. M.P., doctor Carlos GAVIRIA DIAZ).

20) En sede del propio texto legal (artículo 24 del estatuto procesal penal) se destroza el concepto ya suficientemente decantado por la ciencia jurisdiccional. En efecto, allí se señala que la acción penal se ejerce por "los jueces competentes durante la etapa del juicio" consultando de esa manera el retruécano de Redenti según el cual con la acción se le propone al juez la acción y éste dirá si existe o no la acción, sólo que el autor pretendía con ello evidenciar la confusión terminológica y conceptual entre acción, pretensión y derecho sustancial, todo ello obviamente en su sede natural que es el proceso.

21) Para conocer algunos antecedentes del código, véanse los comentarios de Antonio José CANCINO y Luis Enrique CUERVO PONTON en el código de procedimiento penal comentando; imprenta nacional de Colombia, 1992.

22) Por ejemplo el trámite inherente a los injustos contravencionales aludidos en el texto 16 de la ley 228 de 1995. Empero, no puede confundirse rapidez alocada con sistema de ORALIDAD.

V. EL ROL DEL JUEZ DURANTE EL PROCESO

Es poco e infecundo, sin duda, por el mantenimiento de la escritura.

En materia de competencia rige el principio según el cual el juez ejerce la que le es propia sólo a partir de la ejecutoria material de la resolución acusatoria (artículo 444 Código Procesal Penal). Por excepción podrá conocer anticipadamente para el ejercicio de los controles inherentes a las medidas de aseguramiento, sentencia anticipada y audiencia especial (artículos 54 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 414^a del código; 11 de la ley 365 de 1997, modificatorio del 3 de la ley 81 de 1993, modificatorio a su vez del 37 del código; y 4 de la ley 81 de 1993, en su orden).

Lo que suele suceder en la práctica es que el inicio del proceso jurisdiccional, como atrás se dijo, el juez recibe ya practicada la prueba. La única posibilidad de ORALIDAD, y por lo tanto de CONTRADICCIÓN, INMEDIACIÓN y CONTRADICCIÓN, se da en la medida en que las partes aprovechen el traslado común a que se refiere el canon 446 ibídem y en ese orden de ideas soliciten la práctica de pruebas dentro de la audiencia pública^[23]. Es posible, claro está, que el decreto sea oficioso; en todo caso se impone que la diligencia de audiencia ciertamente la dirija en persona el juez, porque de esa manera ante él se cumplen la práctica de la prueba y la contradicción que significan, aunque en poco, fecundo sistema de oralidad tan clamorosamente reclamada para la actuación penal Colombiana.

La propuesta de la "acusación con la prueba necesaria" surge al interior de la primera fase del plan nacional de capacitación^[24] como la posibilidad de imprimirle ORALIDAD al pro-

23) Salvo la prueba que debe efectuarse en laboratorio y aquella que debe practicarse por fuera de la sede del juez (artículo 448 del código procesal penal).

24) El plan nacional de capacitación puede ser un mero nombre; empero, aglutina la amistad y la intelectualidad; aleja la soberbia y mantiene el orden y la preocupación. Es, pues, un conjunto de hombres con la idea de multiplicar la necesidad de la construcción teórica para el bien de la praxis judicial.

ceso penal Colombiano. Al fin y al cabo, se sugiere que con la prueba mínima se eleve la pretensión punitiva para que la prueba mucho más refinada se practique luego **ante** el juez. La propuesta, seria y exigente como es, sin duda me acompaña en la visualización que tengo y expongo sobre el estado actual de la cosas en la sistemática procesal penal patria. De lo contrario no tendría sentido. Advierto sin embargo que la tesis requiere una variante legislativa como quiera que choca con la estructura lógico-formal que en el artículo 442 se exige para la resolución de acusación o, lo que es lo mismo, para la formulación por parte de la fiscalía de la pretensión punitiva. No debe olvidarse que la exigencia probatoria en la actuación penal parte de la **posibilidad** (primera situación jurídica), va hacia la **probabilidad** (segunda situación jurídica o calificación sumarial) y llega a la **certeza** (tercera calificación jurídica o sentencia). La teoría de la acusación con la prueba mínima no consulta el contenido ni los alcances de la "probabilidad" que es exigencia enteramente normativa.

APUNTES EN TORNO AL REMATE DE BIENES EMBARGADOS EN PROCESOS PENALES

Jesús Emilio Múnera

La falta de una mejor coherencia sistemática genera dificultades para los jueces de las diferentes especialidades, cuando deben acudir a la integración de normas de diferentes códigos, para el manejo de algunas instituciones jurídicas, especialmente cuando se trata de las procesales. Una de tales dificultades, indudablemente, se halla en la instrumentación del **remate, por los jueces civiles, de bienes embargados en los procesos penales**. Con el propósito de contribuir a la solución de tan confusa situación, presento las siguientes reflexiones como propuesta:

El artículo 58 del C. de P.P. establece ad pedem litterae:

“Del remate de bienes. La providencia que condene el pago de perjuicios, una vez ejecutoriada, prestará mérito ejecutivo ante los jueces civiles, cuando hubiere bienes embargados.

“Si hubiere bienes embargados o secuestrados, de oficio se remitirá al juez civil competente copia auténtica de la providencia y de las demás piezas procesales, para que éste, previas

las formalidades previstas en la ley procesal civil, decreto y procede al remate de tales bienes. El Juez Civil procederá a decretar y practicar nuevos embargos y secuestros de otros bienes, si así le fuere solicitado, sin necesidad de caución, a efectos de que con el producto de su remate se atienda el pago de la indemnización de perjuicios. En los eventos a que se refiere lo dispuesto en este inciso, no se admitirán excepciones ni será necesario proferir sentencia.

“Lo dispuesto en este artículo se aplicará a los bienes afectados por comiso que deban destinarse a la cancelación de los perjuicios”.

Pues bien: ¿Cómo debe entenderse y desarrollarse el contenido del artículo 58 del C. de P.P.? ¿Cuál es exactamente el procedimiento a seguir para darle cumplimiento a la ejecución allí mandada?

Parecería sugerir el prementado artículo 58 que la tarea del juez civil, una vez que le han sido remitidas las copias de las sentencias y de las otras piezas procesales por actividad oficiosa, fuera proceder al decreto y realización del remate. Pero, esa lectura de la norma conlleva la idea de una actuación abiertamente ajena a toda la estructura básica del proceso ejecutivo civil. No se trata de una delegación del juez penal al civil para la mera ejecución de un remate. Se trata de la impulsión del correspondiente proceso civil ejecutivo, para la efectivización de la condena civil impuesta en el proceso penal.

Ahora, ¿Cómo proceder a un remate de bienes, cuando ni siquiera se le ha fijado término al obligado con la sentencia para que cumpla lo mandado en ella? Y, ¿Cómo hacer una diligencia de remate sin hacer tampoco la previa liquidación del crédito?

Examinando con juicio crítico la norma, de su misma literalidad surge su entendimiento. En efecto, ella manda que el juez civil **“previas las formalidades previstas en la ley**

procesal civil, decrete y proceda al remate de tales bienes”. ¿Cuáles son esas formalidades? A no dudarlo, han de ser el mandamiento ejecutivo de pago en el cual se le ordena al ejecutado pagar la totalidad de la obligación pecuniaria que le fue impuesta en la sentencia, y los costos de la ejecución que se inició. Se le fija el término para el efecto, que será el de cinco días cuando se trata del pago de sumas de dinero.

Y, ¿Cómo se deberá modificar esa providencia que libra mandamiento ejecutivo? Del mismo modo como se notifican los mandamientos ejecutivos en las ejecuciones civiles, cuando se promueven a continuación del proceso civil de conocimiento; es decir, por estados, como lo manda el artículo 335 del C. de P.C. Es así, porque la ejecución debe promoverse de inmediato, en razón de que el juez penal no puede retardar el envío de las copias necesarias, como manda el artículo 58 del C. de P.P., lo cual equivale a que siempre la ejecución se promoverá dentro de los sesenta días siguientes a la firmeza del auto que manda obedecer lo dispuesto por el superior. La única diferencia con el caso de la ejecución civil a continuación del proceso cognoscitivo civil, es que no se adelanta por el mismo juez, salvo el caso de los juzgados promiscuos; y que no es en el mismo expediente, sino en cuaderno separado con apoyo en las copias indispensables, que se le remitan por el juez penal.

Que lo anterior es así, también se corrobora en el mismo inciso segundo in fine del artículo 58 del C. de P.P., cuando dispone: **“En los eventos a que se refiere lo dispuesto en este inciso, no se admitirán excepciones ni será necesario proferir sentencia”.** ¿Qué sentido tendría esta regulación si realmente lo que mandare fuera directamente realizar el remate? Y ¿acaso se puede proponer excepciones después de que se ha decretado el remate? Por supuesto que no. Si se prohíbe proponer excepciones, es porque debe curarse la etapa procesal donde habrían podido proponerse si lo hubiera permitido la ley. Y si se autorizó no dictar sentencia, es porque hay un trámite anterior a ella. Lo que ha querido el legislador es que no se pueda discutir la efectividad de la sentencia condenato-

ria al pago de perjuicios dictada en el proceso penal; que sea realmente eficaz y que sea satisfecha con prontitud para no prolongar el martirio de la víctima; que, si la ejecución se debe iniciar tan pronto como haya logrado firmeza la sentencia que profirió la condena, cuando hay bienes embargados, no se torne inocua la medida cautelar, y se le dé prevalencia a ese crédito respecto de cualquiera otro que pudiera tener el declarado injusto agresor en el proceso penal, con relación a quien fue su víctima. Por esa misma razón es que no hay lugar a sentencia; pues, constando el crédito en una sentencia recién proferida y sin lugar para discutirla, no tiene sentido emitir otra sentencia que ordene cumplir lo dispuesto en la que sirve de base a la ejecución.

En ese orden de ideas, entonces, vencido el término para pagar, si no se atiende el mandamiento ejecutivo de pago por el obligado-ejecutado, se ha de proceder a la liquidación del crédito (artículo 521 del C. de P.C.), y al decreto del avalúo para lo cual se designarán los respectivos peritos. En firme éste, ahí sí se procederá, aún de oficio, a decretar el remate de los bienes embargados y secuestrados en el juicio penal y los que se decreten por el juez civil, cuando sea el caso. Y se dice que debe decretarse el remate aún de oficio, porque ha sido la misma ley quien le ha impuesto al juez civil esa obligación de realizar el remate; pero, por supuesto, será la parte interesada quien sufragará los costos de publicaciones necesarias.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS COSTUMBRES COMO FUENTE DEL DERECHO PROCESAL

Julia Victoria Montaña de Cardona
Martín Agudelo Ramírez

El presente escrito busca fijar una postura provisional en torno a la polémica sobre la posibilidad de que la costumbre procesal sea o no fuente del derecho procesal. Se trata de una problemática que sigue latente en la doctrina del *civil law* y, concretamente, en nuestro ordenamiento jurídico ante la falta de uniformidad en torno al sistema de fuentes del derecho, aunado a la crisis en la concepción tradicional sobre las mismas. Se hace imposible construir una teoría general de las fuentes, que sea válida para todos los sistemas jurídicos, ante las diferencias que pueden advertirse entre ellos, incluso dentro de una misma familia como la del Civil Law.

Para ofrecer una solución a dicha inquietud, es necesario precisar que el concepto de usos procesales y prácticas forenses no responde a la noción de costumbre procesal, aunque en todas se de la nota común de la uniformidad de las conductas.

Los usos procesales y prácticas forenses, están asociados con la idea de habitualidad, con la reiteración de ciertos actos sin significación jurídica carentes de normatividad, con lo que

suele hacerse más no con lo que debe hacerse ni lo que hay obligación de hacer, como lo sostiene Niceto Alcalá Zamora.

La costumbre procesal (de aceptarse en gracia de discusión) es, por el contrario, la reiteración espontánea y directa de actos procesales por la comunidad, durante un tiempo prolongado, que se hace con la convicción de observar una real regla de derecho, con significación jurídica a diferencia de los usos y prácticas forenses. Es necesario precisar que la costumbre no ha de asociarse con un derecho escrito, puesto que es viable que sea recopilada o recogida por dicho medio. Se trataría de una conducta repetida bajo la conciencia de su obligatoriedad por los sujetos procesales, lo que se ha denominado como la *opinio iuris seu necessitatis*, lo que ya nos parece difícil admitir.

En nuestros procesos suele reconocerse la habitualidad de usos, dependientes de cada juzgado, de situaciones en particular, pero carentes de normatividad, solo se quedan en el ámbito de la reiteración pero jamás se han de convertir en normas consuetudinarias de orden procesal. Se trata de prácticas reiteradas carentes de eficacia jurídica. Si un sujeto procesal le negare en algún momento su legitimidad, el juez supraordenado y director del proceso ha de desatenderlo, como garante y tutor de la norma principal de la legalidad de las formas. Dichos hábitos se desarrollan en ausencia de reglamentaciones específicas. Sin embargo, en ocasiones el límite entre el uso y la costumbre no parece nítido, generando problemas.

Sobre la existencia, de la costumbre procesal, se reproducen a continuación apartes de la obra del profesor Humberto Briseño Sierra⁽¹⁾, quien citando la posición de Alcalá Zamora manifiesta:

“Verdaderos usos procesales llamados costumbre por Alcalá Zamora, se encuentran, no sólo en los países

1) BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Ciudad de México: Harla, 1995, p. 419-420.

de derecho consuetudinario que menciona el autor, sino en los procedimientos arbitrales de los Estados con derecho escrito; sobre todo, estos usos provienen de los sujetos que auxilian al juzgador y a las partes, de manera que él mismo **Alcalá Zamora** señala que procuradores, abogados, ministerio público y secretarios judiciales, han dado vida a gran número de prácticas que van desde el estilo de los documentos hasta la manera de asumir determinadas diligencias.

“Luego, si existen determinadas conductas procesales, cuyo cumplimiento se supone obligatorio no puede menos que aceptarse que son realizaciones normativas no previstas en la ley escrita...”

Alcalá Zamora niega que se trate de verdaderos usos y prácticas, piensa que son manifestaciones consuetudinarias. Puesto que se está frente a normaciones no surgidas del legislador oficial, pero de certeza notoria, es claro su carácter consuetudinario. Sin embargo, no se refieren a actividades generalizadas en la comunidad, ni siquiera en la organización judicial, sino en ciertos sectores, la distinción por este motivo puede hacerse a base del término uso. Así, tratándose de la forma de tramitar los exhortos, se puede hablar del uso imperante en los tribunales del Distrito Federal, del seguido en los tribunales federales y demás... “Sin negar que en todos los casos la regla es consuetudinaria, se logra precisar su ámbito y aún su temporalidad: el uso o estilo vigentes con anterioridad a la última reforma, la práctica seguida por el juez anterior o la impuesta por el sucesor. Lo único que se exige es que la conducta sea considerada obligada, que no se dé curso a una gestión si no se somete a las condiciones impuestas por el oficio o la organización: obligatoriedad general, parcial y singular, es lo que separa a la costumbre del uso y a éste de la práctica”.

En la revisión bibliográfica que se realizó a la plasmación del presente ensayo, en cuanto al rol de la costumbre procesal como fuente o no del derecho procesal, se encontró una oscuridad que desconcierta y permite retar a quienes hemos emprendido la tarea de estudiar con detenimiento, aquella disciplina que escruta los alcances de la garantía fundamental del debido proceso legal, en pro de formular siquiera de forma provisional una respuesta precisa.

Ugo Alsina, Eduardo Pallares, Lino Enrique Palacio, Jorge A. Clariá Olmedo, Aldo Bacre, Hernando Devis Echandía, forman parte de los autores que consideran que la costumbre es fuente del derecho procesal, presentando como argumentos a favor la remisión directa de la ley, y en otros casos asimilando los términos Práctica judicial y usos, poniendo de presente la uniformidad en la elaboración de oficios y exhortos.

Enrique Véscovi, Rafael De Pina y José Castillo Larrañaga, sostienen que la costumbre, no es fuente del derecho procesal, salvo que la ley lo diga, basta con que el legislador la incluya como tal; por su parte para Humberto Briseño Sierra, no es posible tener a la costumbre como fuente de derecho procesal, por el carácter de orden público de las normas procesales, no pudiendo alegarse contra la observancia de la ley.

Quienes elaboramos este artículo optamos por una solución negativa, por las consideraciones que a continuación se expresan:

El tema de las fuentes del derecho procesal en particular ha sido diseminado dentro de la temática general de las fuentes del derecho, con algunas notables excepciones en materia doctrinaria. Esa falta de precisión, se ha erigido en óbice fundamental para que se formule una sustentación coherente a la solución por la cual se opta. Así, se ha confundido norma procesal consuetudinaria y norma consuetudinaria sustancial, cuando ésta se tiene como fundamento de decisión, pero jamás para diseñar la actividad procesal.

De cara al derecho procesal encontramos que la temática es problemática, quizá porque algunos autores manejan el asunto a la ligera, dándole al derecho procesal en materia de fuentes, el mismo tratamiento que se da a las de derecho sustancial: otros lo omiten y, por último, un grupo de doctrinantes perguenñan argumentos en favor unos y en contra otros en torno a si la costumbre es o no fuente del derecho procesal.

La actividad procesal nunca emanaría de la costumbre, pero las decisiones judiciales si pueden tener soporte en la norma consuetudinaria. Pero incluso en dicho ámbito, la aplicación de la última resulta controvertida. De acuerdo al derecho sustancial que se procese, debe mirarse con detenimiento en que fuentes debe apoyarse la sentencia, verbi gratia en el proceso penal que procesa la materia penal sustancial, la costumbre en ninguna de sus modalidades –secundum legem, praeter legem y contra legem– se erige en fuente de la sentencia, pero a contrario sensu, un juez especializado de comercio, y solo porque el legislador así lo determine, puede basar su sentencia en la costumbre para resolver la relación sustancial litigiosa que subyace en el proceso.

Es preciso anotar que no basta que la ley remita a la costumbre como fuente de derecho, debe tenerse en cuenta el derecho sustancial conflictivo sujeto a la decisión judicial, en tanto que el legislador puede hacer de lo negro blanco y de lo blanco negro. Piénsese en que el legislador penal llegare a contemplar la posibilidad de albergar la costumbre como fuente de derecho, sería un engendro por cuanto en primer lugar, resultaría insulso aplicarlo así simplemente porque el legislador lo dispuso, y en segundo lugar terminaría por ser peligroso que una persona resultara absuelta o, peor aún, condenada teniendo como soporte la costumbre, con lo cual deberá mirarse en últimas, si la naturaleza del derecho que se procesa permite ser resuelto con base en ella.

Aunque se admita la costumbre como fuente de producción sustancial, no puede sostenerse una afirmación apresurada de

que sea fuente del derecho procesal. Se erige en fuente del derecho sustancial cuando el juez al sentenciar, al declarar la certidumbre acerca del conflictivo, que ha sido llevado a través de la pretensión como dato necesario de todo proceso, ha de recurrir a normas jurídicas consuetudinarias, pero no se atendería a la costumbre procesal.

En relación a lo anterior puede referenciarse la postura del tratadista Jaime Guasp Delgado, quien no delimita con claridad estos ámbitos, siendo errónea su justificación en torno a la posibilidad de que la costumbre procesal civil puede ser engendrada teóricamente por cualquiera de los sujetos o grupos de sujetos que intervienen jurídicamente en el proceso civil: órgano jurisdiccional, partes y terceros. Cuando se refiere a la costumbre emanada de los Jueces como fuente del derecho procesal ya incurre en un error, al confundir el marco sustancial y procesal de las fuentes de producción procesal de una parte, como al no diferenciar con claridad los usos de la costumbre procesal. Al respecto sostiene:

“El órgano jurisdiccional con su conducta procesal es susceptible de elaborar fuentes directas del derecho procesal civil. Cuando esta conducta forma el contenido de la decisión judicial, entonces la costumbre se llama *jurisprudencia*. El problema de la naturaleza y valor de la jurisprudencia en el derecho procesal civil tiene, pues, que resolverse en los mismos términos que el de la costumbre general, aunque la figura aparezca con matices peculiares que la propia jurisprudencia ha creado. De estos matices, dos son los más importantes: la limitación del concepto a los fallos del Tribunal Supremo y la posibilidad de que, a diferencia de los otros tipos de costumbre, la jurisprudencia, entendida en el sentido de *doctrina legal*, pueda servir para fundamentar un recurso de casación contra las sentencias que la infrinjan. Pero, además de la jurisprudencia, la conducta procesal del órgano jurisdiccional puede producir derecho consuetudinario cuando así aparece de ac-

tuaciones repetidas y jurídicamente significativas del juez, o incluso de auxiliares y subalternos, que, dentro del ámbito del *stylus curiae*, dan lugar, en su caso a la creación de normas consuetudinarias reguladoras del proceso civil².⁽²⁾

No obstante optar por una solución negativa, no consideramos conveniente asir de la tesis de que la exclusión de la costumbre como fuente del derecho procesal se deba a que esta disciplina como rama de derecho público restrinja las fuentes de producción al texto legal, puesto que en realidad debe admitirse la existencia de auténticas normas jurídicas consuetudinarias en el ámbito del derecho público.

La respuesta negativa depende de otras razones que estimamos contundentes, como es, de si es posible admitir significación jurídica en ciertas conductas de sujetos procesales que no se ajusten a las formas legisladas y ante la imposibilidad de que pueda predicarse de la existencia de un tiempo suficiente para que se geste una norma procesal consuetudinaria donde aparezca la voluntad colectiva, con un cierto consenso social acerca de la exigibilidad de la conducta.

La norma procesal consuetudinaria no puede surgir, porque cada proceso ha de mediatizar una relación jurídico sustancial con sujetos procesales específicos diferentes a los de otro proceso, no pudiéndose afirmar que existe un comportamiento idéntico en los individuos que forman parte de una colectividad durante un tiempo prolongado, es decir, es imposible el cumplimiento de una generalidad de casos. No es posible cotejar la existencia de comunidad de hábitos entre distintos sujetos procesales durante un tiempo prolongado. Los sujetos del proceso varían, no pudiendo generar en una misma relación formal costumbre procesal.

2) GUASP DELGADO, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tomo I: Introducción y parte general, 3a ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968. Pp. 50-51.

Los sujetos procesales han de gestar la actividad procesal conforme a formas legisladas y no de acuerdo al comportamiento de otros sujetos procesales en otras relaciones jurídico procesales. El espíritu o conciencia común del pueblo como gran fuente de producción normativa, si bien ha tomado la costumbre como regla aceptable generadora de normatividad vinculante, también ha determinado su exclusión, desde nuestra consideración, en tratándose del derecho procesal, al concebir que la forma procesal ha de ser la legal y no la fijada al capricho de los sujetos del proceso, sin que por ello estemos asumiendo una consideración reduccionista de asociar la forma con lo codificado y expresado en las reglas sobre distintos trámites.

La legalidad de las formas, constituye una conquista fijada en una sociedad democrática, ya originada desde la revolución francesa, al excluir las actuaciones caprichosas de ciertos sectores conservadores de la sociedad defensores de las antiguas costumbres. Paralelamente la burguesía triunfante reivindicaría para la sociedad la ley procesal. Por ende, sólo podrá existir reconocimiento judicial para actos diseñados según formas legales y no para la costumbre.

Siempre existirá la posibilidad de que cualquier sujeto procesal le recuerde al juez tropos su deber de estar sujeto al ordenamiento jurídico estructurado y, en especial, a las formas legisladas. No se puede exigir a un juez o a las partes que actúen de acuerdo a la actividad de otros sujetos que han actuado en otra u otras relaciones jurídico procesales por fuera de la ley procesal, porque tal cotejo será imposible al encontrar como óbice fundamental el principio del formalismo o de la legalidad de las formas. Así, estará imposibilitado cualquier juez a dirigir la actividad procesal de acuerdo a normas jurídicas no legisladas. Ni siquiera sería posible admitir la costumbre procesal integrativa o *praeter legem*, es decir, costumbre a falta de ley, puesto que la analogía legis supliría el vacío, confirmandose necesariamente el respeto que debe tenerse por el principio del formalismo.

En Colombia, ni la ley en sentido general, ni la doctrina, logran dar una solución clara y convincente a la problemática. La Constitución por su parte en el art. 230, omite la costumbre, exclusión que ha sido salvada por la Corte Constitucional, en ejercicio del control constitucional, en las sentencias C-486 de octubre 28 de 1993 y C-224 de mayo 5 de 1994, al declarar esta última la exequibilidad del art. 13 de la ley 153 de 1887, circunscribiéndola para las relaciones de derecho privado, y cuando el legislador así lo determine. La ley 153 citada, consagra la costumbre como derecho, per sé, a falta de legislación positiva, sin referirla a ninguna materia o área en particular. La doctrina por su parte no lo plantea como problema.

Desde la teoría general del proceso y desde la principalística en particular encontramos que no es posible admitir para el derecho procesal, la costumbre como fuente, cualquiera sea el área a la que le sirva civil, comercial, penal, laboral, administrativo, agrario, ambiental..., si nos apoyamos en la gran garantía constitucional del debido proceso, toda vez que las formas de los actos procesales y de los procedimientos, no están diseñados ni señalados por las partes ni por el juez arbitrariamente, sino por la ley, y por ello tanto el operador jurídico como las partes se deben ceñir a ellas, sin obviarlas, desconocerlas, aniquilarlas, mutilarlas, abreviarlas, ni negociarlas, de lo contrario surgirían los remedios-sanciones conocidos como las nulidades procesales, cuando las actuaciones se surtan por fuera de los marcos legales, ordenando rehacerlas acorde con lo establecido de antemano por la ley.

Se itera que de aceptarse la costumbre como fuente del derecho procesal, estaríamos borrando garantías procesales sublimes, propias de un estado social y democrático de derecho, que demarcan la política procesal de un país, toda vez que equivaldría a aceptar que quienes intervienen de manera contingente en un proceso, a su amaño diseñarán competencias, elaboraran o desconocerían procedimientos, cumplirían u omitieran actos procesales, crearán o exterminarán términos pro-

cesales, convirtiendo al proceso en un circo de sorpresas, y al juez en títere manejado por las partes de manera utilitarista, caprichosa y hasta engañosa.

Partes, funcionarios jurisdiccionales, empleados judiciales, auxiliares de la justicia, ministerio público y abogados, han implantado en los despachos judiciales, una serie de usos, hábitos, prácticas forenses, v.gr. la manera de recibir un juramento, de elaborar exhortos y oficios, de presentar los escritos; en materia penal el conteo de términos para resolver situaciones importantes, para el procesado que resultan anodinos a la hora de imponerlos obligatoriamente, y que además están sectorizados porque pueden variar de un despacho a otro o de una región a otra, lo cual ni siquiera se erige en procedimiento, incluso, si la entidad que gobierna la administración de justicia llegara a señalar algunas usanzas, el desconocimiento se erigiría en falta disciplinaria, perteneciente a la órbita administrativa, mas no procedimental y menos aún procesal.

Finalmente, con nuestras afirmaciones no estamos proponiendo regresar al dogma de la plenitud, puesto que somos conscientes de que es necesario superar el viejo esquema exegético de identificación entre derecho y ley, con el consecuente fetichismo exagerado hacia ésta. Pero tampoco se trata de ignorar el alcance de la seguridad que en esta temática encuentra su clara expresión, toda vez que la teoría del garantismo, como se le puede etiquetar a la teoría general del Proceso conjuga una serie de instituciones como piezas o eslabones de un sistema, regido por principios y valores que no pueden desconocerse.

LA CONCILIACION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Jorge Octavio Ramírez Ramírez**

INTRODUCCION

Hace pocos días, el 7 de julio pasado, fue sancionada por el Presidente de la República la ley 446 "POR LA CUAL SE ADOPTAN COMO LEGISLACION PERMANENTE ALGUNAS NORMAS DEL DECRETO 2651 DE 1991, SE MODIFICAN ALGUNAS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, SE DEROGAN OTRAS DE LA LEY 23 DE 1991 Y DEL DECRETO 2279 DE 1989, SE MODIFICAN Y EXPIDEN NORMAS DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES SOBRE DESCONGESTION, EFICIENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA". Diario oficial 43335 de julio 8 de 1998.

El objeto de la ley es muy amplio y modifica gran parte del Código Contencioso Administrativo.

Este trabajo tratará sólo los cambios que introduce la ley a la conciliación que se surte ante la jurisdicción administrativa,

* Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia. Profesor Universitario.

regulada en la ley 23 de 1991, capítulo quinto, artículos 59 a 65, y en el decreto 2651 de 1991, artículo 60.⁽¹⁾

Se advierte que al citar los artículos, se tendrá en cuenta la nomenclatura de la ley 23 de 1991.

GENERALIDADES:

La conciliación es un mecanismo de solución del conflicto que nace de las partes, con la ayuda de un tercero. Así lo define la ley resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismos la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

Son susceptibles de conciliación todos aquellos asuntos o conflictos de carácter particular y contenido económico transigibles o disponibles por las partes, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, salvo los de carácter tributario, cartas de naturaleza, nulidad de laudos arbitrales, los procesos electorales y la acción pública de nulidad.

La ley lo prohíbe de manera expresa en los asuntos tributarios, pero esa prohibición es aplicable en los otros asuntos, dada la “indisponibilidad” de la pretensión.

La conciliación opera en los procesos de conocimiento, pero también en los de ejecución por las siguientes razones: a) en los ejecutivos contractuales, porque así lo dispone de manera expresa el parágrafo primero del artículo 59 de la Ley 23; y b) en los otros ejecutivos, cobro de condenas o jurisdicción coactiva, que se rigen por las disposiciones propias del proceso civil de ejecución de mayor cuantía, en virtud de lo dispuesto en

1) La ley se refiere a una serie de mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje y la amigable composición, este último aplicable a las relaciones entre los particulares, y el arbitraje, que no corresponde a órganos “permanentes” de justicia. Esta es una de las razones, por las cuales se limita al objeto del estudio.

el artículo 102 de la ley 446, en concordancia con el 510 del código de procedimiento civil.⁽²⁾

La conciliación puede versar sobre “hechos” o actos administrativos de carácter particular.

En este último caso, cuando se trata de actos, se precisa que el acuerdo solo puede versar sobre sus efectos económicos, siempre que se de alguno de los supuestos del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo (oposición manifiesta con la constitución o la ley, cuando no esté conforme con el interés público o social o atente contra él, o cuando cause agravio injustificado a una persona).

Aprobado el acuerdo, si se logra, se entiende revocado el acto y sustituido por él.

La Ley 23 de 1991 autorizaba la conciliación respecto de este tipo de actos, pero el decreto 2651 pretendió acabar con ese mecanismo, al limitar la conciliación a las acciones de reparación directa y contractuales, acogiendo un criterio, equivocado a mi modo de ver, según el cual se estaba “negociando” la legalidad de la decisión ejecutoria.

Como este decreto “transitorio”, suspendió las normas de la ley 23 que se referían a la conciliación judicial, por lo menos así se interpretó, se daba el contrasentido de que preju-

2) La ley 446 asigna a la jurisdicción contenciosa, según las reglas de distribución de competencias, entre los jueces y los Tribunales administrativos, el trámite y decisión de los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por ella misma.

La ejecución de “créditos contractuales”, se le atribuye por la ley 80 de 1993 y los de jurisdicción coactiva vienen de tiempo atrás (ley 167 de 1941).

Artículo 102: “En los procesos de ejecución la audiencia de conciliación deberá surtirse cuando se presenten excepciones de mérito. Tendrá lugar una vez vencido el traslado a que se refiere el primer inciso del artículo 510 o el primer inciso del artículo 545 del Código de Procedimiento Civil, según el caso.

“El proceso terminará cuando se cumpla la obligación tal como quedó conciliado dentro del término acordado, y se dará aplicación al artículo 537 del Código de Procedimiento Civil. En caso de incumplimiento de lo conciliado, el proceso continuará respecto del título ejecutivo inicial”.

dicialmente si era posible conciliar respecto de actos de carácter particular y concreto, pero no lo era en la vía judicial.

La cuestión es distinta cuando se trata de actos regla o de carácter general, demandables en acción de nulidad. Allí no es posible la conciliación, por la obvia razón de que el interés que se ventila no es particular sino público, en defensa de la legalidad o del orden jurídico.

Esa misma razón es la que explica el por qué no es desistible, ni transigible, **ni conciliable** la acción de nulidad, especie del género acción pública.⁽³⁾

La Ley trata tres formas de conciliación: La prejudicial ante el ministerio público, la judicial ante el juez administrativo plural o unipersonal, y la extrajudicial (ante los centros de conciliación).

I. LA CONCILIACION PREJUDICIAL

Se surte ante el agente del Ministerio Público asignado al Juez o a la Corporación competente para conocer de la controversia, a quien deberá presentarse la solicitud **por la parte o las partes**, junto con la copia de la petición enviada a la entidad y, según la nueva ley, de las pruebas que fundamentan sus pretensiones.

La adición es benéfica, porque aporte mayores elementos de juicio no solo al Ministerio Público, para calificar el mérito o

3) Sobre el particular se había pronunciado el Consejo de Estado en auto del 22 de mayo de 1997. Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, expediente 12854, indicando que era válida la conciliación frente a un acto administrativo de carácter particular y concreto, porque lo que se conciliaba no era el acto mismo, sino "las consecuencias o efectos patrimoniales del acto, y aunque existe la posibilidad de que en virtud del acuerdo de voluntades conciliatorio, pueda surgir como consecuencia la revocatoria por parte de la administración de un acto administrativo, que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, esta es posterior al acuerdo y depende de la voluntad unilateral de la administración".

la procedencia de la petición, sino también a la parte citada a la conciliación, para un eventual acuerdo.

El Procurador calificará el mérito de la petición, dentro de lo cual debe examinar si la acción está o no caducada, pues en caso afirmativo deberá rechazar la solicitud, toda vez que “no habrá lugar a conciliación”. Para el efecto la ley señala un término de 10 días y dentro de los 20 siguientes, deberá fijar fecha para la audiencia. Las partes pueden pedirle que fije una nueva fecha (posterior, debe entenderse), sin perjuicio de lo dispuesto sobre la caducidad.

¿Cómo así, que sin perjuicio de lo dispuesto sobre la caducidad?

La ley dispone que desde el recibo de la solicitud “no correrá” el plazo de caducidad de la acción, por un lapso máximo de 60 días y que “el plazo de caducidad se entenderá adicionado por el de la duración de la etapa conciliatoria”.

A diferencia de lo previsto en la legislación anterior, no se “suspende” el plazo de caducidad, sino que se “adiciona”, sin que exceda de 60 días.

Si esa nueva fecha es posterior a ese plazo de 60 días hábiles, no se “reviven” los términos para el ejercicio de la acción.

Así, debe entenderse el aparte “sin perjuicio de lo previsto en esta ley en relación con los términos de caducidad de la acción”.

Si la solicitud versa sobre un acto particular, el Ministerio Público debe examinar que el acto se encuentra en firme, por no proceder ningún recurso, por haberse decidido los interpuestos, de manera expresa o presunta, o por no haberse interpuesto los de carácter facultativo (reposición y queja), pues de lo contrario, también deberá rechazar la petición.

Ello de conformidad con el inciso primero del artículo 61: "La conciliación administrativa prejudicial sólo tendrá lugar cuando no procediere la vía gubernativa o cuando ésta estuviere agotada". El propósito de la ley es, que contra el acto particular, se interpongan los recursos obligatorios de ley, a diferencia de lo dispuesto en la legislación anterior, que permitía la conciliación aunque el acto no estuviere en firme, "suspendiendo" su trámite.

Si la conciliación prejudicial fracasa, se terminará la audiencia, se devolverán los documentos a los interesados y se registrará en el despacho lo ocurrido.

Ello no obsta para que pueda solicitarse una nueva conciliación prejudicial, pero en ese evento deben solicitarlo conjuntamente los interesados.

Si la conciliación culminare con acuerdo entre las partes, se consignará en acta firmada por los intervinientes y se enviará para su estudio al Juez o al tribunal, según el caso.

II. CONCILIACION JUDICIAL

Esta modalidad se surte ante el juez administrativo, colegiado (Consejo de Estado o Tribunal) o unipersonal y supone la existencia de un proceso.

¿En qué etapa del proceso debe realizarse? El decreto 2651 de 1991 art. 6o. disponía en los artículos 2 y 6, en qué momento y quiénes debían efectuar o podían solicitar la respectiva audiencia.

Hoy, dispone la ley 446 (artículo 104), que la audiencia de conciliación en el proceso contencioso "procederá a solicitud de cualquiera de las partes y se celebrará vencido el término probatorio", sin perjuicio de que las partes la puedan solicitar de común acuerdo en cualquier etapa del proceso o, en la segunda instancia, por cualquiera de ellas, antes de que se profiera fallo.

Podría pensarse que la conciliación, sólo debe celebrarse cuando las partes así lo pidan. Sin embargo, de acuerdo con las normas generales sobre la conciliación, aplicable al proceso contencioso, el juez debe convocarla. Dice el artículo 101 de la ley 446 que “en los procesos en que no se haya proferido sentencia de primera o única instancia, debe haber “por lo menos una oportunidad de conciliación, aún cuando se encuentre concluida la etapa probatoria” y que, “para tal fin, de oficio o a solicitud de parte se citará a una audiencia...”.

A nuestro juicio, la nueva norma modifica en lo pertinente la ley 80 de 1993, artículo 75 parágrafo 1o., que al referirse a las controversias contractuales de conocimiento establecía que “Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurren personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a la reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias”.

En los procesos de ejecución la audiencia debe celebrarse una vez vencido el traslado de las excepciones, inciso primero del artículo 510 del código de procedimiento civil, siempre que las que se presenten sean de mérito.

Dispone la nueva normatividad que en esta audiencia judicial, “será obligatoria la asistencia e intervención del Ministerio Público”, norma que, debe interpretarse en el sentido de que su incumplimiento u omisión, comporta consecuencias distintas (disciplinarias), de las que pueden afectar la validez del acuerdo, siempre que haya sido citado en debida forma.

CUESTIONES COMUNES A LA CONCILIACION JUDICIAL Y PREJUDICIAL

- De la renuencia a conciliar

Dice el nuevo artículo 64, que la inasistencia injustificada de las partes o de sus apoderados o la negativa, también injustificada, a conciliar o discutir las fórmulas propuestas, "se sancionará con multa hasta de 10 salarios mínimos mensuales vigentes, impuesta en la prejudicial por el ministerio público y en la judicial por el juez o la sala o sección respectiva".

Esta sanción es la específica para el caso de la conciliación contencioso administrativa, judicial o prejudicial. Otras sanciones, como las previstas en el artículo 103 de la ley 446, son exclusivamente para la conciliación judicial en materia civil.

Aún para el caso de los procesos de ejecución asignados a la justicia administrativa, debe aplicarse el artículo 64. Se trata de materia sancionatoria y la disposición no distingue, para estos efectos, entre procesos de conocimiento y procesos de ejecución.

En ese sentido se pone fin a la discusión generada en torno a las sanciones aplicables a las partes ausentes o renuentes a conciliar. Debate generado por la coexistencia del artículo 64 de la ley 23 y del artículo 10 transitorio del decreto 2651 de 1991, reglamentado por 171 de 1993.

La jurisprudencia al estudiar las sanciones del artículo 10 del decreto 2651 de 1991, concretamente la perención que era una de las contempladas, había dicho que no eran aplicables al proceso contencioso administrativo. El Tribunal de Antioquia, en auto del 8 de noviembre de 1993, radicado 25658, dijo: "Ante la claridad de la disposición anterior, no puede aplicarse, con fundamento en el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 171 de 1993, otra "pena" distinta de la anterior.

“Ello conduciría a concluir, si esa fuera la interpretación correcta, que un decreto reglamentario puede superar una norma jerárquicamente superior, como lo es la Ley 23 referida, violando así un claro precepto constitucional, el artículo 29 de la Carta Política, relativa al debido proceso legal y el artículo 4 ibídem, que dice que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

“En ese punto concreto, además, no debe entenderse suspendida esa norma –el artículo 64 de la ley 23– porque en nada se opone a lo estatuido en el decreto legislativo 2651 de 1991.

“El artículo 62 de ese decreto “suspende” la vigencia de las normas que le sean contrarias y en sentir de la Sala esta no lo es, como tampoco lo son, para citar un ejemplo, las que regulan la conciliación prejudicial en las controversias contencioso-administrativas.

“El Decreto 171 de 1993, reglamenta el artículo 60. del Decreto 2651 de 1991, disposición ésta que en ninguna parte habla de sanciones para el representante legal o el apoderado, por inasistencia a la audiencia de conciliación. A la misma conclusión se llega de la lectura del artículo 10 ibídem, que a juicio de la sala debe entenderse de acuerdo con la naturaleza del proceso, si es civil se regirá por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y si es administrativo, el que interesa, por la Ley 23 de 1991...”.

Esos mismos razonamientos son aplicables en el evento de que sea el particular demandante o su apoderado el que deje de asistir a la audiencia de conciliación, pues la consecuencia o sanción debe ser la prevista en la Ley 23 de 1991.

Y el Consejo de Estado en sentencia 9565 del treinta de junio de 1994, Consejero Ponente Doctor Juan de Dios Montes, actor, María Salomé Rincón Montoya, dijo: “En diferentes

oportunidades, esta Sala, se ha ocupado de definir lo referente al fenómeno de la perención, en providencia de fecha 15 de abril de 1993, Exp. 8094, C. Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, se precisó sobre el particular, así:

“No obstante la realidad procesal que se deja transcrita, la Sala encuentra que en el caso en comento se impone una interpretación sistemática de toda la normatividad que tiene que ver con la conciliación y también con el fenómeno jurídico de la PERENCION DEL PROCESO, pues sólo así será posible tomar una decisión que se ajuste no sólo a la justicia legal sino también la EQUIDAD, criterio auxiliar para la mejor administración de justicia.

“Para el **ad-quem** el numeral 1o. del artículo 10 del Decreto 2651 de 25 de noviembre de 1991, no es aplicable a los procesos contencioso administrativo, pues, en él se hace una clara remisión al artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, sin tocar para nada el artículo 148 del Código Contencioso Administrativo, que define en qué casos hay lugar a decretar la perención del proceso en esta jurisdicción. El alcance de la norma en antes citada parece tener relación más bien con los procesos contemplados en el artículo del Decreto no. 2651 de 1991, y con las conciliaciones que se lleven a cabo en los CENTROS DE CONCILIACION regulados en el artículo 3o. del mismo estatuto.

“La forma contradictoria, y en muchos casos confusa, como se suele legislar, impone al juez la tarea de entrar en el estudio del lenguaje en el que a través de proposiciones normativas se expresa con el hacedor de la ley, con el fin de no darle entrada a la injusticia. Por eso se enseña que: “a) El lenguaje del legislador no es necesariamente riguroso: la primera tarea del jurista es hacerlo más riguroso; “b) el lenguaje del legislador no es necesariamente completo: la segunda tarea del jurista es completarlo lo más posible; c) el lenguaje del legislador no está necesariamente ordenado; la tercera tarea del jurista es reducirlo a sistema. La primera fase es de purificación, la

segunda de integración y la tercera de ordenación del lenguaje jurídico. En el ciclo de estas tres fases se desenvuelve y se agota la labor de estudio del jurista en el sentido tradicional de la palabra, por lo menos en los ordenamientos jurídicos basados en la monopolización del derecho por parte de la norma legislativa y en donde, por tanto, se distingue la actividad del legislador de la del juez que las aplica al caso concreto.” (Contribución a la Teoría del Derecho, NORBERTO BOBBIO. Pág. 188).

“En el caso **sub-exámine** se le rendirá más culto a la justicia formal que a la material, si la balanza de la justicia se inclinara por mantener el auto que decretó la perención”.— Véase también auto del 20 de febrero de 1997, Ponente Dr. Daniel Suárez Hernández, Expediente 12685.

- Pruebas

Establece el artículo 76 de la ley 446, que “En desarrollo de la audiencia de conciliación el Juez, de oficio, o a petición del Ministerio Público, decretará las pruebas necesarias para establecer los presupuestos de hecho y de derecho del acuerdo conciliatorio. Las pruebas tendrán que ser practicadas dentro de los 30 días siguientes a la audiencia de conciliación”. En las audiencias de conciliación prejudicial este término se entiende incluido dentro del término de suspensión de la caducidad.

La norma es algo ambigua, porque no se entiende si es durante la audiencia, esto es, antes del acuerdo, si lo hay, o después para constatar su procedencia.

Pero atendiendo su finalidad, que no es otra que establecer la realidad y justificación de un acuerdo, creemos que debe entenderse que su práctica ocurre dentro de la audiencia de conciliación, pues cosa distinta es su homologación o aprobación.

Así debe ser en la conciliación prejudicial (donde dice que dicho término se entiende incluido dentro del de "suspensión (más bien adición) de la caducidad, y así, reiteramos, debe entenderse para la judicial".⁽⁴⁾

Las pruebas, en todos los casos, deben ser practicadas por el juez, cuando en la prejudicial, bien pudo facultarse al Ministerio Público.

Adviértese que la legislación anterior no contemplaba expresamente la posibilidad del decreto y práctica de pruebas.

El auto aprobatorio de la conciliación debe ser dictado por el juez o la sala, cuestión que tenía un tratamiento distinto en la anterior normatividad, según fuere conciliación judicial o prejudicial (la aprobación era en sala unitaria, por el ponente), lo que había llevado al Consejo del Estado, Sección Tercera a inaplicar el inciso cuarto, artículo 60 de la original ley 23 de 1991 por considerar que "la prejudicial que tiene los mismos efectos y alcances, no podrá estar sometida a un régimen diferente en cuanto al juez que la aprueba o imprueba".

"Basta pensar en los efectos que produce el acuerdo aprobatorio, no solo por el valor de la cosa juzgada que obtiene, sino en cuanto precave en forma definitiva un litigio eventual".⁽⁵⁾

Papel del Juez

¿Cuáles son las facultades del Juez en ese punto?

El Juez (colegiado o unipersonal), lo que hace es HOMOLOGAR O APROBAR el acuerdo.

4) Sin embargo esa aseveración tampoco es categórica, porque miradas las cosas desde un punto de vista teleológico, nada se opone, a fin de establecer el "mérito" del acuerdo, o que el juez las ordene, después de logrado el mismo.

El problema se presentaría con las conciliaciones prejudiciales, por razón de la adición de la caducidad para el ejercicio de la acción, que no puede ser superior a 60 días, dentro del cual está incluido el plazo para la práctica de las pruebas.

5) Auto del 30 de agosto de 1995. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, expediente 10764.

Debe mirar, si este reúne los requisitos o presupuestos que determina la norma. El que el acuerdo no sea violatorio de la ley o lesivo del patrimonio público, o la ausencia de prueba, que no estaba contemplada expresamente en la ley son, en principio, los motivos para que el juez lo impruebe.

Sobre el papel del juez, en la conciliación, había dicho el Tribunal Administrativo de Antioquia:

“Al Juez, como homologador, le corresponde también mirar dos aspectos, los cuales se quieren relieves; uno referido a la existencia de la responsabilidad contractual misma y otro al quantum o monto del arreglo.

“Al primero, va dirigido el requisito objetivo: validez del negocio jurídico, entre otras cosas porque parte del supuesto de la responsabilidad contractual del ente público. Si ella en verdad no existe no hay causa jurídica, lo que vicia de nulidad el acuerdo. Esto para citar un ejemplo.

“Y el segundo, porque dentro de su rol, el juez debe examinar si el acuerdo afecta o “lesiona” el patrimonio estatal, para lo cual debe examinar también el daño, su naturaleza, intensidad, el monto de los perjuicios, su certeza, etc.⁶⁾

“La labor que realiza el conciliador requiere una gran sutileza y preparación, correspondiéndole examinar cuidadosamente las pretensiones y los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, así como la defensa y las excepciones que plantea el demandado, con el fin de plantear fórmulas equitativas, **que se ajusten íntegramente al derecho, y de rechazar aquellas que desborden el orden jurídico**”. -La conciliación en el

6) Se dice que su improbación porque resultare lesiva del patrimonio estatal, es antitécnica ya que el juez debe examinar la legalidad del acuerdo y no su conveniencia. Sin embargo tal potestad es la atribuida de manera expresa por la ley 23, el decreto 2651 de 1991, y hoy por la Ley 446. -Véase la conciliación en el proceso contencioso-administrativo-, Rodrigo Escobar Gil, homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Civitas 1993.

proceso contencioso administrativo, Rodrigo Escobar Gil, Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, Editorial Givitas, Madrid 1993; las negrillas son del Tribunal-.

“Es cierto que el Consejo de Estado ha dicho que, “El papel del juez en este campo no puede moverse con los mismos parámetros que debe seguir para dictar un fallo. Si se exigiere siempre que para conciliar no deba existir duda alguna en materia probatoria, por ejemplo, ni sobre los derechos en discusión, la conciliación se quedaría en el campo de la letra muerta, sin operancia alguna y estaría en el Juez en cierto sentido, invadiendo la órbita dispositiva de las partes” –auto de noviembre 14 de 1996, Expediente 12358. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo-.

“Sin embargo, eso no quiere decir que el juez, EN TODOS LOS CASOS, deba aprobar los acuerdos, porque si así fuere su papel sería simplemente el de testigo instrumental, mas no el de homologador que supone unas atribuciones mucho más amplias en relación con la validez y regularidad del acuerdo: aspectos procesales, sustanciales, temporales, de disposición del derecho, susceptibles de conciliación, etc. En cada caso concreto, atendiendo las circunstancias del caso y la razonabilidad de los extremos del pleito y de las fórmulas acordadas por las partes, decidirá en consecuencia.⁽⁷⁾ –Auto del Tribunal Administrativo de Antioquia del 12 de febrero de 1998, Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicado 962947.

La providencia aprobatoria y el acuerdo mismo, equivalen a una sentencia, hace tránsito o cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.

7) En este sentido cabe recordar también providencia del Consejo de Estado, 7 de febrero de 1995. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo: “No es del todo cierto que la conciliación no pueda improbarse sino por razones de nulidad o porque sea lesiva para los intereses del Estado. No; estas son razones señaladas por la ley, pero no las únicas, que no incluyen las deficiencias de carácter probatorio que se observen dentro del proceso, por ejemplo, en cuanto el fondo del asunto o en lo que dice relación con la legitimación de las partes procesales”.

Puede ser parcial o total y en este último caso, naturalmente, dará lugar a la terminación del proceso, si es judicial, o a que no se instaure, si es prejudicial. Se advierte que si en el proceso hay terceros vinculados (llamados en garantía) y no estuvieren de acuerdo con lo conciliado, el proceso continuará entre la entidad pública y aquel. Si consintiere en el acuerdo, "permitirá que aquella repita total o parcialmente contra este".⁽⁸⁾

Contra la providencias aprobatorias de las conciliaciones, cabe el recurso de apelación, pero solo puede apelarlo el Ministerio Público. La providencia, según la ley, NO ES CONSULTABLE. Las que lo imprueben también son apelables, por cualquiera de las partes o de los interesados.

Si se trata de procesos de única instancia, contra la providencia que apruebe o impruebe cabe el recurso de reposición

8) El servidor o exservidor puede ser vinculado al proceso en virtud de llamamiento en garantía o posteriormente mediante el ejercicio de la acción autónoma de repetición.

Eso es lo que explica la disposición que se comenta, que plasma el criterio expuesto por la sección tercera del Consejo de Estado:

"...en los casos de terminación anormal, concretamente como sucedió aquí con la conciliación total, el acuerdo debidamente aprobado entre las partes principales iniciales tienen el alcance de cosa juzgada, pero sólo frente a la primera relación (demandante-demandada), ya que la segunda, por regla general, no puede ser comprendida en el mismo, sino que deberá definirse en el fallo. Por esa razón, nada impedirá que el proceso continúe entre la entidad demandada y el llamado, con miras a que se resuelva en la sentencia si la conducta de este último no sólo estuvo afectada de dolo o culpa grave, sino que tuvo incidencia en la responsabilidad imputada a la administración.

"Se dice por regla general, porque la entidad pública en la audiencia de conciliación podrá expresamente desistir de su pretensión de llamamiento, si lo estima razonable; evento en el cual terminará el proceso en su totalidad. Si no sucede así y se logra el acuerdo conciliatorio, el proceso deberá continuar entre la entidad pública, ya como actora de su pretensión de repetición, y el llamado como parte demandada.

"Juega con la definición que aquí se hace el principio de la economía procesal; el que se vería afectado si se le exigiera a la administración, luego de la conciliación, la presentación de una demanda autónoma de repetición, perdiéndose así los esfuerzos hechos por las partes y el mismo llamado en el proceso inicial. Auto. Consejo de Estado, octubre 6 de 1994. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Revista Jurisprudencia y Doctrina. 1994. Pág. 1558. Reiterado en sentencia del 6 de noviembre de 1997, expediente 11167. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

—se trata de auto interlocutorio dictado por la sala o sección o por el juez—. La ley no dice quien puede interponerlo, pero es claro, de acuerdo con la teoría general del proceso, que cualquiera que tenga “interés” en recurrirlo, puede hacerlo.

Se consagra así la teoría sostenida por la sección tercera del Consejo de Estado, en el sentido de que las providencias aprobatorias o improbatórias de las conciliaciones son susceptibles de recursos.⁹⁾

Las cantidades de dinero reconocidas en tales acuerdos, devengan intereses comerciales durante los seis meses siguientes al plazo acordado para el pago y moratorios después de este último.

- Comité de conciliación

La ley obliga a las entidades del sector central y descentralizados directo, a conformar comités de conciliación, con funcionarios del nivel directivo, para cumplir las funciones que se le señalen.

Comités que son facultativos para las otras entidades de derecho público, que no están incluidos en las anteriores.

III. LA CONCILIACION EXTRA JUDICIAL

Este tipo de conciliaciones, se celebran ante los centros de conciliación de primera categoría, según clasificación que debe hacer el Gobierno. Mientras ello ocurre podrán efectuarse ante los centros de conciliación y arbitraje institucional, de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio.

9) Véanse entre otras, auto del 13 de octubre de 1993, expediente 7891. Ponente: Dr. Juan de Dios Montes; autos del 5 de febrero de 1993, expediente 7633, auto del 21 de abril de 1995, expediente 10720 y auto del 30 de agosto de 1995, citado antes.

Al Ministerio Público, al **Procurador Judicial del Tribunal en que tenga su sede el centro**, deben comunicársele las solicitudes de conciliación que se formulen ante estos y podrá intervenir en ellas, si lo considera del caso.

Si él no concurriere, el centro le enviará el acta de conciliación y si no está conforme con el acuerdo, deberá dentro de los 5 días siguientes a su recibo (la norma habla impropriadamente de comunicación), solicitar su homologación por el Tribunal, acogiendo los trámites de la conciliación prejudicial.

Dice el artículo 78 de la Ley 446: Inasistencia. La Ley 23 de 1991 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

“Artículo 79A. Si alguna de las partes no comparece a la audiencia a la que fue citada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si el citante o el citado no comparece a la segunda audiencia de conciliación y no justifica su inasistencia, su conducta podrá considerarse como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos. El conciliador expedirá al interesado la constancia de imposibilidad de conciliación”.

A MODO DE CONCLUSION

La nueva ley, en esta materia, amplía los mecanismos alternativos de solución de conflictos al permitir la llamada conciliación extrajudicial para las entidades públicas, aunque su operancia, como puede verse, tiene límites.

En cuanto a los otros aspectos, lo que hace la ley es precisar cuestiones que habían generado dudas en la doctrina y en la jurisprudencia y que esta última había precisado.

La ley es muy nueva. Eso solo permite presentar una visión muy general y posiblemente muy simple, pero la intención no va más allá de lo dicho.

UN MODÈLE ORIGINAL DE JURIDICTION ADMINISTRATIVE: LE CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN

Carlos Molina Betancour
Doctorant en Droit public

Mal connu en Europe, le Conseil d'Etat colombien a le mérite d'être la seule référence du système juridique dualiste d'Amérique Latine.⁽¹⁾ Ce Conseil est un intéressant exemple du rayonnement de la pensée juridique française, car il n'a pas seulement suivi de près les évolutions de son homologue français, mais il a été, dans certains domaines, plus audacieux.⁽²⁾

Avec la réforme constitutionnelle de 1991, le Conseil d'Etat colombien est devenu une véritable "forteresse" institutionnelle qui cumule des fonctions administratives, juridictionnelles et co-législatives. Cette institution a traversé quatre-vingts ans d'existence constitutionnelle colombienne sans subir de grands changements. Au contraire, elle n'a fait que se consolider au fil des années, à l'aide d'une solide organisation législative et d'un

1) Pedro Agustin DIAZ ARENAS, "La Constitucion política Colombiana". Bogota, Ed. Temis, 1993, p. 415.

2) Dans le contrôle de l'activité administrative, par exemple, le Conseil d'Etat colombien contrôle les "actes de gouvernement" depuis 1985; tantôt dans la forme tantôt au fond. (C.E. 13 sept. 1985).

statut constitutionnel qui lui confèrent autonomie et efficacité juridictionnelle. Ce Conseil se présente, aujourd'hui, comme un modèle de juridiction dans le pays.⁽³⁾ Ce modèle tire son originalité, de sa double fonction consultative et juridictionnelle⁽⁴⁾ et de son ancrage constitutionnel qui lui a permis de cumuler plusieurs fonctions, dont certaines sont en relation directe avec le pouvoir politique.⁽⁵⁾

Néanmoins, le fait que le Conseil d'Etat colombien soit en relation directe avec les Pouvoirs Exécutif et Législatif, peut jeter des soupçons sur son indépendance et sur son impartialité. D'ailleurs, et d'une manière plus générale, se pose la question de savoir si le Conseil ne s'arroge pas trop de pouvoirs et si la diversité des attributions conférée par la Constitution à l'institution ne nuit pas à son impartialité juridictionnelle.

La liberté d'action du Conseil d'Etat colombien constitue un paradoxe dans un "système présidentiel fort". Faute d'un véritable contre-pouvoir présidentiel⁽⁶⁾ ce Conseil se constitue en rempart efficace contra l'arbitraire de l'activité gouvernementale.⁽⁷⁾

-
- 3) Humberto MORA OSEJO, "La juridiction du contentieux administratif en Colombie". "...Dès la fondation de l'institution, l'opinion publique a reconnu en elle un moyen efficace pour contrôler les abus de pouvoir et garantir le maintien de l'Etat de droit", Paris, E.D.C.E., 1992, p. 35.
 - 4) D'autres modèles, plus proches du Conseil d'Etat français, comme le Conseil d'Etat espagnol, n'ont gardé que des fonctions consultatives. Le tribunal fédéral allemand n'a conservé que des fonctions juridictionnelles. Voir Jean-Paul COSTA, "Le Conseil d'Etat dans la société contemporaine", Paris, Ed. Economica, 1993, p. 156.
 - 5) Voir Jean RIVERO, "Réflexions sur l'étude comparée des sources des droits administratifs", Paris, Mélanges Stassinopoulos, ed. LGDJ, 1974, P. 140.
 - 6) En raison d'une constante cohabitation depuis 1974, les derniers gouvernements sont bipartites, le parti majoritaire du Président de la République fait participer l'opposition au gouvernement. Voir, Olivier DUHAMEL, "Droit constitutionnel et politique", Paris, Ed. Seuil, 1994, p. 633.
 - 7) La jurisprudence du Conseil d'Etat des vingt dernières années n'a pas hésité à condamner les intérêts des gouvernants et à protéger les droits des citoyens. Voir William ZAMBRANO, "Les droits des citoyens vis-à-vis de l'Administration: le cas colombien", Paris, R.I.D.C., 1992, p. 467.

Contrairement à la plupart des pays de la région, la Colombie n'a pas connu de "véritables dictatures". Le régime constitutionnel a été interrompu seulement lors de deux courtes périodes de crise politique: la première, entre 1900 et 1904, prit fin avec une nouvelle élection présidentielle; la deuxième entre 1953 et 1957, connut son terme dans un référendum constituant. Cette stabilité démocratique est due en grande partie à l'efficacité de ses institutions constitutionnelles. A ce propos le Conseil d'Etat, devient l'un des leviers les plus importants de la consolidation de la démocratie colombienne qui demeure, somme toute, la plus ancienne de l'Amérique Latine.

Si le Conseil d'Etat colombien coiffe, comme le Conseil d'Etat français, deux autres niveaux de juridiction (tribunaux départementaux et municipaux), il garde cependant la plupart de la compétence en appel et en cassation. C'est pour cela qu'il faudra écarter de cette étude certains aspects de la juridiction contentieuse administrative, pour nous borner au seul Conseil d'Etat.

Pour tracer une première étude sur le Conseil d'Etat colombien, il faudra regarder l'institution de l'intérieur pour comprendre son originalité. En deuxième lieu, il faudra parvenir à l'étude des fonctions du Conseil d'Etat par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif qui nous montreront plus aisément l'influence croissante de cette institution au sein de l'Etat colombien.



I

LE CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN: UNE JURIDICTION ORIGINALE

Le Conseil d'Etat colombien se présente aujourd'hui comme l'une des institutions les plus importantes de la l'organisation juridictionnelle colombienne. Cela tient non seulement à ses caractéristiques organiques mais aussi à ses attributions.

A. L'ancrage constitutionnel du Conseil

Le Conseil d'Etat colombien est resté présent dans presque toutes les constitutions colombiennes. Ces cent quatre-vingts années d'histoire lui ont conféré des caractéristiques particulières qu'il est possible de mettre en évidence à propos de la fondation de l'institution, de son enracinement progressif, de sa consolidation en 1991 et de sa remarquable indépendance.

1. La fondation de l'institution

Le Conseil d'Etat colombien a été créé en 1817 par Simon Bolivar après la Révolution d'indépendance du pays.⁽⁶⁾ La Colombie se libère de la domination espagnole en adoptant un système politique et administratif à la française.⁽⁷⁾ En principe, le Conseil était un organe administratif soumis à l'autorité du

6) 20 juillet 1810.

7) De l'époque napoléonienne, évidemment, c'est-à-dire un système politique centralisé avec un Conseil d'Etat à côté de l'Administration.

Président de la République.⁽⁸⁾ Les avis du Conseil n'étaient pas obligatoires. C'est à partir de cette date que l'on commence à parler d'indépendance institutionnelle du Conseil. Ce Conseil est tout d'abord conseiller du gouvernement, puis conseiller parlementaire. Il finit comme juridiction du contentieux administratif.

En effet, entre 1821 et 1828 le Conseil d'Etat est conseiller du gouvernement par habilitation constitutionnelle.⁽⁹⁾

Le Conseil d'Etat semble avoir été présent au sein du gouvernement pendant toute la période révolutionnaire entre 1817 et 1828⁽¹⁰⁾ Car malgré con appellation, le Conseil de gouvernement de 1821 semble être le Conseil d'Etat de 1817. Cela tient non seulement aux ressemblances entre le Conseil d'Etat de 1817 et le Conseil de gouvernement de 1821, mais aussi aux profondes différences entre le Conseil de gouvernement de 1817 et celui de 1821.⁽¹¹⁾ La confusion historique réside sur le fait que Simon Bolivar a voulu fondre en 1821 le Conseil d'Etat dans le Conseil de gouvernement. Le Président de la République venait d'unifier la Colombie et le Venezuela.⁽¹²⁾ Simon Bolivar voulait consolider la démocratie comme rempart contre la tyrannie et le despotisme monarchique. Quoi de plus indiqué alors pour atteindre cette finalité que la consolidation du Conseil d'Etat?

Lorsque la Révolution fut consolidée, le Conseil d'Etat fut plus utile su Parlement qu'au gouvernement. Entre 1828 et

8) Décret d'Angostura du 30 octobre 1817 articles 3 et 4.

9) Constitution d'Angostura du 11 août 1819, acte no. 139 du congrès d'Angostura du 11 de août 1819, ratifiée ultérieurement par la Constitution de 1821.

10) Même si une partie de la doctrine colombienne affirme que le Conseil d'Etat a été interrompu entre 1821 et 1828. Cf. notamment, Gustavo H. RODRIGUEZ "Consejo de Estado y controle Constitucional" cité par Gustavo PENAGOS, in "Fundamentos del derecho administrativo", Bogotá, Ed. Librería El Profesional, 1993, p. 243.

11) Voir plus largement, Carlos MOLINA, "Le Conseil d'Etat colombien", mémoire présenté à l'Académie de droit public européen-Spetses-Grèce, septembre 1997.

12) Dans la bataille de Carabobo du 24 juin 1821.

1853, le Conseil d'Etat devint, en effet, Conseiller du Parlement.⁽¹³⁾ La mort de Simon Bolivar le 17 décembre 1830 affaiblit le régime présidentiel au profit des assemblées parlementaires. A partir de 1832, les Conseillers d'Etat seront nommés par le Parlement. Le Conseil d'Etat, outre ses compétences consultatives, se voit octroyer des compétences administratives dans la proposition des candidats aux fonctions de la Cour Suprême de justice, des tribunaux judiciaires et aux fonctions diplomatiques. La Constitution de 1886 donne au Conseil d'Etat le statut de juridiction. Cette Constitution rétablit le Conseil mis en berne en 1853. En 1910, le Conseil devient la juridiction du contentieux administratif sans pour autant perdre ses anciennes attributions consultatives. C'est une loi (no. 130) de 1913 qui organise définitivement cette juridiction. Cette loi a été suivie par l'acte législatif (no. 1) de 1914. Le Conseil d'Etat se voit attribuer des fonctions administratives, juridictionnelles et co-législatives. Désormais le Conseil d'Etat est considéré comme une juridiction spéciale, différente de la juridiction judiciaire. Le Conseil a toujours gardé son statut constitutionnel. Entre 1914 et 1991 plusieurs réformes législative⁽¹⁴⁾ et constitutionnelle⁽¹⁵⁾ vont transformer l'institution en Cour Suprême de la juridiction administrative. Ces réformes ne vont rien changer à sa structure initiale.

2. L'enracinement progressif de l'institution

Au XIX^{ème} le Conseil d'Etat n'a pas connu de véritable organisation. Jusqu'en 1886, le Conseil exerçait des fonctions législatives en chambre plénière et des fonctions consultatives en chambre de consultation, mais sans connaître des divisions

13) Voir Décret organique d'Angostura du 27 août 1828 et Décret de Convocation du 24 décembre 1828. Brewer Carías Allan, "La Constitución de Venezuela", Madrid, 1985, p. 44 et 309.

14) Les plus importantes sont celles de 1928 (loin no. 25), 1941 (lois no. 60 et no. 167), 1964 (décret no. 528 en application de la loi no. 27 de 1963) (décret no. 01) et la loi no. 270 de 1996 en vigueur actuellement.

15) La première est l'acte législatif no. 1 de 1945. La deuxième est le plébiscite du 1^{er} décembre 1957 et la dernière l'acte législatif no. 1 de 1979. La nouvelle constitution de 1991 n'a pas modifié la structure du Conseil d'Etat.

particulières. C'est la Constitution de 1886 qui donnera au Conseil d'Etat des attributions juridictionnelles en l'organisant en ordre de juridiction. L'acte législatif (no. 3) de 1910 crée huit tribunaux administratifs territoriaux et une loi (no. 25) de 1928 rendra généralisé la création des tribunaux administratifs dans chaque département. C'est à partir de cette époque que les fonctions juridictionnelles et administratives du Conseil d'Etat commencent à être distinguées. Avant 1941 le Conseil d'Etat fonctionnait en deux chambres: chambres des affaires générales pour les affaires de consultation et chambre du contentieux pour les affaires contentieuses. La chambre plénière siégeait de manière informelle.

Entre 1941 et 1991, la juridiction administrative sera réformée trois fois. Ces cinquante années ont marqué pour la juridiction contentieuse administrative trois événements importants: premièrement, la codification du droit administratif par le Conseil d'Etat lui-même, chargé de rédiger les codes depuis un siècle. Deuxièmement, le Conseil d'Etat prend la structure que lui a conférée l'acte législatif (no. 1) de 1945, c'est-à-dire une organisation en trois chambres: plénière pour les affaires politiques et de gouvernement, chambre contentieuse pour les affaires de justice et chambre consultative pour les avis demandés par l'Administration. La chambre contentieuse est divisée en sections à partir de 1964⁽¹⁶⁾ en fonction des affaires les plus importantes, notamment travail, impôt, responsabilité et électorale. Troisièmement, le Conseil d'Etat fonctionne de façon paritaire à partir de 1957.⁽¹⁷⁾

Avec la réforme constitutionnelle de 1991 le Conseil d'Etat n'a été modifié dans sa structure. Celle-ci est aujourd'hui l'un

16) Loi 27 de 1963, décret 528 de 1964.

17) L'article 12 de la réforme constitutionnelle de 1958 détermine que les membres du Conseil d'Etat, comme les autres juridictions, devaient être répartis proportionnellement entre libéraux et conservateurs. Il existait déjà une référence de la parité en 1928 puisque les lois n°7 et 25) de 1928 l'avaient imposée en matière électorale. L'acte législatif (no. 1) de 1968 l'a reconduite de manière permanente.

des éléments qui contribuent le plus à la stabilité institutionnelle du Conseil d'Etat.

3. La consolidation de l'institution par la réforme constitutionnelle de 1991

De même que son homologue français, le Conseil d'Etat colombien est une "masse de granit"⁽¹⁸⁾ que Bolivar a voulu jeter sur le sol colombien. Ces bases ont permis au Conseil de bâtir une solide stabilité institutionnelle qui joue à la fois un rôle important dans la stabilité institutionnelle du pays. En effet, d'une part le Conseil d'Etat en tant qu'institution juridictionnelle est devenue la juridiction de contrôle de l'activité administrative. De même, pour la juridiction contentieuse administrative le Conseil d'Etat, son principal auteur. L'histoire du Conseil d'Etat est en même temps l'histoire de l'évolution du droit administratif colombien.⁽¹⁹⁾

Puis, en tant qu'institution administrative, le Conseil est pour le gouvernement le conseiller le plus important du pays. D'autre part, le Conseil d'Etat colombien joue un rôle important dans la stabilité des institutions colombiennes. Ainsi, le Conseil guide le gouvernement dans la prise des décisions les plus importantes. Il joue un rôle de régulateur d'un pouvoir présidentiel démesuré. S'agissant du pouvoir législatif, le Conseil d'Etat participe à la rédaction des codes, ainsi qu'à la levée d'immunité parlementaire et contrôle les élections parlementaires.

Enfin, le statut constitutionnel du Conseil d'Etat lui a donné une stabilité de presque deux siècles. Ce Conseil a su traverser les moments les plus difficiles de l'histoire politique

18) René CHAPUS, "Droit du contentieux administratif", Paris, éd. Montchrestien, 6^a éd., 1966, p. 553. "Le Conseil d'Etat français est une des masses de granit que Bonaparte a voulu jeter sur le sol français".

19) Libardo RODRIGUEZ, "Derecho administrativo general y Colombiano", Bogotá, 9^{ed}. Ed. Temis, 1996, p. 25.

colombienne.⁽²⁰⁾ Il s'est maintenu à travers les changements de gouvernements⁽²¹⁾ sans pour autant perdre son indépendance.

4. L'indépendance de l'institution

Aujourd'hui l'indépendance du Conseil d'Etat est garantie constitutionnellement par une série d'éléments qui protègent les membres du Conseil des attaques politiques ou des influences externes.

Tout d'abord, l'indépendance de l'institution est garantie par l'organisation du Conseil en chambres séparées selon leurs fonctions. L'article (236) de la Constitution dispose que le Conseil sera divisé en chambres et sections, cela pour séparer les fonctions juridictionnelles du Conseil de ses autres fonctions.⁽²²⁾ Cet article donne aux membres de l'institution le statut de magistrat. Aussi, les décisions du Conseil d'Etat sont toujours prises en formation collégiale par un nombre impair de membres. Chaque conseiller dispose d'un assistant qu'il peut nommer et révoquer discrétionnairement. Chaque section du contentieux administratif se voit assistée par un agent du ministère public (l'équivalent du commissaire du gouvernement français). Ce dernier est désigné par le Président de la République pour une période de quatre ans sur candidatures présentées par le procureur de la Nation. Les agents du

20) Le Conseil est resté malgré les guerres intestines entre "libéraux" et "conservateurs" (1886-1910) entre "fédéralistes" et "centristes" (1863-1886), entre le gouvernement et la "mafia" (1984-1991), entre militaires et "guérilla" (1963-1997).

21) Comme le Conseil d'Etat français, le Conseil colombien paraît être "Un de ceux qui restent quand les gouvernements changent", Christian VULLIEZ, "Les grands corps de l'Etat", Paris, Ed. Dunod, 1970.

22) Pour la chambre contentieuse la loi n° 270 de 1996 article 97 limitera le nombre de sections à cinq et le nombre de magistrats par section: quatre pour les sections de légalité, de contentieux électoral et fiscal; cinq magistrats pour la section "contractuelle" et six magistrats pour la section "fonction publique". La chambre consultative dispose de quatre membres avec un président nommé par la même chambre. Quant à la chambre plénière elle doit rassembler les 27 membres du Conseil. Ses fonctions sont notamment administratives.

ministère public apportent aux magistrats une assistance juridique pour une meilleure administration de la justice. La collégialité du Conseil d'Etat se voit renforcée par le système des opinions dissidentes publiées avec l'arrêt. Hormis le fait de garantir l'impartialité des magistrats, cela donne de la clarté à la décision et enrichit la polémique doctrinale.

L'indépendance de l'institution est par ailleurs garantie par l'article (231) de la Constitution qui dispose que les magistrats du Conseil d'Etat sont choisis par le Conseil lui-même, sur des listes présentées par le Conseil Supérieur de la magistrature. La chambre plénière du Conseil d'Etat est compétente, tout d'abord, pour nommer les magistrats du Conseil d'Etat tous les huit ans. Puis, les auxiliaires de magistrats et les fonctionnaires dont l'institution aurait besoin.⁽²³⁾ de la même façon, cette chambre procède aux nominations des fonctionnaires dont le choix n'est pas de la compétence des sections. C'est-à-dire les magistrats des tribunaux administratifs, le président et le vice-président du Conseil d'Etat, les secrétaires et fonctionnaires qui ne dépendent pas directement des sections. Le système de cooptation indirecte inauguré par la Constitution de 1991 remplace l'ancien système de cooptation directe selon lequel les membres du Conseil étaient nommés par la même institution. Les listes sont élaborées par la chambre administrative du Conseil Supérieur de la magistrature; celle-ci, composée de trois membres nommés par le Conseil d'Etat, un membre désigné par la Cour Constitutionnelle et deux membres choisis par la Cour Suprême de justice. Le mandat des membres du Conseil d'Etat dure huit an.⁽²⁴⁾

Les membres du Conseil d'Etat sont protégés par la même immunité juridique dont jouissent les magistrats de la Cour Suprême et celle du Président de la République. Ce statut de magistrat est encore protégé par un strict régime

23) Article 61 de la loi no. 270 de 1996 et décret no. 1265 de 1970.

24) Celui du Président et des parlementaires n'est que de 4 ans.

d'incompatibilités qui isole les magistrats des autres fonctions publiques rétribuées ou des activités professionnelles. Seule exception à cette règle, l'enseignement supérieur. Enfin, l'indépendance de l'institution se voit renforcée par un régime dit des inhabilités. Selon ce régime, les personnes qui interviennent dans la nomination d'un fonctionnaire ou d'un magistrat ne doivent pas se trouver placées ni enre les quatre premiers degrés de consanguinité de la personne nommée, ni en être le conjoint. Dans la même institution par laquelle le fonctionnaire ou le magistrat sera nommé, ne doivent pas se trouver placées des personnes sus-mentionnées.

Ces éléments d'indépendance éclairent les fonctions du Conseil d'Etat. Une fois nommés, en effet, les membres du Conseil peuvent agir en toute liberté car, selon les termes de l'article (230) de la Constitution, ls décisions des juges ne sont soumises qu'à l'autorité de la loi.

B. La diversité fonctionnelle du Conseil

D'après l'article (237-1) de la Constitution colombienne de 1991, le Conseil d'Etat est la juridiction du contentieux administratif, celle-ci ayant toutefois des attributions juridictionnelles, administratives et constitutionnelles.

1. Le contrôle juridictionnel de l'Administration

L'article (34) de la loi (no. 270) de 1996 dispose que le Conseil d'Etat est le tribunal suprême de la juridiction contentieuse administrative. Par ailleurs, l'article (12) du décret (no. 2304) de 1989 dispose que la juridiction du contentieux administratif est instituée par la Constitution pour contrôler l'activité de l'administration. Ces deux articles méritent d'être éclairés.

En premier lieu, l'article (34) précité signifie que le Conseil d'Etat est placé au plus haut niveau de la juridiction

contentieuse administrative Il est compétent pour connaître des affaires les plus importantes de l'Administration. Puis détermine sa compétence, la loi, puis la jurisprudence, attribuent au Conseil d'Etat une compétence étendue.

Ainsi, lorsqu'une décision administrative à caractère individuel est rendue, l'Administration doit la notifier aux personnes intéressées tout en leur indiquant les voies de recours possibles contre la décision. Avant de s'adresser à la juridiction administrative, le justiciable doit d'abord former un recours administratif. Celui-ci peut être un recours gracieux devant le fonctionnaire qui a pris la décision ou un recours hiérarchique auprès de l'autorité supérieure. Cette procédure accomplie, l'intéressé, l'intéressé (personne morale ou physique), peut former un recours devant le Conseil d'Etat.⁽²⁵⁾

Le recours sera formé contre les décisions définitives de l'Administration dans le but de faire respecter la légalité, pour rétablir, pour un droit ou pour réparer un dommage. Dans le premier cas, il existe un recours en annulation, celui de l'article (14) du décret-loi (no. 2304) de 1989, contre les actes individuels ou les actes à générale de l'Administration. Dans le deuxième cas, il existe un recours de "rétablissement du droit". Le Conseil d'Etat procède, si cela est le cas, à l'annulation de l'acte et à la restitution du droit. Dans le troisième cas, il existe un recours de réparation directe ou pleine juridiction lorsque l'Administration commet un fait dommageable.

Par conséquent, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort au niveau national⁽²⁶⁾: du contentieux de la légalité, du contentieux électoral, du contentieux de la fonction publique et de celui de la nomination de hautes personnalités, du contentieux de la navigation maritime, fluviale et aérienne, de certains contentieux sur la

25) Evidemment, si cela rentre dans sa compétence et s'il est exercé dans les délais légaux.

26) Article 2 du décret no. 597 de 1988.

propriété, du contentieux sur la nationalité et la citoyenneté, des contentieux de la propriété industrielle, de l'arbitrage, de la définition de compétences à l'intérieur de la juridiction contentieuse administrative et de tous les contentieux administratifs non attribués expressément à une autre juridiction ou à une autre autorité. D'autre part, le Conseil d'Etat juge d'appel des recours formés contre les décisions provisoires ou définitives en premier ressort des autres tribunaux administratifs. Enfin, le Conseil d'Etat connaît, selon l'article (21) du décret (no. 2304) de 1989, un type de recours qui s'assimile au pourvoi en cassation⁽²⁷⁾ Selon ce article, il existe une compétence recours extraordinaire du Conseil d'Etat pour connaître en chambre plénière du contentieux des recours de "supplique" sur les décisions prises par les sections et qui seraient contraires à la jurisprudence d'assemblée du Conseil d'Etat. La même chambre est compétente pour connaître le recours extraordinaire de révision des décisions des sections du contentieux et des décisions de premier et dernier ressort des tribunaux administratifs.

Ainsi, le Conseil d'Etat a tiré sa compétence des codes administratifs, à l'élaboration desquels il a pris part. Et cette compétence s'est élargie avant d'être mieux définie par la jurisprudence de la Cour Suprême de justice⁽²⁸⁾, du Conseil d'Etat lui-même et, depuis 1991, par la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle.

La Cour Suprême est ainsi intervenue à plusieurs reprises en faveur de la compétence du Conseil d'Etat⁽²⁹⁾ ou pour défendre son indépendance.⁽³⁰⁾ La cour a également admis la

27) Jaime VIDAL PERDOMO, "La justice administrative en Colombie", Paris, E.D.C.E., 1978, numéro 30, p. 325.

28) Cour Suprême de la juridiction judiciaire.

29) Notamment dans l'unification en faveur du Conseil d'Etat de certains contentieux comme celui des travaux publics C.S.J. 25 juin 1955. Pour élargir sa compétence C.S.J. 25 février 1985 ou encore pour lui proposer des virements de jurisprudence. C.S.J. 15 novembre 1984.

30) C.S.J. 4 novembre 1981.

compétence du juge administratif en matière d'"actes de gouvernement".⁽³¹⁾ En matière de responsabilité extra-contractuelle, la cour a été la première à avoir dégagé la notion de responsabilité directe pour faute de l'administration.⁽³²⁾

Le Conseil d'Etat à son tour s'est déclaré compétent pour connaître du contentieux des entreprises publiques et des entreprises privées exerçant des prérogatives de puissance publique.⁽³³⁾ par contre, le Conseil n'est pas compétent pour le contentieux des établissements industriels et commerciaux.⁽³⁴⁾

En matière contractuelle, le Conseil d'Etat applique la présomption selon laquelle tout contrat signé par une entité administrative est un contrat administratif.⁽³⁵⁾ En outre, les contrats privés avec clause de désuétude.⁽³⁶⁾ Le Conseil a dégagé aussi la notion de contra.⁽³⁷⁾ Pour le Conseil, toute infraction contractuelle de l'Administration n'entraîne pas automatiquement sa responsabilité.⁽³⁸⁾ Il détermine que la responsabilité pour dommage en ouvrage public lui incombe exclusivement⁽³⁹⁾ de même pour le contentieux des services publics.⁽⁴⁰⁾

Quant à la Cour constitutionnelle, elle est intervenue à plusieurs reprises dans l'interprétation des principes de procédure, notamment le droit au recours.⁽⁴¹⁾ Elle s'est prononcée sur le principe de légalité⁽⁴²⁾, les recours administratifs⁽⁴³⁾, le régime d'incompatibilités des magistrats⁽⁴⁴⁾,

31) C.S.J. chambre plénière 28 février 1985.

32) C.S.J. août 1939.

33) C.E. 14 juin 1961.

34) C.E. Première section auto du 25 avril 1985.

35) C.E. Troisième section 23 novembre 1995.

36) C.E. Troisième section auto du 26 mai 1995.

37) C.E. Troisième section auto 10 mars 1994.

38) C.E. 6 avril 1990. E.E. 4 décembre 1989.

39) C.E. Troisième section 2 décembre 1996.

40) C.E. 30 novembre 1989.

41) C.C. 22 avril 1995, et 22 sept. 1994.

42) C.C. chambre plénière 1^{er} août 1996.

43) C.C. 22 septembre 1994.

44) C.C. 28 juillet 1992.

le silence administratif⁽⁴⁵⁾ et les pouvoirs du juge administratif dans la procédure.⁽⁴⁶⁾ La Cour a précisé la compétence du juge administratif en matière contractuelle et sur les services publics.⁽⁴⁷⁾

En deuxième lieu, si la jurisprudence fait des apports importants en matière de définition des compétences, c'est cependant la loi qui continue à tracer les règles générales de compétence. C'est le cas de l'article (12) du décret (no. 2304) de 1989.

Cet article dispose que "la juridiction contentieuse administrative a été créée par la Constitution pour juger les contentieux et les litiges administratifs, trouvant leur source dans l'activité administrative par les personnes publiques et privées qui gèrent des fonctions administratives... cette juridiction pourra juger même les contentieux des "actes de gouvernement". Cette clause générale de compétence semble vouloir dire que le juge administratif ne connaît que des conflits dont l'origine réside dans l'activité de l'Administration et, d'autre part, que le juge administratif est compétent pour connaître tout conflit né de l'activité administrative.

En fait, le juge administratif, notamment le Conseil d'Etat, connaît des litiges extérieurs à l'activité de l'Administration. Le Conseil d'Etat est compétent, tout d'abord, pour connaître les conflits d'une partie de l'activité parlementaire, notamment les nominations de hauts fonctionnaires.⁽⁴⁸⁾ Ensuite, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des conflits maritimes et aériens.⁽⁴⁹⁾ Enfin, le Conseil d'Etat est aussi compétent pour connaître des conflits entre personnes privées lorsqu'ils touchent à des biens intéressants l'Etat.⁽⁵⁰⁾

45) C.C. 19 sept. 1996.

46) C.C. 18 janvier 1996.

47) C.C. T-380 de 1996.

48) Alinéa 4 de l'article d2 du décret-loi no. 597 de 1988.

49) Ibid.

50) Alinéas d2, 6, 7, 8, 10 et 14 du même article.

D'autre part, certains conflits nés de l'activité de l'Administration échappent au contrôle juridictionnel du Conseil. Tout d'abord, la compétence du Conseil d'Etat est exclue du contentieux des établissements publics industriels et commerciaux.⁽⁵¹⁾ Ensuite, le Conseil ne connaît pas du contentieux spécial de police, notamment, l'urgence.⁽⁵²⁾ En outre, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître des actes administratifs pris en vertu des circonstances exceptionnelles des articles (212, 213 et 215) de la Constitution. Enfin, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître du contentieux du pouvoir discrétionnaire de l'Administration dans la libre nomination et révocation des fonctionnaires.⁽⁵³⁾

En ce qui concerne les actes de gouvernement, cette clause générale de compétence se heurte à l'article (113) de la Constitution qui dispose que "les différents organes de l'Etat ont des fonctions séparées". Elle se heurte aussi à l'article (114) de la Constitution de 1991 qui dispose que "seul le Parlement exerce le contrôle politique sur le gouvernement et l'Administration. Cette clause se heurte encore à l'article (237) de la Constitution qui donne au Conseil d'Etat le statut de Tribunal Suprême du contentieux administratif. Or, le contentieux des actes de gouvernement est un contentieux à caractère politique qui rentrerait mieux dans la compétence de la cour constitutionnelle. Il est dommage que Conseil d'Etat se voit attribuer la compétence des affaires, notamment politiques. Si donc la fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat est la principale activité de cette institution, celle-ci exerce une autre fonction, au moins aussi importante: celle de conseiller du gouvernement.

51) C.E. Première Section, auto du 25 avril 1985.

52) C.E. 20 août 1976 et C.E. 12 septembre 1975.

53) Article 1 du décret 01 de 1984 alinéa 4.

2. Le Conseiller du gouvernement

Le Conseil donne au gouvernement des "avis généraux" et des "avis spéciaux".

a. Des avis généraux

La loi (no. 270) de 1996, dispose dans son article (38) que la chambre consultative du Conseil connaît des demandes de conseil juridique formulées par le gouvernement. Selon la jurisprudence, cette chambre exerce des fonctions consultatives générales que le gouvernement décide de lui confier.⁽⁵⁴⁾ Ces consultations générales ne peuvent être effectuées qu'à la demande du secrétariat général de la présidence de la République.⁽⁵⁵⁾ Le Conseil d'Etat a déterminé aussi les caractéristiques spécifiques de cette fonction consultative qui ne doivent pas se confondre avec les fonctions juridictionnelle.⁽⁵⁶⁾ Il s'est prononcé encore sur la nature administrative de cette fonction.⁽⁵⁷⁾

b. Des avis spéciaux

Le gouvernement n'est pas tenu de demander les avis généraux de la chambre du Conseil. Par contre, il est tenu d'en demander en cas de situations très particulières, notamment en matière de contrats administratifs de l'Etat et de contrats de travail des fonctionnaires publics (article 38 de la loi no. 270 de 1996). Il est aussi obligatoire pour le gouvernement de consulter le Conseil d'Etat pour toute modification au budget annuel présenté par le gouvernement au Parlement⁽⁵⁸⁾ et pour les conditions d'inscription des candidatures présidentielles.⁽⁵⁹⁾

54) C.E. Chambre de Conseil, 13 mars 1972.

55) Cour Suprême de justice, Chambre plénière, 19 juillet 1984.

56) C.E. Chambre de Conseil, 7 septembre 1976.

57) C.E. Chambre de Conseil 12 août 1971.

58) Chambre plénière, 30 avril 1983.

59) C.E. Chambre électorale 21 mai 1986.

3. Le contrôle constitutionnel

Les fonctions du Conseil d'Etat se développent considérablement à partir de la première grande codification du droit administratif en 1941.⁶⁰⁾ Le Conseil détient par cet acte législatif davantage de responsabilités. Traditionnellement, le contrôle constitutionnel avait été confié à la Cour Suprême de justice.⁶¹⁾ Avec la réforme législative de 1945, puis celle de 1968, le Conseil d'Etat devient juge constitutionnel des décrets du gouvernement dont la compétence n'est pas attribuée expressément par la Constitution à la Cour Suprême. Avec la Constitution de 1991, le Conseil conserve cette compétence résiduelle en matière constitutionnelle des décrets du gouvernement dont la compétence n'appartient pas à la Cour Constitutionnelle.

Par conséquent, le Conseil d'Etat est en effet juge des actions en inconstitutionnalité contre les décrets du gouvernement dont la compétence n'a pas été attribuée expressément par la constitution à la cour constitutionnelle. Le législateur colombien n'a pas précisé quels étaient les décrets susceptibles d'être contrôlés par le Conseil dans le contrôle constitutionnel, une partie de la doctrine⁶²⁾ veut qu'il s'agisse: des décrets simples du Président de la République, notamment; des décrets de l'article (131) de la Constitution sur la création de cercles des notaires; des décrets de l'article (189) de la Constitution sur les décrets du Président de la République en tant que chef de l'Etat, chef du gouvernement et chef de l'administration.

60) Loi 167 de 1941.

61) Articles 41 et 42 de l'acte législatif no. 3 de 1910.

62) Notamment, Carlos LLERAS DE LA FUENTE, Carlos Adolfo ARENAS, Juan M. CHARRY et Augusto HERNANDEZ, "Interpretation y génesis de la Constitución de Colombia", Bogotá, Ed. Cámara de Comercio, 1992, p. 407.

Puor une autre partie de la doctrine en revanche⁽⁶³⁾, il ne peut s'agir que des décrets ayant force de loi. C'est-à-dire des décrets pris par le gouvernement dans des circonstances exceptionnelles. Car, en effet, d'une part le Conseil d'Etat peut annuler par voie de recours en annulation tous les décrets simples édictés par le gouvernement. D'autre part, le Conseil d'Etat doit connaître en acton d'inconstitutionnalité les décrets que ne connaît pas la cour constitutionnelle. Or cette cour ne connaît que des décrets ayant force de loi. Par ailleurs, le Conseil d'Etat se prononce de manière indirecte sur la constitutionnalité de certaines normes contraires à la Constitution.

En effet, l'article (86) de la Constitution de 1991 a instauré l'action dite de "tutella".⁽⁶⁴⁾ Selon cette action tout citoyen peut contester en justice, par une procédure spéciale et rapide, l'activité de l'Administration qui porte atteinte aux droits individuels fondamentaux reconnus par la Constitution.⁽⁶⁵⁾ La suspension provisoire peut être demandée au juge qui statue dans un laps de temps très court (dis jours). Le Conseil d'Etat doit, le cas échéant, enjoindre à l'Administration de mettre fin à la violation des droits.⁽⁶⁶⁾

Enfin, depuis 1910⁽⁶⁷⁾ le Conseil d'Etat est compétent pour connaître de l'exception en inconstitutionnalité dans toutes les matières administratives que rentrent dans sa compétence. Cette compétence est inspirée de l'article (5) de la loi (n° 153) de 1887 qui disposait "Qu'en tout les cas d'incompatibilité entre la

63) Notamment Humberto MORA OSEJO, "Quelques aspects de la jurisprudence du Conseil d'Etat colombien en 1992", Paris, E.D.C.E., numéro 44, 1992, p. 369

64) Une notion empruntée au droit espagnol sur l'action d'Amparo.

65) Cette procédure peut être intentée devant toute juridiction. Elle est souvent assimilée à l'institution de l'Habeas Corpus ou encore à l'action en inconstitutionnalité de normes.

66) Cette procédure ne se confond pas avec l'exception d'inconstitutionnalité car celle-ci vise la protection des normes constitutionnelles, celle-là vise la protection des droits contenus dans les normes constitutionnelles. Voir Humberto MORA OSEJO, précité p. 372... "Hier l'action en inconstitutionnalité, aujourd'hui l'action de tutelle...", Paris, E.D.C.E., 1992.

67) Article 40 de l'acte législatif numéro 3 de 1910.

Constitution et la loi, la première aurait la prééminence".⁽⁶⁸⁾ Ces compétences données par la Constitution au Conseil d'Etat sont moins larges que celles qui lui sont conférées en matière parlementaire. Cela montre l'influence croissante du Conseil d'Etat sur les institutions politiques.

68) Cette disposition a été reprise par l'article (4) de la Constitution de 1991. Elle a été éclairée par le Conseil d'Etat dans son avis du 13 octobre 1992. Selon cet avis, l'exception d'inconstitutionnalité est un critère d'interprétation juridique. Tout fonctionnaire, autorité administrative ou juridictionnelle a l'obligation d'écartier une norme contraire à la Constitution. La norme contraire à la Constitution sera écartée au bénéfice du demandeur. La norme déclarée contraire à la Constitution, dans le cas d'espèce, reste valable pour d'autres cas, tant qu'elle n'a pas été abrogée ou déclarée nulle par une juridiction compétente. Les effets juridiques de l'inapplicabilité de la norme considérée inconstitutionnelle ont un caractère relatif. C'est-à-dire qu'ils ne s'appliquent qu'aux cas d'espèce.

II

L'INFLUENCE CROISSANTE DU CONSEIL D'ÉTAT SUR LES INSTITUTIONS POLITIQUES

En théorie, le Conseil d'Etat ne remplit que des fonctions juridictionnelles et administratives. La réalité est toute autre. Car, le Conseil d'Etat dispose d'une diversité d'attributions qui n'ont rien à voir avec dénominations des chambres. En effet, le "code administratif" donne à la chambre plénière du contentieux des attributions qui dépassent la juridiction contentieuse administrative. Cette chambre est juge constitutionnel, juge électoral et juge de l'immunité parlementaire. De la même façon, l'assemblée du Conseil d'Etat est titulaire des fonctions administratives qui dépassent son rôle; elle intervient dans la nomination des hauts fonctionnaires de l'Etat. Enfin, la chambre consultative a des attributions par-législatives car elle rédige les codes et présente des projets de loi devant le Parlement. L'évolution chronologique des attributions données au Conseil d'Etat explique pourquoi nous traiterons de prime abord le Conseil d'Etat face au pouvoir exécutif, ensuite le Conseil d'Etat face au pouvoir législatif.

A. Le Conseil d'Etat et le pouvoir exécutif

Le Conseil d'Etat, par les larges compétences que lui donne la législation, semble étendre ses fonctions juridictionnelles et administratives vis-à-vis du pouvoir exécutif.

1. L'étendue de la compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat

L'activité juridictionnelle du Conseil d'Etat dans le contrôle de l'Administration le place dans une position de privilège. En effet, le Conseil d'Etat est perçu comme créateur de droit à travers sa jurisprudence.⁽⁶⁹⁾ Cette notion est renforcée lorsqu'on étudie les larges compétences dont dispose le Conseil d'Etat pour faire exécuter ses décisions et encore pour modifier sa propre jurisprudence.

Tout d'abord, le Conseil d'Etat, comme les autres juridictions, doit interpréter et appliquer le droit écrit. Dans l'application des textes, le juge administratif sanctionne ou ratifie le contenu textuel à travers l'interprétation. Celle-ci peut soit élargir, soit restreindre la portée du texte.⁽⁷⁰⁾ Pour trouver le sens ou l'esprit du texte, la "ratio legis", le Conseil d'Etat colombien comme tous les juges a besoin d'une certaine liberté pour découvrir "la norme" applicable en l'absence d'indication textuelle.⁽⁷¹⁾ Les méthodes sont nombreuses.⁽⁷²⁾

Le Conseil d'Etat colombien, dans sa fonction juridictionnelle, fait application de prime abord de l'article (230) de la constitution colombienne de 1991, que lui impose la loi comme impératif légal. En l'absence de la loi, le même article lui donne la jurisprudence comme instrument auxiliaire de son

69) Libardo RODRIGUEZ, "Derecho administrativo", Bogotá, Ed. Temis, 1996, p. 31.

70) Voir à ce propos Association Henri CAPITANT, "L'interprétation par le juge des règles écrites", Paris, Ed. Economica, Tome 29, 1978, p. 1980. Voir aussi J.J. BIENVENU, "L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois: sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif", Paris, Thèse Univ. Paris II, 1979.

71) Beatriz QUINTERO, "La permanente tensión entre la ley y la sentencia como applicatio de la hermeneutica gadameriana", Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, Revista Estudios de derecho no. 125, 1996, p. 68.

72) Yves GAUDEMONT, "Les méthodes du juge administratif", Paris, B.D.P., L.G.D.J., 1972. Voir aussi, Roger LA TOURNERIE, "Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat", Paris, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, Ed. Sirey, 193, p. 172.

activité. Le Conseil d'Etat doit faire preuve d'ingéniosité au moment de résoudre des questions soulevées par le requérant qui ne peuvent pas être résolues avec les textes. A ce propos, le Conseil utilise plusieurs techniques d'interprétation. Il puise dans la doctrine et dans la jurisprudence étrangère, notamment celle du Conseil d'Etat français pour dégager ces propres théories d'interprétation. Dans ce sens, le Conseil fait application depuis 1942⁽⁷³⁾ d'une théorie dite "du contrôle direct de constitutionnalité" des actes administratifs. Selon cette théorie dégagée par le juge administratif, même en l'absence de loi qui les autorise, *"il est faux d'affirmer que tant la loi ne développe pas les questions constitutionnelles, celles-ci n'ont pas d'actualité juridique"*.

De plus, et depuis 1961⁽⁷⁴⁾ au nom de la "théorie des motifs et des buts", le Conseil d'Etat considère que ce n'est pas la nature de l'acte qui détermine l'action juridictionnelle à suivre, mais les motifs et les buts poursuivis par l'auteur.⁽⁷⁵⁾

Ensuite, pour faire exécuter ses décisions le Conseil d'Etat compte sur des dispositions écrites très précises. L'article (176) du code administratif de 1984 prévoit, par exemple, un délai de trente jours pour l'exécution des décisions de justice. De plus, ces décisions sont susceptibles d'un recours en exécution formé devant la justice judiciaire.⁽⁷⁶⁾ Dans le même sens, l'article (34) du décret (no. 2304) de 1989 dispose que tout fonctionnaire qui reproduit un acte annulé ou suspendu par le juge administratif est susceptible de sanction disciplinaire. A cette interdiction aux fonctionnaires des collectivités locales. Enfin, quant à la modification d'office, le juge administratif non seulement a la faculté de réformer sa jurisprudence lorsqu'il le considère nécessaire mais la faculté aussi, dans le contentieux de réparation directe des droits, de réformer des actes

73) C.E. 10 mars 1942.

74) C.E. 10 août 1961.

75) Voir également C.E. auto 8 août 1972, C.E. auto août 1990, C.E. auto août 1992, C.E. 26 oct. 1995.

76) C.E. 13 juin 1995.

administratifs qui violent manifestement des droits individuels. Le juge modifie l'acte et demande la restitution du droit violé. Dans ce même contentieux, le juge administratif colombien peut suspendre l'exécution de l'acte, à travers un sursis à exécution. Cette dernière étant écartée des contentieux électoral, d'impôt et de la fonction publique. Ces pouvoirs étendus du juge administratif ne restent pas dans la seule compétence juridictionnelle.

2. L'étendue de la compétence administrative du Conseil d'Etat

L'article (35) de la loi (no. 270) de 1996 attribue des compétences administratives au Conseil d'Etat, notamment en matière de nominations des fonctionnaires publics.

Selon l'aliné (3) de l'article (35) de la loi (no. 270) de 1996, la chambre plénière du Conseil d'Etat nomme, tout d'abord, les membres du Conseil électoral. Ces membres sont choisis parmi les noms inscrits sur des listes adressées au Conseil d'Etat par les partis et les mouvements politiques reconnus légalement.⁽⁷⁷⁾ Le nombre de candidats dont dispose chaque organisation politique étant proportionnel à sa représentation au Parlement.

Ensuite, le Conseil d'Etat nomme d'autres fonctionnaires chargés du contrôle budgétaire de l'Etat (contrôleurs budgétaires de la Nation). Le Conseil nomme aussi les fonctionnaires adjoints de ce contrôle. Cette fois-ci le Conseil fait le choix des candidatures adressées par la Cour Suprême Judiciaire.

Enfin, le Conseil d'Etat participe à la nomination des membres de la Cour Suprême Judiciaire et des membres du Conseil Supérieur de la magistrature.⁽⁷⁸⁾ Le Conseil d'Etat est

77) Article 264 de la Constitution et loi no. 96 de 1985.

78) Article 254 de la constitution. Pour la Cour Suprême de Justice, le Conseil envoie des candidatures pour que la même institution fasse des choix. Pour le Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil choisit 3 membres qui siégeront à la Chambre administrative de cette institution.

compétent encore pour intégrer maintes commissions de contrôle des autorités administratives indépendantes. Son influence s'étend aussi sur le pouvoir législatif colombien.

B. Le Conseil d'Etat et le pouvoir législatif

Le Conseil d'Etat se voit attribuer de plus en plus de compétences vis-à-vis du Parlement. L'article (237) de la Constitution de 1991 l'érige en juge parlementaire et co-législateur.

1. Le Conseil d'Etat: juge des parlementaires

L'alinéa de l'article (237) de la Constitution de 1991 dispose que le Conseil d'Etat est compétent pour connaître de la levée de l'immunité des parlementaires.⁽⁷⁹⁾ Et l'article (184) donne compétence au Conseil d'Etat pour se prononcer sur la régularité des élections parlementaires.

Premièrement, selon les dispositions législatives en vigueur⁽⁸⁰⁾ la compétence de la levée d'immunité est attribuée à la Chambre plénière du contentieux administratif au Conseil d'Etat. Le délai de 20 jours commence à courir le jour de la déposition de la demande au bureau de la chambre à laquelle

79) La levée de l'immunité des parlementaires: cette compétence a été attribuée au Conseil d'Etat pour la première fois par l'acte législatif (no. 1) de 1979. Cette Sanction pouvait être effectuée pour des motifs expressément déterminés par la loi, notamment la violation du régime d'incompatibilité et le manque d'assiduité des parlementaires aux sessions du Parlement. Le Conseil d'Etat était, par ailleurs, compétent pour connaître du contentieux entre les commissions du Parlement et les personnes de droit privé. Néanmoins, la Cour Suprême de justice a déclaré cet acte législatif non conforme à la Constitution. (Cour Suprême de Justice, 4 novembre 1981). Si la Constitution de 1991 reprend cette compétence, c'est sans mention des motifs de levée d'immunité, car cette mention avait été déclarée contraire à la Constitution par la Cour constitutionnelle. (CC, C-036 de 1996). L'annulation partielle de la loi portait aussi sur un article du projet de réforme qui déterminait que ces décisions devaient être prises par les deux tiers des membres du Conseil d'Etat. La Cour Constitutionnelle a considéré que la nouvelle Constitution n'exigeait qu'une majorité simple de voix dans toute prise de décision d'un organe collégial.

80) Alinéa 7 de l'article d37 de la loi 270 de 1996.

appartient le parlementaire. La demande peut être effectuée par les mêmes parlementaires ou par de simples citoyens.⁽⁸¹⁾

Le Conseil d'Etat doit se limiter aux motifs énoncés dans la Constitution, ceux-ci étant nombreux, nous citerons pour exemple l'article (110) qui détermine la levée de l'immunité des parlementaires lorsque le financement de leurs campagnes politiques a été mis en cause par la justice.

Deuxièmement, le Conseil d'Etat est devenu juge de droit commun des élections au niveau national: il est juge des élections du Président de la République, du vice-président et des parlementaires. Le Conseil d'Etat est aussi juge unique des nominations des fonctionnaires faites par le Parlement, le Président de la République et la Cour Suprême de justice⁽⁸²⁾ au niveau national ou local.⁽⁸³⁾

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, les motifs d'annulation de l'élection sont expressément déterminés par la loi, le juge administratif ne pouvant pas s'en écarter.⁽⁸⁴⁾ Néanmoins, le Conseil d'Etat entend donner une interprétation plus extensive à certaines dispositions. En effet, le Conseil se veut non seulement juge de l'élection, mais aussi vote.⁽⁸⁵⁾ Il se veut le gardien juridique "de la sincérité du suffrage".⁽⁸⁶⁾

Dès lors, l'annulation d'une candidature n'entraîne pas obligatoirement l'annulation de l'élection.⁽⁸⁷⁾ Le délai du recours électoral est de vingt jours à partir de la déclaration officielle du Conseil électoral de la légalité de l'élection. Pour intenter un recours devant le Conseil d'Etat il n'y a pas l'obligation de faire un recours administratif.⁽⁸⁸⁾ Mais, le requérant doit apporter

81) Car le droit colombien prévoit le suivi de la régularité du vote de la loi par les citoyens.

82) Alinéa 4 de l'article 2 du décret/loi 597 de 1988.

83) C.E. Chambre plénière, auto, 12 août 1972.

84) C.E. Section électorale, 13 mars 1986.

85) C.E. Cinquième section, 14 mai 1942.

86) C.E. Première section, 20 avril 1983.

87) C.E. Deuxième section, 18 avril 1983.

88) C.E. Section électorale, 7 mai 1987.

la preuve de l'acte administratif qui confirme l'élections.⁽⁸⁹⁾ La suspension provisoire est possible dans cette action électorale.⁽⁹⁰⁾ Le Conseil d'Etat n'admet pas le recours de supplique (pouvoir en cassation en France) contre les décisions électorales des sections au Conseil d'Etat.⁽⁹¹⁾ Quant aux nominations, le Conseil d'Etat assimile les élections aux nominations. Il les fait rentrer non dans l'action de nullité mais dans celle de l'élection.⁽⁹²⁾ Il fait prévaloir les dispositions spéciales sur les générales.⁽⁹³⁾

Néanmoins, une partie de la doctrine⁽⁹⁴⁾ considère que ces attributions données au Conseil d'Etat par la Constitution sont d'une nature plus politique que juridique. La levée d'immunité parlementaire est une décision politique. C'est pour cela que la plupart des systèmes politiques réservent cette décision, soit à la chambre à laquelle appartient le représentant, soit à une Cour Suprême Judiciaire. Cette dernière est le cas le plus courant en Amérique Latine, en raison des forces en présence. Ces décisions créent toujours des conflits politiques. L'institution juridictionnelle du Conseil d'Etat peut en souffrir. Le contrôle de l'activité politique effectué par une juridiction indépendante est certes, souhaitable mais il semble que ces compétences rentrent mieux dans la nature des compétences attribuées par la Constitution à la Cour Constitutionnelle en 1991.⁽⁹⁵⁾ Il en serait de même pour l'annulation des élections parlementaires.

L'élection annulée entraîne seulement l'impossibilité pour le candidat de rendre sanctions subsidiaires qui peuvent entraîner l'interdiction de se représenter pour un délai déterminé ou encore des amendes.

89) C.E. Cinquième section, 27 janvier 1989.

90) C.E. Section électorale, auto, 12 août 1986.

91) C.E. Cinquième section, auto, 14 août 1991.

92) C.E. Chambre plénière, auto, 12 août 1972.

93) C.E. Chambre plénière, auto 9 mars 1973.

94) Notamment, Guillermo GONZALEZ, "Fundamentos Constitucionales du droit administratif", Bogotá, Ed. Doctrine et Loi, 3^{ème} éd. 1994, p. 355.

95) Notamment, la compétence des actes pris par le gouvernement lors d'états exceptionnels (articles 212, 213 et 215 de la Constitution de 1991).

Ces attributions obligent le Conseil d'Etat à intervenir politiquement sur le mandat parlementaire. Le Conseil peut être perçu comme un contre-pouvoir législatif.

2. Le Conseil d'Etat co-législateur?

Selon les termes de l'article (287) alinéa (4) de la Constitution de 1991, le Conseil d'Etat a une compétence exclusive pour présenter des projets de loi et des projets de réforme constitutionnelle concernant ses fonction.⁽⁹⁶⁾ Ensuite, l'alinéa (2) de l'article (38) de la loi (no. 270) de 1996 dispose que le Conseil d'Etat est chargé, à la demande du gouvernement, de la préparation des projets de lois et des code.⁽⁹⁷⁾ Enfin, l'article (154) de la Constitution attribue au Conseil d'Etat⁽⁹⁸⁾ la possibilité de présenter des projets des lois de concernant. Des représentants du Conseil peuvent assister aux discussions parlementaires de projets présentés à leur initiative.⁽⁹⁹⁾ De cette façon le Conseil d'Etat participe à l'élaboration de la loi de deux manières: directe et indirecte.

De manière indirecte, le Conseil d'Etat est un faiseur de codes.⁽¹⁰⁰⁾ En effet, le Conseil d'Etat n'a pas cessé de se consolider comme l'une des institutions juridictionnelles les plus

96) C.E. Chambre plénière, auto 12 août 1972.

97) Des fonctions pour la rédaction des codes et la proposition de projets de loi, le Conseil les connaît depuis 1828. Avec la Constitution de 1886 elles seront mieux définies. en effet, à cette époque le Conseil d'Etat était perçu comme un organe co-législatif. Selon l'article 141 alinéa 2 de la Constitution de 1886, le Conseil d'Etat élabore les projets de lois et les codes votés par la chambre des représentants. Le Conseil d'Etat avait en outre la faculté de proposer des projets de réforme législative tant qu'il le considère nécessaire. Les dernières fonctions n'ont pas été véritablement développées par le Conseil d'Etat. Celles-ci ont été rapidement abrogées. La Constitution de 1991 les reprend en les élargissant.

98) Comme pour d'autres juridictions, notamment la Cour Suprême judiciaire et la Cour constitutionnelle.

99) Articles 3 de la loi 5 de 1992 et 230 de la même loi.

100) "Il existe toutefois entre l'oeuvre et la loi une troublante symétrie-asymétrie... Quant aux rédacteurs du code, ils ne sont que les contingents porte-plume du législateur, qui incarne lui-même la volonté du peuple". Dominique MAINGUENEAU, "Interprétation des textes littéraires et juridiques", in *Interprétation et Droit*, Paris-Bruxelles, Ed. Bruylant et P.V.A.M., 1995, p. 61.

stables du système politico-administratif colombien. Cela en grande partie grâce à ses attributions codificatrices. Les premières lois qui ont réglementé le Conseil, ont déterminé de façon générale l'organisation et les fonctions de l'institution. Le Conseil d'Etat y a participé. Les premiers essais de codification sont intervenus en 1914 et 1941. Cependant, ce sont les réformes au code administratif en 1959, 1964, 1984 et 1989 qui ont contribué le plus à une codification mieux adaptée et plus cohérente de l'organisation et de l'activité du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat colombien à la différence du Conseil d'Etat français, n'a pas jugé nécessaire la transformation du droit administratif par la jurisprudence mais par la participation directe à la rédaction des codes. Les principes généraux du droit et les principes de procédure sont passés d'abord par les codes plutôt que par la jurisprudence. L'explication est simple: le gouvernement ayant entre 1958 et 1991 la faculté de légiférer par décret, il revenait au Conseil, en tant que conseiller du gouvernement, le rôle de rédacteur de ces codes. L'expérience du Conseil d'Etat dans ce domaine, depuis 1830, confirme encore plus cette thèse.

D'autre part, de manière directe, le Conseil d'Etat propose des codes.⁽¹⁰¹⁾ En effet, le Conseil d'Etat est intervenu dans plusieurs projets de loi pour la réforme des codes administratifs⁽¹⁰²⁾ pour la proposition des réformes constitutionnelles⁽¹⁰³⁾ et des lois.⁽¹⁰⁴⁾ Ces fonctions para-législatives

101) Les relations entre le Parlement et le Conseil d'Etat ne sont pas nouvelles. En 1928, le Conseil d'Etat exerce des fonctions co-législatives au sein du Parlement. Le Conseil propose des réformes constitutionnelles et législatives. Cette fonction co-législative est compétée pour préparer les projets de loi et les codes demandés par le gouvernement. La loi 23 de 1886 créée à cette fin, une commission législative permanente au sein du Parlement. Elle a été très active.

102) Notamment, code administratif de 1914, C.E. annales no. 1 et 2 de 1915, pp. 59 à 62. Code administratif de 1914, C.E. annales Tome LXII, vol. 2, 1962, p. 860 et 861. Et C.E., Tome LXIV, 1962, pp. 381 à 384.

103) Notamment, acte législatif 01 de 1914, C.E. annales Tome I, no. 6 et 7 de 1915, pp. 241 et 267.

104) Loi sur les élections, C.E. annale Tome I, no. 9 et 10, 1915, p. 385 à 466. Loi sur les exportations de fruits, C.E. annales no. 13 et 14, 1916, pp. 301 à 383. Réforme sur la loi fiscale, C.E. annales no. 21 et 22, 1916, pp. 513 à 519 et loi des douanes, C.E. Tome V, 1917, pp. 1322 à 1347, no. 45 et 46.

du Conseil l'ont accompagné tout au long de son histoire. Elles sont plus anciennes que les fonctions juridictionnelles. Les codes de procédure administrative de 1984 et 1989 sont des réponses directes contre le "narco terrorisme". Le Conseil d'Etat dans ses compétences para-législatives est intervenu activement pour la réforme du contentieux administratif. Les magistrats du Conseil d'Etat, en collaboration avec les professeurs d'université, ont fait des projets de réforme législative.⁽¹⁰⁵⁾ L'alinéa 4 de l'article (237) de la Constitution de 1991 dispose que le Conseil d'Etat peut présenter au Parlement des projets de loi et de réforme constitutionnelle. Néanmoins, cet article ne détermine pas quelles sont les limites du pouvoir d'initiative constitutionnelle et législative du Conseil d'Etat.

Une interprétation extensive de cet article laisserait penser, d'une part, que le Conseil d'Etat a un pouvoir d'initiative législative identique à celui des parlementaires. D'autre part, que l'initiative constitutionnelle des conseillers est également sans limites. Selon l'ex-conseiller d'Etat Humberto MORA OSEJO⁽¹⁰⁶⁾ si la Constitution attribue au Conseil d'Etat une large initiative législative comparable à celles des ministres, pourquoi la loi ne permettrait-elle pas aux conseillers d'Etat le vote de tels projets? Une réponse affirmative à cette question entraînerait par conséquent une compétence du Conseil d'Etat en matière d'initiative des réformes constitutionnelles par voie référendaire. De cette manière le Conseil d'Etat deviendrait, outre contre pouvoir de l'exécutif, un véritable contre pouvoir législatif. La doctrine se pose des questions à propos de la séparation des pouvoirs en Colombie qui d'ailleurs est garantie

105) Des lois de 1981 et de 1987 ont donné des facultés extraordinaires au Président de la République pour l'élaboration des codes de procédure administrative avec toutes modifications dont le gouvernement avait besoin. Ces mêmes lois ont proposé la création des commissions spéciales de codification composées notamment de membres du Conseil d'Etat.

106) Humberto MORA OSEJO, "Les facultés du Conseil d'Etat pour la proposition des réformes constitutionnelles", Bogotá, Ed. Estudios Constitucionales de Universidad Nacional, 1 ed. 1993, p. 99.

par la Constitution.⁽¹⁰⁷⁾ Cette question pourrait connaître des développements importants à moyen terme.⁽¹⁰⁸⁾

Conclusion

Le Conseil d'Etat colombien est, à ce jour, une juridiction administrative née dès 1913, mais dont les origines remontent au siècle dernier. Contrairement au Conseil d'Etat français, le Conseil colombien s'est consolidé davantage par la législation que par la jurisprudence. L'originalité du système colombien réside dans le fait qu'il possède de profonds fondements historiques et constitutionnels qui lui permettent une stabilité et une indépendance imperméable à toute influence politique.

Ces caractéristiques lui permettraient de cumuler une multiplicité de fonctions sans pour autant nuire à l'indépendance et à l'impartialité l'activité juridictionnelle. Néanmoins, le Conseil d'Etat colombien devient une institution qui s'arroge trop de pouvoirs. L'extension excessive du rôle du Conseil d'Etat peut aller à l'encontre de l'efficacité et de la rapidité de l'activité juridictionnelle, ainsi que le détournement de son rôle principal de juge.

107) L'article 113 de la Constitution colombienne de 1991 dispose que "les différents organes de l'Etat ont des fonctions séparées.

108) En effet, en 1986, le Président du Conseil d'Etat s'est vu mêlé à un scandale politique de trafic d'influences. C'était la première fois que l'institution e été perçue par la presse comme un organe politique.