

La independencia judicial en Colombia

Erika van Arcken Salas\*

mn

Judicial Independence in Colombia

Resumen

El presente artículo aborda el tema de la independencia judicial desde un punto de vista general al dilucidar su historia, concepto, dimensiones y factores determinantes, para llegar a la particularidad de establecer la forma en que esta independencia judicial en Colombia, contribuye a que el juez sea también creador del derecho como una regla general y no de manera excepcional, en donde la ley, sea una de las tantas fuentes influyentes en sus decisiones.

Palabras clave: Juez; Independencia judicial; Fuentes de derecho.

Abstract

This article addresses the issue of judicial independence from a general point of view to elucidate its history, concept, dimensions and determinants, to reach the particularity to establish how this judicial independence in Colombia contributes to the judge is also creator of the law as a rule, not an exception, where the law is one of many influential sources in their decisions.

Keywords: Judge, Judicial Independence, Sources of Law.

Fecha de presentación: 23 de julio de 2014. Revisión: 12 de agosto de 2014. Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2014.

ef

I. Introducción

En su artículo 228, la Constitución Política colombiana señala que las decisiones de la administración de justicia son independientes, sin embargo, de manera subsiguiente, en el artículo 230, indica que los jueces en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley”, dándole a la equidad, a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho y a la doctrina, la posición de criterios auxiliares de la actividad judicial. Entonces, si el juez en sus determinaciones solamente debe guiarse por los designios ya establecidos en la ley, ¿en qué consistirá esta independencia judicial en Colombia? Para resolver este interrogante se requiere abordar temas como el origen de la independencia judicial, su concepto, sus dimensiones, los factores determinantes, con el objeto de identificar finalmente su verdadera existencia y su participación en la creación del derecho como una regla general y no de manera excepcional.

Un primer punto que se hace necesario exponer antes de abordar el temario anterior, es el rol del juez, ya que es el protagonista de la existencia o no de la independencia judicial. Los jueces son parte del grupo de los operadores jurídicos cuya función es decidir de manera imparcial los conflictos puestos a su consideración por los integrantes de la sociedad, su labor de manera profesional se ha establecido en las democracias liberales como consecuencia del principio de la separación de poderes característico del Estado de derecho, posicionando una judicatura dinámica e independiente, con la idea de establecer una igualdad para todos, en la que están llamados a aplicar no solamente la ley como fuente formal del derecho, sino también otras fuentes como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina; y a fuentes radicales propias del realismo jurídico como las sociológicas, las psicológicas o las intuiciones o corazonadas.

El juez en la sociedad cuenta con un papel de autoridad, porque su actuar responde a expectativas sociales fuertes soportadas por el

derecho, lo que genera en la comunidad un parte de confianza y obediencia sobre sus determinaciones. Este escenario hace importante el estudio de la independencia judicial, ya que en países como Colombia, que por tradición ha tenido un sistema legal de origen continental, el precedente está convertido en un agregado fundamental en la generación del derecho y en la definición de políticas del Estado, lo que motiva a indagar sobre otros elementos distintos a la ley, que impulsan a un juez independiente a adoptar una posición en sus providencias, las cuales son hoy de obligatorio cumplimiento tanto por autoridades judiciales como administrativas.

## II. El rol de los jueces

Antes de estudiar lo que congrega la independencia judicial en Colombia, es necesario fijar la atención sobre el individuo que debe sobrellevar esta condición, se trata de los jueces. Según Vincenzo Ferrari, en sociología los individuos no comparecen como entidades psicofísicas, sino como portadores de roles y correlativamente de status, en otras palabras, “como puntos de convergencia y de irradiación de normas y de expectativas sociales”<sup>1</sup>, pero aclara que no se debe ignorar la naturaleza psicofísica de los seres humanos considerados de manera singular, sino por el contrario, de lo que se trata es exaltar una continua interacción entre individualidad y sociabilidad, ya que los proyectos racionales de vida y las pasiones, las obtienen los humanos de la organización social, y a su vez, la sociedad es influenciada por los individuos.

De esta acción recíproca emanan formas de agregación social, “amplias o restringidas, sólidas o efímeras, según los ambientes, los sistemas normativos, las influencias externas y, no menos importante, los eventos naturales”<sup>2</sup>; en el campo jurídico los roles que los individuos asumen cuentan con un considerable grado de visibilidad social y de estabilidad, los legisladores que establecen a la comunidad reglas de vida, los abogados que sirven de consejeros sobre las formas aceptables de comportamiento conforme a derecho, y los jueces quienes dirimen los conflictos en la sociedad, son sujetos que ejercen un “señorío sobre el derecho”<sup>3</sup>, haciéndolos destacables en la sociedad, porque su actuar responde a expectativas fuertes soportadas por el derecho, el cual es

el principal reflejo simbólico, no sólo del sentimiento común y de la moralidad difusa en una sociedad, sino también de la distribución del poder: que es también, sino sobre todo, poder de crear, interpretar y aplicar normas jurídicas<sup>4</sup>.

Señala Ferrari que desde el Medioevo existen escuelas cuya especialidad es la de formar expertos en derecho, ejemplo de ello es la Universidad de Bolonia que surgió a finales del siglo xi, como un Studium en el que maestros y discípulos de toda Europa estudiaban los textos del derecho romano como el Digesto de Justiniano, no solamente con fines teóricos, sino también con la intención de ajustar a la realidad social la doctrina contenida en dichas obras jurídicas. De estas escuelas egresan “juristas”, que desempeñan diversos roles, casi siempre intercambiables en la sociedad (el rol de juristas y operadores jurídicos, legisladores, abogados, juristas académicos, jueces).

Algo similar sucede con las universidades de la modernidad, pese a sus características diversas en cuanto a sus métodos de enseñanza (el modelo francés privilegia un modelo exegético en el estudio de la leyes, el alemán con una aproximación histórica y conceptual ligada a la tradición romanista, el inglés orienta el estudio hacia el análisis de casos concretos teniendo como base los principios generales del derecho), existe una cultura de fondo que congrega a los egresados de las facultades de derecho del mundo moderno, a tal instancia que se sugiere que el mundo de los juristas constituyen una “comunidad”. Esta comunidad consiste en la educación de analizar la realidad a través de esquemas normativos, y pese a que pueden existir diversos métodos de interpretación sobre los respectivos ordenamientos jurídicos, todos confluyen, en relacionar las normas entre sí para ser usadas finalmente en la vida práctica, es decir, a las realidades sociales<sup>5</sup>.

Los jueces hacen parte de la comunidad de operadores jurídicos, su función es decidir sobre los conflictos en los que se enfrentan sujetos individuales o colectivos, ciudadanos particulares o institucionales. Sin embargo, es preciso dejar por sentado que en la actualidad no todas las controversias están siendo abordadas por los jueces, ya que se está haciendo uso de otros mecanismos que ponen fin a dichos conflictos tales como el desistimiento o abandono del caso, la conciliación, la intervención de jueces de paz y el arbitraje, mecanismos que se diferencian desde puntos de vista esenciales de la actividad que desempeña propiamente el juez al momento de adoptar una decisión:

en primer lugar, el juez no es elegido por los contendores, sino que es asignado a éstos por el sistema jurídico; en segundo lugar, procede según un método que, igualmente, se encuentra en gran parte predeterminado por el sistema mismo; en tercer lugar, decide en el sentido etimológico de la palabra, es decir separa, con un corte neto, razones y yerros; en cuarto lugar, no le sugiere a los contendores una regla con la cual resolver la disputa sino que, en línea de principio y sin bien con excepciones, la impone<sup>6</sup>.

Agrega Ferrari que los jueces cuentan con un rol social peculiar desempeñándose como verdaderas autoridades entre los contendores, lo que los hace ocupar una posición de especial visibilidad y de relativo aislamiento, ya que aleja al ciudadano del común del mundo de la justicia, que es vista como un mundo ajeno del que emanan decisiones favorables o dolorosas, sujetas a ritualismos procedimentales incomprensibles para el público en general. El ideal/tipo de juez que desempeña su labor de manera profesional, es decir, aquel que se dedica de tiempo completo a esta actividad, es la figura que se ha venido estableciendo en las democracias liberales con motivo del respeto al principio de separación de poderes propio del Estado de derecho, los cuales enmarcan la idea de una judicatura dinámica e

independiente que juzga con la idea de aplicar una ley “igual para todos”<sup>7</sup>. No obstante lo anterior, este profesionalismo no es igual en todas las sociedades. En primer lugar estos jueces pueden ser o no expertos en derecho, en segundo lugar pueden ejercer limitada o ilimitadamente esta labor, en tercer lugar se diferencian de la forma como pueden ser seleccionados (por herencia, elegidos por los ciudadanos, nombrados por el poder político, o por concurso de méritos en el que se da valor a las capacidades técnico-jurídicas). Estos factores determinantes en la formación del profesionalismo de los jueces, se convierten así mismo, en componentes que inciden en el grado de independencia en que puedan estar encuadradas sus decisiones al momento de dirimir un conflicto.

### III. El origen de la independencia judicial

La independencia judicial se forja en el marco de un constitucionalismo liberal como elemento esencial del Estado de derecho a finales del siglo XVIII, emerge según el filósofo alemán Karl Loewenstein, como una “protesta ideológica del liberalismo político contra el absolutismo de la monarquía en los siglos XVII y XVIII”<sup>8</sup>, como lo señala dicho jurista en su clásica obra *Teoría de la Constitución*,

la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad a todo tipo de interferencias de cualquier otro detentador del poder, constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho<sup>9</sup>.

En este sentido, es válido considerar que la independencia judicial es un componente fundamental del Estado moderno desde su origen.

Este carácter esencial conlleva un vínculo inescindible con el principio de división de poderes públicos, que tiene como direccionamiento principal evitar la arbitrariedad y el desconocimiento de los derechos y las libertades de los ciudadanos. Al respecto “autores fundacionales del constitucionalismo liberal insisten en el carácter estructural y definitorio de la separación de poderes”<sup>10</sup>, ejemplo de esto aparece en el Segundo tratado sobre el Gobierno civil de John Locke, en el que indica que la división institucional es imprescindible para la conformación de la sociedad civil y las libertades de los ciudadanos. Sobre el particular señala que:

[L]os hombres que viven unidos formando un mismo cuerpo y que cuentan con una ley común establecida y con un tribunal al cual recurrir, con autoridad, para decidir las disputas entre ellos y castigar a los culpables, viven en sociedad civil, unos con otros; mientras que aquellos que no cuentan con nadie a quien apelar, me refiero a alguien de este mundo, aún se encuentran en el estado de naturaleza...<sup>11</sup>.

Señala también Locke, que el principal fin que conduce al hombre a unirse en Estado y ponerse bajo un Gobierno es con el objeto de preservar la propiedad, situación que no lograría hacer en el estado de naturaleza, por faltar en este elementos propios de cada uno de los poderes públicos como:

una ley establecida, fija y conocida [...] un juez público e imparcial, con autoridad para resolver los pleitos que surjan entre los hombres, según la ley establecida [...] un poder respetable y dé fuerza a la sentencia cuando ésta es justa, a fin de que se ejecute debidamente<sup>12</sup>.

Sin embargo, el autor que adiciona a la formulación de la división de los poderes públicos, la distinción funcional y/o de competencias de cada uno de estos es Montesquieu, a fin de lograr garantizar la libertad en la sociedad. Lowenthal manifiesta que Montesquieu ha afirmado para el caso inglés que:

[L]a libertad política en su relación con la constitución requiere no sólo que estén separados [los poderes públicos] sino que estén constituidos de una cierta manera. El poder judicial debe ser entregado a tribunales ad hoc compuestos por los iguales del acusado, y los juicios han de estar determinados con tanta precisión como sea posible por la ley escrita. El poder legislativo debe estar dividido. Su parte fundamental debe corresponder a los representantes debidamente elegidos del pueblo en su totalidad [...] El ejecutivo debe ser un monarca cuya inspección de la legislatura conste de un poder de vetar y cuyos ministros, a su vez, puedan ser observados y castigados por la legislatura, aunque él mismo no pueda ser legalmente destituido<sup>13</sup>.

Montesquieu en su obra *Del espíritu de las leyes*, hace clara referencia a estos poderes y a su funcionalidad en la sociedad, resaltando que en cada Estado hay tres clases de poderes “el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”<sup>14</sup>. El primero (legislativo), denominado príncipe o jefe del Estado, es quien hace las leyes transitorias o definitivas, y al mismo tiempo las deroga; el segundo (ejecutivo), es quien hace la paz o la guerra, recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones; el tercero (judicial), es quien castiga los delitos y juzga las

diferencias entre los particulares. Añade este filósofo que si el poder ejecutivo y el legislativo se reúnen en una sola persona, no habrá libertad, porque puede temerse que el “monarca o el Senado”, creen leyes tiránicas y ellos mismos las ejecuten. De igual forma, señala que tampoco habrá libertad si el poder de juzgar no está deslindado de los poderes legislativos y ejecutivos, ya que si no está separado del legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos, porque el juez sería legislador, y si no está apartado del ejecutivo, “el juez podría tener la fuerza de un opresor”<sup>15</sup>.

La diferenciación entre lo planteado por Locke y Montesquieu, permite evidenciar las dos modalidades del principio de separación de poderes. Por un lado está el de connotación rígida “según el cual los poderes públicos no pueden tener incidencia entre sí, de manera tal que carecen tanto de canales de comunicación como de controles interorgánicos”, y por el otro, el modelo de frenos y contrapesos entre las ramas del poder público, el cual conserva la necesidad de fundar un Estado en la diferenciación institucional entre los poderes, pero con la contención de estos mismos poderes entre sí, a través de diversos mecanismos, “como son los controles interorgánicos” y “la incidencia en los procedimientos para su elección y permanencia”<sup>16</sup>.

La jurisprudencia constitucional Colombiana ha reconocido estos dos modelos de separación de poderes, de la siguiente forma:

El primero de estos modelos defiende una delimitación funcional rigurosa, como medio para acotar el poder, a partir del entendimiento de que una distribución precisa y equilibrada de las labores estatales, en la cual cada órgano cumple una tarea preestablecida, es una condición suficiente para mantener a dichos órganos del poder dentro de sus límites constitucionales. A su vez, la separación funcional rígida es concebida como una estrategia que permite asegurar las libertades de los ciudadanos [...] Precisamente, la rigidez de la separación de poderes condenaba este modelo al fracaso, por la dificultad de su implementación práctica, pues la falta de vasos comunicantes entre los distintos órganos estatales conducía a enfrentamientos difíciles de solucionar en la práctica, cuyo resultado natural y obvio tendía a ser la reafirmación del poder en los órganos, autoridades o funcionarios que se estiman política y popularmente más fuertes<sup>17</sup>. || El segundo modelo también parte de una especialización de las labores estatales, cada una de las cuales corresponde a un órgano específico, sin embargo, le confiere un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones interorgánicas recíprocas, como reguladores constantes del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo constitucional denominado de frenos y contrapesos (checks and balances) no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político, la intervención de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias. En otras palabras, cada órgano tiene la posibilidad de condicionar y controlar a los otros en el ejercicio de sus respectivas funciones. Entonces, la fórmula más apropiada para describir esta realidad es la de separated institutions/sharing powers, acuñada por Neustadt al describir la forma de gobierno presidencial, esto es, instituciones separadas que comparten los mismos poderes<sup>18</sup>.

De conformidad con lo expuesto, es válido aseverar que la independencia judicial es consecuencia de la separación de los poderes públicos de un Estado, logrando el poder judicial el ejercicio autónomo de sus funciones dentro de un marco que coadyuva la contención y la colaboración con los otros dos poderes públicos (legislativo y judicial).

Lo expresado, también ha encontrado a lo largo de la historia soporte en instrumentos jurídicos que han legitimado la separación de los poderes como un principio y han condicionado la existencia de un Estado constitucional a su determinación y vigencia dentro del ordenamiento jurídico interno, como por ejemplo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, que en su artículo 16 dispone que: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. El antecedente directo de la referenciada Declaración, es la Declaración de Derechos de Virginia adoptada el 12 de junio de 1776 por la Convención de Delegados de Virginia como parte de la Constitución de Virginia en el desarrollo de la Revolución Americana de 1776, la cual en su artículo 5.º establece que: “los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben ser separados y distintos del judicial”.

#### IV. Concepto de independencia judicial

La independencia judicial es un ideal (una idea regulativa) del Estado de derecho<sup>19</sup>. Sobre este punto manifiesta Josep Aguilón Regla, que la eficacia de los ideales regulativos del Estado de derecho se logra desde dos concepciones: una mecánica y otra normativa. La primera hace referencia al correcto diseño de las instituciones (posiciones de los sujetos, equilibrios de poderes, procedimientos, etc.), y la segunda, está dirigida a considerar que la realización de los ideales (la eficacia de los valores y fines), dependen de la conducta y las actitudes de sujetos relevantes. Estas dos concepciones han influido en el estudio de la independencia judicial, pues existe una línea consonante con la idea de que dicha independencia está sujeta a factores como la inamovilidad de los jueces, la predeterminación, el autogobierno de los jueces, etc. Y por otro lado, se encuentra la vertiente que se centra en la interpretación del principio de independencia judicial

en términos de un deber de independencia de los jueces que se traduce en la exigibilidad de ciertas actitudes y conductas, y que no depende sólo ni fundamentalmente del marco institucional en el que el juez desarrolla su función<sup>20</sup>.

Pese a la anterior dicotomía conceptual, una definición completa de la independencia judicial, es la que congrega lo que persigue el principio de independencia judicial y el estado institucional que provea y garantice esta independencia.

La independencia judicial es por lo general utilizada para identificar la relación que tiene la judicatura con los demás órganos del poder público. Se considera que un juez es independiente cuando sus decisiones no son permeadas por la influencia y el control de alguien, pero la pregunta que se formula Owen M. Fiss sobre el particular es ¿de quién debe ser independiente? Como respuesta este jurista da tres nociones de independencia judicial. La primera noción denominada “desvinculación de las partes”, indica que la independencia se logra cuando el juez no tiene relación con alguna de las partes en litigio, o no está bajo su control o influencia, basándose en la idea de imparcialidad en sus decisiones. La segunda hace referencia a la “autonomía individual” que debe tener el juez en su relación con otros colegas o el poder de un juez sobre otro. La tercera noción tiene que ver con la llamada “insularidad política”, que consiste en la independencia de la judicatura de las instituciones políticas y del público en general, se considera que es de la naturaleza de la función judicial decidir lo que es justo y no elegir la mejor política ni adoptar la determinación que más desea el público<sup>21</sup>.

Una integración de los planteamientos de Josep Aguiló Regla y Owen M. Fiss sobre independencia judicial, es presentada por Germán Burgos Silva, quien señala que esta independencia tiene una connotación negativa relacionada a la ausencia de injerencia en la labor de administrar justicia, no solamente de otros órganos del poder público (ejecutivo y legislativo), sino también de las partes de un proceso, los actores sociales u organismos vinculados a la administración de justicia. Resalta que esta ausencia de “vínculos indebidos”, es predicable del juez como persona y del poder judicial en cuanto a órgano, y que de esta forma la independencia judicial se desglosa en dos dimensiones, una personal o subjetiva y otra institucional, las cuales se complementan, pero no siempre se corresponden en la práctica<sup>22</sup>.

## V. Dimensiones de la independencia judicial

Sobre las dimensiones de la independencia judicial, se destacan las propuestas por Germán Burgos Silva y Sebastián Linares. El primero plantea, tal y como se indicó al final del punto anterior, que la independencia judicial conlleva una dimensión personal o subjetiva y otra institucional. Sin embargo se ha manifestado que la independencia judicial es un asunto propio de los jueces, es decir, de una dimensión personal, y no de un órgano o institución, ya que al momento de administrar justicia sus decisiones solamente deben estar ajustadas al imperio de la ley sin injerencia de factores distintos al cuerpo normativo. Por su parte la segunda dimensión, “se predica del poder judicial en su conjunto, como institución, como poder del Estado”<sup>23</sup>, a la que se le identifica más que con la independencia, con la autonomía, que se relaciona con este poder público en el manejo de sus recursos o el establecimiento de sus políticas<sup>24</sup>.

Por su parte, Sebastián Linares, bajo el esquema de una observación o medición de la independencia judicial desde un plano positivo o empírico, ha señalado dos marcos de referencia, una denominada “negativa” y la otra “positiva”. La dimensión negativa se refiere a la ausencia de un vínculo entre un juez individual (sujeto) y ocho objetos tales como: Gobierno, legislatura, medios de comunicación, grupos de poder económico, organizaciones no gubernamentales, otros jueces, partes del juicio, público en general y otros organismos pertenecientes al sistema judicial. Esta dimensión es también reconocida como “ausencia de injerencias”, en el sentido de que el juez en la adopción de sus decisiones, no debe recibir indebida intervención de las partes, del Gobierno, de los medios de comunicación, de los grupos económicos, entre otros. Como tampoco tener favoritismos “preconcebidos” o intereses que inclinen sus determinaciones hacia una de las partes en litigio, al momento de realizar la interpretación del derecho que fundamenten sus decisiones. Por su parte la dimensión positiva, es aquella que relaciona al juez individual con las fuentes de derecho (la ley, doctrina, precedente, principios generales del derecho), y con los hechos, definiéndose de la siguiente forma:

el juez debe resolver un caso de modo neutral sujetándose exclusivamente a la regla de decisión que se deriva de la interpretación de las fuentes del derecho y a la verdad de los hechos<sup>25</sup>.

Como conclusión de lo presentado por Linares, es preciso indicar que la independencia judicial, cuenta con dos dimensiones, una negativa que está dirigida a evitar cualquier tipo de coerción y lealtades, y una positiva que consiste en la aplicación de todas las fuentes del derecho, al momento de resolver un conflicto<sup>26</sup>.

Sobre estas dos dimensiones de la independencia judicial explicadas por Linares, Pamela S. Karlan igualmente ha señalado que los jueces se enfrentan en su libertad al momento de tomar una decisión a concepciones negativas y positivas, en donde las primeras consisten en la capacidad con la que cuenta el juez para evitar indebidas injerencias que coaccionen sus decisiones al momento de administrar justicia, y las segundas se refieren en la libertad de los jueces para perseguir sus propias concepciones (la verdad, lo bueno, lo justo, la ley), o lo que se quiera<sup>27</sup>.

## VI. Factores determinantes

de la independencia judicial

Estos factores comprenden aquellos aspectos que conducen a permitir el ejercicio de una independencia judicial libre de injerencia ilícita o indebida y siempre ajustada a derecho, son denominados también “variables institucionales condicionantes de la independencia judicial”, las cuales pueden ser a su vez clasificadas, según Linares, dependiendo de la dimensión positiva o negativa de la independencia judicial.

Desde la perspectiva negativa de la independencia judicial, las variantes institucionales comprenden “condiciones instrumentales”, que contribuyen al logro de la imparcialidad en la aplicación del derecho a los casos sometidos a litigio. Para Linares todas estas variantes tiene un carácter instrumental, porque “están sustentadas en hipótesis sobre condiciones facilitadoras de la independencia”, pero si estas hipótesis no han sido contrastadas empíricamente, no es posible concretar el conjunto de variantes que evitan la intromisión indebida, que asegure la neutralidad en la resolución de los casos<sup>28</sup>. Linares propone un cuadro en el que se presentan cada uno de los objetos de la dimensión negativa y algunas de las variantes vinculadas con ellos de la siguiente forma:

Denominaciones tentativas	Algunas garantías: indeterminación
Garantías protectoras de la imparcialidad	<ul style="list-style-type: none"><li>– Recusación o excusación por motivos de interés personal en el caso.</li><li>– Los salarios judiciales deben ser suficientes para llevar una vida digna.</li><li>– Prohibición de ejercer actividades lucrativas.</li></ul>
Juez partes	<ul style="list-style-type: none"><li>– Otras.</li></ul>
Insularidad	<ul style="list-style-type: none"><li>– Selección por méritos.</li><li>– Inamovilidad</li><li>– Inmunidad.</li></ul>
Juez Gobierno y legislativo	<ul style="list-style-type: none"><li>– Intangibilidad del sueldo.</li><li>– Prohibición de tener afiliación política partidaria.</li><li>– Las decisiones judiciales sólo pueden ser revocadas por otro juez.</li><li>– Otras.</li></ul>
Independencia interna	<ul style="list-style-type: none"><li>– No conviene que los jueces inferiores sean juzgados disciplinariamente por sus superiores.</li><li>– El juez superior debe resolver en el marco de su competencia material y temporal.</li></ul>
Juez otros jueces	<ul style="list-style-type: none"><li>– Otras.</li></ul>
Independencia societal	<ul style="list-style-type: none"><li>– Los terceros no pueden presentar recusaciones.</li></ul>
Juez medios de comunicación, grupos de poder, ong	<ul style="list-style-type: none"><li>– No conviene televisar los juicios.</li><li>– Otras.</li></ul>
Autonomía funcional o independencia estructural	<ul style="list-style-type: none"><li>– El poder legislativo no puede crear y suprimir órganos o competencias cuando convenga políticamente.</li><li>– Conviene que el alcance de la jurisdicción de los jueces esté garantizado en la Constitución, y que este alcance sea amplio (p. ej., que no existan tribunales administrativos o militares especiales).</li></ul>
Poder judicial Gobierno y legislativo	<ul style="list-style-type: none"><li>– Conviene que el poder judicial elabore y administre su propio presupuesto.</li><li>– Otras.</li></ul>
Validez y ejecutoriedad de las resoluciones judiciales	<ul style="list-style-type: none"><li>– Las decisiones judiciales no pueden ser desconocidas por quienes deben ejecutarlas.</li><li>– El poder ejecutivo no puede desconocer, mediante un acto posterior, lo resuelto por un juez.</li></ul>
Decisiones judiciales Gobierno y legislativo	<ul style="list-style-type: none"><li>– Las decisiones judiciales se presumen válidas salvo prueba en contrario.</li></ul>

Desde la dimensión positiva de la independencia judicial, que se refiere al vínculo existente entre el derecho, los hechos y el juez, es distinta dependiendo del origen del sistema legal que se pretenda tener en cuenta, toda vez que, si se hace referencia a un sistema legal de origen continental, la función del juez está limitada a aplicar la ley y no a crearla, en cambio en los orígenes del sistema del common law, el juez debe darle prevalencia al precedente, en otras palabras, a las decisiones judiciales anteriores que puedan aplicarse de manera análoga al caso que se pretende resolver. Sin embargo, se considera que es un mito la aplicación de forma ciega y mecánica de la ley o del precedente judicial, ya que antes de cualquier determinación judicial sobre un conflicto, el juez ha debido adoptar una serie de decisiones previas como la validez de la norma, la interpretación de su significado, la validez e interpretación de la evidencia, las consecuencias sobre el encuadre de los hechos y los argumentos racionales que justifican todas las decisiones anteriores; esto denota la decisión final sobre un litigio, conlleva previamente la evaluación una serie de factores con un margen de libertad de interpretación amplio y no precisamente limitado a una ley o precedente<sup>29</sup>.

Esta variedad de decisiones previas, disponibles libremente para el juez, puede acarrear problemas al concepto de independencia judicial. Por tal motivo, Linares se formula dos preguntas relacionadas propiamente con los factores que ayudan al logro de la imparcialidad en la aplicación del derecho, estas son: ¿Cuáles son los factores que condicionan cada una de estas decisiones parciales? ¿Cuáles son los factores que explican las diferencias entre decisiones judiciales en casos análogos? La respuesta a estos cuestionamientos son tres grupos de factores condicionantes, que son: 1. Actitudes epistémicas, que atañen a la forma como el juez conoce la realidad relevante para sus decisiones, comprenden el discernimiento que tiene el juez sobre los hechos y sus vínculos causales, así como también el conocimiento del derecho; 2. Actitudes axiológicas, conciernen a las valoraciones o principios que sigue el juez en cada decisión previa; 3. Factores extraños o ad hoc, incluye todo lo que no se puede incluir en los otros dos factores<sup>30</sup>.

## VII. La independencia judicial en Colombia

Según Vincenzo Ferrari, la actividad jurisdiccional es considerada consubstancial al derecho, ya que de acuerdo con la fórmula establecida por Max Weber, el derecho se logra cuando la infracción de las normas da lugar a una coerción física o psíquica por parte de un aparato de hombres expresamente establecido para este fin<sup>31</sup>. En las sociedades ha persistido la “cultura jurídica”, de que existe una figura de decisión individual o colectiva dirigida a dirimir los conflictos de convivencia social, de conformidad con lo preestablecido por la norma (escrita o no), para cada caso en particular. En los estados modernos, esta figura decisoria, reconocida como poder jurisdiccional, está separado de los poderes ejecutivo y legislativo, los cuales entre todos se “equilibran” entre sí, de tal forma que las actuaciones de todos sean controlables<sup>32</sup>.

En el Estado colombiano, la jurisdicción es regulada por la norma tanto para definir su organización interna, como para establecer los procedimientos que deben atender en el desempeño de su función de administrar justicia. Los jueces son funcionarios de carrera (con excepción de los magistrados de las altas cortes, entiéndase Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura), elegidos con base a sus capacidades técnico-jurídicas. De conformidad con lo contemplado en el artículo 230 de la Constitución Política, sus relaciones formales con el mundo exterior y entre ellos mismos, están reglamentados por la ley, a la que solamente deben estar sujetos, siendo la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y a la doctrina, criterios auxiliares de la actividad judicial. Para Ferrari lo anterior define sociológicamente al mundo de la jurisdicción del Estado colombiano, como un ambiente relativamente cerrado, con tendencias corporativas, cuyas reglas de procedimientos se encuentran fijadas en códigos procesales especiales “tan rigurosos que lindan con la abstracción conceptual”<sup>33</sup>.

La independencia de la administración de justicia es un principio y un medio para la realización de los fines del Estado social de derecho<sup>34</sup>, es a su vez una expresión del principio de separación de poderes, el cual en Colombia se debe al estricto cumplimiento de los consagrado en el artículo 230 de la Constitución, que señala que los jueces en sus providencias, solamente están sometidos al imperio de la ley. En su jurisprudencia, la Corte Constitucional colombiana ha identificado esta cláusula como un límite en la actividad de los demás poderes públicos y de los particulares, que exige que los jueces no sean condicionados, coaccionados o incididos, al momento de tomar sus decisiones, “por ningún factor distinto a la aplicación del ordenamiento jurídico y al análisis imparcial y objetivo de los hechos materia de debate judicial”<sup>35</sup>, esto también conlleva a identificar el segundo pilar de la administración judicial, que es el deber de imparcialidad por parte de los jueces en sus determinaciones. El Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-037 de 1996, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), y sobre el presente tema dijo que:

La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales<sup>36</sup>.

Según lo expuesto, el deber de la independencia judicial es el cumplimiento del derecho. Sin embargo, es válido aclarar que, si bien es cierto todas las autoridades públicas deben estar vinculadas al ordenamiento jurídico, también lo es que no todos tienen un deber de independencia. Para aclarar lo que implica el deber de independencia, Josep Aguiló Regla explica la oposición entre la idea de independencia y las de dependencia o sujeción, y para ello recurre a la clásica distinción realizada por Norberto Bobbio entre “gobierno de las leyes” y “el gobierno de los hombres”. El Estado de derecho es conocido como la culminación del modelo del “gobierno de las leyes”, frente al modelo del “gobierno de los hombres”<sup>37</sup>. Siendo entonces el Estado de derecho el gobierno de las leyes, se requiere hacer la distinción entre el gobierno per lege y el gobierno sub lege, donde la primera quiere decir que todo poder se encuentra sometido a la ley, y la segunda significa que el poder se ejerce a través de leyes generales y abstractas<sup>38</sup>.

Para Josep, la idea de gobierno per lege ha servido para caracterizar a las autoridades políticas, esto implica que el derecho (las leyes), está al servicio de la política siendo el medio para alcanzar los fines sociales, implicando límites de tipo formal y material. Quiere decir entonces que “en la cultura jurídica dominante los deberes jurídicos de las autoridades políticas en el ejercicio de sus poderes han sido concebidos básicamente como límites”. Por otro lado, la idea de gobierno sub lege ha servido para caracterizar a las autoridades que aplican el derecho, como por ejemplo las autoridades jurisdiccionales, las cuales no son portadoras de más fines de los que la ley les suministra, por ello “los deberes de los jueces relativos al ejercicio de sus poderes no han sido concebidos por la cultura jurídica centralmente como límites, sino como determinaciones positivas de su conducta”<sup>39</sup>.

Claros los conceptos anteriores, la oposición entre representación e independencia se entiende de la siguiente manera: La representación es la que ejercen las autoridades políticas, cuyas decisiones jurídicas se ven afectadas ya que legalmente son consideradas como promotoras de intereses sociales, realizadoras de programas políticos, definidoras de nuevos objetivos sociales; por el contrario, la independencia le impregna legitimidad a las autoridades jurisdiccionales, porque sus decisiones no pueden ser portadoras de intereses o fines extraños al derecho. Así las cosas, el deber de la independencia de los jueces, consiste en el derecho que tienen los ciudadanos en ser juzgados conforme al derecho y no desde parámetros extrajurídicos que provienen del sistema social<sup>40</sup>.

Teniendo claridad sobre lo que se ha considerado como independencia judicial en Colombia y su deber en la sociedad, la pregunta que surge de comprender a ésta como aquella que debe cumplir el derecho (la ley), es si en efecto, la ley es la única que ofrece una respuesta correcta e independiente en la resolución de conflictos dirimidos por los jueces.

Para defender la teoría de que no existe un ordenamiento jurídico pleno y coherente, que atienda todos los problemas puestos a consideración de los jueces, se ha hecho referencia a deformaciones de la independencia judicial, las cuales son consideradas como el resultado de ignorar alguno de los dos elementos de la posición institucional del juez (poderes o competencias y deberes relativos al ejercicio de esos poderes). En este sentido, la primera deformación es el desconocimiento de la posición de poder que ocupa el juez, y la segunda, es ignorar los deberes relacionados con el ejercicio de ese poder o competencia. La primera deformación hace referencia que en algunas ocasiones se considera de que el juez es independiente cuando decide atendiendo sus convicciones, desde la sinceridad, la crítica que se formula a esta distorsión, es que no se le da poder al juez solamente para que sea sincero y para que sus determinaciones sean un listado de opiniones y creencias subjetivas frente a un caso, se requiere que sus determinaciones estén impregnadas de exigencias racionales. En la segunda deformación se encuentra la imagen de soberanía, suele llamarse a un poder soberano, quien tiene la última palabra y no está sometido a control, sin embargo a pesar que en algunas ocasiones los jueces tienen el poder último –la última palabra– sin control posterior, la independencia de los jueces es un principio normativo, mas no una circunstancia de hecho, como lo es la soberanía. “La famosa ‘cláusula alternativa tácita’ de Kelsen, que autorizaba a los jueces a apartarse de las normas generales y a dictar sentencias cuyo contenido era determinado por el tribunal mismo, acababa transformado a los jueces en soberanos”<sup>41</sup>.

## VIII. Conclusión

La explicación de las deformaciones de la independencia judicial, permiten concluir que las decisiones adoptadas por los jueces no atienden solamente una perspectiva formalista para que sean necesariamente independientes, sino también que están motivados por aspectos antiformalistas. En otras palabras, los jueces en Colombia desde su independencia, no están solamente sometidos al imperio de la ley al momento de tomar una determinación dentro de un conflicto puesto a su consideración por la partes, sino también a fuentes que han llevado el rotulo de “secundarias” o “auxiliares”, tales como la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina y a fuentes radicales propias del realismo jurídico como las sociológicas, las psicológicas y las intuiciones o corazonadas, cumpliendo también dichas fuentes antiformalistas desde la independencia con la que cuentan constitucionalmente los jueces, un papel social dinamizador en la creación del derecho.

Diego Eduardo López Medina indica que se entiende por “formalismo”, el hábito intelectual de los estudiosos del derecho, para quienes un problema jurídico se resuelve de manera exclusiva mediante el análisis de las reglas de origen legislativo que se han promulgado al respecto, y que de esta forma en nuestro sistema, la pirámide de normas jurídicas tiene una silueta bien delineada:

[t] tradicionalmente, las fuentes formales serían la ley y la costumbre. La jurisprudencia solo sería fuente formal si el ordenamiento jurídico vigente le atribuye carácter obligatorio. En cuanto a la doctrina, solo en muy raras ocasiones podría ser considerada como fuente formal del derecho [...] En la tradición romanística (nacionales latinas y germánicas) prevalece la ley y, en cambio, en el sistema anglo-americano (common law) tiene primacía el precedente judicial. Pero en ambos sistemas prevalecen las normas dictadas por el Estado sobre todas las demás<sup>42</sup>.

Sin embargo como se dijo en líneas anteriores, existen otras perspectivas antiformalistas, que han sido reforzadas, según López Medina, por las “teorías reformistas del derecho”<sup>43</sup> y por la “teoría de fuentes en el realismo jurídico”<sup>44</sup>.

Las primeras teorías se han encargado de realizar un análisis jurídico desde finales del siglo xix y a lo largo del xx, en el que pretenden revelar la deficiencia de las teorías tradicionales del derecho formalistas. Dentro del grupo de autores que defienden esta teoría se encuentran François Géný y Nathan Roscoe Pound. López Medina indica que Pound propone centrar la discusión en un punto intermedio entre el realismo jurídico y la teoría tradicional de fuentes, de la siguiente forma:

Pero no tenemos que escoger entre el derecho concebido como un cuerpo de reglas y el derecho concebido como todo aquello que determina la acción del juez. El derecho es más complejo que un conjunto de reglas, pero tampoco es tan heterogéneo como para creer que sean fuentes de derecho todos los factores que ocurren en la sala de audiencias<sup>45</sup>.

La propuesta de Pound, consiste en que la fuente de una decisión jurídica comprende no solamente las reglas formales de derecho sino también “la aplicación de la técnica jurídica reconocida [...] a la luz de los ideales jurídicos reconocidos”<sup>46</sup>, las cuales suelen presentarse cuando una serie de acontecimientos de la vida se encuentran sin regulación y son puestos en consideración de los jueces para ser dirimidos, exigiendo un razonamiento legal y, por tanto, la aplicación de técnicas aceptadas a las reglas de derecho reconocidas, de tal forma que se le den a estas reglas poder para dar una solución a las nuevas exigencias de vida<sup>47</sup>.

Por su parte, Gény considera a la doctrina y a la jurisprudencia como formas de autoridad y tradición en el derecho, en donde la interpretación doctrinaria del mismo es una técnica histórica legítima que le permite al derecho adaptarse a nuevas situaciones sociales, permitiéndole a los textos legales reconciliarse con esas circunstancias que la realidad social va presentando en los nuevos contextos históricos. Sin embargo, para este jurista la autoridad con la que cuenta la doctrina no le significa el mismo carácter impositivo de la ley, en cambio

se reconoce la importante participación que la doctrina tiene en la juridificación del cambio social, mediante la introducción paulatina de nuevas interpretaciones que mantengan al derecho en contacto con las necesidades sociales<sup>48</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la jurisprudencia, Gény señala que es una fuente muy importante del derecho, aunque también reconoce que no puede ser considerada al mismo nivel de la ley, manifiesta además que la jurisprudencia tiene poder pretoriano<sup>49</sup> en dos sentidos, uno aceptado y el otro no.

En un primer sentido, se indica que la jurisprudencia tiene poder pretoriano, porque son los jueces los llamados a decidir sobre diversos casos jurídicos no regulados por el legislador, debiendo ejercer frente a dichos vacíos legales, un razonamiento que “aproxime la decisión a los mandatos generales de la justicia y de la utilidad social, en lo que Gény denomina libre investigación científica”<sup>50</sup>. En el segundo sentido, Gény no pretende que se adopte un sistema de precedentes en el que se conviertan hacia futuro en normas obligatorias de aplicación por los demás jueces, ya que el objeto de la crítica antiformalista, es romper con el esquema impuesto por la exégesis, ya que

el juez tenía que seguir el método de la libre expresión científica en los numerosos espacios de vacío que dejaba el Código ante las nuevas situaciones sociales, sin quedar atado ahora a un formalismo jurisprudencial que reemplaza al antiguo formalismo legal<sup>51</sup>.

Este segundo sentido no ha sido de recibo por la Corte Constitucional colombiana, toda vez que en sus jurisprudencias le ha dado al precedente judicial la calidad de fuente formal del derecho, teniendo por ende fuerza vinculante en las decisiones que adopten en el ejercicio de sus funciones, tanto las autoridades públicas de carácter judicial como las de carácter administrativo. Sobre este asunto existen varios pronunciamientos jurisprudenciales que justifican la importancia y el grado de vinculatoriedad de las providencias emitidas por la Corte Constitucional como por las altas cortes (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), fundamentando tal posición en lo fijado por la Constitución Política de 1991, que indica que Colombia es un Estado social de derecho, quien además determina un listado de principios y derechos fundamentales, dándole primacía a la Constitución y a dichos derechos fundamentales.

Como ejemplo de lo señalado, encontramos la siguiente jurisprudencia:

Mediante Sentencia C-131 de 1993<sup>52</sup>, la Corte se formula la siguiente pregunta relacionada con esa parte de sus providencias que es inmutable, vinculante y definitiva: “¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?”, a lo anterior indica que la respuesta es doble, ya que considera que las sentencias cuentan con unos apartes de cosa juzgada que están de forma explícita y con apartes de cosa juzgada de manera implícita. En la primera respuesta, señala que la parte que goza de cosa juzgada de manera explícita, es la parte resolutoria de la sentencia, en virtud de lo consagrado en el artículo 243<sup>53</sup> de la Constitución. La segunda respuesta, revela que goza de cosa juzgada de forma implícita, “los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos”. Sobre el particular, aclara que en efecto, la parte motiva de las sentencias guardan el sentido definido en el artículo 230 de la Constitución, es decir, que tienen la calidad de criterio auxiliar –no obligatorio– esto es, ella se considera obiter dicta, sin embargo, los fundamentos comprendidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa, estrecha, e inescindible con la parte resolutoria son obligatorios (ratio decidendi), y en este caso, deben ser atendidos obligatoriamente por las autoridades<sup>54</sup>.

En Sentencia C-335 de 2008<sup>55</sup>, la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 413 del Código Penal 56, que dispone el tipo penal de prevaricato por acción, reitera el efecto vinculante de su jurisprudencia en aras de lograr “(i) una mayor coherencia del sistema jurídico, (ii) garantiza[r] el derecho a la igualdad de trato y (iii) contribu[ir] a la seguridad jurídica”. Concluye que

la expresión “ley”, contenida en el artículo 413 del Código Penal, no debe entenderse solo como ley en sentido formal, esto es, como

“acto normativo expedido por el Congreso de la República” sino, en armonía con la Constitución, como “norma jurídica aplicable al caso concreto”, lo cual incluye la Constitución, la ley en sentido formal, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional<sup>57</sup>.

Por su parte, la Sentencia C-539 de 2011 establece que, una interpretación adecuada de la sujeción judicial al imperio de la ley a la que se refiere el artículo 230 de la Carta, significa para la jurisprudencia constitucional, que el juez al momento de adoptar una decisión, no se puede reducir a una observancia literal y exegética de la ley en sentido formal, sino que debe hacer aplicación del “conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico”. En este sentido, concluye la Corte que todos los funcionarios públicos, deben obedecer el precedente judicial, estando obligados a aplicar e interpretar las normas, en el sentido establecido por las altas cortes, “para todas las situaciones fácticas análogas o similares”<sup>58</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la fuerza vinculante del precedente judicial en tutela, ha indicado que si bien es cierto que la tutela tiene efecto inter partes, también lo es que la ratio decidendi compone

un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma<sup>59</sup>.

Y al fijar el contenido y el alcance inclusive de preceptos constitucionales, el precedente hace parte del “imperio de la ley”, del que deben estar sometidos los jueces colombianos<sup>60</sup>.

En suma, por disposición de la Corte Constitucional, en Colombia hoy por hoy la jurisprudencia es reconocida como fuente formal de derecho, ya que los textos normativos (normas constitucionales, legales o reglamentarias), por sí solos no están dotados de significados concretos, sino hasta tanto sean sometidos a un proceso de interpretación, ya que

el derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional<sup>61</sup>.

Un defensor de esta posición es Teodoro Dalavecuras, quien afirma que la norma debe ser el punto de referencia conceptual que guía la actividad del juez, y para demostrar el supuesto de que el jurista es un creador del derecho, no solo en casos excepcionales, sino por regla general, aclara la distinción que existe entre norma subyacente y proposición normativa, en donde la primera es el modelo de comportamiento verificable en los procesos de la vida social, es la subsunción del hecho bajo la norma; la segunda es un enunciado, es la reducción conceptual lingüística de los comportamientos observados. La norma subyacente la crea el juez al momento de dar aplicabilidad a la proposición normativa y es en este ámbito de aplicabilidad en la que el juez le proporciona significado a la norma verbal, ya que es en este ámbito en el que “le atribuye a un modelo de comportamiento concretamente verificable el carácter de obligatoriedad”<sup>62</sup>.

Por su parte, en la “teoría de fuentes en el realismo jurídico” se destacan dos corrientes, la primera hace referencia a “las fuentes sociológicas y psicológicas de la decisión judicial”, la cual es estudiada por autores como Max Radin, Félix Cohen y Jerome Frank, quienes consideran que una fuente del derecho no es solamente la idea que tiene el juez de que ciertas reglas son derecho válido, sino también “sus prejuicios personales, sus simpatías y antipatías, sus caprichos e intereses privados, en suma, todo lo que en cualquier circunstancia puede influenciar sociológicamente a su decisión”<sup>63</sup>. La otra corriente realista, teoriza que la libertad decisional del juez, debe ser explicada no en términos empíricos sino éticos, de “intuición” o “corazonadas”<sup>64</sup>.

La primera corriente de la teoría de fuentes del realismo jurídico, parte del entendido de que el juez debe decidir todos los casos que se le presentan sin estar alejado de los asuntos humanos. Aunque lucha por mantener una posición imparcial en sus determinaciones, los jueces también son seres humanos con historia, prejuicios, intereses sociales, económicos y afectivos. En este sentido, la uniformidad del derecho no se debe a la aplicación igual de reglas preexistentes, sino a la

homogeneidad sociológica de los hombres que comúnmente ocupan el puesto de juez. Contrario a lo que se piensa, es la dependencia que muestra la decisión judicial de sus elementos no formalizados donde se encuentra la verdadera explicación de la regularidad decisional<sup>65</sup>.

Las determinaciones de los jueces, pese a que están influenciadas por características psicológicas, cuentan con elementos estabilizadores tales como la uniformidad como consecuencia del común origen social de la judicatura y el sentimiento del funcionario judicial de que su ocupación le impone un deber hacia el orden jurídico, con independencia de cuál sea su contenido<sup>66</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la corriente relacionada con el papel de la “intuición” en el derecho, consiste en mostrar que el juez frente a casos difíciles de decidir, forma su convicción no a través de interpretaciones racionales de la norma jurídica o de la doctrina

preexistente, sino por medio de la formación instantánea de “corazonadas”, que le señalan el sentido que debe tener su determinación. Así las cosas, para los que siguen esta corriente

el sentido de la decisión se determina mediante una apreciación en conjunto de los materiales legales y probatorios y que, frente a su complejidad, hay una “intuición” de contenido moral que les da forma e intelegibilidad<sup>67</sup>.

Lo expuesto muestra que no es posible considerar de manera pétrea que el juez solamente es independiente por estar sometido al mandato de la ley, pues viéndolo de esta forma no se lograría identificar su autonomía porque en estas circunstancias se entendería que el juez tan solo decidiría con lo que exegéticamente le ordenare la ley. El término de que el juez está sometido al imperio de la ley, debe variar y ser comprendido en el sentido que para que dicho operador jurídico conserve independencia en sus determinaciones, debe estar siempre sujeto al cumplimiento del derecho, el cual es creado y nutrido no solamente por la ley, sino también por la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina, y por fuentes sociológicas, psicológicas e intuiciones o corazonadas.

#### Bibliografía

Aguiló Regla, Josep. “De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, en Germán Burgos Silva (ed.). *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ilsa, 2003, disponible en [<http://ilsa.org.co:81/node/49>], fecha de consulta: junio de 2014.

Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*, José F. Fernández Santillán (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1986.

Bordalí Salamanca, Andrés. “La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º xxx, Valparaíso, 1.er Semestre de 2008, disponible en [<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000100004>], fecha de consulta: junio 2014.

Burgos Silva, Germán. “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”, en Germán Burgos Silva (ed.). *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ilsa, 2003, disponible en [<http://ilsa.org.co:81/node/49>], fecha de consulta: junio de 2014.

Dalavecuras, Teodoro. *La sociología del derecho de Theodor Geiger*, Santiago Perea Latorre (trad.), Bogotá, Externado, 2009.

Ferrari, Vincenzo. *Derecho y sociedad, Elementos de sociología del derecho*, 2.ª ed., Santiago Perea Latorre (trad.), Bogotá, Externado, 2012.

Fiss, Owen M. “El grado adecuado de independencia”, en Germán Burgos Silva (ed.). *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ilsa, 2003, disponible en [<http://ilsa.org.co:81/node/49>], fecha de consulta: junio de 2014.

Goldwin, Robert A. “John Locke [1632-1704]”, en: Leo Strauss y Joseph Cropsey (comps.). *Historia de la filosofía política*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.

Karlan, Pamela S. *Two concepts of judicial Independence*, disponible en [<http://www.usc.edu/dept/law/symposia/judicial/pdf/karlan.pdf>], fecha de consulta: junio de 2014.

Linares, Sebastián. “La independencia judicial: conceptualización y medición”, en Germán Burgos Silva (ed.). *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ilsa, 2003, disponible en [<http://ilsa.org.co:81/node/49>], fecha de consulta: junio de 2014.

Locke, John. Segundo tratado sobre el Gobierno civil, Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno Civil, Carlos Mellizo (trad.), Madrid, Tecnos, disponible en [<http://dairoorozco.files.wordpress.com/2013/01/locke-segundo-tratado-sobre-el-gobierno-civil.pdf>], fecha de consulta: junio de 2014.

López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Universidad de los Andes y Legis, 2009.

Lowenthal, David. “Montesquieu [1689-1755]”, en: Leo Strauss y Joseph Cropsey (comps.). Historia de la filosofía política, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.

Loewenstein, Karl. Teoría de la Constitución, 2.a ed., Barcelona, Ariel, 1976.

Luna Blanco, Tania María Camila. “El derecho humano a la independencia judicial en el sistema interamericano de derechos humanos. Un análisis del caso colombiano durante el periodo 2006-2009”, tesis para optar al título de Magíster en Derecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, disponible en [<http://www.bdigital.unal.edu.co/6236/1/699356.2012.pdf>], fecha de consulta: junio de 2014.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. Introducción al derecho, Bogotá, Temis, 1986.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de. Del espíritu de las leyes, 3.<sup>a</sup> ed., estudio preliminar de Daniel Moreno, México D. F., Editorial Porrúa, 1977, disponible en [<http://investigacion.politicas.unam.mx/teoriasociologicaparatodos/pdf/Pensamiento/Montesquieu%20-%20El%20esp%EDritu%20de%20las%20leyes.pdf>], fecha de consulta: junio de 2014.

Navarro Beltrán, Enrique. Corte Suprema y autonomía de la judicatura. Estudios de Derecho de la Judicatura, Actas del 1.er y 2.º Congreso Estudiantil de Derecho de la Judicatura (2011-2012), Octavio Ansaldi Baltazar y Sebastián Chandía Olivares (eds.), Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, octubre 2013.

Pound, Nathan Roscoe. “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, Tulane Law Review, vol. 7, 1933.

Silva García, Germán. El mundo real de los abogados y de la justicia, Las prácticas jurídicas, t. ii, Bogotá, Ilsa y Externado, 2001.

van Caenegem, Raoul C. In Judges, Legislators and Professors. Chapters en European Legal History, Cambridge, Cambridge University Press; ed. it., I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia del diritto, M. Ascheri (ed.), L. Ascheri Lazzari (trad.), Milano, Giuffrè, 1991.

Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana

Sentencia C-131 de 1.º de abril de 1993, M. Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia T-439 de 14 de abril de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C- 252 de 28 de febrero de 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-335 de 16 de abril de 2008, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C-539 de 6 de julio de 2011, M. P.: Luís Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C- 634 de 24 de agosto de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia C-288 de 18 de abril de 2012, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

\* Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, Seccional Cali. Magíster en Derecho Constitucional de la misma Universidad. Estudiante de Cursos de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires, e-mail [evas1429@hotmail.com].

Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas issn 2346-0377

vol. V, n.º 10, julio-diciembre 2014, Erika van Arcken S. pp. 47 a 78

1 Vincenzo Ferrari. Derecho y sociedad, Elementos de sociología del derecho, 2.ª ed., Santiago Perea Latorre (trad.), Bogotá, Externado, 2012, p. 181.

2 Ídem.

3 Expresión citada por Vincenzo Ferrari en su obra *ibid.*, p. 182, la cual pertenece a un estudioso belga: Raoul C. van Caenegem. In *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press; ed. it., *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia del diritto*, M. Ascheri (ed.), L. Ascheri Lazzari (trad.), Milano, Giuffrè, 1991.

4 *Ibid.*, p. 183.

5 *Ibid.*, p. 185.

6 *Ibid.*, pp. 207 a 208.

7 van Caenegem. In *Judges, Legislators and Professors...*, cit., p. 208.

8 Karl Loewenstein. Teoría de la Constitución, 2.a ed., Barcelona, Ariel, 1976, p. 56, citado por Andrés Bordalí Salamanca. “La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º xxx, Valparaíso, 1.er Semestre de 2008.

9 Enrique Navarro Beltrán. Corte Suprema y autonomía de la judicatura. *Estudios de Derecho de la Judicatura*, Actas del 1.er y 2.º Congreso Estudiantil de Derecho de la Judicatura (2011-2012), Octavio Ansaldi Baltazar y Sebastián Chandía Olivares (eds.), Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, octubre 2013, p. 41.

10 Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 18 de abril de 2012, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

11 John Locke. Segundo tratado sobre el Gobierno civil, Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno Civil, Carlos Mellizo (trad.), Madrid, Tecno, citado por Robert A. Goldwin. “John Locke [1632-1704]”, en: Leo Strauss y Joseph Cropsey (comps.). *Historia de la filosofía política*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 454, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012, cit.

12 Locke. Segundo tratado sobre el Gobierno civil, cit., p. 125.

13 David Lowenthal. “Montesquieu [1689-1755]”, en: Leo Strauss y Joseph Cropsey (comps.). *Historia de la filosofía política*, cit., p. 496, citado por Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012, cit.

14 Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de. *Del espíritu de las leyes*, 3.ª ed., estudio preliminar de Daniel Moreno, México D. F., Editorial Porrúa, 1977, p. 104.

15 *Ibid.*

16 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-288 de 2012, cit.

17 Este modelo se implantó de manera bastante difusa en diversos contextos históricos, y en su expresión original tiene hoy muy poca aceptación teórica y práctica. Tal como se puso de presente por León Duguit, la rigidez en la separación funcional se convirtió históricamente en el camino hacia la arbitrariedad y el abuso de poder, como manifestaciones contrarias a los postulados de libertad y de

protección a las garantías fundamentales alrededor de un régimen democrático de gobierno. Dicho autor sostenía que: “[poner] a la cabeza del Estado dos poderes sin vínculo entre ellos, sin interdependencia, sin solidaridad, es condenarlos fatalmente a la lucha; y como de estos dos poderes uno estará necesariamente peor armado que su rival, éste absorberá aquél”. Véase: Javier García Roca. “Del principio de la división de poderes”, *Aequitas*, Revista Jurídica del Poder Judicial, segunda época, n.os 38-40, México D. F., 1998. Citado por la Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

18 Richard Neustadt. *Presidential Power*, New York, John Wiley and Sons, 1960, p. 33. Citado por la Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010, cit.

19 Josep Aguiló Regla. “De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, en Germán Burgos Silva (ed.). *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ilsa, 2003.

20 *Ibid.*, p. 69.

21 Owen M. Fiss. “El grado adecuado de independencia”, en Germán Burgos Silva (ed.). *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ilsa, 2003, disponible en [<http://ilsa.org.co:81/node/49>], fecha de consulta: junio de 2014, pp. 46 a 48.

22 Germán Burgos Silva. “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”, en Germán Burgos Silva (ed.). *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ilsa, 2003, disponible en [<http://ilsa.org.co:81/node/49>], fecha de consulta: junio de 2014.

23 Tania María Camila Luna Blanco. “El derecho humano a la independencia judicial en el sistema interamericano de derechos humanos. Un análisis del caso colombiano durante el periodo 2006-2009”, tesis para optar al título de Magíster en Derecho, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, disponible en [<http://www.bdigital.unal.edu.co/6236/1/699356.2012.pdf>], fecha de consulta: junio de 2014.

24 Burgos Silva. “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”, cit., p. 13.

25 Sebastián Linares. “La independencia judicial: conceptualización y medición”, en Germán Burgos Silva (ed.). *Independencia judicial en América Latina ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ilsa, 2003, disponible en [<http://ilsa.org.co:81/node/49>], fecha de consulta: junio de 2014.

26 *Ibid.*, p. 116.

27 “This essay offers a tentative taxonomy of judicial independence. We might align the various potential constraints judges face on their freedom to make a particular decision along a continuum. At one end, the conception of judicial independence is entirely negative: it consists of the ability to avoid a distinct source of coercion. At the other end, the conception may be categorically positive: judicial independence consists of a judge’s freedom to pursue her own conception of some desideratum (the truth, the good, the just, the law) wherever it goes”. Pamela S. Karlan. *Two concepts of judicial Independence*, disponible en [<http://www.usc.edu/dept/law/symposia/judicial/pdf/karlan.pdf>], fecha de consulta: junio de 2014, p. 2.

28 *Ibid.*, pp. 119 a 123.

29 Karlan. *Two concepts of judicial Independence*, cit., p. 124.

30 *Ibid.*, p. 125.

31 Ferrari. *Derecho y sociedad, Elementos de sociología del derecho*, cit., pp. 77 y 153.

32 *Ibid.*, p. 154.

33 *Ibid.*, p. 155.

34 Germán Silva García. *El mundo real de los abogados y de la justicia, Las prácticas jurídicas*, t. ii, Bogotá, ilsa y Externado, 2001, p. 37.

35 Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012, cit.

36 Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

37 Aguiló Regla. “De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, cit., p. 70.

38 Norberto Bobbio. *El futuro de la democracia*, José F. Fernández Santillán (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 124.

39 Aguiló Regla. “De nuevo sobre ‘independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, cit., p. 71.

40 *Ibid.*, pp. 71 y 72.

41 *Ibid.*, pp. 73 y 74.

42 Marco Gerardo Monroy Cabra. *Introducción al derecho*, Bogotá, Temis, 1986, pp. 104 y 105. Citado por López Medina, Diego

Eduardo. El derecho de los jueces, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Universidad de los Andes y Legis, 2009, p. 266.

43 Ibid., p. 269.

44 Ibid., p. 309.

45 Nathan Roscoe Pound. "Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law", Tulane Law Review, vol. 7, 1933, p. 477. Citado por López Medina. El derecho de los jueces, cit., p. 274.

46 Ídem.

47 Ibid., pp. 274 y 275.

48 Pound. "Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law", cit., pp. 290 y 291.

49 Ibid., p. 291.

50 Ibid., P. 293.

51 Ibid., p. 294.

52 Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1.º de abril de 1993, M. Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero.

53 Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

54 Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993, cit.

55 Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 16 de abril de 2008, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

56 Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres a ocho años, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco a ocho años.

57 Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008, cit.

58 Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 6 de julio de 2011, M. P.: Luís Ernesto Vargas Silva.

59 Corte Constitucional. Sentencia T-439 de 14 de abril de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

60 Corte Constitucional. Sentencia C- 252 de 28 de febrero de 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

61 Corte Constitucional. Sentencia C- 634 de 24 de agosto de 2011, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

62 Teodoro Dalavecuras. La sociología del derecho de Theodor Geiger, Santiago Perea Latorre (trad.), Bogotá, Externado, 2009, pp. 121 y 122.

63 Alf Ross. Hacia una ciencia realista del derecho, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 160. Citado por López Medina. El derecho de los jueces, cit., pp. 309 y 310.

64 Ídem.

65 Ibid., p. 311.

66 Ibid., p. 312.

67 Ibid., p. 313.
