

¿A QUIÉN LE CANTA LA SIRENA?

La reforma a la administración de justicia en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez

GERMÁN SILVA GARCÍA*

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo consiste en acometer un análisis del programa de reforma a la administración de justicia de Colombia que propone el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, electo para el periodo 2002/2006.

De modo específico, la revisión de los proyectos se realizará considerando su posible incidencia sobre la neutralización de los conflictos sociales de interés para la justicia y, de otra parte, contempla sus efectos respecto de las garantías y derechos fundamentales de la población. Cabe recordar que el control social pretende, al menos en virtud de la intervención jurídica sobre las relaciones de la población, la preservación de un determinado orden social, meta que abarca el empleo de medios de neutralización (preventivos o represivos) de ciertas situaciones de divergencia, al igual que la ejecución de medi-

das que garanticen los derechos ciudadanos. Es decir, la idea de conservación del orden social no comprende sólo las acciones represivas o preventivas que tienden a protegerlo; de modo simultáneo, las garantías establecidas hacen parte de ese orden y, a la vez, las medidas adoptadas para ampararlas o lograr su desarrollo procuran, por ende, la salvaguardia del orden social.

Esa lectura de la reforma a la justicia bajo la mirada simultánea de sus potencialidades para neutralizar o tratar los conflictos sociales y defender las garantías debe incorporar, sobre todo, un juicio sobre su eficacia, referido a ambos aspectos anotados. Así mismo, como quiera que se ha hecho referencia al orden social, no podrá perderse de vista que esto significa, para el caso colombiano, un marco que corresponde a un Estado social de derecho en construcción y, desde luego, a un régimen democrático. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que las características propias de la

* Abogado y profesor de la Universidad Externado de Colombia, Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona. Autor de *El proceso de paz* (1985), *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia* (1997), y *El mundo real de los abogados y de la justicia* (2001) en cuatro tomos.

estructura de la administración de justicia no sólo deben ser compatibles con los atributos que corresponden al tipo de orden social que emana de un Estado democrático, social y de derecho, sino que las propiedades estructurales de la justicia tienen una profunda influencia sobre el tipo de justicia que se imparte, sobre todo respecto de los conflictos sociales sujetos a intervención y en cuanto a la manera como pueden realizarse las garantías de la población.

En lo que atañe al programa de reforma gubernamental es preciso advertir que, hasta la fecha (es probable que en el curso de la administración surjan nuevas iniciativas), ha incorporado varios proyectos de distinta naturaleza, de los cuales no todos serán objeto de análisis. Este escrito se referirá, salvo unos breves comentarios expuestos en el acápite siguiente, a la reforma principal, aquellas que toca con las estructuras orgánicas de la justicia (el Consejo Superior de la Judicatura y las altas cortes), y con instituciones fundamentales en la operación judicial (la tutela, el acceso a la justicia, etc.).

2. REFORMAS ESPECÍFICAS

Fuera de la reforma principal, por su dimensión y alcances, las iniciativas restantes, identificadas con el mote de reformas

específicas, son útiles a efectos de la construcción de un panorama general, que, como se apuntó merecen, algunas anotaciones concisas. En primer término, se encuentra el proyecto de jurisdicción de pequeñas causas, en realidad apenas una idea que no ha sido concretada en un proyecto de ley, cuyo objetivo primordial es la introducción de un sistema de justicia rápida (una meta sin duda loable, justicia pronta es justicia eficaz), mediante un procedimiento oral, abreviado y de única instancia, que estaría a cargo de jueces de causas múltiples (reemplazarían a los jueces promiscuos)¹.

Al respecto, será necesario observar que su diseño legislativo no implique el establecimiento de un tipo de justicia con escaso interés por el debido proceso, dentro de la orientación que ha hecho carrera en algunos países que desarrollaron la ecuación: justicia de “bagatela” igual a justicia sin garantías. El tipo de asuntos que corresponde a esta clase de causas, por regla general, involucra a personas de los sectores socioeconómicos más débiles, para las cuales, desde luego, las materias objeto de conflicto no son muchas veces cuestiones de bagatela o nimias, sino asuntos esenciales dada su situación, razón que demanda de intervenciones judiciales adecuadas. La garantía de acceso a la justicia no se traduce apenas en la posibilidad de

1. Una versión resumida de la idea en Fernando Londoño Hoyos. “Proyecto de reforma a la administración de justicia”, en Jaime Bernal Cuellar (coordinador). *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 179.

llegar a ella, sino también en las condiciones en que se arriba a ésta, valga decir, en la calidad del servicio de justicia prestado. En consecuencia, poco honor se le haría al carácter social del Estado si, so pretexto de descongestionar y abaratar la administración de justicia para atender aquellos asuntos que las élites consideran estratégicos y prioritarios, se abandonara a los sectores sociales más vulnerables a un modelo de justicia sumaria sin debido proceso.

En segundo lugar, se localiza el proyecto de reforma al procedimiento arbitral. Materia sobre la cual no se ahondará, salvo para indicar que el proyecto no contiene medida alguna que estimule su generalización o popularización, o sea, la posibilidad para que las organizaciones comunitarias puedan recurrir a él. El arbitramento ha demostrado eficacia elevada para el tratamiento de ciertos conflictos sociales o disputas de intereses, pero se ha constituido en un sistema al que pocos sectores de la población tienen acceso. Esto denota un vacío en el desarrollo de la institución sobre el que no existe interés de rectificación.

En este punto, cabe recordar una idea sobre la que se volverá en forma reiterada a lo largo de este escrito: en el país, desde hace más de 25 años, han marchado de modo paralelo dos grandes programas o modelos de reforma a la justicia, que no son excluyentes entre sí: con el primero se ha intentado articular a la justicia en los

intereses y políticas de las élites, por medio de la subordinación de los entes y operadores judiciales al poder ejecutivo, con pérdida de su independencia y capacidad para amparar al grueso de los justiciables; con el segundo, ante el fracaso de las iniciativas principales en la dirección anterior, lo mismo que frente a los diagnósticos sobre la crisis de la justicia y su ineptitud para tratar los conflictos de interés, las élites han procurado la construcción de una parajusticia o sistema de justicia paralela, esto es, instancias de manejo de los conflictos definidos como estratégicos en términos económicos y políticos, lo que se ha traducido, con relativa eficacia, en la justicia arbitral, la administrativización de ciertas materias antes de competencia judicial, el procesamiento de civiles por la justicia penal militar (hasta que fue declarado inexecutable), la extradición de connacionales para su juzgamiento en los Estados Unidos (en especial, por delitos de tráfico de drogas y narcoterrorismo), y la privatización de algunos procedimientos².

Advertido lo anterior, no sobra señalar que la propuesta para rectificar algunas facetas del procedimiento arbitral está enmarcada dentro de la segunda tendencia descrita, que ha encontrado en la institución un instrumento que le permite sustraer, de la que se califica como ineficiente y lenta justicia ordinaria, un conjunto de asuntos de relevancia esencial,

2. El tema fue explorado en Germán Silva García. “Justicia, jueces y poder político en Colombia”, en *Hacia una crítica de la política criminal en América Latina*, serie Jurimprudencias No. 2, Bogotá, ILSA, 1991, pág. 59 y ss.

pero sin extender su uso, disminuir sus costos y animar una apropiación social de la institución por colectivos de ciudadanos. En concordancia con lo anterior, es conveniente subrayar que ni el arbitramento ni toda privatización de gestiones antes judiciales, por ejemplo las sucesiones no contenciosas, son deleznable, puesto que puede tratarse de instituciones o medidas eficaces, democráticas o garantistas, lo cuestionable es la restricción, deliberada o por omisión, de las posibilidades de su empleo.

También a tono con la segunda tendencia o modelo expuesto, se encuentra la reforma al procedimiento ejecutivo civil, destinado al cobro de obligaciones singulares o hipotecarias, impulsada por el Ministerio de Desarrollo, la cual ya fue aprobada por el Congreso y se examinó en otro espacio³. La razón de esta ubicación radica en que la reforma, con pocas posibilidades de afectar de modo substancial la congestión de los despachos civiles y las demoras en el trámite de los ejecutivos, puesto que la problemática social sobrepasa la capacidad del control jurídico, contiene algunos visos de privatización de

diligencias, en detrimento de los intereses de los deudores.

Sin embargo, lo más trascendente de los cambios aquí introducidos, es que pueden representar una “cabeza de playa” para generalizar, no por medio de cambios menores sino de modo integral, la privatización del proceso ejecutivo, incluso, colocándolo bajo la égida de las instituciones financieras⁴. Aunque el ministro de Interior y Justicia, Fernando Londoño Hoyos, y Garay coinciden en legitimar las medidas que se adoptan o proponen en la averción a la idea de un Estado dedicado a atender los intereses de las instituciones financieras, según su parecer entidades poderosas y privilegiadas (aunque ellas tienen también derechos constitucionales para acceder a la justicia). La motivación parece más una afirmación populista y poco transparente si se tiene en cuenta que tales medidas favorecen, en forma desmedida, a las instituciones financieras⁵. Por su parte, las opciones para la ampliación de la parajusticia explicada al campo del cobro de las obligaciones civiles están asentadas, por una parte, en la congestión des-

3. Germán Silva García. “La reforma a la administración de justicia civil”, en *Nueva Época*, núms. 18 y 19, Bogotá, Universidad Libre, 2002, pág. 85 y ss.

4. En ese sentido, la propuesta de Luis Jorge Garay. “El papel de la desjudicialización en un Estado social de derecho a propósito de la justicia colombiana”, en Jaime Bernal Cuellar (coordinador), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 279 y 280. Críticas a la propuesta en Silva García. “La reforma”, cit., págs. 99 a 102, también Mauricio Pérez Salazar. “A propósito de la ponencia del doctor Garay sobre la justicia colombiana”, en Jaime Bernal Cuellar (coordinador), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 295 y 296.

5. Londoño Hoyos. “Proyecto”, cit., pág. 180, Garay. “El papel”, cit., pág. 279.

bordante que en la actualidad representa este tipo de procesos en la jurisdicción civil, al punto que la eficacia de un proceso relativamente sumario como el ejecutivo se ha hecho no pocas veces nula y, por otra parte, en que la estabilidad de las instituciones financieras, en riesgo por el monto elevado de la cartera morosa, es una cuestión estratégica.

En cuarto término, puede ser identificado el proyecto de normas antiterroristas que reforma cuatro artículos de la Constitución Política (llamado en los medios de comunicación, de manera equivocada “estatuto”), por medio del cual se conceden facultades de policía judicial a las Fuerzas Armadas, son otorgadas a los militares atribuciones para realizar capturas e interceptar comunicaciones sin mediar orden judicial y se regulan otras materias análogas, como la facultad para ordenar el empadronamiento de la población civil en zonas especiales de orden público. Este proyecto de reforma constitucional, promovido por el Ministerio de Defensa, está situado dentro del primer modelo de reforma a la justicia que fue reseñado, dada su orientación a la asignación de competencias de carácter judicial o de impacto para determinar el curso de los procesos judiciales a agentes del ejecutivo, demandaría de un escrito completo dedicado con exclusividad a un examen pormenorizado de sus contenidos a lo que, por otra parte, se agrega el hecho de que es materia de otro trabajo de investigación en curso, razones por las cuales no se anali-

zará. Sin embargo, no puede desaprovecharse la oportunidad para introducir algunas acotaciones puntuales.

Uno de los puntos que llama la atención es la improvisación del gobierno en un asunto tan delicado. La administración hubiera podido introducir el tema del terrorismo en el referendo político puesto que, por un lado, el discurso de Uribe Vélez como candidato en torno a tal problemática fue lo que lo llevó a la presidencia, luego hubiera sido legítimo su planteamiento; de otro, ese tema hubiera arrastrado una votación favorable para todas las reformas inmersas en la convocatoria del referendo, aspecto importante habida consideración de las pocas probabilidades para alcanzar la votación indispensable; finalmente, el trámite ordinario de una reforma constitucional, sujeta a discusión y aprobación en dos legislaturas y ocho debates (en la actualidad cumplió con éxito la primera mitad del trámite), sin contar la ley estatutaria que debe ser aprobada para la ejecución de las medidas, sólo permitirá lograr las facultades pretendidas, de ser aprobadas, después de la mitad del periodo de gobierno. Lo cierto es que en agosto de 2002, al asumir el gobierno, no se tenía claro qué medidas podían ser necesarias para combatir el terrorismo y el proyecto fue construido sobre el camino. Éste tampoco comporta una reforma integral a los estados de excepción, el aspecto de mayor trascendencia en este terreno, en forma que se prevea la situación de guerra interna, lo que im-

plica algo bastante más grave que una mera alteración transitoria del orden público, por lo cual parece más una colcha de retazos no sistemáticos.

Así mismo, es evidente la falta de imaginación y creatividad del gobierno en esta materia, que no sólo ha mantenido instrumentos para la lucha contrainsurgente de la administración del presidente Andrés Pastrana (1998/2002), cuya política fuera tan criticada por Uribe Vélez durante la campaña a la presidencia, sino que, además, el proyecto recupera atribuciones con las que han contado los militares en épocas pretéritas, como las competencias de policía judicial, sin que ello marcara mayores diferencias en el éxito de la represión de los grupos alzados en armas. La reforma en este campo ha generado, además, reacciones negativas de la ONU, que ha criticado las medidas previstas.

En un plano general, se persiste en el empleo del derecho penal como instrumento para el combate de los enemigos del Estado, cuando no es una herramienta para conflictos bélicos, lo que además de ofrecer problemas de falta de idoneidad en los medios usados puede generar una grave distorsión de las instituciones penales, establecidas para regular las relaciones sociales de todos los ciudadanos en situaciones ordinarias, no apenas de los insurrectos en situaciones excepcionales. Así mismo, el uso de la administración de justicia penal como instrumento dentro del conflicto armado ha colocado a los funcionarios judiciales en la mira de los gru-

pos alzados en armas, obligando a su repliegue en varias zonas del país, con perjuicio para el conjunto de la población, pues se afecta el acceso a la justicia. En pocas palabras, la penalización de la guerra interna del país, en lo que corresponde a la gestión tradicional del conflicto, carece de racionalidad.

Por último, la prerrogativa para invertir a los militares de poderes para realizar capturas sin orden judicial, ni siquiera restringida a las zonas de operaciones bélicas, tampoco a las infracciones que son susceptibles de comisión por parte de los alzados en armas (operaría para todos los delitos), lo que desde luego sobrepasa las situaciones de flagrancia donde no se requiere de autorización judicial, parece innecesaria en términos de eficacia de las acciones de control, vulnera las garantías propias del derecho penal democrático, y representa una contradicción con tratados internacionales suscritos por Colombia en el campo de los derechos fundamentales. El último es un precio bastante alto, que perjudicará al país en el plano internacional, cuando podía establecerse un procedimiento rápido y oral para obtener autorización judicial con el cometido explicado.

En quinto y último lugar tenemos el acto legislativo 3 de 2002, surtido con apoyo gubernamental, pero iniciativa principal de la Fiscalía General de la Nación e impulsado por la Agencia Internacional para el Desarrollo del Gobierno de los Estados Unidos -USAID-. Sobre su contenido sólo se destacarán cuatro aspectos:

La reforma introduce el sistema penal de tendencia acusatoria o mixto moderno, un procedimiento más eficiente y democrático para tratar los conflictos calificados como penales, lo que constituye un avance significativo. La reforma constitucional concedió facultades a la Fiscalía para ejecutar capturas, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones sin orden de un juez. Tales prerrogativas son ajenas al sistema procesal mixto moderno, en particular a su raigambre garantista, lo que no se resuelve con un control posterior a cargo del juez de garantías, puesto que para entonces el daño ocasionado por los abusos en el ejercicio de esos poderes ya se habrá causado. El futuro de la reforma penal dependerá, en proporción determinante, de las características y perfil del código de procedimiento penal que sea expedido para concretar los cambios en el marco constitucional. Otro factor con elevadas repercusiones sobre la suerte del nuevo modelo de justicia penal emerge de las acciones que se desplieguen para preparar la aplicación del sistema mixto moderno, entrenar a los operadores de la justicia (jueces, fiscales y abogados litigantes) en los nuevos roles, e impulsar transformaciones en la cultura jurídica interna de los miembros de la profesión jurídica, esto es, en sus usos, valores y actitudes. La sociología jurídica ha demostrado que reformas legales, con adecuados dispositivos técnicos y buenas intenciones políticas, pueden quedar anuladas y ser distorsio-

nadas por la resistencia de los operadores a aceptar los cambios.

3. LA REFORMA CENTRAL A LA JUSTICIA

El proyecto de Acto Legislativo “Por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia”, formulado por iniciativa del Ministerio del Interior y Justicia, dispone de 26 artículos que atañen, entre otras, a materias como el Consejo Superior de la Judicatura, la elección de los magistrados de las altas corporaciones, la tutela, el acceso a la justicia, el control constitucional y la jerarquía y naturaleza de las decisiones judiciales.

3.1. Modificación del Consejo Superior de la Judicatura

La reforma al Consejo Superior de la Judicatura es una medida necesaria, mas no su supresión (en realidad, esa era la propuesta electoral del entonces candidato Uribe Vélez), ni el cambio de su denominación (simplemente para salvar la apariencia de cumplimiento de la promesa electoral). La Constitución Política de 1991 creó la institución, dividida en dos salas, la primera con atribuciones administrativas, la segunda con funciones disciplinarias, pero el esquema adoptado para su organización y operación, alejado de los modelos que habían inspirado la figura, como el Consejo Superior de la Magistra-

tura italiano, resultó bastante oneroso en términos fiscales, muy poco operativo en la práctica, a la vez que engendraba un aparato burocrático con dimensiones excesivas⁶. El problema principal radica en la parte administrativa, pues a nivel nacional (lo que después se replica en todos los distritos judiciales), adoptó la forma de un órgano colectivo de dirección y administración del poder judicial con una capacidad ejecutiva disminuida. En el campo disciplinario, la problemática emerge del número cuantioso de magistrados y sus costos, pues además del Consejo Superior, se encuentran consejos seccionales en cada distrito. Lo requerido, tal como ha sido afirmado en distintas oportunidades por voces diferentes, es un gerente o administrador de la carrera judicial con funciones ejecutivas sobre la rama jurisdiccional, sujeto a las instrucciones del Consejo Superior de la Judicatura o de la Magistratura, el cual oficiaría

como una especie de junta directiva a cargo de la definición de las políticas, la determinación de los procedimientos y criterios de gestión, el señalamiento de las metas u objetivos y la aprobación del presupuesto.

Empero, aunque el proyecto consigna la creación de una Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial (Art.20 del proyecto -254)⁷, luego le atribuye al Consejo Superior de la Administración de Justicia, nuevo nombre que sustituye al de Consejo Superior de la Judicatura, tal cantidad de competencias de administración que, finalmente, el cambio producido es apenas nominal⁸. Si bien el proyecto de reforma señala las atribuciones del Consejo para: fijar las políticas que ejecutará la Dirección Ejecutiva de la Rama Judicial, aprobar el presupuesto, proferir los reglamentos de funcionamiento y proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y los códigos, todas

6. El Consejo Superior de la Magistratura italiano se compone de 33 miembros, dos tercios elegidos democráticamente por los funcionarios judiciales (20), un tercio designado por el parlamento entre los catedráticos universitarios o los abogados en ejercicio (10, en la práctica con participación de la mayoría de fuerzas políticas, lo que emerge de la votación calificada que se requiere), y tres representantes que asisten por derecho propio derivado de su cargo. Los jueces que participan en el Consejo obtienen licencia durante su periodo. Los debates y deliberaciones del Consejo son públicos. Al respecto, Salvatore Senese. "Le statut de juge", en *Seminario internacional sobre la independencia judicial en Latinoamérica*, Asociación de Jueces y Funcionarios para la Democracia y las Libertades República Argentina, Jueces para la Democracia España, Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades, Buenos Aires, 1991, pág. 144. También, Eugenio Raúl Zaffaroni. *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994, pág. 222 a 227. Así mismo, Roberto Bergalli. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, págs. 411 y 412.

7. Para facilitar el seguimiento del proyecto y la comparación con las normas que serían modificadas se coloca entre paréntesis, en primer lugar, el número del artículo del proyecto y, en seguida, entre guiones, el número del artículo vigente de la Constitución Política.

8. El cambio de nombre del ente implica erogaciones injustificadas al presupuesto público, sólo con el propósito de aparentar la supresión del organismo.

ellas pertinentes, también pone a su cargo directo competencias respecto de las cuales sólo debería caberle la facultad para trazar políticas, tales como: organizar la división territorial del país, crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos de la rama, administrar la carrera judicial, llevar el control del rendimiento de las oficinas judiciales, obrar como segunda instancia en los procesos disciplinarios (por demás, ajena a las funciones de gobierno y administración judicial) y, como si fuera poco, las demás establecidas en la ley (Art.22 -256). En consecuencia, aun cuando la reforma alude al carácter no permanente del Consejo, la suma de atribuciones que le han sido asignadas borrará esa intención o alentará la improvisación.

En cambio, el proyecto no se pronuncia sobre la competencia para evaluar la calidad y rendimiento del trabajo judicial, cuya calificación negativa trae el despido, apenas registra la función de “llevar el control del rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales”. En la actualidad, la evaluación cuantitativa la realiza el Consejo Superior de la Judicatura y la cualitativa el inmediato superior en la escala funcional de la rama. Es previsible que el sistema se mantenga o, incluso, sea en su integridad asignado a los superiores judiciales. Sin embargo, los dos componentes de la evaluación deben corresponder al CSAJ, ya para mantener una unidad en el juicio sobre el desempeño, ora para evitar que los jueces y tribunales se embarquen en un ejercicio que los separaría de sus

deberes de administrar justicia y, sobre todo, porque el CSAJ, si es constituido como una entidad autónoma respecto de la judicatura, debe concentrar esa facultad para salvaguardar la independencia interna de la administración de justicia. Es decir, corresponde a un tercero evaluar el trabajo judicial, en particular, cuando la labor de los jueces superiores también debe estar sujeta a ponderación.

El proyecto no indica nada acerca de quién elige al director ejecutivo de la carrera judicial, lo que le deja a la ley estatutaria de la administración de justicia la determinación. Sobre el punto, se piensa que dicha competencia, al igual que la remoción, debe recaer en el Consejo que, de tal modo, puede controlar el cumplimiento de sus instrucciones y políticas. Respecto de las calidades de los integrantes del Consejo el proyecto suprime las indicaciones generales contenidas en el artículo 255 de la Constitución, entre las cuales se encuentra la de tener título profesional como abogado. Tal omisión en el texto constitucional, sin ninguna remisión a la ley, es inconveniente, pues de ser establecidos los requisitos en la ley estatutaria de la justicia, siempre podrá discutirse la exequibilidad de una disposición legal que introduce restricciones no consignadas en la Constitución, arrastrando el riesgo de la designación de consejeros sin calidades mínimas. En cuanto a la formación profesional de los consejeros, no obstante, dadas las funciones disciplinarias asignadas al Consejo, deberán ser abogados.

Empero, habida cuenta de la naturaleza de las competencias atribuidas al órgano y su naturaleza, sería un error impedir que otro tipo de profesionales puedan arribar al Consejo, además de los juristas, por ejemplo economistas, sociólogos y administradores de empresas.

Sobre la composición del Consejo Superior de la Administración de Justicia -CSAJ- (Art.21 -255), luego de suprimirse la división en salas, el número de consejeros (en la actualidad se denominan magistrados) se fija en siete, siendo su origen o extracción el aspecto donde se producen las mayores transformaciones y, así mismo, el punto que puede suscitar las principales objeciones. El presidente del CSAJ es elegido por el Senado de ternas enviadas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado; otro miembro es nombrado por las facultades de derecho con más de 20 años de existencia; el tercer componente, un funcionario de carrera judicial, es elegido por los miembros del poder judicial; un cuarto integrante sería el ministro de Interior y Justicia o, en su defecto, el vicedirector de Justicia y del Derecho⁹. Hasta aquí las observaciones son leves, y en seguida se apunta:

Tal vez, podría ampliarse el número de consejeros elegidos por el Senado, incluso otorgando participación a los partidos o movimientos políticos minoritarios en el parlamento (al exigir una votación calificada), con la potestad del conjunto de la judicatura para elaborar las ternas de candidatos por votación, lo que debe evitar el tipo de prácticas dudosas que han sido denunciadas a propósito de elecciones de magistrados de la sala disciplinaria del Consejo de la Judicatura por el Congreso; así mismo, no se discute la participación de las facultades de derecho, pero el nombramiento debería quedar circunscrito a aquellas que hayan acreditado sus programas académicos de acuerdo con la ley 30 de 1992, es decir, sólo con la participación de aquellas facultades respecto de las cuales se reconozca su excelencia en el campo de la educación jurídica, lo que parece necesario en un país con más de 74 facultades de derecho y graves problemas de calidad en la educación jurídica que se imparte; la designación de un funcionario judicial, elegido por las bases de la magistratura, es un saludable gesto democrático, aun cuando podría ampliarse la participación a dos consejeros y, por otra parte, no tendría que ser limitada a fun-

9. Entre los citados, con la obvia salvedad del ministro de Justicia, el período de los consejeros designados es de cuatro años, mientras que en la actualidad es de ocho, lo que significa una reducción a la mitad, lo cual parece razonable: tiempo suficiente para darle continuidad a las políticas que se desarrollen, pero no excesivo. No existe en el proyecto prescripción que prohíba la reelección, sin embargo, ella no es aconsejable para preservar la independencia de los consejeros y eludir su politización. Así mismo, en una democracia es preferible que los cargos públicos de elección sean de rotación, para favorecer la participación y evadir la privatización de lo público.

cionarios judiciales, pero de serlo, debería aparecer circunscrita con claridad a jueces, puesto que los empleados subalternos de los despachos son también funcionarios de carrera judicial; la participación de un representante del poder ejecutivo, sea el ministro o el viceministro del ramo, no implica un número excesivo que pueda romper el equilibrio entre poderes, y parece conveniente desde el punto de vista de la coordinación con el gobierno¹⁰.

En cambio, no se comparte la integración al CSAJ de los presidentes o, en delegación, de los vicepresidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Esto contraviene la naturaleza y sentido de la figura de los consejos superiores de la magistratura, cuyo objeto ha sido separar a quienes imparten justicia de las tareas de administración y gobierno del poder judicial. En los viejos sistemas, que han sido aplicados en distintos países latinoamericanos, sobre todo la Corte Suprema de Justicia poseía toda clase de atribuciones administrativas, que alejaban a los magistrados de sus deberes naturales, como la regulación de las notarias, la investigación

de las faltas disciplinarias, el registro de los abogados, el nombramiento de jueces, la ordenación del presupuesto judicial, la dirección de la defensa pública, la evaluación del trabajo judicial, el traslado de funcionarios, etc., cuyo propósito era mantener al poder ejecutivo alejado del gobierno judicial, como garantía de la preservación de la independencia, pero con los defectos de desviar a los magistrados del trabajo judicial y de poner a regentar la rama jurisdiccional a quienes pueden saber de derecho, pero no necesariamente de administración y gestión o sobre sociología y políticas de justicia¹¹. Con la creación de los consejos de la magistratura, también con la destinación de algunas de las atribuciones citadas a otros entes, sin afectar la independencia de la justicia, se logró conformar un órgano especializado en el gobierno del poder judicial, sin necesidad de sustraer a los magistrados de las altas cortes de su labor de impartir justicia, punto en el que se retrocedería con la reforma postulada por el gobierno¹². Punto donde además, para mayor claridad, debe advertirse que los países que contemplan la participación de jueces en

10. No obstante, el ministro de Interior y Justicia no debe participar en las nominaciones ni en las elecciones a cargos judiciales, con el fin de preservar la independencia de la justicia respecto del poder ejecutivo.

11. Tal era el caso de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador y de Costa Rica, que ejercían todo tipo de funciones administrativas. Sobre Costa Rica José Ma. Rico, Luis Salas, Enrique Gutiérrez y Carlos Cruz. *La justicia penal en Costa Rica*, San José, Educa, 1988, pág. 119.

12. La gestación de los consejos superiores de la magistratura ocurre después de la Segunda Guerra Mundial, a la par con las transformaciones en la organización del Estado, es decir, ocurre con el desarrollo del Estado social de derecho y la democracia, con expresión inicial en Italia, Francia, España, Portugal y Grecia, Bergalli. *Hacia una cultura*, cit., págs. 407 y 408.

el consejo de la magistratura, establecen su separación del cargo en la judicatura durante su período en el órgano de gobierno judicial, medida que no convendría adoptarse respecto de los magistrados de los altos tribunales¹³.

En definitiva, si es considerada la cantidad excesiva de tareas asignadas al Consejo en materia de administración, también si se tiene en cuenta que varios de los integrantes del CSAJ tendrán que combinar sus actividades ordinarias con las labores propias del ente, el pronóstico sobre la eficacia y eficiencia de la nueva institución sería negativo. El objetivo de hacer prevalecer el interés público sobre el corporativo, combinado con la intención de promover la participación de los actores de la administración de justicia en el gobierno del poder judicial, demanda un punto de equilibrio en el cual la participación de los operadores judiciales, aunque admitida, no sea exagerada, puesto que puede llevar a que prevalezcan los intereses gremiales sobre los públicos.

De allí que se insista en que es excesiva la participación directa prevista para las altas corporaciones en el CSAJ, que la participación de los operadores judiciales en el CSAJ, desde un punto de vista democrático, quedaría mejor satisfecha con elec-

ciones de consejeros en las que pueden intervenir la totalidad de los jueces y no una minoría minúscula. Sobre la legitimidad de un órgano como el CSAJ, si se trata de un ente autónomo dentro de la estructura de organización estatal, de modo necesario debe corresponder a un organismo de autogobierno del poder judicial, lo que sólo se realizaría en términos democráticos con la participación masiva de los jueces en la elección de los consejeros. Carácter del Consejo frente al cual sólo caben las limitaciones mencionadas, cuya meta es asegurar la primacía de los intereses públicos, a lo que se agrega la participación de las facultades de derecho que constituyen los mejores representantes de la comunidad jurídica, justificada en que los jueces no son los únicos actores de la administración de justicia.

A modo de resumen y como resultado de las reflexiones expuestas, la propuesta planteada como alternativa sugiere un Consejo integrado por ocho miembros, uno elegido por el Senado de ternas de las altas corporaciones, dos consejeros electos entre los jueces, tres componentes nombrados por el Senado de ternas presentadas por los jueces (sin cargos en la judicatura), un consejero elegido por las facultades de derecho acreditadas y el ministro de Interior

13. La separación por cuatro años de, por ejemplo, un juez del circuito no sería traumática, pero en el caso de un magistrado de la Corte Suprema o del Consejo de Estado, significaría apartarlo por la mitad de su período, con pérdida sensible de un juez superior que se supone ha sido elegido por sus especiales y singulares calidades para ese cargo.

y Justicia¹⁴. La estructura, composición y funciones del CSAJ no es un asunto de simple administración o de procurar un discutible “eficientismo” judicial, representa ante todo un asunto de hondas repercusiones políticas que, sin duda, repercute sobre la forma como se administra justicia, es decir, afecta la manera como son tratados los conflictos sociales. Por ende, importa que la institución sea delineada con características que aseguren su estirpe democrática y su autonomía.

3.2. Designación de magistrados de las cortes

El articulado de la reforma no sólo preserva el sistema burocrático existente para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, también lo extiende a la Corte Constitucional, al establecer que todos los magistrados serán designados por el proce-

dimiento de cooptación (Art.10 -231)¹⁵. En los sistemas burocráticos la elección y promoción de los funcionarios se produce como resultado de la aplicación de amplios márgenes de discrecionalidad por quienes son dotados de jerarquía en la estructura, además de lo cual, sucede de modo preponderante como consecuencia de una elección política, donde las relaciones personales y clientelistas con los electores resultan decisivas. La figura de la cooptación, aunque eventualmente podría llegar a funcionar bien (como sucedió con frecuencia durante la época en la que rigió en Colombia, entre el Frente Nacional y la Constitución de 1991), en la medida en que corresponde al sistema burocrático indicado, encierra el riesgo de afectar la transparencia que debe imperar en la composición de la administración de justicia, contribuir a restarle legitimidad y disminuir la calidad de la justicia, dadas las variables mencionadas que pueden in-

14. El Consejo General del Poder Judicial en España está compuesto por 20 miembros, ocho nombrados por el parlamento entre juristas de prestigio, mientras que los 12 restantes deben ser jueces. Sobre la designación de los jueces la Constitución no prevé regla, por lo que la ley orgánica absuelve el punto. Inicialmente, el nombramiento lo hacían los jueces por votación directa, pero en la actualidad es también competencia del parlamento (lo que ha sido materia de polémicas y conflictos). Se requiere una votación calificada para evitar el monopolio de una fuerza política única. Senese. “Le statut”, cit., p. 144. También Bergalli. *Hacia una cultura*, cit., pág. 417 a 419. En Argentina, donde de manera tradicional el Presidente de la República ha tenido alta injerencia en el nombramiento de jueces, la reforma constitucional de 1994 introdujo el Consejo de la Magistratura, con la facultad de formar ternas integradas por concurso, para posterior elección del Presidente que debe ser confirmada por el Senado, Bergalli. *Hacia una cultura*, cit., págs. 423 y 424.

15. En la actualidad, los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de ternas presentadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Sin duda, el Senado ha obrado con responsabilidad en los nombramientos que ha efectuado. La prerrogativa que otorga el proyecto a las facultades de derecho, con más de 20 años de antigüedad, y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia para proponer candidatos a magistrados no tienen mayor objeto, cuando cualquier jurista, con apenas el cumplimiento de unos requisitos mínimos, puede postularse en igualdad de condiciones.

cidir en la elección de los magistrados, además de comprometer la independencia de la justicia¹⁶. De igual forma, al concederse a los magistrados que integran las altas corporaciones judiciales el poder para nombrar a sus pares, de nuevo, los magistrados son separados de sus funciones judiciales para intervenir en un acto político de gobierno, lo que es contrario a la naturaleza de sus cargos.

En este sentido, no se entienden las protestas contra la tutela de algunos magistrados de las altas corporaciones, que de acuerdo con su parecer los alejan de la tarea de administrar justicia, aun cuando los procesos y las sentencias de tutela son judiciales, mientras que silencian sus voces frente a la asignación de un conjunto de atribuciones administrativas, sin nexo alguno con la función judicial, como elegir a los magistrados de sus corporaciones, nombrar a los magistrados de los tribunales de distrito o contenciosos, investigar y sancionar las faltas disciplinarias, evaluar la calidad del trabajo de otras

instancias de la jurisdicción, integrar el CSAJ, aunque todas ellas los apartan de sus deberes de hacer justicia y pese al atraso notable que, en la mayoría de los casos, presentan en el trámite de los casos a su resguardo. Tal vez, la diferencia radica en que el segundo tipo de atribuciones proveen poder político y burocrático, mientras que las primeras sólo tienen que ver con la engorrosa labor de protección judicial de los derechos fundamentales de la población. En la misma dirección, es prudente acotar que el recargo con ocupaciones administrativas a los magistrados de las altas corporaciones judiciales afectará la eficacia de la administración de justicia, deducida de una mayor congestión y atraso en la evacuación de los procesos a su cargo, y de la menor disposición de tiempo para impartir justicia con calidad. Punto que, además, atenta contra las garantías fundamentales de los ciudadanos, que no sólo tienen derecho de acceder a la justicia, en el sentido de poder recurrir a ella, sino a obtener justicia pronta y de

16. Sobre los defectos del sistema de cooptación, opuesto al sugerido, se ha sostenido: “La selección de los jueces por cooptación puede ser más o menos pura, es decir, operar plenamente o en forma limitante de la nominación política. De cualquier manera, la selección que descansa en la arbitrariedad de las cúpulas judiciales, da lugar a una elitización del judicial, (...). Aniquila cualquier resto de independencia interna de la magistratura, pues el juez, con miras a su permanencia y promoción, se halla condicionado a aceptar dócilmente los criterios de las instancias superiores, dentro de una estructura jerarquizada que tiende a reproducirse y retroalimentarse hereditariamente. Con razón se ha dicho que es ‘propia de una organización corporativa y asegura una actitud continuista y conservadora en quienes haya de administrar justicia’”, Zaffaroni. *Estructuras*, cit., pág. 160. También se ha advertido que las estructuras judiciales jerarquizadas amenazan la independencia interna de la justicia, cuando los tribunales superiores pueden incidir sobre la posición y la carrera del juez, mientras que la cooptación fija la jurisprudencia y promueve el conformismo, frustrando la garantía enunciada en todas las constituciones en cuanto a que el juez sólo debe obediencia a la ley, Senese. “Le statut”, cit., pág. 145.

calidad, aspectos que hacen parte del mismo derecho.

La cuestión de la violación a la independencia de la administración de justicia, tal como ha indicado Zaffaroni, radica en que los sistemas adoptados con mayor frecuencia en América Latina han insertado un control político intenso (del ejecutivo, o de este en consuno con el legislativo) sobre las cúpulas del poder judicial, que luego mediante una estructura jerarquizada se extiende sobre el conjunto de la rama judicial, formalmente autónoma, pero que en la práctica afronta fuertes restricciones. El sistema ha predominado en la historia de Argentina, Honduras, Venezuela, Nicaragua, Bolivia, Costa Rica, México, Panamá, República Dominicana, Ecuador y El Salvador¹⁷.

Un sistema ideal debía contemplar la elección de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado por el Senado, de ternas elaboradas por el CSAJ, conformadas de acuerdo con parámetros e indicadores que puedan ser verificados (que serían establecidos por el CSAJ, conforme a pautas señaladas en la ley estatutaria de la administración de justicia), de tal manera que los méritos profesionales y académicos, jueguen un papel relevante en el procedimiento. Al tiempo, aunque los magistrados de las cortes, al aplicar las normas e impartir justicia, obtienen su legitimidad

de la Constitución, ella se reforzaría como consecuencia de la participación del Senado en su elección, puesto que, finalmente, los senadores son los representantes democráticos y pluralistas del pueblo.

Son sanas y convenientes las prohibiciones contempladas en el proyecto de reforma que plantean la imposibilidad, referida a los magistrados de la Corte Constitucional, para aceptar cargos en el gobierno, durante su período o en los dos años siguientes a su terminación, lo mismo que para cargos de elección popular, dentro de las mismas limitaciones temporales (Art.18 -245-). La disposición debe asegurar la independencia de los magistrados del organismo frente al poder ejecutivo, al igual que coadyuvar al propósito de esquivar la politización de la justicia, en términos de sujetar el sentido de las decisiones a las ambiciones y expectativas electorales. Sin embargo, las mismas cortapisas debían ser impuestas a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, a los miembros del CSAJ y, sobre todo, al cargo de fiscal general de la nación. No se entiende la discriminación en este acápite, puesto que las razones que sirven de fundamento para plantear el impedimento para los magistrados de la Corte Constitucional igualmente aplican a los restantes magistrados y consejeros. También respecto de las posiciones de elección popular la prohibición

17. Zaffaroni. *Estructuras*, cit., págs. 148 y 149.

debía ser extendida a cuatro años, mientras que frente a los cargos gubernamentales la restricción tendría que referirse al periodo o periodos del ejecutivo durante los cuales, de manera paralela, se haya desempeñado la judicatura en las altas corporaciones y la posición de fiscal general.

3.3. Elección de jueces

Para el nombramiento y promoción de los magistrados de los tribunales y de los jueces, la iniciativa de reforma consigna el loable propósito de su elección por concurso de méritos (Art. 6 -125-), aunque será la ley estatutaria de la justicia la que resuelva si el concurso es cierto o si se trata de un remedo, donde los indicadores que pueden ser medidos en forma objetiva tienen un valor disminuido ante la entrevista que resulta decisiva¹⁸. Por otra parte, no se entiende el objeto de la eliminación del inciso del artículo 125 de la Constitución Política que censura el nombramiento de funcionarios de carrera, en todos los órdenes del Estado, atendiendo a su filiación política (Art.6 -125-). Sin embargo, dado que el ingreso y el ascenso de los funcionarios de carrera, vista su na-

turalidad, acaece en razón a los méritos profesionales y académicos del aspirante, fue inocuo borrar el mandato anterior.

Ahora, la designación, probablemente, corresponderá a los magistrados de las altas cortes respecto de los magistrados de los tribunales, y a ellos con relación a los jueces. En este punto el proyecto de reforma no contiene prescripciones, el asunto lo decidirá la ley estatutaria de la administración de justicia, pero al no quedar incluido entre las atribuciones expresas del CSAJ, puede predecirse que el sistema adoptado será el indicado, predicción confirmada en el espíritu general del proyecto. Con todo, el trabajo de hacer los nombramientos es una función administrativa que debería ejercer el CSAJ, para no desviar a los magistrados de sus labores judiciales, así evitar el fraccionamiento de las competencias en ese campo. Así mismo, la cesión de la facultad nominativa a las altas corporaciones y a los tribunales de distrito, conduce a otra violación a la independencia interna de la administración de justicia, lo que refuerza el planteamiento sobre la necesidad de rectificar el proyecto para que el CSAJ, órgano autónomo de gobierno y administración de

18. Aquí, se mantiene el principio de inamovilidad de los funcionarios judiciales, que sólo pueden ser despedidos por falta disciplinaria, bajo rendimiento o por edad de retiro. El principio de inamovilidad es común en las democracias contemporáneas, aunque se encuentran excepciones, como la de Ecuador, donde los jueces son elegidos por el Congreso para un corto período, luego de lo cual deben procurar su reelección, lo que suprime de hecho la independencia de la justicia. Conforme al principio los jueces no pueden ser trasladados de ciudad o de jurisdicción, ni sus despachos suprimidos, ya que tales medidas atentan contra la autonomía del poder judicial. Sin embargo, la reforma conserva dicha facultad, ahora en manos del CSAJ.

la rama jurisdiccional, sin competencias judiciales, asuma esta atribución¹⁹.

En lo que toca con el procedimiento de selección de los candidatos a magistrados de los tribunales y a jueces, si bien el proyecto establece que una de las funciones del CSAJ es la de administrar la carrera judicial (Art.22 -256), esto no necesariamente significa que a su cargo se encontrarán los concursos, ni la elaboración de las listas de candidatos elegibles para las posiciones, pues es preciso hacer notar que la norma vigente, el artículo 256 de la Constitución Política, distingue entre las funciones de administrar la carrera judicial y la de elaborar las listas de elegibles, como si se tratara de tareas distintas, al estipularlas de manera separada. Esto podría significar, de acuerdo con la interpretación que se imponga, también conforme a las reglas que introduzca la ley estatutaria de la administración de justicia, que todo el proceso de selección, desde el concurso hasta los nombramientos, quedará a cargo de la Corte Suprema, de los tribunales de distrito y del Consejo de Estado, lo que significa envolver todavía más a los magistrados en tareas administrativas, diferentes a las competencias judiciales para las cuales han sido designados.

De otra parte, no aporta nada positivo la mención a la evaluación de los magistrados de las altas corporaciones por los

usuarios del servicio, tenida como uno de las fuentes para el proceso de calificación (Art.11 -223). Desde luego, los justiciables que hayan sido lesionados en sus derechos, sin necesidad del mandato proyectado, pueden ya recurrir a los organismos judiciales y de control, considerando además que sus denuncias, en caso de prosperar, inciden sobre la permanencia de los magistrados en sus cargos. Pero habida cuenta que en los procesos judiciales, de manera usual la mitad de los sujetos procesales, es decir, aquella porción que representa a la parte vencida, se siente vulnerada en sus derechos, es contraproducente y populista permitir que influyan en la evaluación de los funcionarios.

3.4. Funciones disciplinarias

Otra materia objeto de reforma profunda atañe al ejercicio de los poderes disciplinarios sobre los abogados que ejercen ante los tribunales o prestan otros servicios en el ámbito privado (Art.23 -257). Acá, se atribuyen a los jueces poderes disciplinarios sobre los abogados que actúan ante sus oficinas, lo que debe entenderse dentro del marco del desempeño en los procesos judiciales que cursan en sus despachos. De otra parte, se delega en los colegios de abogados las facultades disciplinarias que sean asignadas por ley. Sin

19. En este caso también debería operar la restricción al ministro de Interior y Justicia para participar en los procesos de selección de magistrados de tribunal y jueces, conforma lo explicado atrás.

embargo, la redacción y el contenido del precepto arrojan varias dudas.

Se piensa que los jueces sólo podrían intervenir respecto de actuaciones procesales indebidas, lo que excluye los comportamientos de los abogados que no encajan en dicha hipótesis, por ejemplo, los referidos a sus relaciones con los clientes. De lo contrario, los jueces podrían desviarse de manera considerable de sus labores de impartir justicia. Por tanto, serían de competencia de los colegios profesionales la investigación sobre ese tipo de faltas, junto a aquellas que se originan en otras ocupaciones propias del ejercicio profesional, las cuales no implican la práctica ante los tribunales como, por ejemplo, la consultoría, y las que se derivan de las actuaciones en los asuntos penales durante la investigación previa²⁰. Con todo, dejando a un lado la discusión sobre la conveniencia de organizar en Colombia la colegiatura obligatoria, que podría saldarse de modo negativo, las circunstancias descritas pueden quedar en el limbo jurídico mientras se tramita una ley que defina las facultades disciplinarias de los colegios, puesto que esta materia es propia de una ley sobre la profesión y no de la ley estatutaria de la administración de justicia. A su vez, la norma proyectada incorpora como posibilidad cierta la exis-

tencia de varios colegios profesionales, lo que conlleva el riesgo de la formación de colegios a la medida de los intereses grupales de segmentos de la profesión, sin que concurren garantías para un ejercicio serio de las tareas disciplinarias.

La misma disposición (Art.23 -257) agrega la creación de una Corte Disciplinaria *ad hoc*, con siete magistrados elegidos por las facultades de derecho con 20 años de existencia, quienes no podrían ejercer ante las altas corporaciones, para conocer de las faltas disciplinarias de sus magistrados. La nueva institución no será, entonces, fácil de integrar, ni podrá asegurarse que la compongan juristas de las más altas calidades, al tiempo que sería bastante embrollado fijar la remuneración de sus magistrados, sin contar que deberían ser las facultades de derecho acreditadas las que deberían postular a los magistrados.

En conclusión, respecto de la problemática disciplinaria, aunque el Estado ahorra recursos cuantiosos con la eliminación de la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de las existentes en los consejos seccionales (que desaparecen), el esquema ideado afronta vacíos que pueden comprometer la eficacia de este tipo de control.

En cambio, la alternativa de un Tribunal Disciplinario, de carácter permanen-

20. Durante la investigación penal previa que precede a una posible acusación ante un juez de conocimiento, aunque en determinados y precisos momentos puede comparecer un juez de garantías, en términos generales no hay presencia de juez y, desde luego, no podría nunca el fiscal ser titular de los poderes disciplinarios contra los abogados defensores.

te, compuesto por cinco magistrados elegidos por el Senado de ternas acordadas por las facultades de derecho acreditadas, con competencias de segunda instancia sobre los magistrados de las altas corporaciones, también sobre los abogados en los eventos que fueron examinados en párrafo anterior, donde la Procuraduría General de la Nación ejercería la primera instancia, aunque no fue contemplado por el proyecto de reforma constitucional gubernamental, parecería una solución más eficaz, racional y menos enredada que la prevista²¹. Puede interrogarse acerca de la legitimidad de otorgar poderes disciplinarios sobre los abogados en ejercicio privado a la Procuraduría, pero aquí cabe recordar que la entidad obra como representante de la sociedad y tutor de los intereses públicos, circunstancias que justifican su intervención en la investigación de las faltas cometidas por los abogados.

El Tribunal Disciplinario y la Procuraduría General de la Nación podrían también reservarse, en las mismas condiciones, las competencias para conocer de las faltas disciplinarias de los magistrados de los tribunales y de los jueces. Punto respecto del cual, el complicado sistema inserto en el proyecto abarca la opción de una segunda instancia a cargo del CSAJ, lo que lo alejará de sus tareas de administración del poder judicial y reniega del supuesto carácter no permanente que tendría, cons-

tituyéndose, además, en razón para limitar a sólo abogados la conformación del Consejo; al tiempo que la primera instancia sería ejercida por los magistrados de las altas cortes respecto de los jueces de los tribunales de distrito o contenciosos, o por los magistrados de los tribunales en cuanto a los jueces (Art.23 -257), lo que además de separar a los funcionarios judiciales de su trabajo ordinario de impartir justicia, resulta en una grave vulneración de la independencia interna de la administración de justicia.

El tema último, referido a la independencia interna de la administración de justicia, aunque suele ser descuidado en los análisis académicos y en la configuración de las normas jurídicas que regulan la labor judicial en América Latina, en tanto parte del principio de la independencia judicial, resulta fundamental en la configuración de un tipo de justicia democrática. No obstante, el proyecto de reforma constitucional, ora porque conserva preceptos contrarios a la independencia interna o debido a que introduce nuevos mandatos que afectan el principio, riñe con un modelo de justicia democrática.

3.5. Delegación de poderes

De otra parte, la concesión al Presidente de la República de la prerrogativa de reformar la ley estatutaria de la administra-

21. También sería válida una sala disciplinaria en el CSAJ, lo que no supone revivir los consejos seccionales.

ción de justicia por vía de decreto, aunque sea por una sola vez y en razón de la conveniencia de poner inmediatamente en práctica la reforma (Art.25), es contraria al principio de división de los poderes públicos, piedra angular de los estados democráticos. Una medida antidemocrática como la anterior, que usurpa una facultad propia del legislativo, además en una materia que por su importancia está sujeta a regulación mediante norma estatutaria, sin que siquiera se conozca el contenido del proyecto gubernamental para que fuerzas de la sociedad civil puedan pronunciarse, es del todo inconveniente. De una naturaleza análoga es la facultad que solicitó el Presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez, para acumular el poder de dictar la ley estatutaria que desarrollará la reforma que pretende introducirse con el proyecto de normas antiterroristas.

De este modo, paso a paso, el gobierno reúne poderes omnímodos o suprapoderes, sin la intervención del Congreso, como corresponde a las democracias representativas y pluralistas²².

Desde el punto de vista de la necesidad de amparar las garantías ciudadanas,

no sobra decir, que la prerrogativa al poder ejecutivo para decidir por su cuenta los desarrollos normativos en materias como las señaladas, comporta un riesgo que amenaza la preservación de dichas garantías.

3.6. Reforma a la tutela

El proyecto de reforma constitucional contiene también variaciones trascendentales a la acción de tutela, en términos generales dentro de una tendencia regresiva, que hace eco a sectores políticos de ultraderecha que han expresado su oposición a esa herramienta de protección de los derechos fundamentales, tal como se demuestra a continuación. Todo esto aun cuando la tutela se ha transformado en el mecanismo de defensa de los derechos ciudadanos de mayor raigambre popular, ha hecho que los sobresalientes niveles de eficacia y rapidez que ha ganado la administración de justicia con ella, por ende, de legitimidad, y su relevancia para la protección de los derechos fundamentales, sean los más caros en un Estado social de derecho²³. La reforma restringe las materias que pueden ser objeto de amparo constitucional, al li-

22. Las leyes estatutarias requieren para su aprobación del voto de la mayoría absoluta del Congreso y deben ser aprobadas en una legislatura. Tal como se ha apuntado con precisión, la naturaleza, la trascendencia y el procedimiento previsto para la aprobación de este tipo de leyes, precisamente, apuntan a subrayar que deben ser proferidas por el Congreso de la República con un consenso considerable y a rechazar la injerencia de otros poderes, en particular del ejecutivo, en su expedición, Humberto A. Sierra Porto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 303 y 304.

23. El éxito y apoyo ciudadano a la tutela quedó reflejado en la investigación del Ministerio de Justicia y del Derecho. *Incidencia social de la acción de tutela*, Bogotá, 1996, pág. 21 y ss.

mitarlas a los derechos comprendidos en el capítulo I, título II de la Constitución Política (Art. 3 -86), esto es, los fundamentales que se expresan como derechos políticos. Postura acorde con las posiciones ideológicas conservadoras tradicionales, que admiten con exclusividad el amparo de los derechos políticos individuales y que, a diferencia del liberalismo social, no se muestra inclinado a la protección adicional y efectiva de los derechos sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente.

En otras palabras, prima la visión conservadora con énfasis en el individualismo, sobre las concepciones liberales contemporáneas o socialdemócratas que, además de los derechos políticos, presta igual o, incluso, superior atención e interés a los derechos sociales o colectivos de la población. La modificación con carácter restrictivo es, por otra parte, una retaliación contra decisiones de la Corte Constitucional recientes en materia de derechos socioeconómicos que, aun cuando polémicas, han traducido acciones eficaces para defender a la población.

En materia de derechos políticos, es decir titularidades, Occidente ha hecho

grandes avances en el último siglo, pero en el campo del acceso a derechos socioeconómicos, esto es a prestaciones, no sólo han sido pocos los progresos, sino que se han presentado retrocesos dados por los mayores incrementos en los niveles de pobreza y miseria. De allí el importante papel que han venido desempeñando los tribunales en el mundo democrático de Occidente, al generar mayores condiciones de igualdad socioeconómica, traducir en realidades derechos que muchas veces son nominales y resguardar a las capas más vulnerables de la población²⁴. Ahora, la limitación anterior contenida en el proyecto, además de procurar que la Corte Constitucional se sustraiga a la tendencia internacional explicada, difiere de la naturaleza social que acompaña a la definición sobre el Estado en Colombia²⁵. De modo similar, al socavar la defensa de los derechos fundamentales afecta tanto las garantías que hacen parte del orden social, como la posibilidad de obtener intervenciones eficaces de la administración de justicia en pos de su salvaguarda.

Así mismo, se impide el uso de la tutela cuando conlleve alteraciones en el presupuesto público (Art.3 -86-), sin que

24. Sobre el proceso de inclusión de los derechos sociales y económicos fundamentales en el campo de la protección judicial, son útiles las notas de Jorge Carvajal. "La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia", en *El Otro Derecho*, núm. 28, Bogotá, Ilsa, 2002, pág. 186 a 188.

25. Respecto del desarrollo histórico y político del Estado social de derecho, con inclusión de la protección a los llamados "derechos sociales", en contra de la antigua visión sobre el individuo/aislado y de la concepción del Estado que se abstiene de intervenir en pro de la libertad y la igualdad, puede consultarse a Néstor Iván Osuna Patiño. *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 221 a 227.

importe que los hechos que deben ser corregidos transgredan derechos fundamentales, es decir, que toleran la violación de la Constitución.

Mención aparte merece la prohibición de tutelar decisiones judiciales (Art.3 -86-), aunque ellas no están exentas de vulnerar los derechos constitucionales fundamentales, tal como ha sucedido en no pocos casos. Sobre la materia se ha argumentado que la Corte Suprema y el Consejo de Estado son los tribunales superiores en sus áreas de acción, razón por la cual la tutela contra sus decisiones implica el rompimiento de los principios de jerarquía y especialidad. Sin embargo, también la Corte Constitucional es la máxima autoridad en su materia, luego sus intervenciones sobre aspectos constitucionales, referidos a los derechos fundamentales, respecto de las decisiones de otros tribunales, en realidad son una realización de los dos principios enunciados. Quiere lo anterior decir que los fallos de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, pueden tocar aspectos constitucionales como el debido proceso, respecto de los cuales no es ese tribunal la máxima autoridad, sino la Corte Constitucional y, en consecuencia, no existe usurpación de poderes.

El problema parece corresponder más a una lucha de *status*, esto es, de poder y prestigio, el cual ven amenazado algunos de los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, cuando la Constitucional actúa en aras de los derechos fundamentales. También, en el trasfondo del

debate se encuentra una disputa entre dos formas de concebir y aplicar el derecho, la primera atada al formalismo, fundada sobre todo en la ley y desvinculada de la protección de los derechos fundamentales, la segunda con la pretensión de enriquecer el derecho por conducto de la jurisprudencia, orientada a la justicia material, comprometida con las garantías y basada de modo especial en las normas constitucionales. Entre las dos tendencias, el gobierno opta, con sus razones, por la primera.

Con todo, en este punto la reforma es contradictoria, puesto que la disposición antes citada prohíbe la tutela contra decisiones judiciales, regla más adelante reiterada en el proyecto (Art.15 -241), pero con la introducción de la excepción: “a menos que se trate de error manifiesto”, que puede neutralizar del todo la pretensión de confinar los alcances de la tutela. Esto debido a que no existirían mayores diferencias entre la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional en la actualidad, que admite la tutela contra decisiones judiciales cuando la determinación cuestionada recurre a “vías de hecho”, lo que se entiende como un “protuberante” atentado al derecho en “una dimensión superlativa”, y la excepción aceptada que hace referencia al “error manifiesto”²⁶. Doctrina de la Corte que, por demás, no le ha impedido rectificar los yerros de la administración de justicia en todos los niveles y que, con alta probabilidad, le restará todo efecto práctico a la reforma del gobierno sobre este tema.

Otra limitación a la tutela concurre frente a las causales para incoarla contra particulares, habida cuenta que se elimina como razón la conducta que “afecte grave y directamente el interés colectivo”. Exclusión para la cual no se encuentra justificación, dado que se trata de situaciones que vulneran derechos fundamentales cuya protección debe perseguir el Estado e, igualmente, representan conductas que afectan a un número plural de personas, lo que significa que los daños se multiplican en forma exponencial, lo que ya justificaría de manera contundente la necesidad del tipo de intervención rápida y eficaz que emerge de la tutela²⁷.

Las modificaciones a la tutela eliminan la posibilidad de impetrarla ante la jurisdicción contencioso administrativa, ya que los tribunales colegiados son sustraídos de su conocimiento y los juzgados administrativos no han sido creados (Art.3-86). De esta manera, de paso, se satisfacen las demandas de algunos magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado que, con una actitud poco comprometida con la protección de los derechos fundamentales y con el programa del Estado social de derecho en Colombia, consideran que el conocimiento de este

tipo de acciones carece de importancia y le resta tiempo para las actividades judiciales, realmente, importantes.

Como una excepción, el derecho de tutela se extiende a las personas jurídicas, cuestión considerada razonable, aunque dado el carácter personal de los derechos fundamentales, serán excepcionales los eventos en que personas jurídicas puedan llegar a interponer la acción.

El enfoque general del proyecto de reforma constitucional, en relación con la tutela, como se ha visto, marca una orientación a su restricción, con lesión al sistema garantista y a la eficacia del derecho. El tema ya no reside sólo en qué debe hacerse para subordinar a los órganos judiciales a las políticas que son impulsadas desde el poder ejecutivo, se trata de controlar y hacer retroceder a los tribunales que han pasado a jugar un papel activo, para Colombia sobre todo la Corte Constitucional, en materia de protección de los derechos fundamentales, de modo particular, respecto de aquellos con contenido social y económico, que se vinculan a las aspiraciones de colectivos sociales. Empero, ese rol de la judicatura es resultado de los desarrollos del Estado social de derecho, no apenas en Colombia, puesto que representa

26. Sobre las posiciones de la Corte Constitucional y las pugnas políticas en torno a la tutela, Germán Silva García. *Las ideologías profesionales*, t. IV, en *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e Ilsa, 2001, págs. 192 y 193.

27. Sobre los requisitos y condiciones para el ejercicio de la tutela por esta causal, además con mención al poco uso que ha tenido en la práctica, puede consultarse a Alexei Julio Estrada. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, págs. 238 a 243.

una tendencia repetida a nivel internacional. Como indican Guarnieri y Pederzoli “Esta creciente expansión de la intervención judicial no está, en principio, en contradicción con las características de la democracia constitucional, un régimen político basado en dos grandes principios: el democrático, es decir, el de la soberanía popular, y el liberal, de la defensa y protección de los derechos de libertad de los individuos. Un proceso de judicialización pues, de alguna manera inscrito en el desarrollo de este tipo de democracia: se considera como su plenitud, dado que una democracia con un poder judicial fuerte es una democracia más fuerte, que ofrece mayores garantías y oportunidades a sus ciudadanos”²⁸. En el país, al limitar la tutela, mecanismo empleado por toda la judicatura de modo proactivo, se aspira a despojar de fuerza al poder judicial, lo que incrementará la exclusión social y perjudicará la consolidación de la democracia.

El rol activo y el protagonismo que han ido adquiriendo los jueces en Colombia, de alguna manera, ha suplido a las fuerzas políticas imposibilitadas para atender las crecientes demandas sociales. En esto, bastante ha tenido que ver la quiebra de los partidos políticos, el agotamiento de los sistemas y prácticas clientelistas, ayer efectivos para resolver las tímidas aspiraciones de la población, hoy insuficien-

tes para responder a las múltiples exigencias sociales de diversos grupos y en parte arrinconados por el derecho. Aspecto donde la corrupción de sectores de la clase dirigente del país, ávida para desviar y monopolizar los recursos públicos con destino a la inversión social, ha jugado también una parte. Empero, el problema no radica en los jueces, que finalmente actúan conforme a las exigencias del Estado social de derecho, más bien recaería sobre las fuerzas políticas. Para la población resulta mejor interponer una tutela que buscar auxilios parlamentarios, ahora prohibidos. Con todo, el restablecimiento de los partidos y la redefinición de las costumbres políticas, en caso de convertirse en realidades, como espacio que conduzca a canalizar las demandas sociales, tampoco es incompatible con los nuevos roles judiciales. Precisamente, la democracia y el Estado social de derecho, consisten en la coexistencia de distintos poderes, que ofrecen diferentes alternativas a la población para realizar sus intereses, siendo además que el judicial debe intervenir cuando otros poderes han fracasado. La situación indeseable radica en que sólo el poder judicial represente una opción para la población, y que no sea la última, sino la primera instancia para tratar todos los conflictos sociales y amparar los derechos ciudadanos.

28. Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli. *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999, pág. 164.

En el país, el desempeño de la Corte Constitucional y de otros jueces en esa materia no ha estado exento de posibles errores, pero en términos globales constituye expresión de una nueva corriente referida a la interpretación y aplicación del derecho, que procura acercar la justicia formal a la material. Esta corriente ha tenido como antagonista, la mayoría de las veces, al poder ejecutivo y, en el ámbito de lo jurídico, con mayor intensidad, a las salas penal y laboral de la Corte Suprema de Justicia. De allí que el tono general del proyecto del gobierno, además de debilitar a la Corte Constitucional y disminuir las opciones de intervención judicial desde la perspectiva constitucional, apueste por fortalecer a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, cuyas posturas más conservadoras y la mayor docilidad frente al poder del ejecutivo, serían plataforma para lograr la tan anhelada articulación del judicial a las políticas del ejecutivo. Sin embargo, legislar para determinadas situaciones coyunturales ofrece múltiples riesgos, pues las condiciones cambian, los actores que aplican las normas hoy son sustituidos por otros y, en el futuro mediato, las inclinaciones ideológicas predominantes en la Corte Suprema y el Consejo de Estado pueden variar, con ello el tipo de justicia que imparten. De hecho, no hace demasiado tiempo, la Corte Suprema y el Consejo de Estado abanderaron posturas radicales en materia de protección de los derechos humanos y de las garantías cons-

titucionales, aunque dicha tendencia fue aniquilada en las tomas al Palacio de Justicia de 1985.

3.7. Acceso a la justicia

El proyecto de reforma constitucional abre las compuertas para la privatización de la justicia, de modo compatible con lo indicado a raíz del análisis de la reforma al proceso ejecutivo civil, al establecer que el servicio será gratuito para las personas de escasos recursos económicos, en los asuntos penales y en los casos “donde el objeto del proceso interese más a la sociedad como conjunto que a los particulares”, manifestación última que de hecho puede ser interpretada con facilidad para concluir que el acceso a la justicia será oneroso, salvo las dos primeras excepciones, en especial, al leer el enunciado siguiente: “En los demás procesos será obligatorio recuperar para la sociedad, en forma tan completa como se pueda, los costos en que el Estado incurre para administrar justicia” (Art.8 -229).

Es pronóstico probable que mecanismos paralelos de tratamiento de los conflictos, como el arbitraje, que es oneroso, pero cuyos costos pueden ser inferiores según el caso, adquieran mayores dimensiones, al menos entre quienes pueden costearlo. Con todo, es probable un incremento de los mecanismos violentos para gestionar los conflictos, cuando no la exclusión de capas enteras de la población de la posibilidad de acceder a la jus-

ticia, en particular de la clase media. No sobra indicar que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, indispensable en un Estado social de derecho, y que no basta su estipulación formal para asegurarlo²⁹. Esto, finalmente, deriva en la pérdida de garantías para los ciudadanos y en la neutralización de la capacidad, por ende de la eficacia, de la administración para canalizar y tratar los conflictos sociales. Así mismo, los altos costos de los procesos judiciales, en gran medida, obedecen a la incapacidad del Estado para organizar un sistema de justicia eficiente, pero ahora los costos serán trasladados a los particulares, aunque comparezca el problema de legitimidad apuntado.

El panorama de la justicia augura, para los sectores populares, la posibilidad de recurrir a los juzgados de causas múltiples, un tipo de justicia barata, rápida, probablemente con pocas garantías al debido proceso. Para la clase media una justicia onerosa, a la cual no será posible acceder en muchos casos. Respecto de ambos sectores la disposición de la acción de tutela, aunque notablemente restringida. Para las capas altas de la población, junto a las grandes empresas, el arbitramento, junto a una administración de justicia costosa, aun cuando con posibilidades de su-

fragar la prestación del servicio.

De manera adicional no sobra acotar que, de ser aprobada la reforma comentada, la profesión jurídica, en particular la ocupación de litigante, tendrá cambios substanciales en sus características.

3.8. Naturaleza y jerarquía de la costumbre y la jurisprudencia

Por otra parte, el proyecto contempla una estafalaria disposición que le otorga carácter de norma jurídica a la costumbre mercantil y a la jurisprudencia, modificando su índole como fuentes subsidiarias de derecho, en el segundo caso, además como criterio auxiliar para la interpretación y aplicación del derecho (Art.9 -230), sin ninguna aclaración sobre prelación o escala de jerarquía entre ley, costumbre y jurisprudencia³⁰. Respecto de la costumbre mercantil, aun cuando caben en la cuenta de los dedos de una mano aquellas, conformes a derecho, que han sido desarrolladas en la práctica comercial e identificadas y reconocidas por los abogados comercialistas, lo que significa que el mandato tendrá más fuerza simbólica que real, implica afectar la soberanía del Estado, arrebatando la atribución legislativa al Congreso de la República, elegido con el

29. Lo singular es que conforme a un estudio del Consejo Superior de la Judicatura, en la actualidad, con distancia la mayor parte de los costos de recurrir a la justicia pesan sobre los usuarios. Por ejemplo, a precios de 1996, un proceso de familia podía costar \$7.6 millones de pesos, de los cuales el Estado asumía el 24% y los ciudadanos el 76%, Consejo Superior de la Judicatura. *Indicadores de la justicia*, Bogotá, 1998, pág. 154.

30. Respecto de la costumbre, el artículo 230 de la Constitución Política no la contempla como criterio auxiliar. La costumbre constituye fuente subsidiaria del derecho.

voto de todos los ciudadanos, a favor de un sector socioeconómico particular. Así mismo, al tener la costumbre mercantil un valor de norma jurídica, sin precisar su índole frente a otras fuentes de derecho, no sólo se hace equivalente en fuerza a la ley, sino que una costumbre comercial establecida con posterioridad a la ley podría derogarla, efecto absurdo, que no constituye prenda de seguridad jurídica. Precisamente, la admisibilidad de la costumbre como fuente de derecho encuentra como límite a la ley, pues de lo contrario podrían regir prácticas comerciales reiteradas, pero inconvenientes para el conjunto de la sociedad.

En cuanto al carácter normativo de la jurisprudencia, son necesarias varias precisiones. Desde luego, se reconoce la capacidad que la jurisprudencia tiene para crear derecho; dentro de un sistema de derecho continental, el acto de creación parte del contenido de la norma constitucional o legal y, sin excederlo, por vía de la interpretación desarrolla el mandato, lo que equivale a crear derecho. Así mismo, cuando la Corte Constitucional declara la inexecutable de una norma jurídica por ser contraria a la Constitución, asume un papel asimilable al de un legislador en sentido negativo y, de manera simultánea, cuando interpreta el sentido de una disposición legal dentro de determinados térmi-

nos, a fin de preservarla, es posible aceptar que se trata de un legislador positivo³¹.

No obstante, el otorgar a los cuerpos colegiados que administran justicia facultades legislativas es equiparable a vulnerar el principio de separación de los poderes públicos, propio de un Estado social de derecho, y resulta contradictorio con un sistema que sigue la orientación del llamado derecho continental, donde la norma escrita y no el precedente judicial son la fuente primordial del derecho.

La invocación de la naturaleza normativa de ciertas decisiones jurisprudenciales resulta, además de incongruente, un ejercicio presuntuoso y banal. A pesar de la equivalencia de la jurisprudencia con las normas legales, para que ella adquiera un carácter obligatorio, es decir, normativo, se requieren tres jurisprudencias uniformes (Art.12-235). Entonces la jurisprudencia no podrá modificar ni derogar la ley. La primera decisión judicial contraria a la ley constituirá prevaricato, y no habrá segunda ni tercera jurisprudencia en el mismo sentido. Empero, si la intención no es proveer a la jurisprudencia de la capacidad para reformar o derogar la ley, puesto que la jurisprudencia es una mera emanación de las normas legales escritas, ha de concluirse que ella no sería nunca norma jurídica, sino el desarrollo de una disposición legal escrita ya vigen-

31. Sandra Morelli Rico. *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, págs. 37 y 38.

te, luego a fin de cuentas no tiene sentido la afirmación pomposa que le otorga naturaleza normativa. Por el contrario, hubiera bastado el precepto (Art.12 -235-) que dota a tres jurisprudencias uniformes de las altas corporaciones de una autoridad de forzoso seguimiento para el resto del poder judicial³². Planteamiento que, sin embargo, no previó que en no pocas oportunidades las posturas jurisprudenciales de la Corte Suprema, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre materias análogas o idénticas son diferentes, ni introdujo ningún mecanismo para salvar este obstáculo, que puede representar un auténtico galimatías para los restantes funcionarios judiciales y los empleados de la administración pública, quienes deben responder por no acatar las jurisprudencias normativas³³.

La obligación para los jueces de seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado (Art. 12 -235-

y Art. 13 -237-), regla de la cual es excluida la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional, atenta contra la independencia interna de la administración de justicia. El principio que por regla general impera en los países del sistema de derecho continental o *civil law*, entre los cuales se cuenta Colombia, radica en que los jueces en sus decisiones sólo están obligados por la Constitución y las leyes, no por las decisiones de otros funcionarios judiciales. Sobre la base del nexo que vincula a los jueces únicamente con la Constitución y las leyes, puede afirmarse que todos los funcionarios judiciales son iguales, al menos en lo que respecta a la naturaleza de su función y sus obligaciones, mientras que las diferencias sólo se refieren a la distribución de competencias³⁴. Dada esa igualdad entre funcionarios, la sumisión de los jueces a las decisiones de algunos de ellos carece de legitimidad. También, muchas veces, el germen de va-

32. La excepción afectaría a los funcionarios de la administración pública, quienes serían responsables por prevaricato en caso de desconocer una jurisprudencia reiterada en tres oportunidades, dado su carácter normativo.

33. Además, la atribución que poseía el Consejo Superior de la Judicatura para dirimir los conflictos de competencia, frecuentes entre la justicia penal militar y la ordinaria, es suprimida sin reasignarla a otro ente.

34. La organización jerárquica de la magistratura corre paralela a la idea del juez como “boca de la ley”, ubicado frente a un sistema jurídico inequívoco y completo, donde la sentencia es un silogismo. En esas condiciones el juez ordinario es un técnico del derecho y el juez superior en la estructura es un técnico más aventajado, en situación de corregir las diferencias de parecer que no pueden ser otra cosa más que yerros. Esa concepción desarrollada en el ordenamiento napoleónico, perduró en los regímenes fascistas y autoritarios hasta la Segunda Guerra Mundial, luego de la cual avanza el modelo constitucional de la administración de justicia que incorpora la independencia interna y que, dada la ausencia de certeza técnica del derecho, acepta el pluralismo jurídico. Al respecto, Elena Paciotti. “Il ruolo e i criteri di scelta dei dirigenti degli uffici”, en *La giustizia tra diritto e organizzazione*, Torino, Consiglio Regionale del Piemonte Magistratura Democratica, 1987, pág. 158 a 161. En términos similares la exposición de Renato Treves. *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, Laterza, 1973, págs. 51 y 52. Sobre la problemática de la independencia interna de los jueces en Francia André-Jean Arnaud. *La justice*, París, Seghers, 1977, pág. 178 a 182.

liosos cambios jurídicos comienza en las decisiones que adoptan los jueces unipersonales, cuyas determinaciones inciden en cambios de posturas de los jueces de los tribunales colegiados. Empero, el Gobierno muestra una evidente aversión a la gestación de cambios jurídicos.

Respecto de la independencia judicial de índole interna, cómo puede ser preservada, cuando los magistrados de las altas corporaciones hacen parte del órgano de gobierno del poder judicial, participan en la elección y promoción de otros jueces, deciden sobre su posible ingreso a las cortes superiores, evalúan la calidad de su trabajo, conocen y sancionan las investigaciones disciplinarias y, además, imponen con un carácter obligatorio sus jurisprudencias. Es la altura y la calidad intelectual de las decisiones de los magistrados el factor que hace que una jurisprudencia de una corporación sea adoptada y reiterada por otros jueces, sin que se requieran medidas forzosas, pues no deben ser las órdenes de mera autoridad, al margen de la razón, las que impongan las jurisprudencias, pues entonces se recae en un autoritarismo burdo.

Empero, cuando un juez aspira a ascender en la carrera judicial hasta las cortes superiores, habrá de modular sus criterios a los de otros jueces considerados superiores, de manera consciente o inconsciente, pues de lo contrario puede llegar a ser relegado, sancionado disciplinariamente, removido por baja calidad de su trabajo, trasladado a otra ciudad e, incluso, de conformidad con la innovación

analizada, investigado y penalizado por prevaricato si se aparta de las líneas jurisprudenciales de la Corte.

Se insiste en que el gobierno busca la sumisión de los jueces al parecer de determinadas corporaciones judiciales, al percibir en la coyuntura actual una identificación entre sus objetivos políticos y visiones sobre el derecho, con los expuestos por dichos cuerpos colegiados del poder judicial. De tal modo, cree asegurar por vía de autoridad la supeditación de la justicia a sus metas y concepciones, por ende, la supresión en gran parte de la independencia de la justicia.

A su vez, el proyecto de reforma constitucional apuesta por el conservadurismo en materia jurisprudencial al ordenar una mayoría calificada para variar las jurisprudencias de los cuerpos colegiados, lo que incluye a los tribunales (Art.9-230, Art.12-235 y Art.13-237). La medida, bastante extrema, aspira a evitar el cambio jurídico, la mayoría de las veces fuente del progreso del derecho. Del mismo tenor, es la mayoría calificada que se exige a la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo o un acto con fuerza de ley (Art.16-242). Disposiciones todas que tienden a desconocer que los cambios jurídicos ocurren, en la mayoría de las oportunidades, no como producto de un arrebato imprevisto de los magistrados, sino de manera paulatina y como resultado de un proceso en que las posturas de vanguardia aparecen primero en algunos salvamentos de voto, luego van

ganando mayor respaldo y, más adelante, obtienen una mayoría en no pocos casos reducida, para después convertirse en avances sólidos soportados en un consenso más o menos extenso. De acuerdo con la previsión del proyecto, muy pocas veces se cumpliría ese proceso. De modo similar, el proyecto ignora que dentro del proceso descrito, queda la posibilidad de rectificar algún cambio en el rumbo del derecho que ha derivado de un yerro jurisprudencial, donde la decisión lejos de lograr consensos convoca rechazos, corrección que con frecuencia es lograda con una mayoría simple, pero que aquí no podrá acometerse de ser aprobada la reforma.

La norma proyectada comporta varias implicaciones. Por una parte, la jurisprudencia actual del país, construida durante decenas de años, no quedaría cobijada con la medida, puesto que para que posea los efectos examinados, la jurisprudencia con valor normativo debe ser apuntada en la parte resolutive de la sentencia, lo que ocurriría recién se aplique la reforma. Por otra parte, el criterio de quienes son magistrados en un determinado momento, aunque ya se hayan retirado, puede supervivir por años, prolongarse a lo largo del tiempo, sino se obtiene la mayoría calificada exigida para variar la posición. Esto, aun cuando la renovación en la cortes persigue también la introducción de otras visiones sobre la interpretación y aplicación del derecho. Con frecuencia se arribará a situaciones donde una mayoría simple, por ejemplo, acoge una ponencia

que casa una sentencia penal, con el efecto de absolver al procesado, pero como existe un precedente jurisprudencial que impide acoger la tesis decidida, el acusado deberá recibir confirmación a los cargos cursados en su contra. En ese evento, ¿cuál será la legitimidad de la decisión de la administración de justicia?, ¿cómo será percibida por la población y por el afectado?, ¿no sería acaso una invitación a la rebelión?

La seguridad jurídica ha sido demandada por ciertos sectores económicos como condición para el desarrollo del mercado, desde que se consolidó alguna tendencia de la economía institucional que le imputa costos adicionales de operación, cuando no la propiedad de desanimar la inversión, a la inseguridad jurídica. El gobierno aparece sintonizado con esa tendencia, impulsada por agencias internacionales y reclamada por empresas multinacionales. No obstante, los sistemas demasiado rígidos, incapaces de ajustarse a los cambios, son en extremo perjudiciales para el progreso económico, social y político de un país. Así mismo, imputar la inseguridad jurídica a la jurisprudencia es desmesurado, cuando ella procura hacer justicia, mantener la vigencia del derecho válido y realizar los valores y principios del Estado social de derecho o amparar los derechos fundamentales. La seguridad jurídica, concepto bastante difícil de precisar, resulta afectada de manera habitual por otras razones: los constantes cambios de legislación, la legislación contradictoria o que incurre en

vacíos, la resistencia de sectores del Estado a aceptar los cambios jurídicos, etc., la mayoría de los cuales no puede ser imputada a la judicatura en su conjunto.

3.9. Restricciones al control constitucional

Son numerosas las cortapisas a los poderes de la Corte Constitucional y al mismo control de constitucionalidad, fuera de las ya indicadas. Así, la posibilidad de interponer demandas de inconstitucionalidad se circunscribe a los dos años siguientes a la promulgación de la norma (Art.15-241-), luego con el propósito de lograr mayor seguridad jurídica, se aceptaría la supervivencia de normas inconstitucionales, sin importar siquiera que hayan sido expedidas antes de la Constitución Política de 1991 o de sus reformas. En el mismo sentido, se impide el juicio de constitucionalidad sobre el contenido material de los decretos que disponen los estados de excepción (Art.15-241). Igualmente, se niega a la Corte Constitucional la facultad de cobijar con sus fallos normas que no hayan sido materia de acusación expresa (Art.15-242).

Entonces, la Corte deberá tolerar la violación de la Constitución, o verse en la situación extravagante de comentar la inconstitucionalidad de una norma no acusada en la parte motiva, para esperar que algún ciudadano acucioso interponga demanda de inexequibilidad y acepte la invitación encubierta de la Corte. Tampoco

la Corte puede declarar el sentido en que debe interpretarse una disposición, pues a ello debe referir el mandato que la obliga a no modificar la redacción de las normas, o a no precisar las personas o eventos a lo que tales normas se aplican, lo cual la obligará a declarar la inconstitucionalidad de tales preceptos, al modo como se ejercía el control de constitucionalidad antes de 1991, sin que puedan salvarse del fallo interpretaciones o significados que si serían exequibles (Art.15-242).

El control de constitucionalidad, por medio de acciones públicas, con efectos generales, constituye el capital más importante del derecho colombiano que, ahora, es convertido en objeto de control, dentro del propósito de contención y subordinación del poder judicial. La limitación de una acción pública, a la que pueden recurrir todos los ciudadanos, incluso sin la asistencia de abogado, es una barrera al poder soberano del pueblo.

3.10. Reformas puntuales

En la norma ya citada (Art.8-229) es confusa y errática la asimilación, en cuanto a las facultades a disposición, entre los representantes del ministerio público y las víctimas de los hechos penales, con independencia de la pretensión de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el delito. Al respecto, por ejemplo, debe recordarse que los agentes del ministerio público pueden recurrir las decisiones judiciales referidas al monto de la pena, fa-

cultad que se extendería a las víctimas. Así mismo, la categoría de víctima no es objetiva, se trata de una definición interpretativa que proviene de un juicio de valor, que se emite en la sentencia, lo que acarrea una incongruencia al introducir las facultades descritas en pro de la víctima antes que ella sea proferida, salvo que el código de procedimiento penal introduzca una fórmula de prejuizgamiento que permita el reconocimiento de la calidad de víctima con antelación a la sentencia³⁵.

El mandato referido al debido proceso (Art. 1-29), por su parte, presenta una serie de pequeños yerros técnicos, como la ausencia de toda mención a la defensoría pública entre las posibilidades de asistencia al imputado, demandado o afectado que carece de medios para sufragar su defensa, mientras que en esa área se alude al “defensor de pobres”, una expresión estigmatizadora, que corresponde a la idea de la defensa gratuita como un acto de caridad, no a la concepción originada en la garantía del acceso a la justicia en un Estado social de derecho, donde la justicia es concebida como un servicio público. La acepción “sindicado” utilizada en la norma no es la más apropiada, por lo que debe ser remplazada por la de imputado o procesado. En general, el artículo proyectado se encuentra redactado en forma desordenada, con cinco incisos, donde el

primero y el último se refieren de manera separada al derecho de defensa.

Adicionalmente, de acuerdo con la exposición de motivos presentada por el ministro del Interior y Justicia, el defensor de oficio sólo actuará en favor de quien carezca de los medios para pagar un abogado, ya que “el Estado no puede asumir la carga de representar a quien se niega a comparecer ante la justicia”. Ahora, aunque la norma propuesta en el proyecto puede ser interpretada de modo opuesto, al menos la intención del Gobierno es privar a los ciudadanos que no se hagan presentes en un proceso del derecho fundamental a la defensa.

La reforma varía también las reglas vigentes sobre extinción de dominio (Art. 2-34), respecto de tres puntos, en el sentido de: permitir que ella sea declarada no sólo por autoridad judicial, sino también por la administrativa; invertir la carga de la prueba, en razón a que el particular deberá demostrar el origen lícito de los bienes; suprimir el “grave deterioro de la moral social” como efecto que podía contraer la pérdida de bienes.

Aun cuando la segunda modificación puede ser calificada de severa, es conocido que individuos envueltos en casos de narcotráfico o corrupción contra los intereses del Estado, además de los agentes de bandas armadas dedicadas al secuestro, la

35. Sobre el carácter de la víctima en el proceso penal Germán Silva García. “De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito”, en *El Otro Derecho*, No. 29, Bogotá, Ilsa, 2003, págs. 24 y 25.

extorsión y otros delitos, han logrado con bastante facilidad evadir las tentativas de control, validos de las dificultades inherentes a la consecución de pruebas sobre la ilicitud de los bienes de origen dudoso. Una consecuencia obvia es que la extinción de dominio podrá intentarse con independencia del proceso penal o de los resultados de éste. Ahora, no debe pensarse que se transgreden garantías fundamentales con la medida, ya que el particular que ha adquirido sus bienes de manera lícita no debe afrontar mayores problemas para comprobar su origen, y el Estado tendrá que resarcir los daños y perjuicios que ocasione con las acciones fallidas que impetere. Sin embargo, debe concurrir si quiera un indicio que fundamente la acción del Estado, con el fin de evitar extralimitaciones.

En cuanto al deterioro de la moral social como resultado del procedimiento seguido para conseguir los bienes, la supresión de tal causal de extinción del dominio es oportuna, puesto que situaba a la moral por encima del derecho, fuera de lo cual siempre resulta de una vaguedad amplia y equívoca determinar qué afecta la moral social, y si la forma de obtención de los bienes es lícita no existe razón legítima para privar al propietario de su patrimonio. Por otra parte, el impulso de la reforma en este punto, es de suponerse en honor al principio de buena fe, no debe guardar relación con ningún interés de funcionario del Estado por evadir la extinción del dominio de bienes adquiridos

dentro de la hipótesis acá contemplada.

Por otro lado, fue incorporada en el proyecto una definición constitucional sobre la administración de justicia, que la califica como “servicio público esencial” (Art. 4-116 y Art. 7-228), que no se encuentra presente en la normatividad vigente. Sin duda, su propósito radica en proscribir el derecho a la huelga entre los servidores del poder judicial. Se trata, entonces, de otra medida encaminada a su peditar y controlar al poder judicial.

Como muestra de incoherencia en la política penal del Estado, se suprime el jurado en los procesos penales (Art. 4-116), institución que fue introducida recién el año pasado, mediante el acto legislativo No. 3 de 2002. Indudablemente, el jurado es una institución democrática, que activa la participación ciudadana en la administración de justicia, con incremento de su legitimidad. En contra de ella, podría mencionarse la situación de inseguridad generada por el conflicto armado interno, además de la presión que pueden ejercer bandas armadas del narcotráfico u otros grupos análogos, lo que estaría en condiciones de afectar el juicio de los jurados frente a ciertos delitos o en determinadas zonas del país. Sin embargo, el Código de Procedimiento Penal podía solucionar o prever dichos problemas, pues la creación de la figura no obliga su generalización a todos los delitos o a su aplicación en todo el país.

Al finalizar este escrito, cabe referirse a la pregunta planteada en el título: ¿a quién

le canta la sirena? A pesar de algunas modificaciones puntuales cuyos atributos han sido reconocidos, en términos generales, no se puede afirmar que la reforma propuesta por el gobierno se oriente a fortalecer las garantías democráticas que hacen parte del orden social estatuido para el Estado social de derecho que se aspira desarrollar en Colombia, como tampoco a la promoción de los derechos fundamentales, ni a generar condiciones estructurales apropiadas en la administración de justicia para gestionar el tratamiento de los conflictos sociales. En igual sentido, la reforma no parece apuntar a elevar los niveles de eficacia y eficiencia en la administración de justicia nacional. Al contrario, la sirena parece cantarle a las limitaciones a las garantías y los derechos fundamentales, en algunos eventos a la disminución de la eficacia, la mayoría de la veces a la supresión completa de la independencia interna de la justicia mediante la subordinación de sus funcionarios, a la privatización de la justicia con desconocimiento del derecho de acceder a ella, a la disminución de los costos de la operación judicial, a la seguridad jurídica por vía de autoridad, al oído de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que se cree son y serán socios irrestrictos del gobierno en su política jurídica, en definitiva a la articulación de la justicia a la política de las elites conservadoras.

Por tanto, la reforma no parece que vaya a incidir en las posibilidades del Estado para neutralizar los conflictos socia-

les, por medio de un incremento en la capacidad de la administración de justicia para tratarlos. La reforma tiene como destino avanzar en el control político sobre la judicatura.

BIBLIOGRAFIA

- Arnaud, André-Jean. *La justice*, París, Seghers, 1977.
- Bergalli, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- Carvajal, Jorge. “La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia”, en *El Otro Derecho*, No. 28, Bogotá, Ilsa, 2002.
- Consejo Superior de la Judicatura. *Indicadores de la justicia*, Bogotá, 1998.
- Garay, Luis Jorge. “El papel de la desjudicialización en un Estado social de derecho a propósito de la justicia colombiana”, en Jaime Bernal Cuéllar (coordinador), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Guarnieri, Carlo y Patrizia Pederzoli. *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999.
- Julio Estrada, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Londoño Hoyos, Fernando. “Proyecto de reforma a la administración de justicia”, en Jaime Bernal Cuéllar (coordinador), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

- Ministerio de Justicia y del Derecho. *Incidencia social de la acción de tutela*, Bogotá, 1996.
- Morelli Rico, Sandra. *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- Osuna Patiño, Néstor Iván. *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Paciotti, Elena. “Il ruolo e i criteri di scelta dei dirigenti degli uffici”, en *La giustizia tra diritto e organizzazione*, Torino, Consiglio Regionale del Piemonte Magistratura Democratica, 1987.
- Pérez Salazar, Mauricio. “A propósito de la ponencia del doctor Garay sobre la justicia colombiana”, en Jaime Bernal Cuéllar (coordinador), *Estado actual de la justicia colombiana: diagnóstico y soluciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Rico, José Ma., Luis Salas, Enrique Gutiérrez y Carlos Cruz. *La justicia penal en Costa Rica*, San José, Educa, 1988.
- Senese, Salvatore. “Le statut de juge”, en *Seminario internacional sobre la independencia judicial en Latinoamérica*, Asociación de Jueces y Funcionarios para la Democracia y las Libertades República Argentina, Jueces para la Democracia España, Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades, Buenos Aires, 1991.
- Sierra Porto Humberto A. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Silva García, Germán. “Justicia, jueces y poder político en Colombia”, en *Hacia una crítica de la política criminal en América Latina*, serie Jurimprudencias núm.2, Bogotá, ILSA, 1991.
- Silva García, Germán. *Las ideologías profesionales*, t. IV, en *El mundo real de los abogados y de la justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia e Ilsa, 2001.
- Silva García, Germán. “La reforma a la administración de justicia civil”, en *Nueva Época*, núms. 18 y 19, Bogotá, Universidad Libre, 2002.
- Silva García, Germán. “De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito”, en *El Otro Derecho*, núm. 29, Bogotá, Ilsa, 2003.
- Treves, Renato. *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, Laterza, 1973.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994.

