

LA CRISIS DEL SISTEMA JUDICIAL¹

Nilson Pinilla Pinilla

RESUMEN

Se procura con esta disquisición determinar las causas y proponer soluciones a la crisis que padece la administración de justicia en Colombia, que en algunos aspectos debiera haber cedido a raíz de los cambios en la normatividad, pero se mantiene y en parte ha aumentado, por abusos, modificaciones precipitadas y la superposición de entidades innecesarias.

Palabras clave: administración de justicia, falibilidad, credibilidad, inestabilidad normativa, Congreso de la República, ineficiencia, dilación, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Fiscalía General de la Nación, acción de tutela, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura.

ABSTRACT

The aim of this essay is to establish the reasons and to propose solutions to the crisis that the administration of justice in Colombia suffers, which in some aspects has had lessened because of pertinent legal changes, but it continues and, in some way, has been worst, due to abuses, other hasty reforms and the superposition of not necessary institutions.

Key words: Administration of justice, fallibility, credibility, legal unsteadiness, Congress, inefficiency, delay, state council, Supreme Court, Office of the public prosecutor, protective action, Constitutional court, Superior body of the judiciary.

Fecha de recepción: 19 de mayo de 2003.

¹ Conferencia presentada el 1° de mayo de 2003, en Cali, durante el XIV Congreso de Abogados Javerianos, por NILSON PINILLA PINILLA, expresidente de la Corte Suprema de Justicia, director del Departamento de Derecho Penal y profesor de procedimiento penal y de derecho penal especial de la Pontificia Universidad Javeriana.

SUMARIO

1. NO PUEDE ESPERARSE QUE EL SER HUMANO, FALIBLE POR NATURALEZA, ACIERTE SIEMPRE AL ADMINISTRAR JUSTICIA
2. LAS DEFICIENCIAS EN LA FORMACIÓN DEL ABOGADO, REPERCUTEN SEVERAMENTE CONTRA LA CALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
3. EL NIVEL DE CREDIBILIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ES BAJO
4. LAS DEFICIENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA SON TAMBIÉN RESPONSABILIDAD DE LAS OTRAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO Y DE LA SOCIEDAD EN GENERAL
5. UNAS INNOVACIONES EN EL SISTEMA JUDICIAL HAN RESULTADO PLAUSIBLES, MIENTRAS OTRAS AGRAVARON SU CRISIS
 - 5.1. La pérdida de investidura
 - 5.2. La investigación y juzgamiento de los congresistas por la Corte Suprema de Justicia
 - 5.3. La Fiscalía General de la Nación
 - 5.4. La acción de tutela
 - 5.5. La Corte Constitucional
 - 5.6. El Consejo Superior de la Judicatura
 - 5.6.1. Sala Disciplinaria
 - 5.6.2. Sala Administrativa

Alguna vez escuché que los abogados, poco versados en matemáticas pero genios para acomodar cuentas y estadísticas a lo que se pretenda demostrar, explican el ocio considerando que cotidianamente el lapso de trabajo es de sólo 8 horas, esto es, la tercera parte del día, por lo cual en el año prácticamente sólo se laboraría el equivalente de 120 días, de los que son restados 104, por los 52 sábados y los 52 domingos, para un saldo de 16 días, 15 de ellos de vacaciones, quedando así solamente uno, que es el 1° de mayo, Día del Trabajo, que no se trabaja.

Evidentemente no es el caso de nosotros, abogados javerianos, que laboramos aún en 1° de mayo, este de 2003 congregados en la acogedora Sultana del Valle, gracias al denodado esfuerzo de los organizadores del presente XIV Congreso.

A ellos va nuestra congratulación e inmensa gratitud, particularmente por propiciar el reencuentro, colmado de recuerdos y camaradería, junto con la disertación constructiva, ahora acerca del país que queremos y que estamos en la obligación de erigir, allanando caminos, que puedan transitarse en paz y con justicia social, hacia la superación de la violencia y de la corrupción, entre las más crueles adversidades que padece Colombia, que han impedido la racionalización de la economía, el mejoramiento homogéneo de la calidad de vida, la distribución equitativa de oportunidades y los sólidos derroteros que conduzcan al desarrollo armónico de la nación.

El padre LUIS FERNANDO ÁLVAREZ LONDOÑO, con la generosa deferencia que le es propia, me solicitó comentar con ustedes algunos aspectos que han incidido en la notoria crisis que sigue afectando a la administración de justicia en Colombia; así haré durante esta hora, tiempo insuficiente para un tema tan complejo e intrincado, lo que conduce a asumir sólo algunos puntos cardinales, sin poder profundizar como debiera en el diagnóstico y en la trascendente proposición de soluciones.

Entre los postulados a destacar, he venido presentando los siguientes:

1. NO PUEDE ESPERARSE QUE EL SER HUMANO, FALIBLE POR NATURALEZA, ACIERTE SIEMPRE AL ADMINISTRAR JUSTICIA

No obstante que la justicia es imprescindible para la preservación y subsistencia de la humanidad, ésta se encuentra irremediablemente condenada a padecerla imperfecta, de no ser Dios mismo quien la administre. PIETRO ELLERO observó que:

“el hombre, este ser frágil, formado en la culpa y nutrido en el error, elévase, por la función que desempeña, sobre sus iguales; administra la justicia en la Tierra: la justicia, que es de los cielos”².

Pero no es en el cielo que se está administrando la justicia que nos atañe; inmemorialmente se suele endilgar a los juzgadores mundanos lentitud y desacierto, al igual que permeabilidad a halagos y gratificaciones. Sobre lo primero, anotaba FINLEY PETER DUNNE, con mucho de amargura y no poco de razón, en el contraiterrogatorio de “Mr. Dooley”, que la justicia ciertamente es ciega, “y sorda, y muda, y tiene una pata de palo”, probablemente queriendo significar que puede

2 “De la certidumbre en los juicios criminales”, trad. ADOLFO POSADA, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 2ª ed. española, Madrid, 1900, pág. 21.

acarrear los mismos defectos, figurativamente físicos como la cojera que de ella popularmente se predica, de que son pasibles los seres de carne y hueso a los que se ha encomendado aplicarla.

Para neutralizar los riesgos de la falibilidad, propia del hombre y de la mujer, en los procedimientos judiciales se han implementado mecanismos de control e impugnación, por cuyo intermedio, entre otras posibilidades correctivas, se obliga al servidor judicial a enmendar los actos irregulares y es posible elevar las providencias trascendentes al conocimiento de funcionarios que han de poseer mayor experiencia y capacitación, preferentemente colegiados para que la pluralidad disminuya aún más el peligro de error y de parcialidad, instancia que se estima necesaria, así sea a costa de la economía, la celeridad y la eficiencia de la judicatura.

Pero siempre ha de existir un límite, en aras de esos mismos principios y de la seguridad jurídica, sin que tales funcionarios y corporaciones dejen de ser falibles, ni pueda indefectiblemente predecirse que la última decisión será la acertada, por adicionales revisiones que se instauren, lícitamente o a través de la grave arrogación que, en el caso colombiano, se ha engendrado por el abuso de la acción de tutela, a que posteriormente haré referencia.

La comunidad tiene entonces que estar consciente de que los conflictos son resueltos dentro de las limitaciones e imperfecciones dimanadas de la condición humana, sin perjuicio de procurar todos los elementos que apuntalen los procesos que mejor acerquen a esclarecer la verdad, restablecer el derecho y propiciar determinaciones certeras, justas y oportunas.

2. LAS DEFICIENCIAS EN LA FORMACIÓN DEL ABOGADO, REPERCUTEN SEVERAMENTE CONTRA LA CALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En Colombia ha venido declinando notoriamente el control –estatal, formal y el social informal–, sobre la calidad de la educación, a todos los niveles, desde el escolar, donde al niño no siempre se le ayuda a interiorizar los máximos valores humanos y la preceptiva de la convivencia pacífica, resultando ostensiblemente grave, en los desarrollos superiores y para concretar lo que nos atañe, la proliferación de fábricas de abogados, aun en municipios donde es palmaria la imposibilidad de encontrar profesores y apoyos de la idoneidad requerida, particularmente para ciertas materias, y en ciudades intermedias con hasta siete facultades de derecho, por lo demás pletóricas de diplomados, especializaciones y maestrías, resultando palmario que la finalidad de lucro e influencia se ha impuesto por encima de la formación académica y de la consolidación ética.

Dentro de los sistemas de selección de los servidores judiciales, al igual que ocurre en otras áreas, donde se pretende ser objetivo y cuantificar lo incuantificable, da lo mismo el título de una universidad que el de otra, al igual que un posgrado, con cierta tendencia de los educandos a preferir, entre los cursos para los que se prevé el mismo puntaje, aquél que demande menor esfuerzo e inferiores costos.

Sin que pueda generalizarse, pues siempre habrá juristas que marquen excepciones, por su personal esmero y real vocación, cualquiera sea la facultad de donde provengan, así se han incrementado los factores de desmedro en el ejercicio de la abogacía y el endoso de defectos a la administración de justicia, que se nutre del medio; si la formación de quienes vincula es deficiente, porque tal es lo que existe a disposición, la prestación del servicio público será igualmente deficiente, recordando que también la avidez lleva a algunos expoliadores a escoger esta profesión, por considerar que otorga mejores oportunidades de escamoteo.

3. EL NIVEL DE CREDIBILIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ES BAJO

Las decisiones de los jueces se hallan muy expuestas al cuestionamiento, por razones que van desde el natural desagrado de los sujetos procesales a quienes la providencia resulte desfavorable, o no cope la totalidad de sus aspiraciones, hasta la desinformación, incluyendo que, en ocasiones, los asuntos que alcanzan interés en la opinión pública son presentados o comentados por los medios de comunicación de manera incompleta, sesgada, aun contrariando la imparcialidad y la veracidad ordenadas por el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia.

Al reconocerse el derecho o hallarse mérito a la causa de alguien, negándosele total o parcialmente a otro u otros, que suponían o deseaban tenerlo, éstos, prevalidos de la falta de mecanismos y de voluntad para conseguir que la administración de justicia sea respetada, no suelen ahorrar críticas y denuestos, a veces con el auspicio de apoderados que ocultan su ausencia de razón y/o de diligencia.

El descrédito, que no es exclusivo de Colombia, como he reseñado en otras ocasiones con reportes que lo presentan muy extendido en el mundo³, se incrementa en concausas con la deslealtad hacia el sistema judicial, la normatividad deficiente e inestable, la falta de apoyo, la desidia, la corrupción, la ineptitud, la ineficiencia, las dilaciones y la falta de determinaciones concluyentes, que entre varios otros factores convergentes, llevan hasta a zaherir que de los funcionarios judiciales,

3 E. g. "Corrupción en la justicia", II Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, Santa Marta, agosto 19 de 1999.

“no es osado afirmar que cuando tienen que elegir entre varias interpretaciones jurídicamente posibles de determinadas disposiciones procedimentales, generalmente tienden a adoptar la que implique mayor demora en resolver el asunto y mayor perjuicio de los derechos de la persona en el proceso”⁴.

Han hecho carrera adagios en la sabiduría popular, expresados de pintoresca manera, como la manida referencia a la ruana, al igual que a la telaraña que atrapa bichos pequeños pero deja escapar los grandes, comparación con la administración de justicia que resulta inexacta en la actualidad colombiana, donde sensible multitud de personajes, conspicuos o envanecidos, opulentos y poderosos, banqueros, terratenientes, ministros, contralores generales de la república, un procurador general de la nación, senadores, representantes a la Cámara algunos de ellos exaltados a la presidencia de esa corporación; gobernadores, un director general de la Policía Nacional y otros altos oficiales, etc., han sido condenados tras el cabal desarrollo de un debido proceso, pleno de garantías.

Por cierto, la eficacia del sistema judicial puede revertir en malévolo desdoro, al alcanzar a potentados de moral elástica, que se autoexoneran, en su dúctil conciencia, de cualquier sentimiento de culpabilidad, creyéndose facultados para que todo gire a su conveniencia mientras se enriquecen. Se suponen por encima de cualquier indagación y no aceptan que el Estado llegue a cuestionarles y menos a deducirles responsabilidad, convirtiéndose en los más acerbos desacreditadores del proceder oficial, patrocinadores de panfletos, iniquidades y variadas acciones ante organismos de integrantes acomodadizos.

Se advierten, asimismo, otras expresiones, como la conocida en centros carcelarios:

“Aquí por justa sentencia pena un ladrón principiante, que no robó lo bastante para probar su inocencia”,

dura fustigación al sugerir que, de obtener botín más cuantioso, habría quedado en posición de efectuar una oferta suficientemente elevada para torcer a su favor la determinación judicial.

Pero también puede entenderse que los actos reprochables más rentables, “con tanta frecuencia absueltos por el éxito”⁵, brindan ingentes recursos a quien los perpetra, posibilitándole contratar abogados costosos, algunos además tortuosos, prestos al cubileteo, que en causas penales han llegado a sucumbir por sobredosis

4 SANDOVAL HUERTAS, EMIRO, *Sistema penal y criminología crítica*, Ed. Temis, Bogotá, 1985, pág. 82.

5 DURKHEIM, EMILE, *La división del trabajo social*, Ed. Akal, Madrid, 4ª edición, 2001, pág. 3.

de honorarios, con el riesgo de terminar convertidos en asesores permanentes de una organización criminal, en total desacato a que,

“la abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país, y en la realización de una recta y cumplida justicia”,

que dispone el artículo 1° del decreto 196 de 1971.

Es de observar que la crisis de credibilidad y eficiencia de la judicatura, conlleva el recrudecimiento de imposiciones privadas, usualmente violentas, con supeditación a la ley del más fuerte y acelerados pasos hacia la disolución del Estado social, por lo cual no puede escatimarse esfuerzo alguno en procura de la restauración del orden jurídico, la ecuanimidad, acierto, legalidad y oportunidad en la solución de los conflictos y la confiabilidad en las instituciones.

4. LAS DEFICIENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA SON TAMBIÉN RESPONSABILIDAD DE LAS OTRAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO Y DE LA SOCIEDAD EN GENERAL

La administración de justicia, además de serle endilgadas responsabilidades de otras áreas y no contar con la colaboración ciudadana, tiene que aplicar la defectuosa legislación emanada de la correspondiente rama del poder público, al igual que decretos producidos por la ejecutiva y contar con la asistencia de ésta en muchos aspectos relacionados con su actividad, siendo por ejemplo de cargo gubernamental el sistema penitenciario y el apoyo y protección para el apropiado y seguro cumplimiento de las funciones judiciales, en lo que suelen suscitarse múltiples fallas.

Desafortunadamente, no se han seguido políticas serias y estables para que exista coherencia, orden y prioridad de los intereses nacionales sobre los coyunturales y particulares, en la regulación normativa de trascendencia jurisdiccional, en alto grado caracterizada por la inestabilidad, la impulsividad circunstancial, los “bandazos” y el otorgamiento de concesiones.

Han regido procedimientos diferenciales, a veces de precaria vigencia, cambiando también las competencias y generando difíciles problemas técnicos y absurdos riesgos de nulidad, que al materializarse conducen a la ineficacia de las actuaciones y la pérdida de tiempo, con la consecuencial angustia y desconcierto de quienes esperan los fallos, que en muchas oportunidades jamás llegan, por sobrevenir la prescripción de las acciones.

Se producen así otros factores de descrédito e injustas sospechas de corrupción, cuando es lo cierto que fiscales, jueces y magistrados están colocados en la permanente cuerda floja de tener que administrar justicia, con inmenso esfuerzo pero inapropiada normatividad sustantiva y procesal, en riesgo de fracaso por la carencia de apoyo y de elementos apropiados, el abrumador exceso de los asuntos sometidos a su conocimiento y la enrevesada preceptiva, que apenas está siendo entendida y clarificada puede ser objeto de pronunciamientos parciales de inexequibilidad, o de condicionada exequibilidad, para mayor intrincación, hasta que el embrollo es complementado con otra reforma.

Adicionalmente, si la administración de la justicia ordinaria logra funcionar bien, más se proponen mecanismos para alterarla, cambiarle las leyes y aun el marco constitucional, en forma que ha llevado a creer que, en ocasiones, se busca beneficiar a personas o grupos para quienes el ámbito de aplicabilidad no fue el querido en los criterios previos de selección.

Otro de los graves factores de desconfianza hacia la judicatura emerge de su morosidad, ostensible y lamentable, pero ella no siempre es atribuible sólo a los servidores judiciales, sino a la elevada conflictividad nacional y a la falta de apropiada atención por las otras ramas del poder público, por la misma falta de racionalización y de estabilidad de los procedimientos y la ingente sobrecarga en las competencias, a las que de otra parte se ha querido dar trascendencia superior a la correspondiente como simple medida de la jurisdicción y factor de división del trabajo.

A ese respecto se han pronunciado, por ejemplo, la jurisprudencia y la doctrina españolas, como puede observarse en los siguientes apartes:

“(...) en la efectividad del derecho que nos ocupa se hallan comprometidos, por imperativo constitucional, la totalidad de los poderes públicos. Inmediata consecuencia de ello la extraen las dos sentencias recién citadas:

‘El deber judicial constitucionalmente impuesto de garantizar la libertad, justicia y seguridad con la rapidez que permite la duración normal de los procesos lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los necesarios medios personales y materiales (FJ 3 de la STC 85/1990)’.

Ante la sobrecarga de trabajo, demasiadas veces queda demostrado que la máxima diligencia de un determinado juez o tribunal no basta a impedir la vulneración del derecho”⁶.

6 REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL, *Los retrasos judiciales: ¿cuándo se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones?*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 18.

“Sin embargo, es de señalar que se han dado interesantes casos en que el problema se encontraba, por el contrario, en una intensa actividad judicial concentrada en aspectos que fueron considerados en cierta forma secundarios por el Tribunal.

(...) En línea de principio, un problema de retraso o dilación procesal puede tener su origen tanto en la deficiente dirección de las autoridades judiciales como en la carencia de medios o adecuada organización de los tribunales de justicia. En este último supuesto, por tanto, la responsabilidad se desplazaría del poder judicial al ejecutivo e, incluso, al legislativo que no hubiere sido capaz de adoptar las medidas legales necesarias para superar la crisis”⁷.

Entre las múltiples repercusiones negativas contra la administración de justicia originadas en actuaciones de otras ramas del poder público, puede citarse la evolución legislativa en torno a la libertad condicional, que en el texto original del decreto 100 de 1980, anterior Código Penal, sólo podía otorgarse cuando el condenado:

“haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social”.

La Ley 415 de 1997, supuestamente de “alternatividad en la legislación penal y penitenciaria”, cuando buscaba “descongestionar los establecimientos carcelarios del país”, introdujo en el anterior Código Penal un nuevo artículo, 72A, permitiendo la concesión de la libertad condicional al cumplirse el más beneficioso lapso de las tres quintas partes de la condena, si simplemente se ha observado “buena conducta en el establecimiento carcelario”. No obstante, los adicionales requerimientos anteriores fueron mantenidos para algunos de los delitos estimados como más graves, entre ellos el homicidio agravado, el secuestro y el narcotráfico.

Pero el artículo 64 del actual Código Penal, Ley 599 de 2000, removió la excepción al otorgamiento meramente objetivo frente a tales delitos más graves, manteniendo el lapso de las tres quintas partes, para la generalidad “que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena”, sin que proceda negar la libertad condicional “atendiendo a las circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena”, lo que confusamente ya había sido previsto en el párrafo del artículo 1º de la Ley 415 de 1997, “salvo que exista orden de captura vigente”.

7 FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, PLÁCIDO, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 98.

Además, la aplicabilidad sólo al condenado a pena privativa de la libertad “mayor de tres años”, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-806 de octubre 3 de 2002.

Se le fue quitando al juez el discernimiento sobre la “personalidad” del encarcelado y “sus antecedentes de todo orden“, a la par que otros beneficios fueron siendo notablemente ampliados por el legislador, que en el caso de las redenciones de pena han llegado a que,

“a los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo”,

sin que se pueda computar “más de ocho horas diarias”; “un día de reclusión por dos días de estudio”, tomándose

“como un día de estudio la dedicación a esta actividad durante seis horas, así sea en días diferentes”,

sin exceder el cómputo de tales seis horas diarias.

Esas horas son cuatro para el instructor o educador, que acredite la calidad necesaria,

“en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria, artesanal, técnica y de educación superior”,

asimilándose al estudio

“las actividades literarias, deportivas, artísticas y las realizadas en comités de internos, programados por la dirección de los establecimientos” (artículos 82, 97, 98 y 99 L. 65 de 1993).

Son graves las oscilaciones que ha venido presentando la legislación penal, procesal penal y penitenciaria, originadas en diversos propósitos, en algunos casos plausibles, pero también producto de la improvisación, el impulso circunstancial, la superficialidad, el deseo de reformar para imponer personales criterios o dejar alguna huella al desempeñar un cargo, la ausencia de política criminal, la asunción voluntaria o forzada de disposiciones foráneas y, todavía más, las imposiciones de organizaciones delincuenciales contra el valetudinario Estado colombiano.

Tanto así, que en marzo de 1995, cuando fungía como presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, públicamente reproché que algunas reformas a la normatividad penal estuvieran siendo instadas por delincuentes, propiciando

deplorables concesiones que, igualmente y de tiempo atrás, venía censurando desde la cátedra universitaria.

Por otra parte, por la natural aplicación del principio de favorabilidad, las severidades sólo regirán a partir de la vigencia del precepto más represivo y no para los hechos ya perpetrados, así hayan sido los que motivaron el mayor rigor, mientras los otorgamientos de normas permisivas o condescendientes mantendrán sus efectos para lo ya ocurrido, aun si en el vaivén subsiguiente se pasa al otro extremo, como ya se viene auspiciando, en lo que los medios masivos de comunicación han titulado como colocación de la libertad condicional “en la picota pública”.

De tal manera, la lenidad reprobada nacional e internacionalmente ante, por ejemplo, la liberación de alguien sobre quien se esperaba una mayor sanción, no puede endilgarse a los servidores judiciales que hayan tenido que concederla en inexorable acatamiento de las leyes, que ellos no expidieron pero sí tienen la obligación de cumplir, sino a quienes fueron prodigando la degradación punitiva.

En este sentido, cabe destacar lo expresado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 6 de febrero de 2003, con ponencia del magistrado ALBERTO GONZÁLEZ GÓMEZ, al confirmar de manera certera una providencia expedida por el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de dicha ciudad:

“Todo lo anterior significa el consentimiento del gobierno y del Congreso, para que, finalmente, el sustituto de la libertad condicional, en cuanto se refiere al requisito subjetivo, estuviera relacionado exclusivamente con la buena conducta en el establecimiento carcelario, de la cual deberá deducirse la resocialización. Tampoco se objetó el *quantum* punitivo. No tuvo en cuenta el gobierno, ni el Congreso, la gravedad de los delitos, ni las condiciones por las que atraviesa actualmente el país en materia de criminalidad, quizás, impelidos por el hacinamiento carcelario. De manera que hoy día, en las condiciones en que se encuentra redactada la norma, se disminuyó la discrecionalidad del juez para el otorgamiento de la libertad condicional y prácticamente, como lo anota la Corte Constitucional, establecida la buena conducta debe aceptarse la resocialización, y por consiguiente, la innecesariedad de ejecución de la totalidad de la pena”.

5. UNAS INNOVACIONES EN EL SISTEMA JUDICIAL HAN RESULTADO PLAUSIBLES, MIENTRAS OTRAS AGRAVARON SU CRISIS

Sin pretender abarcarlos todos, y en la seguridad de quedarme corto ante el breve espacio a disposición, he de mencionar que entre los aspectos aducidos como cardinales para que se generara el cambio de la Constitución, materializado en

1991, la proscripción de las maneras descompuestas utilizadas “para hacer política”, particularmente desde el Congreso Nacional, y la reforma a la justicia, provocaron modificaciones de inmensa trascendencia y buen provecho para la descaecida salud de la patria, surgiendo así aportes de los más valiosos que la nueva Constitución entregó al país, como la pérdida de investidura y la investigación y juzgamiento de los congresistas por la Corte Suprema de Justicia, además de la acción de tutela y la Fiscalía General.

Pero algunas de esas innovaciones han sido alteradas con prácticas abusivas o con desafortunados desarrollos y modificaciones, mientras con otras arreció el descuadernamiento institucional, por la desatinada creación de entidades innecesarias, como la Corte Constitucional y las Salas Administrativa y Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que aparte de aumentar inútilmente la burocracia oficial y las erogaciones del tesoro público, endilgadas como ineficiencia de la rama judicial por haberse aumentado la proporción presupuestal de gastos en ella, sin mejorar su rendimiento, han venido generando absurdos enfrentamientos, que los medios de comunicación social optaron por denominar “choques de trenes”.

Así iré refiriendo, con mayor o menor detalle según sea del caso y el tiempo lo permita.

5.1. La pérdida de investidura

Adecuadamente establecida para situaciones como las contempladas en los artículos de la Constitución 110 (por inducir a quienes desempeñen funciones públicas a contribuir a favor de un partido político, movimiento o candidato), 183 (violación del régimen de inhabilidades e Incompatibilidades, o conflicto de intereses; indebida destinación de dineros públicos; tráfico de influencias, etc.) y 291 (aceptación de cargo en la administración pública), ciertamente ha permitido que el país, por encomiable acción del Consejo de Estado, aprecie una intensa labor depuradora, con resultados ampliamente reconocidos.

Sin embargo, se busca introducir algunas modificaciones, en particular para superar la estrechez de los términos en los cuales debe desenvolverse la correspondiente acción, y para graduar la sanción, “de acuerdo con el principio de proporcionalidad”.

Así, se procura que no en todos los casos, unos ostensiblemente menos graves que otros, se llegue a la pérdida definitiva e inamovible de la investidura, con toda la severidad de sus consecuencias.

5.2. La investigación y juzgamiento de los congresistas por la Corte Suprema de Justicia

Quiso el constituyente que del anterior régimen de inmunidad de los miembros del Congreso Nacional, que ciertamente se había convertido en impunidad, se pasara a un especialísimo fuero, para que en un residuo de sistema inquisitivo, un delito cometido por algún senador o representante a la Cámara, no sea investigado comúnmente por la Fiscalía General de la Nación sino, en forma privativa, por la Corte Suprema de Justicia que, si fuere del caso, abre la instrucción, vincula al sindicado y, de encontrar mérito para ello, lo acusa ante sí misma, adelantando el juzgamiento y profiriendo la sentencia a que hubiere lugar que, si fuese condenatoria, también seguirá atendiendo como juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Por mandato expreso del párrafo del artículo 235 de la Carta, cuando el congresista hubiere cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantiene para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas, lo cual llevó a muchos a renunciar a su posición para someterse a las competencias comunes, que en la mayoría de los casos respondieron apropiadamente en el debido cumplimiento de sus funciones.

Nacional e internacionalmente han sido reconocidos los positivos resultados de ese excepcional sistema de procesamiento, por su adscripción exclusiva y excluyente al máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, particularmente en la lucha contra muy graves manifestaciones de corrupción al más alto nivel, como el ingreso de caudales cochambrosos, originados en el narcotráfico, que infestaron incrementos patrimoniales injustificados, también de miembros del Congreso Nacional, según se comprobó ampliamente.

Dentro de la debida observancia y preservación de las garantías procesales, la Corte Suprema ha venido investigando aforados y profiriendo resoluciones de situación jurídica y de acusación, o de preclusión si ello es lo que imponen las pruebas, al igual que sentencias, por diversidad de conductas punibles, desde peculado, particularmente por apropiación de auxilios y otros desaguisados con recursos públicos; concusión, prevaricato, falsedad documental, delitos contra mecanismos de participación democrática, hasta homicidio.

La impermeabilidad, garantismo, transparencia y eficiencia de ese peculiar mecanismo foral, ha permitido responsabilizar a magnates de la corrupción en la política que tradicionalmente habían escapado de la acción de la justicia, amparados por la barrera de los prerequisites de procedibilidad a cargo del propio Congreso, por donde asimismo se han generado tentativas de reforma.

Así, en el artículo 17 de lo que habría de ser la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996, se incluyó como función 6ª de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia:

“Resolver las impugnaciones y los recursos de apelación contra las sentencias, medidas cautelares, providencias y autos interlocutorios que profiera la Sala de Casación Penal en los procesos que tramite contra los funcionarios y servidores públicos con fuero constitucional de juzgamiento por los hechos punibles que se les imputen; (...)”.

Como es sabido, esta disposición fue hallada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, con ponencia del magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA, bajo irrefutables consideraciones como las siguientes:

“En ese orden de ideas, las atribuciones que el artículo 235 de la Carta le atribuye a la Corte, en particular la de actuar como Tribunal de Casación y la de juzgar a los funcionarios con fuero constitucional, deben entenderse que serán ejercidas en forma independiente por cada una de sus salas, en este caso, por la Sala de Casación Penal. De lo anterior se infieren, pues, varias conclusiones: en primer lugar, que cada sala de casación –penal, civil o laboral– actúa, dentro del ámbito de su competencia, como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria; en segundo lugar, que cada una de ellas es autónoma para la toma de decisiones y, por lo mismo, no puede inferirse en momento alguno que la Constitución definió una jerarquización entre las salas; en tercer lugar, que el hecho de que la Carta Política hubiese facultado al legislador para señalar los asuntos que deba conocer la Corte en pleno, no significa que las salas de casación pierdan su competencia o que la Sala Plena sea superior jerárquico de alguna de ellas. En otras palabras, la redacción del artículo 234 constitucional lleva a la conclusión evidente de que bajo ningún aspecto puede señalarse que exista una jerarquía superior, ni dentro ni fuera, de lo que la misma Carta ha calificado como ‘máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria’.

En igual sentido, esta corporación comparte los argumentos expuestos por el señor presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuando, a propósito del análisis de constitucionalidad del numeral que se revisa, y en particular respecto de los fundamentos para determinar como de única instancia los procesos de juzgamiento a funcionarios con fuero constitucional, señaló: ‘De igual forma, si se acude al fundamento de la doble instancia como sistema concebido para disminuir los riesgos que consigo lleva la falibilidad humana, se aprecia que ésta es ineluctable, pero que precisamente se procura que la segunda instancia esté a cargo de un órgano más versado, docto y especializado en la ciencia específica, lo cual resulta francamente inconsecuente cuando la decisión de quienes han sido escogidos como expertos en la materia, pasa a ser revisada por funcionarios cuya versación y entrenamiento no son los mismos’”.

Frente a lo anterior, sobra acotar que al pasar la impugnación contra la decisión de la Sala Penal a la Plena, también integrada por los miembros de aquélla, ellos

habrían de declararse impedidos para conocer del recurso contra su propia providencia; como su exclusión no baja la conformación de la Sala Plena del quórum decisorio (inciso final art. 54 L. 270 de 1996), las determinaciones en esa pretendida segunda instancia serían tomadas, de tal manera, por civilistas y laboralistas.

En la providencia que se cita agregó la Corte Constitucional:

“Así las cosas, al suponerse que el recurso de apelación contra sentencias, medidas cautelares, providencias y autos interlocutorios que profiera un funcionario judicial, implica que un juez de mayor grado revisará esas decisiones, y al haberse establecido que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia no es superior jerárquico de la Sala de Casación Penal, se hace entonces necesario declarar la inexequibilidad del numeral 6° del artículo 17”.

No obstante la contundencia de la disertación transcrita, se ha insistido en tratar de resquebrajar el sistema de juzgamiento de los más altos servidores del Estado. Así, entre lo que fue el proyecto de reforma a la Fiscalía General de la Nación e implementación del sistema acusatorio, volvió a proponerse tal intento de segunda instancia, ya como reforma constitucional, para soslayar la rememorada inexequibilidad.

En tal propósito, se ha sugerido someter la segunda instancia a un tribunal especial engendrado al efecto, o deferir a la ley la determinación de la forma como la Sala Penal,

“se dividirá para garantizar el control de garantía constitucional respecto de las medidas judiciales limitativas de derechos fundamentales que se tomen dentro del proceso penal, así como el principio de la doble instancia” (*Gaceta del Congreso*, n° 432, octubre 16 de 2002).

Es realmente perverso que se proponga la división de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues ha sido su solidez corporativa la que le ha permitido cumplir a cabalidad, monolíticamente, sus obligaciones con la República, como bastión de la juridicidad, garante de los derechos y paladín en la denodada lucha contra la criminalidad, en todas sus manifestaciones.

Fragmentarla, como seguramente se seguirá intentando, constituirá ceder aún más espacio, a favor de las tendencias malévolas que han corrompido a Colombia, que han hallado en la institución que se pretende fracturar la más formidable contraposición, armada sólo con la equidad, la probidad, la idoneidad, la credibilidad, la Constitución y las leyes.

No se diga, por otra parte, que a las decisiones que profiera la Sala Penal de la Corte Suprema en el *sui generis* sistema de procesamiento vigente, se le deba

incluir una segunda instancia, porque ello es contrario a su supremacía y al riguroso debate previo que al interior de la corporación suscita toda determinación que vaya a ser tomada, por nueve juristas que profundamente analizan cada aspecto, en ejercicio que supera lo que se lograría en cualquier instancia posterior, ostensiblemente improcedente frente a las providencias que profiera el órgano que, por su propia naturaleza, es el máximo de la jurisdicción ordinaria, en la especialidad.

Es cierto, sí, que en tratados internacionales suscritos por Colombia y ratificados por el Congreso Nacional, que reconocen derechos humanos y prevalecen, por tanto, en el orden interno, se contempla la garantía de la segunda instancia, pero también es claro que ésta no ha de operar, por estar suplida con creces, cuando la decisión es encomendada, para máxima garantía, al organismo supremo de la jurisdicción respectiva.

Por ello alude la preceptiva correspondiente al “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, como se lee en el literal h del artículo 8° de la Convención Americana sobre derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica (L. 16 de 1972 en Colombia), que sólo se refiere a la sentencia y no a otras providencias, y que además excluye, evidentemente, lo proferido de una vez, como mayor garantía, por la corporación límite, que carece de superior.

No puede ser compatible que el fuero, que constituye una excepcional prerrogativa de defensa, a favor de un especial nivel de procesados, además de llevar la competencia al órgano máximo, incluya también una imposible segunda instancia; si ésta es lo que se quiere, entonces el asunto tendría que ser de competencia, en primer grado, del correspondiente Tribunal Superior de Distrito Judicial.

5.3. La Fiscalía General de la Nación

Gran conquista de la organización judicial colombiana, llamada a investigar los delitos, con solidez institucional y apoyo científico y a acusar ante los estrados competentes a los probables autores, asegurando su comparecencia y tomando las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho, la Fiscalía General de la Nación ha sido debilitada por el Acto Legislativo 03 de 2002, reforma constitucional que ampliamente he comentando en otras oportunidades.

Lo que la nación necesita son instituciones fuertes, claro está que debidamente controladas para evitar abusos y preservar la cabal observancia y ejercicio de las garantías fundamentales, que de tal manera estén en posibilidad de contrarrestar la

más terrible criminalidad, de tan variadas facetas y tanta capacidad de agresión y desolación, que atrozmente está azotando a Colombia.

No pretendo cuestionar las bondades teóricas de descollantes aspectos del sistema acusatorio,preciado en los libros y en lo que se puede observar en otros países, sin perder de vista, claro está, que *“the grass is always greener on the other side of the fence”*, como me contestó en octubre de 1987 el *barrister* británico MARK BARNES, cuando en los avances de una exitosa causa de la República de Colombia contra el Chase Manhattan Bank de Londres, le ponderaba las virtudes de la justicia inglesa.

Quienes me han escuchado en cátedra de Derecho Procesal Penal saben que preconizo las ventajas que ofrece el sistema acusatorio, que en cierto grado –el de las conveniencias nacionales y no el de las imposiciones de lo foráneo– podrán resultar provechosas para nuestro procedimiento penal, pero oportunamente consolidado y con mayor gradualidad de lo que ha quedado estatuido en dicho Acto Legislativo 03 de 2002.

Siguen radicales cambios, cuando apenas se estrenaba la Ley 600 de 2000, de importantes novedades aún no asimiladas, ni aplicadas debidamente, como la especificación de los fines de la detención preventiva, que reafirman su clamada excepcionalidad; la audiencia preparatoria; el control de legalidad, ya no sólo formal sino también material, que el juez de la causa es llamado a ejercer sobre las medidas de aseguramiento y las decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes, que profiera la Fiscalía.

Así se había prevenido, aun por el profesor JAIME ENRIQUE GRANADOS PEÑA, uno de los más respetados propugnadores de la implementación del sistema acusatorio en Colombia, en su ensayo de tal contenido publicado en la revista *Vniversitas*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, n° 103, correspondiente al primer semestre de 2002:

“Desde este punto de vista, podría sostenerse que apenas entrado a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal, hablar de implantar un nuevo sistema de procesamiento criminal en Colombia, cuyo efecto final necesariamente será un nuevo Código de Procedimiento Penal, podría en principio significar una contradicción y le daría razón a los críticos que sostienen que vivimos de este tipo de reformas y contrarreformas, de marchas y contramarchas”.

Es claro, por otra parte, que mal puede hablarse de un sistema acusatorio puro, cuando no existe descripción globalizada, ni enumeración universalmente aceptada de una lista de principios intangibles e inamovibles, ni hay uniformidad en las naciones que lo han implantado, sino una serie de características, en parte más o

menos generalizables, resultando faccioso predicar como “puro” el que rija en un determinado país.

Se ha creído que en el apresurado tránsito, tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes, de lo que vino a convertirse en el Acto Legislativo 03 de 2002, para el establecimiento del sistema acusatorio en el proceso penal colombiano, habría ejercido efecto seductor la proyectada modificación al mecanismo de la pérdida de investidura, al igual que al sistema de investigación y juzgamiento de los congresistas, agregados que llevaron al diario *El Tiempo*, en su editorial del 30 de octubre de 2002, a observar que:

“queda el desagradable tufillo de que los ‘micos’ han sido ‘el caramelo’ para que el proyecto se apruebe”,

editorialista que también pidió que en los dos debates que entonces restaban se les diera a los magistrados de la Sala de Casación Penal la oportunidad de expresar sus reparos al proyecto.

No obstante, la juiciosa posición de la Corte Suprema fue despreciada. Conducía razonadamente, como petición esencial, a que se archivara aquel proyecto, en espera de la gran reforma constitucional que aún se viene anunciando, para que se realicen armónica e integralmente las modificaciones que Colombia necesita, sin impulsos personalistas, con suficiencia de estudio y en permanente observación de las complejidades nacionales, que pueden distanciar los procedimientos de los que otros países presenten como adecuados, los cuales no es prudente simplemente copiar, porque sí, para continuar absortos frente a normatividades exóticas y a impulsos de la teoría emergente, con oscilación y por fragmentos, que después son bien difíciles de acoplar.

Tampoco fueron atendidos los cuestionamientos de la Sala Penal, acerca de la falta de cálculo sobre las implicaciones económicas de la reforma, por la costosa creación de los proyectados jueces de control de garantías, la infraestructura y dotación técnica que se requiere para todo el país, el desplazamiento de testigos, la seguridad de los intervinientes en el proceso, etc.

Siguen vigentes las inquietudes en otras ocasiones formuladas, en torno a cómo un país que, en medio de la estrechez presupuestal, todavía no ha podido poner a funcionar despachos creados por la Constitución Política hace más de once años, y ve reducir el número de servidores judiciales, por ejemplo en salas de tribunales superiores de distrito judicial, que ha degenerado en la grave inconsecuencia de tener tribunales promiscuos, se va a ver avocado a desplegar profusamente jueces que ejerzan funciones de control de garantías, como gendarmes detrás de cada fiscal.

¿De dónde saldrán los recursos? ¿Nuevos gravámenes? ¿Escatimando cada vez más en las prestaciones sociales?

Claro, también se ha respondido que tales jueces pueden salir del personal que con los nuevos mecanismos le sobrarán a la Fiscalía. Esto es, como no se confía en los fiscales, volteémosles a una parte de ellos el escritorio, para que se conviertan en jueces de control...

Es probable que estos interrogantes obtengan respuestas nominalmente satisfactorias, pero perduran en torno a cómo han de ser las concreciones prácticas, en medio de penurias que aumentarían el anhelo de la oralidad, por la carencia hasta de papel en la dotación de las oficinas judiciales.

Pero, ¿cómo y con qué recursos se garantizará la comparecencia de todos los intervinientes a ese “juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”?

Se había aseverado que la reforma está plenamente financiada, pero también que la

“Fiscalía dice que en el Plan de Desarrollo no se incluyó la plata para reformar el organismo” (*El Tiempo*, marzo 26 de 2003, pág. 1–1^a). Se espera, eso sí, que sumas significativas sean proporcionadas por los Estados Unidos de América, dentro de su política de colaborarle a Colombia, aunque se haya llegado a sugerir que podría estar desarrollando un imperialismo jurisdiccional, como parece insinuar el ensayo “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?”, incluido en el libro *Temas actuales y permanentes del derecho penal en el milenio*, de BERND SCHUNEMANN⁸.

Pueda ser que el patrocinador no incida en la aplicación del principio de oportunidad, hipotéticamente para que se canalicen los esfuerzos investigativos, en especial contra el terrorismo, el narcotráfico y otros delitos de interés transnacional, dejando eventualmente de lado las indagaciones sobre, por decir algo, hurtos callejeros, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, utilidades indebidas de fondos captados del público, etc.

Por otra parte, ¿cuánto tiempo después de cometido el delito se realizará el juicio público oral? En homenaje al nuevo sistema, ¿va a disminuir la criminalidad del país, o se va a quintuplicar el número de despachos judiciales, para superar la congestión? ¿Ya no es cierto que cada hora que se deja pasar sin acopiar los medios de demostración, es una prueba que huye?

8 Trad. SILVANA BACIGALUPO, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 288 y sigs.

Afortunadamente, sí se excluyó el quebrantamiento de la intangibilidad de las decisiones de los órganos límite de justicia, eventualmente incluida la desmembración de la Sala Penal de la Corte Suprema, atomización que la debilita cuando lo requerido es su fuerte cohesión. Pero seguramente volverá a intentarse.

La Sala Penal había señalado, también sin éxito, la reducida, parcial e inmotivada percepción de la justicia en la reforma a la Fiscalía, primero en cuanto al grave problema de congestión, que aumentará al ser entrabada la instrucción, al tiempo de incrementarse la burocracia, con la innecesaria actuación, en los diferentes niveles y a todo lo largo y ancho del extenso territorio nacional, del juez que ejerza las funciones de control de garantías, funcionario desechable pues “no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función”, según dispone el inciso 2° del numeral 1° del artículo 2° del Acto Legislativo 03 de 2002.

Asimismo se resaltó que la Fiscalía, independientemente del sistema procesal del que se quiera hablar, no puede actuar con tantas limitaciones, pedidos de determinación y controles subsiguientes, por ejemplo sobre allanamientos, aprehensiones, interceptaciones, etc.

Por otro lado, para que logre efectuarse el juicio concentrado, ¿se permitirá al juez desentenderse de todos los otros múltiples asuntos que habitualmente se hallan a su cargo? ¿Se reformará previamente lo dispuesto en el artículo 15 del decreto 2591 de 1991, que obliga a tramitar con prelación las acciones de tutela,

“para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el de *habeas corpus*”?

Y todo esto sin entrar al horror adicional de la resurrección del jurado de conciencia, por la razón reiterativa de que en otros países existe, así en Colombia sólo haya sido el más terrible vehículo de dilación de los procesos y de impunidad, encontrándose en su supresión una verdadera avanzada y alivio para quienes de verdad propenden por el interés general y cuestionan, con preocupación, cómo puede creerse que lo que difícilmente logran alcanzar los jueces profesionales, cuya identidad hubo que ocultar para preservarles la vida y la independencia, frente a graves manifestaciones de criminalidad, va a ser conseguido por ciudadanos atemorizados, más propensos a dejarse seducir y a optar por la vía en la que vislumbren menores contratiempos.

Por lo demás, podría colegirse que el yerro mayor pudo estar en la expedición de la Ley 600 de 2000, en lugar de haber madurado hacia lo rescatable de lo que ahora, ya en el plano constitucional, ha producido el Congreso Nacional, el mismo

que en tan corto tiempo expide regulaciones de orientación divergente, desestabilizando aún más la situación de una frágil república.

No está Colombia en condiciones de seguir ensayando preceptos efímeros, lanzándose a aventuras de experimentación procesal y deambulando en la más inestable normatividad, cuando tanto necesita fundarse en solidez institucional y aplicar con certeza y ecuanimidad disposiciones firmes, que el tiempo y la jurisprudencia hayan decantado, para la confrontación de una barbarie desenfrenada, que no permite seguir jugando, estrenando leyes a impulsos y bandazos, sin políticas definidas.

Con todo, la Constitución Política es para cumplirla, por lo cual la nueva preceptiva debe acatarse constructivamente, hasta donde lo permitan sus falencias. Y con extremo celo ha de procurarse que la legislación que la desarrollará no aumente el desbarajuste y, antes bien, conlleve los menores traumatismos adicionales para un país tan necesitado de justicia.

De momento, debe existir una gran precaución para que, por ejemplo, el jurado de conciencia quede como una mera posibilidad, inerte, sin llegar al proceso penal. Que no sean inoculadas otras bacterias septentrionales, como la teoría del fruto del árbol envenenado, multiplicador de nulidades al parecer apodado “cláusula de exclusión” para el consumo nacional. Que no se perpetre el quebrantamiento del principio de igualdad y se vuelva atrás en lo que ha podido recuperarse de los derechos de la víctima y de la sociedad, negándole la segunda instancia a las sentencias absolutorias, mientras las condenatorias sí son impugnables. Etcétera.

5.4. La acción de tutela

Para depurar su inmensa trascendencia y utilidad, rescatándola del desbordamiento que ha eclipsado sus innegables bondades y la hace aparecer como lastre de los despachos judiciales, reiterativamente se ha luchado para racionalizar la acción de tutela, sin solución eficaz hasta el momento, descollando la magnífica iniciativa del Consejo de Estado y la Corte Suprema que en 1997 murió en el octavo debate en el Congreso Nacional.

Posteriormente, en el año 2000, la intensa labor realizada por el Consejo de Estado, entonces presidido por MARIO ALARIO MÉNDEZ, la Corte Suprema de Justicia, el ministro de Justicia y del Derecho RÓMULO GONZÁLEZ TRUJILLO y la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, condujo a la expedición del decreto 1382 del 12 de julio de 2000, por medio del cual se establecieron reglas para el reparto de esta acción.

Después de diversas vicisitudes, felizmente superadas con la decisión del Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia de julio 18 de 2002, con ponencia del consejero CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE (exp. 6414), que no lo halló opuesto a la normatividad superior, con las leves excepciones de los incisos 4° del numeral 1° del artículo 1° y 2° del artículo 3°, dicho decreto mantiene su vigencia y le ha puesto parte de orden al ejercicio de este amparo constitucional. Decrecieron algunos de los abusos y desvaríos que se habían venido perpetrando en su nombre y que, junto con otros que todavía subsisten, han descaecido la relevancia de esta magnífica innovación, protectora excelente de derechos constitucionales fundamentales, al colocar al individuo en expedito contacto con la administración de justicia.

Sin embargo, sigue siendo necesario complementar una regulación racional, primariamente desde la propia Constitución, para blindar la tutela contra tanta extralimitación, que en forma ingente agobia a la rama judicial, con muy alto grado de desperdicio funcional por el elevado volumen de demandas engañosas, impertinentes y nimias.

De la misma manera, tiene que ponerse fin a los abusos que se vienen cometiendo desde estrados de todos los niveles, entre ellos la propia Corte Constitucional, por el desconocimiento de que la tutela no procede contra decisiones judiciales, como expresamente decidió en su sentencia C-543, mediante la cual el 1° de octubre de 1992, con ponencia del magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del decreto 2591 de 1991, que establecían un término de caducidad de dos meses, a partir de la ejecutoria, para ejercer la acción contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, determinando una competencia especial y unos requerimientos de procedibilidad.

Sin acatar que los fallos dictados en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, según estatuye el inciso 1° del artículo 243 de la Carta, y ya dejada de lado la regulación que contenían los preceptos declarados inexecutable, la Corte Constitucional y otros múltiples despachos han optado por proceder contra los referidos pronunciamientos judiciales, frecuentemente a discreción y aun desdeñando que el presunto afectado disponga de otro medio de defensa judicial y no se utilice el amparo como mecanismo transitorio, como se halla estatuido desde la propia Constitución, inciso 3° del artículo 86.

Para mayor embrollo, esa arrogación se ha desarrollado bajo la amoldable aducción de “vía de hecho”, definida de voluble manera, desde “violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial” (T-173, mayo 4 de 1993, MP JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO), hasta el engendro de la “vía de hecho prospectiva”, para dejar sin efectos un proceso que se hallaba en curso contra unos miembros de

la Cámara de Representantes, no obstante hallar “razonablemente fundada en derecho” la actuación de la corporación accionada, donde evidentemente se disponía de los amplios medios de defensa judicial legalmente establecidos.

Se anotó entonces que:

“si bien las altas corporaciones judiciales, y en especial la Corte Constitucional, deben en principio ser consistentes con sus decisiones pasadas, lo cierto es que, bajo especiales circunstancias, es posible que se aparten de ellas” (SU-047, enero 29 de 1999, con ponencia de los magistrados CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO),

así de tal manera se genere inseguridad jurídica, desajuste funcional e inmenso desconcierto.

Por supuesto, no es confortante para la institucionalidad jurídica el acomodamiento de esa clase de fallos, como tampoco lo es que la Corte Constitucional u otro despacho judicial, que podía ser de menor nivel jerárquico y/o de especialidad diferente, le espete a otro que ha cometido tamaña violación, “flagrante y grosera”, ni aumenta así la credibilidad y el respeto hacia la rama judicial, por ejemplo, cuando el despacho tutelado es una Sección del Consejo de Estado, o una Sala de la Corte Suprema de Justicia, cuyas juiciosas determinaciones simplemente no complacen al juez o corporación que impone su parecer o su conveniencia por vía de tutela.

Todavía más, ¿hasta dónde puede llegar la perplejidad ciudadana, si lo que antes era considerado como jurisprudencia, por la reiteración de un análisis jurídico, que ha venido sustentando apropiadamente el respectivo órgano jurisdiccional, es tildado por otro ente como “vía de hecho”?

¿Qué fe en sus instituciones puede conservar el ciudadano del común, si un grupo de servidores judiciales, colegiados al más alto nivel, son imputados, con inusitada frecuencia, como “flagrantes y groseros” violadores del ordenamiento jurídico, que debían acatar y proteger?

Por el contrario, personas informadas bien pueden advertir que lo que está ocurriendo emana de que un ente judicial, o algunos de sus miembros, que rotativamente logran conformar precarias mayorías, han estado erigiendo su supremacía, por presuponerse guardianes únicos de la Constitución. Si por cualquier razón no quieren estar de acuerdo con una providencia, la motejan “vía hecho”, así hasta cuatro de los propios compañeros, que en consecuencia salvan su voto, razonen juiciosamente en sentido contrario, como también lo ha venido haciendo la corporación realmente competente.

Los otrora magistrados de la propia Corte Constitucional JORGE ARANGO MEJÍA, FABIO MORÓN DÍAZ y VLADIMIRO NARANJO MESA, en salvamento de voto conjunto a la sentencia SU-327 de julio 27 de 1995, de la cual también se apartó el magistrado HERNANDO HERRERA VERGARA, denunciaron lo que a continuación se transcribe, para tomar sólo unos cuantos apartes ilustrativos, entre muchos otros, de lo que de antigua data viene acusándose, aun desde el interior mismo de esa corporación:

“Lo que se ha hecho, sin ocultarlo, es arrebatar su competencia a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Desde ahora, los condenados penalmente sabrán que contra la sentencia pueden ejercer, a su arbitrio, la acción de tutela o el recurso extraordinario de casación.

Con una ventaja para los condenados: si el recurso extraordinario de casación debe interponerse dentro de un término... y con base en unas causales, la acción de tutela puede ejercerse contra la sentencia en cualquier época, por cualquier motivo, y ante cualquier juez. Por ejemplo, ¿qué impediría, de conformidad con la jurisprudencia que ha fijado la Corte Constitucional, que la sentencia de casación que en este salvamento de voto se ha citado, fuera mañana revocada por cualquier juez, alegando que en ella se desconoció la prohibición de la *reformatio in pejus*?

En lo relativo a la justicia penal, ¡quién lo creyera! la Corte Suprema de Justicia ha dejado de ser, por obra y gracia de una acción de tutela, ‘el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria’ (...).

Siguiendo la novísima jurisprudencia, bastará alegar que el juez o tribunal competente, aplicando la Constitución y la ley, pero dándoles una interpretación contraria a la que favorece al interesado, fallará en contra de las aspiraciones de éste, para acudir a la acción de tutela, nuevo bálsamo de fierabrás jurídico”.

Así concluyen los tres magistrados aludidos inicialmente:

“Fallos como el que originó este salvamento de voto, fortalecen la convicción de quienes creen que en la medida en que la acción de tutela reemplaza todos los procedimientos establecidos, se desquicia aún más nuestro descaecido ordenamiento jurídico.

Cabría preguntarse, además, cómo puede haber seguridad jurídica, si, a pesar de haberse declarado la inexequibilidad de las normas que permitían la tutela contra sentencias, se invalidan fallos ejecutoriados, contra los cuales existían recursos, como el de casación en este caso, que no se interpusieron oportunamente. Si, además, los fallos de tutela niegan la fuerza obligatoria de los contratos, desconocen que la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, y si, en fin, como ya ha ocurrido, los jueces de tutela de todas las jerarquías olvidan, por ejemplo, que ‘no se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular’ (art. 45, decreto 2591 de 1991).

El abuso de la acción de tutela conspira contra la existencia misma de esta institución. Que no se estableció para crear la anarquía y el caos en la administración de justicia,

sino como un *remedio excepcional* que sirviera para la protección de los derechos fundamentales”.

Todavía en la misma época, primando la juridicidad, el interés nacional y la sinceridad, salvó voto el magistrado JORGE ARANGO MEJÍA frente a la sentencia SU-342 de agosto 2 de 1995:

“(…) eran menos peligrosas para el orden jurídico las normas del decreto 2591 de 1991 que hacían posible la acción de tutela contra sentencias. En tales normas se establecía un término para interponer la acción de tutela (60 días siguientes a la firmeza de la providencia que hubiere puesto fin al proceso); se exigía que se hubieran agotado los recursos en la vía judicial; y se preveía la sanción por el ejercicio temerario de la acción de tutela contra sentencias, etc. Ahora, cuando no existen las aludidas disposiciones, todo es posible: basta invocar la real o imaginaria violación del debido proceso, en cualquier tiempo. Ya se ha visto cómo quien, por ejemplo, no quiera interponer el recurso de casación contra una sentencia contra la cual éste proceda, sólo tiene que alegar que supone o sospecha que la Corte Suprema no desatará favorablemente tal recurso, para acudir con éxito a la acción de tutela.

En síntesis, en su marcha inexorable, la acción de tutela abusivamente ejercida, hace a un lado todos los demás procesos, y no deja en firme decisión alguna de los jueces de la república...

Obsérvese que en la sentencia de la cual discrepo, se desconocen las sentencias que pusieron fin a procesos válidamente tramitados, que se ciñeron a las exigencias del debido proceso. Para desconocerlas no se invoca argumento diferente al de la primacía del juez constitucional. ¿No habría sido, acaso, más acertado llamar a las cosas por su nombre, y hablar de la omnipotencia jurídica del juez de tutela?

(...).

(...) Esa relación, que no se debatió en la Sala Plena, permite una conclusión: *por medio de la acción de tutela se puede exigir todo lo que directa o indirectamente se relacione con un contrato de trabajo*. Así ¿para qué la justicia laboral?”

Contra la misma sentencia antes referida, puntualizaron en salvamento de voto conjunto los magistrados HERNANDO HERRERA VERGARA, FABIO MORÓN DÍAZ y VLADIMIRO NARANJO MESA:

“a) La acción de tutela no está consagrada para sustituir al juez laboral ni para definir conflictos jurídicos de trabajo, sino que constituye un mecanismo subsidiario de defensa y por tanto no es procedente frente al caso particular”.

b) La supuesta violación del principio “a trabajo igual, salario igual”, “no puede ser considerada en forma genérica e indeterminada, sino de manera específica, con fundamento en el material probatorio requerido”.

“c) En el presente caso no hay vulneración del derecho a la libre asociación sindical”.

“(…) Además, como ocurre en el caso *sub examine*, con ello se desvertebra la jurisdicción laboral con sus competencias y procedimientos propios consignados en normas que recogen una avanzada tradición jurídica de tendencia progresista, en aras de la protección de los derechos de los trabajadores, tanto a nivel individual como colectivo, la cual tiene como finalidad lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empresarios y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social que cristaliza el imperio de la justicia social (…)

Acerca de la sentencia C-466 de octubre 18 de 1995, también salvaron o aclararon voto los magistrados JORGE ARANGO MEJÍA, FABIO MORÓN DÍAZ, HERNANDO HERRERA VERGARA y VLADIMIRO NARANJO MESA, confesando el primero que la Corte Constitucional:

“so pretexto de proteger los derechos fundamentales, y basándose en su condición de intérprete de la Constitución, ejerce cada día poderes más amplios e invade la esfera reservada por la ley a otras autoridades... Basta citar algunos casos, para demostrar cómo la Corte Constitucional desborda sus poderes:

Al revisar fallos de tutela, se ha arrebato a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la competencia para revisar una sentencia condenatoria, en virtud del recurso de casación...; se han dejado sin valor unas sentencias dictadas por los jueces laborales, en épocas pasadas, sin siquiera determinarlas, y se ha desconocido la existencia de normas sobre convenciones colectivas y pactos colectivos...

Ahora, en esta sentencia, se ha desconocido que es deber del Presidente de la República ‘conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado’ (...).

(...).

La Corte Constitucional no ejerce un poder omnímodo, porque en el Estado de Derecho no hay poderes omnímodos. Dios no quiera que se convierta en absoluto el poder de quienes apenas son unos intérpretes de la Constitución, encargados de guardar su integridad y supremacía, dentro de los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la misma”.

Pero los pasos hacia la arrogación total se siguieron dando y las pretendidas “vías de hecho”, que antes eran “apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas” (T-368, septiembre 3 de 1993, MP VLADIMIRO NARANJO MESA), vienen siendo acomodaticiamente colegidas de simples diferencias de interpretación y de valoración probatoria, lo cual ha estado vedado en algunas definiciones de “vía de hecho” y lo estuvo en el inciso final del párrafo 1° del extrañado artículo 40 del decreto 2591 de 1991, declarado inexecutable por no ser

viable la acción de tutela contra decisiones judiciales, que sin embargo llegan a ser convertidas en removibles, ya sin reglamentación alguna, al desentenderse de lo resuelto en una sentencia que, según la Carta Política, inciso 1° del artículo 243, debía producir efectos de cosa juzgada constitucional.

Así, no es raro que cunda el desprestigio y la incredulidad, ni que se perciba que el Consejo de Estado “le canta la tabla” a la Corte Constitucional, como recientemente tituló el diario *El Tiempo* (abril 19 de 2003, pág. 1-6).

También la Corte Suprema de Justicia, tardía pero categóricamente, tuvo que reivindicar, para bien de Colombia, su condición de “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria” (art. 234 Const.), según refrendó el 19 de marzo de 2002, en sendas determinaciones emitidas por la Sala Laboral y la Sala Penal, después de puntualizar en Sala Plena, el 5 del mismo mes:

“Las decisiones que adopta la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de sus atribuciones constitucionales son intangibles e inmutables, y por ello serán las únicas que se reconocerán por esta corporación como jurídicamente válidas para todos los efectos legales”.

Como se indica en el acápite siguiente, debe insistirse en la reunificación de la jurisdicción constitucional, con la supresión de la Corte Constitucional y el restablecimiento de sus funciones en la Corte Suprema de Justicia.

De momento, el abuso de la acción de tutela, particularmente al pretenderse la remoción de determinaciones judiciales, ha aminorado con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 1° del decreto 1382 de 2000, en cuanto el reparto de la acción promovida contra un funcionario o corporación judicial, corresponde al respectivo superior funcional del accionado. Pero es fundamental que se erradique esa práctica, como debió ocurrir a partir de la declaratoria de inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del decreto 2591 de 1991, determinada por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-543 de 1° de octubre de 1992, precisamente por cuanto, como allí se explica,

“no encaja dentro de la preceptiva fundamental un sistema que haga posible al juez, bajo el pretexto de actuar en ejercicio de la jurisdicción constitucional, penetrar en el ámbito que la propia Carta ha reservado a jurisdicciones como la ordinaria o la contencioso administrativa”.

“Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso”.

señala también la providencia en cita. Ante la inocultable realidad de protuberantes quebrantamientos a derechos fundamentales que, de cuando en cuando, verdaderos

y trascendentes, son apreciados en actuaciones judiciales, que muy excepcionalmente han llevado aun a los más cuidadosos defensores de la seguridad jurídica a tutelar, los procedimientos de cada índole deben estar provistos de apropiados mecanismos de impugnación y control, si el diligenciamiento aun se halla en curso, en cualquier etapa, y de expeditas acciones de revisión si ya ha culminado, para que con las ventajas en oportunidad y esmero que caracterizan a la tutela, el amparo constitucional se posibilite, armónicamente integrado al respectivo proceso.

5.5. La Corte Constitucional

Ciertamente, ser el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria y guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, son funciones que no se oponen sino que se complementan; así continúan siendo atendidas, en una misma corporación, en cantidad de países y lo ha estado en Colombia, no solamente cuando la Corte Suprema de Justicia ejercía expresamente el control de constitucionalidad de las leyes, hasta 1991, sino a través de sus providencias, mediante las cuales salvaguarda los derechos fundamentales y corrige los agravios que hayan sido inferidos.

De igual manera, el Consejo de Estado ha seguido fungiendo como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, a la vez que conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de decretos dictados por el gobierno nacional.

En los vaivenes de la estructuración política, ha venido considerándose que el control constitucional de las leyes debe volver a la Corte Suprema, en primer término para superar los riesgos de permeabilización de la justicia, que se reeditaron en la Constitución de 1991, al dejarse a cargo del Senado de la República la elección de los nueve magistrados de la Corte Constitucional, la tercera parte de ellos de ternas elaboradas por el Presidente de la República.

Procede recordar que antes de 1957, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia eran elegidos

“por las Cámaras Legislativas, de ternas que les pasará el Presidente de la República. El Senado y la Cámara elegirán por mitad los magistrados de la Corte, pero si su número fuere impar, la Cámara elegirá uno más” (artículo 149 de la Constitución Política de entonces, similar a lo estatuido para el Consejo de Estado en el artículo 136 *ibídem*).

El citado artículo 149 preveía, asimismo, la existencia de suplentes personales, “elegidos en la misma forma que los principales” y que el gobierno nombraba

“los magistrados interinos de la Corte Suprema, y los gobernadores respectivos nombrarán los de los tribunales superiores, cuando las faltas de los principales no puedan ser llenadas por los suplentes”.

Por fortuna, esa grave dependencia empezó a ser subsanada por el artículo 12 del plebiscito del 1° de diciembre de 1957, al determinar que las vacantes en la Corte Suprema y en el Consejo de Estado “serán llenadas por la respectiva corporación”.

Se estableció así la *cooptación*, que si es reglada constituye el menos malo de los mecanismos de designación de los integrantes de las corporaciones límite en la organización judicial. Los riegos de grupismo y amiguismo podrían ser neutralizados aumentando las calidades exigidas para llegar a esos cargos y preconstituyendo listados públicos de elegibles, con los juristas de más elevados niveles de idoneidad y experiencia, abiertos al escrutinio ético y curricular, con especial atención y aportes por parte de las escuelas de derecho acreditadas y de los colegios de jueces y fiscales, al igual que de los colegios de abogados cuando se organicen y asuman con reglamentación, responsabilidad y seriedad el control social informal y la autorregulación que habrá de corresponderles.

Pero en lugar de avanzar en esa depuración, la ausencia de memoria nacional llevó a reincidir en el malsano mecanismo anterior, por la elección de altos servidores judiciales con elevada injerencia de las otras ramas del poder público.

Hay entre nosotros, abogados javerianos, quienes podemos dar fe de situaciones deplorables padecidas al tratar de ilustrar a ciertos congresistas sobre las calidades que sustenten la aspiración al cargo, sólo para pronto confirmar que es mejor mantenerse alejado.

Para ahorrar términos propios, acudo textualmente a la carta que el 26 de septiembre de 2000 me dirigió un reputado senador de la República, GUILLERMO OCAMPO OSPINA, a raíz de haber impetrado públicamente, como Presidente de la Corte Suprema, la despolitización del sistema judicial, particularmente por lo acaecido en la Corte Constitucional y en el Consejo Superior de la Judicatura:

“Coincido totalmente con sus muy juiciosas apreciaciones sobre la perniciosa injerencia de la política en la elección de magistrados y altos funcionarios de la rama jurisdiccional.

El Congreso de la República es, por su origen y sus funciones, una institución esencialmente política, a la cual debe privársele, definitivamente, del deplorable y menesteroso espectáculo de presenciar a los aspirantes a tan altas dignidades, merodeando por los pasillos del Capitolio, para recabar de los parlamentarios sus favores, con la plena advertencia y el pleno consentimiento de que la generosidad y el desprendimiento, no son precisamente nuestras más ostensibles virtudes.

Es urgente promover una reforma constitucional en tal sentido, que consagre y preserve la total independencia de la justicia y de los organismos de Control, para que puedan, en esta forma, ejercer su nobilísima misión”.

Así viniera pregonándose:

“la nueva idea del control de la constitucionalidad ejercido por un cuarto órgano de poder, independiente de los restantes para evitar fricciones entre éstos a consecuencia de una decisión adversa a la función creadora del derecho”.

idea que “se plasma en la Constitución austríaca” de 1920 “y se extiende a otros países europeos en la segunda posguerra mundial”⁹, la creación de la Corte Constitucional no era necesaria en Colombia, ante las funciones de control que venían siendo cumplidas por la Corte Suprema de Justicia, con un especial mecanismo de estudio previo a través de su Sala Constitucional.

Se contaba así con la participación de un número superior de juristas, independientes y sin aspiraciones políticas, especializados en diferentes ramas del derecho, incluido el “derecho público” para los integrantes de la Sala Constitucional (art. 214 Const. anterior), escogidos por su erudición, integridad y trayectoria, sin la participación de las otras ramas del poder público y evitando los compromisos que puede generar la procuración del nombramiento al interior de un cuerpo de conformación partidista, tradicionalmente propenso a exigir prebendas por los votos y apoyos que hayan de asumirse.

Que algunas decisiones de la Corte Suprema en ejercicio del control constitucional hayan generado polémicas, cierto, pero en mucho menor grado de lo que ahora ocurre.

Que la Corte Constitucional haya asumido posiciones de avanzada en la protección de los derechos del individuo, cierto, con bemoles, pero ello no descalifica a la Corte Suprema, porque ésta no tuvo las amplias oportunidades de pronunciarse como posibilita ahora la Constitución, las cuales muy seguramente desarrollaría sin propasarse, por su conocida prudencia, tradición, naturaleza y conformación.

El aporte adicional de la Corte Constitucional de estar generando enfrentamientos con las otras corporaciones de justicia, como ya se observó, tampoco es un argumento a favor de mantenerla, como no lo son sus reiterativos fallos de exigua mayoría, 5 a 4 en Sala Plena, o con sólo 2 votos en salas de Revisión.

9 PÁEZ VELANDIA, DÍDIMO, *El control de la constitucionalidad en los estados latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia*, Ed. Revista Derecho Colombiano, Bogotá, 1985, pág. 127.

Lo que viene ocurriendo puede ser consecuencia de la ligereza que en la Asamblea Nacional Constituyente rodeó la inclusión de nuevas corporaciones en el sistema judicial colombiano, lo cual se hizo no por el raciocinio profundo sobre las realidades y las necesidades criollas, sino por el prurito de innovar, particularmente pretendiendo que las instituciones que se supone funcionan bien en otros países, asimismo servirán al transplantarlas acá, sin concienzuda observación previa, consolidada analítica y empíricamente, sobre cómo operarán en las especiales condiciones de nuestro desvencijado país.

Como es imposible que en este ensayo se puedan abarcar todas las aristas, precedentes y consecuencias de los temas abordados, para concluir el enfoque sobre la Corte Constitucional, que se complementa con lo que le corresponde de lo antes referido acerca de la acción de tutela, baste transcribir la exposición de un motivo que incidió para que fuese creada la entidad en cuestión:

“En primer término, la Comisión Cuarta propone, por mayoría, la creación de la Corte Constitucional. Se propone la creación de la Corte Constitucional por la necesidad que se ha visto en todos los campos del derecho de lograr cada vez más una mayor especialización de los organismos que ejerzan la tarea jurisdiccional. Así como la labor de casación que cumplen las salas civil, penal y laboral requieren ser ejercidas por expertos en la materia, cada día el derecho público adquiere mayor especificidad.

Es por ello que dentro de la estructura de la nueva Constitución, resulta conveniente separar las funciones de tribunal de casación de la Corte Suprema de Justicia, de la facultad de control de constitucionalidad. Esta mayor especialización en el juzgamiento constitucional, permitirá que con el tiempo se construya una jurisprudencia estable sobre los alcances de cada una de las normas de la nueva Carta, con claridad sobre las facultades de las ramas del poder público y en particular sobre la naturaleza excepcional de los estados de excepción.

Es igualmente importante que este nuevo organismo determine el alcance de los derechos y las libertades públicas, creando una interpretación estable y coherente sobre su ejercicio. Se trata de la creación de un organismo especializado, dedicado únicamente al juzgamiento constitucional e integrado por magistrados que, aunque concededores de otras disciplinas jurídicas, cuenten con una formación básica en derecho constitucional¹⁰.

Adicionalmente a la levedad del planteamiento, nada implicaba en contra del mantenimiento de la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, que

10 “Ponencia: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, proposiciones divergentes. Ponente: MARÍA TERESA GARCÉS LLOREDA. *Gaceta Constitucional*, n° 85 página 14”. Cita incluida por CARLOS LLERAS DE LA FUENTE y MARCEL TANGARIFE TORRES, en *Constitución Política de Colombia: origen, evolución y vigencia*, Ediciones Rosaristas, Pontificia Universidad Javeriana, Biblioteca Jurídica Diké, 1996, págs. 913 y 914.

además de no contrariar “una mayor especialización de los organismos que ejerzan la tarea jurisdiccional”, ni que “cada día el derecho público adquiere mayor especificidad”, la formación en derecho constitucional es prerequisite para que un juriconsulto pueda llegar a profundizar con solidez en cualquier especialidad.

Aún más, lo aducido no se compadece con la previsión que quedó consagrada en el artículo 239 de la Carta, en cuanto en la integración de la Corte Constitucional:

“se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del derecho”,

lo cual es más bien una razón para preservar el control de constitucionalidad en un organismo ya establecido, de composición multidisciplinaria.

Por otra parte, “que con el tiempo se construya una jurisprudencia estable”, no es misión facilitada por las contraposiciones que surjan entre lo que, cada uno por su lado, decidan coexistentes organismos máximos de la rama judicial. La unificación de la jurisprudencia supone que su desarrollo sea responsabilidad de una sola institución, exclusiva y excluyentemente en lo que atañe a las jurisdicciones tradicionales, que en lo contencioso administrativo ha tenido como tribunal supremo al Consejo de Estado, y en lo ordinario a la Corte Suprema de Justicia, incluyendo los respectivos tópicos de constitucionalidad.

5.6. El Consejo Superior de la Judicatura

Lamentablemente, habiéndose ya agotado el tiempo a disposición, es poco lo que en esta oportunidad alcanzo a reiterar en torno a esta otra desafortunada concepción de la Constitución Política de 1991.

Intentaré sin embargo corroborar unas pocas observaciones que desde su origen vengo expresando, que coinciden con lo anunciado, desde su campaña, por el actual Presidente de la República y en parte con el esbozo presentado por el gobierno nacional ante el Congreso a final de 2002, cuando lo avanzado del período legislativo no permitió tan siquiera iniciar los debates.

5.6.1. Sala Disciplinaria

Urge la atención del constituyente, de la naturaleza que determine la nación, para suprimir la Sala “Jurisdiccional” Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al igual que sus seccionales, por no necesitarse una institución adicional para el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas y constituir un riesgo

que como parte de la rama judicial, que excluye sus decisiones de acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa, esté constituido un organismo cuya conformación es determinada por entes politizados.

La preocupación expuesta en el acápite precedente, sobre el sistema establecido para la designación de los magistrados de la Corte Constitucional, se acrecienta notablemente en la medida en que los integrantes de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior son elegidos, no sólo por el Senado, sino por todo “el Congreso Nacional, de ternas enviadas por el gobierno” (art. 254-2 Const.), lo cual gravemente aumenta las vicisitudes y, eventualmente, los compromisos del aspirante, al tener que peregrinar también por la Cámara de Representantes, en procura del apoyo electoralista.

Además, en la conformación de las siete ternas ni siquiera se da la intervención de entidades judiciales, como ocurre en dos terceras partes de la conformación de la Corte Constitucional y, con destacadas excepciones, el gobierno de turno puede hallar propicia la integración de tales ternas, para atender recomendaciones y compensar favores políticos, resultando muy grave esa contingencia en quienes están llamados a ejercer la función disciplinaria sobre servidores judiciales.

Por supuesto, el asunto no es de la institución sino de la condición humana y es ostensible que tanto en la Corte Constitucional como en la Sala Disciplinaria ha habido magistrados muy superiores al sistema desafortunadamente instituido para su elección.

Las funciones disciplinarias sobre los servidores judiciales pueden ser devueltas al respectivo superior jerárquico y a salas mixtas de los tribunales y de la Corte Suprema y el Consejo de Estado, donde corresponde que estén, sin perjuicio de la vigilancia superior constitucionalmente atribuida al Procurador General de la Nación.

Por su parte, el control sobre el ejercicio de la abogacía puede volverse a encomendar a los tribunales superiores, como lo estuvo, sin que conste una clara razón para que se efectuara la transmutación.

Se dirá que los tribunales se hallan congestionados, aseveración que no por real deja de contrastar con la supresión de múltiples plazas en los diferentes distritos judiciales de todo el país, luego de ser erigidos los consejos regionales de la judicatura, con costosas burocracias.

Para finalizar este breve enfoque, cabe recordar lo que razonadamente ha sostenido el expresidente de la Corte Suprema de Justicia JOSÉ ROBERTO HERRERA

VERGARA, por ejemplo en su intervención en Cartagena en octubre de 2002, con ocasión del V Encuentro Nacional de la Jurisdicción Ordinaria:

“Algunos han planteado que no resulta muy razonable que el disciplinante de jueces y magistrados de tribunales sean funcionarios que si bien están dentro de esta rama son elegidos por poderes diferentes al judicial, porque ello resta autonomía y lesiona la independencia judicial, sustentos esenciales del Estado de derecho. Pero considero que el motivo fundamental de la inserción de esta competencia en la jurisdicción ordinaria no debe ser éste, sino la circunstancia de que en verdad no se amerite tal especialidad jurisdiccional, menos en un sistema como el nuestro, en que jueces y magistrados son elegidos por concurso de mérito. Sus superiores funcionales, cabales conocedores de la calidad y rendimiento de los administradores de justicia, en principio pueden ejercer perfectamente el control disciplinario, como lo hicieron en el pasado sin traumatismos aun cuando no existía carrera judicial.

Los tribunales de las jurisdicciones, ordinaria y contencioso administrativa, como órganos supremos de la moralidad judicial, con el debido apoyo logístico estarían en capacidad de encargarse (de modo compartido con la Procuraduría) de controlar la probidad y el decoro en el desempeño de la magistratura y el ejercicio de la profesión de abogado.

(...).

Hay que reconocer que, a diferencia del decurso de la Sala Administrativa, la Disciplinaria ha mostrado ejecutorias importantes, salvo cuando excepcionalmente se ha injerido en la competencia de otras autoridades”.

5.6.2. Sala Administrativa

Para superar parte de la crisis del sistema judicial, no puede seguirse postergando la clamada modificación radical de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que ha fracasado rotundamente, primero porque la autonomía de la rama judicial que estaba llamada a realizar y preservar, continúa siendo una quimera, agregándose a la insuperada dependencia frente al Congreso y el gobierno, el nuevo vasallaje ante la Sala Administrativa, con adicionales factores de inacción y atascamiento.

No obstante los ingentes esfuerzos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y de algunas direcciones seccionales, la dotación y atención de lo indispensable para la efectiva operación de los despachos judiciales, vuelve a sentirse como en las épocas del Fondo Rotario del Ministerio de Justicia: mendigada, deficiente y lenta.

La productividad y la racionalización no guían el proceder de la Sala Administrativa, ni su actuar suele ser constructivo ni expeditivo, pero ello no ha de tomarse como una crítica a sus integrantes, entre quienes GUSTAVO CUELLO IRIARTE siempre ha luchado por establecer criterios eficaces y políticas coherentes. Más bien, el reproche puede caer sobre el Consejo de Estado, la Corte Suprema y la Corte Constitucional, que en lugar de eficientes ejecutivos, han nombrado en la Sala Administrativa a destacados juristas, con tal preparación y experiencia en las correspondientes especialidades del derecho, que en parte habían aspirado a que se les designara como magistrados de las respectivas corporaciones nominadoras.

Es asimismo inocultable que las fallas vienen de las equivocaciones de concepción y de diseño, en que se incurrió desde la Constitución y más gravemente en la Ley Estatuaria de la Administración de Justicia.

Así se pronunció el expresidente de la Corte Suprema JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA, en la misma oportunidad antes citada:

“Según la Corte Constitucional, en sentencia C-265 de 1993, mientras la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, creada únicamente para el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria ‘actúa como órgano autónomo y con independencia de sus nominadores’, la Sala Administrativa, ha de actuar obedeciendo ‘a una representación efectiva del mismo Consejo Superior y de las demás corporaciones nominadoras, como garantía única de la autonomía administrativa de la rama judicial’.

(...).

(...) al margen de los respetables magistrados que integran la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, es innegable que su estructura orgánica es totalmente equivocada e inconveniente y ha hecho creer a muchos que se trata de seis poderosos gerentes que simultáneamente tienen funciones de planeación, de dirección y de ejecución, que no obedecen a un criterio de unidad de acción ni de propósitos, con los negativos efectos para los destinatarios de la administración judicial y para los usuarios de la justicia.

A diferencia de la función judicial, las estructuras de gestión administrativa colegiadas han sido causa del fracaso en la casi totalidad de los países del mundo. La administración de las instituciones, como de la rama ejecutiva en los estados, no puede entregarse a un grupo numeroso de personas con diferentes criterios de administración y de objetivos, sería tanto como asignar el rumbo ejecutivo de un país a seis presidentes.

Constituye una verdad incontestable que la dirección colegiada actual de la administración de justicia, representada en la Sala Administrativa del Consejo torna más difícil y costoso el normal ejercicio administrativo, más complejo el control, diluye

la responsabilidad frente a omisiones y toma de decisiones, elimina la unidad de mando y de derroteros. Este esquema inapropiado ha estimulado el enfrentamiento de poder entre los miembros colegiados, acrecentado el nivel de conflicto en la adopción de decisiones, en desmedro de la indispensable celeridad, oportunidad, transparencia, eficacia y eficiencia en la gestión.

En efecto, el modelo que opera en la práctica en la actualidad adolece, entre otros, de los siguientes defectos:

El diseño de la Constitución Política de 1991 fue manifiestamente desacertado al concebir dicho organismo de carácter administrativo a la imagen y semejanza de los tribunales de administración de justicia. Así, se llamó eufemísticamente ‘Sala’ a lo que debe ser un consejo directivo y se denominó ‘magistrados’ a quienes no tienen como atribución impartir justicia.

Llama la atención que la preparación académica requerida para ser magistrado de la Sala Administrativa de un consejo seccional resulta más exigente que para ser magistrado de la misma sala del Consejo Superior, pues mientras a éstos se les exige ‘tener título de abogado y haber ejercido la profesión’ durante 10 años, a aquéllos, además del título de abogado, una especialización en ciencias administrativas, económicas o financieras, y una experiencia específica durante un lapso no inferior a cinco años en dichos campos (arts. 77 y 84 Ley estatutaria).

No siempre los integrantes de la Sala Administrativa han tenido la experiencia profesional, los conocimientos y el talento administrativo necesarios para adelantar una gestión eficiente, dada la insuficiencia del perfil gerencial o al menos la combinación de éste con las dotes jurídicas.

En ocasiones, en las determinaciones prevalecen objetivos extrainstitucionales, ya regionales ora políticos, y en forma contradictoria, renegando inconscientemente de la inconveniente estructura colegiada y con ausencia de un criterio técnico de administración gerencial, en la actualidad se reparten funciones y tareas entre sus miembros, asumiendo cada uno la dirección de un área específica, sin que se refleje una acción conjunta para cumplir debidamente las altas metas que anhelan la rama judicial y los usuarios de justicia, a menos que se trate de contradecir críticas constructivas de la jurisdicción ordinaria.

Coexisten direcciones nacionales con sendos jefes: auditoría, carrera judicial, recursos físicos, desarrollo y estadística, la Escuela Judicial, de administración judicial; con direcciones seccionales clonadas, pues a su turno integradas por oficinas jurídicas, de planeación, financieras, de recursos humanos, de sistemas y administrativas, más el centro de documentación jurídica, la asesoría jurídica, la oficina de seguridad y las salas administrativas de los consejos seccionales.

Pero es explicable el intento de renunciar a la administración colectiva en el modo impropiaamente hoy concebido. El siglo XXI testimonia el fracaso de las gerencias

colegiadas, no sólo por los defectos de gestión anotados, sino también porque por sus características la dirección deviene anárquica por la primacía de mayorías meramente coyunturales que imponen a ultranza su posición dominante por encima de una sana concepción gerencial. Con razón FREDERICK TAYLOR al hacer la apología de la ‘unidad de dirección’ pregonaba ‘un solo jefe y un solo programa para un conjunto de operaciones que tiendan al mismo objeto’ y agregaba que sin unidad de dirección no hay unidad de acción, de coordinación de fuerzas y de convergencia de esfuerzos. Es innegable entonces que las desventajas de los modelos de dirección compartida superan sus ventajas.

Cuanto más grande y complejo sea el organismo social, más necesita de una buena administración. El logro de los cometidos institucionales está en función de la cabal planeación, de la adecuada estructura, de su óptima dirección, de la claridad de objetivos realizables, de la perfecta articulación de sus recursos materiales y humanos, del necesario seguimiento y del sano control.

Según publicación del mes de agosto de 2002 del diario *El Colombiano*, titulada ‘El Consejo más costoso’, el monto anual de servicios personales de la sola Sala Administrativa, ascendía a \$3.790.017.023, y el de sus unidades ejecutoras \$7.194.572.873.

Por otra parte, conviene corregir la duplicidad de funciones aparentemente diferentes que se presenta entre algunas dependencias. Perfectamente se podrían fusionar o al menos reestructurar, tal como sucede con la unidad de planeación de las direcciones seccionales y la unidad de desarrollo y análisis estadístico de la dirección general; la asesoría jurídica de aquéllas y la unidad de asistencia legal de ésta; la unidad administrativa de las primeras con la unidad de recursos físicos de las segundas”.

En cuanto a los muy elevados costos innecesarios en que incurre la actual administración de la judicatura, el exmagistrado JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA agrega, entre varios otros datos que deben ser tenidos muy en cuenta en un país de tan grave penuria:

“Los consejos seccionales en el área administrativa tienen un costo innecesario de \$8.000.000.000. La verdad es que actualmente muchos carecen de justificación, a diferencia de las direcciones ejecutivas seccionales, la mayoría de las cuales ha demostrado indiscutible eficiencia”.

Identificado con lo expuesto, me he referido en similares términos a esta problemática, como tuve ocasión de sustentar el 14 de septiembre de 2000, en la instalación del III Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, en Manizales:

“Por otra parte, se habrá verificado una profunda etiología acerca del antagonismo que viene presentándose entre la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y los organismos judiciales, en todos los niveles.

No es asunto de lanzar reproches ni personalizar responsabilidades, pero tampoco puede ocultarse el general sentimiento hacia la Sala Administrativa, tanto en la entidad superior como en las seccionales, por su pronunciada autarquía y lo que se escucha como desprecio hacia la rama judicial, la cual conforma en cardinal misión.

Parte del problema pudo originarse, también aquí, en la errada concepción constitucional y legal y en su desafortunada interpretación, al estructurarse como sala judicial de arrogada independencia lo que debe ser un consejo directivo en permanente contacto e integración con la judicatura que está destinado a servir, sin las pretensiones autonómicas que le hacen ver como una burocracia envanecida, distante e indolente.

Contrario a lo habitualmente escuchado, en el sentido de terminar el Consejo y volver a anteriores formas de administración, se le debe preservar, como institución empresarial del Estado, pero cambiando su estructura sustancialmente, para dar preeminencia decisoria a la inútil Comisión Interinstitucional actual e integrándola como verdadero consejo directivo, desprovisto de administración pero respetado en sus directrices(...)"¹¹.

Insisto ahora en esa apremiante necesidad de reformar radicalmente la Sala Administrativa, para instituir la como una eficiente empresa, despojada de los matices autárquicos y de las pretensiones jurisdiccionales que entraban su actividad.

Reitero, una vez más, que el ideal es constituir el Consejo Superior de la Judicatura, o Consejo Directivo de Administración Judicial, o como quiera llamársele si se cree que cambiándole aquel nombre se le ayuda a distanciar del actual desprestigio e imagen de ineficiencia, tornándole hacia una conformación similar a lo que hoy en día es la Comisión Interinstitucional, pero con trascendentes funciones de diseño de objetivos y políticas, planificación, derroteros y seguimiento en lo fundamental, superando la inoperante condición de convidado de piedra y rey de burlas que deriva de la inestabilidad de sus integrantes y de las funciones descritas por la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y particularmente del parágrafo de su artículo 97, que la lleva a emitir conceptos previos que no obligan a la Sala Administrativa.

En ese verdadero consejo directivo tendrían asiento, de libre designación por cada corporación y con una exención proporcional en sus labores judiciales, sendos magistrados activos de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y, mientras subsista, la Corte Constitucional, que en procura de continuidad y el mejor perfil para la actividad no ha de ser necesariamente el respectivo presidente, quien cambia cada año, o antes, como ha sucedido en la Constitucional.

¹¹ "Fortalecimiento de la justicia hacia la paz", *revista Corte Suprema*, n° 13, enero – junio de 2001, pág. 48.

Asimismo, el Fiscal General de la Nación o su delegado permanente; dos magistrados activos, también elegidos por su perfil para el caso, con continuidad y a quienes se les concedería exención apropiada, uno en delegación respectiva de los tribunales superiores de distrito judicial y otro de los tribunales administrativos; y un delegado de todos los jueces del país, de similares connotaciones, que podría ser designado, con viabilidad de reelección, por los colegios de jueces y fiscales en sus importantes y provechosos simposios anuales nacionales.

El consejo directivo elegirá al gerente de la administración judicial. Asimismo designaría, de libre nombramiento y remoción, a dos ejecutivos de primer nivel, que como el gerente serían, por ejemplo, administradores de empresa, ingenieros industriales o economistas, en todo caso con amplia e impecable experiencia en finanzas, administración y contratación, quienes integrarán con el gerente el comité de proveeduría, liberando al consejo directivo del manejo de contrataciones, adquisiciones y caudales.

Pasando a otra de las obligaciones de la Sala Administrativa, la organización, desarrollo y control de la *carrera judicial*, bien sabido es que funcionó con superior objetividad, mejores criterios y más oportunos reportes hacia finales de la década de los años ochenta, antes de entrar a regir la Constitución Política actual y, por ende, cuando aún no operaba el desafortunado sistema actual de administración de la justicia.

Posteriormente, se escuchan quejas sobre concursos diseñados perdiendo contacto con lo que ha de ser el perfil del juez; su misión nacional; las especificaciones del cargo a que se aspira; el criterio de los magistrados de la especialidad, que son quienes mejor conocimiento poseen y así tendrían más posibilidad de acierto al diseñar, analizar y valorar los concursos; y el excesivo retardo para la integración definitiva de la lista de elegibles.

Aparte de las conocidas deficiencias de concursos que se presentan como integrales, aunque obviamente no puedan cuantificar calidades que, como las morales, no son cuantificables, algo tiene que estar mal concebido si se aprecia que jueces de amplia trayectoria e idoneidad no pasan una prueba de conocimientos, que sí logran superar algunos de inferior aptitud.

Aún más impropio es otorgar puntajes excesivos a una entrevista, en demérito de la prueba de conocimientos, y peor, pretender, como a veces ha aseverado la Corte Constitucional, con sus consabidas mayorías precarias, que tenga que ser *elegido*, lo que significa opción entre varios, el primero de una *lista*, que asimismo supone pluralidad para la selección, tema que ha sido ampliamente considerado y esclarecido en otras oportunidades.

Quedan varios otros temas sin atender, como es lo referente a la solución alternativa de conflictos; la capacitación de los servidores judiciales, con participación de escuelas de derecho de elevada acreditación; lo relativo al proyecto de ley estatutaria de la acción pública de *habeas corpus*; la impostergable reforma a la *casación*, en civil, laboral y penal y la modernización de otros mecanismos procesales, que deberían gozar de la inmediación, oportunidad y preferencia de la acción de tutela; etcétera. Habrá otra ocasión para ello, porque ésta ha terminado.

Sólo resta agregar, como lo he resaltado en otras ocasiones, que LA JUSTICIA RECTA Y CUMPLIDA ES EL CAMINO EXPEDITO HACIA LA PAZ y que debemos seguir procurando, con ahínco y valentía, que el mensaje consagrado en el Salmo 85:10 se haga realidad en Colombia, para que la misericordia y la verdad se encuentren, y la justicia y la paz se besen.