



Aproximación a la historia de una década de transformaciones de la justicia colombiana



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA



Corporación
Excelencia en la Justicia



Agencia
Presidencial
de Cooperación
Internacional
de Colombia

© **Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ)**

Corporación Excelencia en la Justicia, 2013
Calle 94A 13-59 oficina 403

Aproximación a la historia de una década de transformaciones en la justicia colombiana
Bogotá, D.C., octubre de 2013

Primera edición 2013

www.cej.org.co
Twitter: @CEJ_JUSTICIA
Calle 94A No. 13- 59 oficina 403
Bogotá, Colombia

Esta publicación es posible gracias al apoyo del pueblo y del Gobierno de Estados Unidos -a través de su Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID)- y de la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia (APC). Los contenidos son responsabilidad de la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ) y no representan necesariamente los puntos de vista de USAID o del Gobierno de Estados Unidos o de APC Colombia.

Los contenidos y opiniones expresados por los autores en los artículos que se publican en este libro no coinciden necesariamente con la posición de la Corporación Excelencia en la Justicia.

Diseño, diagramación e impresión: LEGIS S.A.

ISBN: 978-958-97915-4-7

Impreso por Legis S.A.
Av. Calle 26 N° 82-70
Conmutador: 425 5255
Bogotá-Colombia



Corporación
Excelencia en la Justicia

Junta Directiva

Rafael Santos Calderón, Presidente Junta Directiva CEJ
Mónica de Greiff Lindo, Cámara Comercio de Bogotá
Alfonso Gómez Palacio, Colombia Telecomunicaciones
Fernando Ojalvo Prieto, Fundación Suramericana
Harold Eder Garcés, Grupo Manuelita
Ana María Delgado González, Organización Corona
José Alejandro Cortés Osorio, Sociedades Bolívar
Carlos Rave Varón, Team Foods Colomba S.A.
Yolanda Auza Gómez, Unisys de Colombia

Consejo Asesor

Alberto Carrasquilla Barrera
Humberto De la Calle Lombana
Jorge Humberto Botero Angulo
Juan Carlos Esguerra Portocarrero
Manuel José Cepeda Ospina
Rafael Nieto Loaiza

Dirección Ejecutiva

Gloria María Borrero Restrepo

Coordinación Proyectos Penales y de Política Criminal

Ana María Ramos Serrano

Coordinación Gestión de Proyectos

Ximena Poveda Bernal

Asistentes investigación

Giselle Amador Ospina
María Paulina Domínguez Hernández
Carlos José Lasprilla Villalobos
Daniela Sanclemente Machado

Asistentes logística de proyectos

Luz Stella Castro Benavidez
Sandy Yaneth López Patarroyo

Área de Comunicaciones

Vivian Benavides Chaparro

Apoyo Administrativo y financiero

Yolanda Durán Strauch
Andrea Cárdenas Sánchez
Anderson Regalado Villalobos

Presentación

Gloria María Borrero Restrepo

Expertos

Jaime Alberto Arrubla Paucar
Rafael Bernal Gutiérrez
José Alejandro Bonivento Fernández
Ulises Canosa Suárez
José Rafael Espinosa Restrepo
Juan Carlos Forero Ramírez
Mauricio García Villegas
Hernando Gutiérrez Prieto
Hernando Herrera Mercado
Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Eduardo López Villegas
Álvaro Namén Vargas
Alfonso Prada Gil
Humberto Antonio Sierra Porto
Hernando Torres Corredor

Reseñas históricas y conclusiones

Gloria María Borrero Restrepo
Diana Alexandra Remolina Botía

Coordinación y edición

Diana Alexandra Remolina Botía

Financiación

Agencia de Estados Unidos para el
Desarrollo Internacional –USAID-
Agencia Presidencial de Cooperación
Internacional de Colombia – APC-

Agradecimientos

Este trabajo no habría sido posible sin la confianza que la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID) y la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia (APC) depositaron en la CEJ para documentar la memoria de la reforma judicial en Colombia.

Pero tampoco, sin el concurso y compromiso de quienes destinaron días de su valioso tiempo a recuperar y poner por escrito su memoria, su conocimiento y su visión sobre las principales reformas de que ha sido objeto el sistema de justicia en los últimos años y que con seguridad seguirán en la agenda de los colombianos.

La Corporación Excelencia en la Justicia agradece profundamente su contribución.

Contenido

Presentación.....	1
Reseña sobre el tránsito del sistema de justicia desde la Constitución de 1991 hasta 2001	3
Reseña de las reformas de la justicia en Colombia desde 2002.....	21

Sobre las reformas procesales

Sistema penal acusatorio en Colombia: expectativas, fracasos y propuestas.....	69
<i>Juan Carlos Forero Ramírez</i>	
Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012	91
<i>Ulises Canosa Suárez</i>	
Alcances del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011	107
<i>Álvaro Namén Vargas</i>	
El procesal laboral de la primera década del siglo XXI.....	145
<i>Eduardo López Villegas</i>	

Sobre otros aspectos de la reforma de la justicia

Las relaciones entre los poderes públicos, la función de los jueces y la independencia judicial: análisis para una propuesta de reforma a la justicia	153
<i>Jaime Alberto Arrubla Paucar</i>	
Gobierno, administración y presupuesto de la justicia.....	183
<i>Hernando Torres Corredor</i>	
Los MASC: ¿una forma alternativa de acceder a la justicia?	213
<i>Rafael Bernal Gutiérrez</i>	
La geografía de la justicia - Una mirada local al funcionamiento de la justicia en Colombia.....	231
<i>Mauricio García Villegas y José Rafael Espinosa</i>	
Corte Constitucional y reforma judicial: apuntes sobre la jurisprudencia en materia de justicia durante el período 2000-2012.....	271
<i>Humberto Antonio Sierra Porto</i>	

Reflexiones generales en torno a la formación jurídica en Colombia
(1980-2013) 291

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Hernando Gutiérrez Prieto

Reflexiones sobre el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución
de controversias..... 315

Hernando Herrera Mercado

La reforma constitucional de la justicia: la gran frustración de la última década

Aspectos relevantes del proyecto de reforma a la justicia de la Comisión
de Expertos 2009-2010 335

José Alejandro Bonivento Fernández

Reforma constitucional a la justicia 2012: Historia de una frustración 369

Alfonso Prada Gil

Conclusiones y perspectivas

El camino de la transformación de la justicia en la última década..... 391

Presentación

Históricamente, la justicia en Colombia ha sido objeto de continuas reformas; múltiples cambios de dirección y de prioridades en la ejecución, algunos con resultados más afortunados que otros, han definido el camino por el que nuestro sistema judicial transita, hasta el punto de poder afirmar que la reforma es una actividad incesante. Algunas veces nos sorprendemos afirmando que esta o aquella han sido reformas sin rumbo ya que no son explícitos ni el fin ni las metas perseguidos con tan constantes intervenciones.

La consciencia de esta realidad ha motivado a la Corporación Excelencia en la Justicia –CEJ–, desde su creación en el año 1996, a observar y rastrear de manera sostenida estos cambios o intentos de cambio y, con el apoyo de la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), a documentar los ocurridos desde 2002, dentro un amplio esfuerzo por hacer seguimiento permanente a las propuestas que se han tramitado en los dos últimos años y, en consecuencia, incidir positivamente en el actual proceso de reforma de nuestro sistema judicial.

La CEJ escogió el año 2001 como fecha inicial para hacer una breve reseña de la historia de la justicia en Colombia, por dos razones fundamentales: la primera, porque a finales de los años 90 la Corporación revisó los esfuerzos de cambio que se potenciaron desde 1989 cuando se inició una ola de reformas similares en toda América Latina, motivada por la banca multilateral, y cuyas conclusiones se presentaron en la conferencia internacional *Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo*, que se encuentran publicadas en el libro *Reforma Judicial en América Latina – Una tarea inconclusa*.

La segunda, porque aquel año marca el inicio de un nuevo ciclo de reformas y resulta interesante dejar por escrito lo que ha pasado en lo que va corrido del siglo XXI. En 2000 se iniciaron las discusiones que determinarían posteriormente la adopción y puesta en marcha del sistema penal acusatorio con lo que se abrió paso a la primera gran reforma del sistema judicial colombiano desde la promulgación del régimen constitucional de 1991. A partir de allí, se ha evidenciado un significativo compromiso de los diferentes gobiernos y de todas las ramas del Poder Público con la prestación de los servicios

de justicia, el cual se ha traducido en importantes procesos de ajuste tanto constitucional como legal e institucional.

Desde el acto legislativo 3 de 2002 hasta la recientemente fallida enmienda constitucional del año 2012, pasando por múltiples políticas públicas e iniciativas legislativas y administrativas, el Estado se ha empeñado en encontrar soluciones a los problemas que de manera más grave aquejan a la justicia colombiana: falta de acceso a la justicia, congestión e impunidad.

En esta publicación se presenta un recuento de las transformaciones más importantes del sistema de justicia generadas con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 y de las acciones emprendidas desde entonces hasta el año 2001, con lo cual se brinda un punto de partida para un segundo repaso histórico sobre lo ocurrido con el sistema de justicia colombiano durante la última década.

A partir de este contexto se abre paso a la documentación de las experiencias reformadoras desde el conocimiento de algunos de sus protagonistas, para lo cual en esta oportunidad la CEJ convocó a un selecto grupo de expertos, a quienes les agradecemos su valioso aporte pues con su comprensión sobre el origen, objetivos y resultados de las reformas emprendidas, han puesto de presente importantes elementos para discernir de dónde viene la reforma judicial en Colombia y los factores que han determinado el éxito o fracaso de las intervenciones realizadas hasta ahora.

En consecuencia, la presente publicación no es una evaluación detallada de las diferentes iniciativas legislativas ni de las políticas públicas o decisiones adoptadas en el empeño por mejorar nuestro sistema de justicia, pues solo pretendemos aportar una reseña y la percepción de un grupo de expertos sobre las mismas para que el lector encuentre en ellas el mapa que le indique la ruta por la que Colombia ha optado y deduzca, a partir de la información que aquí se entrega, hacia dónde vamos en esta importante materia.

Con este enfoque, se espera que el saber adquirido por quienes participaron directamente en las reformas no se pierda ni se desaproveche y, además, que estas memorias entren a formar parte del conocimiento y de los antecedentes que nos deberían guiar en el camino que seguimos recorriendo hacia la renovación de la justicia en nuestro país.

Gloria María Borrero Restrepo
Directora Ejecutiva Corporación Excelencia en la Justicia

Reseña sobre el tránsito del sistema de justicia desde la Constitución de 1991 hasta 2001

A partir de la Constitución Política de 1991 el sistema de justicia sufrió serias e importantes modificaciones derivadas de la nueva concepción de Colombia como un Estado Social de Derecho, de tal manera que de la mano de las nuevas realidades jurídicas que otorgaron a los ciudadanos un papel predominante como sujetos de derecho soberanos, se estructuró todo un andamiaje de instituciones y acciones tendientes a satisfacer y garantizar los derechos fundamentales y colectivos de las personas como destinatarias finales de la administración de justicia.

Durante la última década del siglo pasado se pusieron en marcha las nuevas entidades e instituciones creadas por la Carta del 91: la Corte Constitucional, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura en sus dos salas: administrativa y disciplinaria, y las nuevas acciones constitucionales. Entre estas, la Corte Constitucional y la tutela fueron los instrumentos más importantes para poner en marcha la amplia carta de derechos y la nueva Constitución. Adicionalmente se fortaleció la carrera judicial, se inició y consolidó el nuevo sistema de cooptación mixta para integrar las altas cortes y la jurisprudencia constitucional se fue configurando como una fuente principal de derecho, afianzando el sistema de precedentes.

Mientras todo ello ocurría, en nuestro país no cesaban las convulsiones iniciadas en la década de los 80; a este periodo lo caracterizó la gran crisis financiera y económica, la llamada crisis del UPAC, la alta inflación y el desempleo; se intensificó de manera muy significativa el conflicto armado, donde aparece un nuevo protagonista –el paramilitarismo, continuó el escalamiento del narcotráfico y el terrorismo y al final todas estas fuerzas oscuras terminaron infiltrando las instituciones y cooptando el Estado.

La justicia, que no se reponía de la “toma del palacio de justicia”, seguía soportando los embates de los narcotraficantes y terroristas, con el asesi-

nato de un centenar de jueces, fiscales y policías judiciales, ensayando para protegerse la denominada justicia sin rostro -de ingrata recordación-, y daba muestras de independencia adelantando procesos como el 8.000, atendiendo masivamente los procesos ejecutivos por la crisis del UPAC, desmantelando junto con las fuerzas militares los carteles del narcotráfico, ampliando y protegiendo a través de sus fallos los derechos de los ciudadanos y preservando el espíritu de nuestra Carta del 91.

Dentro de este contexto, a continuación se hace una breve reseña de los principales hitos de la reforma a la justicia en Colombia durante el período 1991 - 2001:

I. Estructura institucional y jurisdiccional

En la norma superior de 1886 el poder judicial estaba en manos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como máximos órganos colegiados de administración de justicia, señalando como arista fundamental de su composición la denominada cooptación, es decir, la designación de magistrados y consejeros por las mismas corporaciones y con carácter vitalicio mientras observaran buena conducta y hasta llegar a la edad de retiro forzoso. La composición de estos dos altos tribunales era paritaria. Los magistrados de tribunales superiores de distrito eran nombrados por la Corte Suprema y los jueces inferiores por aquellos.

Dentro del esquema clásico de asignación de funciones, la Corte Suprema junto con los Tribunales Superiores y demás jueces unipersonales tenían a su cargo el despacho de la justicia ordinaria, y el Consejo de Estado desempeñaba las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. El conocimiento de la acción de constitucionalidad estaba reservado a una sala especial de la Corte Suprema.

La disciplina de los jueces y magistrados de tribunal era ejercida por sus superiores y la de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, por la Cámara de Representantes, por causas constitucionales y legales.

La jurisprudencia era una fuente secundaria del derecho, nuestros sistemas procesales tenían un gran número de procedimientos, eran dispositivos, inquisitivos y escritos, la investigación y el juzgamiento estaba en cabeza de los jueces.

En este esquema, en términos generales, las quejas contra el sistema de justicia apuntaban a la alta congestión, mora, impunidad, carencia de instrumentos de investigación y de capacidad para enfrentar la gran criminalidad (la investigación se basaba principalmente en el testimonio y estábamos lejos de utilizar la prueba técnica). Los medios alternativos de solución de conflictos eran incipientes, era imposible producir estadísticas para evaluar adecuadamente la situación, había una carencia grave en infraestructura para la justicia y los pocos palacios presentaban grandes atrasos en las obras –la construcción del Palacio de Justicia de Bogotá demoró 9 años-, eran comunes los paros de jueces y funcionarios por carencia de papel para trabajar, retraso en el pago de sus salarios y, en general, condiciones inadecuadas para el desarrollo de su trabajo.

Por su parte y desde un punto de vista administrativo, la Rama Judicial no era autónoma, pues era administrada por el Ministerio de Justicia a través de un Fondo Rotatorio, aunque a finales de los años 80 se empezó a delinear su autonomía a partir de la delegación de algunas funciones de este tipo a la Dirección de la Carrera Judicial, ente que dependía de la Corte Suprema.

En cuanto a los derechos de las personas frente a la administración de justicia, la Constitución de 1886 se limitó a señalar que nadie podía ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Pero en 1991, la Constitución Política modificó radicalmente el sistema de administración de justicia al reconocer una amplia gama de derechos ciudadanos y personales. En primer lugar, creó una vía expedita para hacerlos cumplir cuando fueran conculcados –la tutela, de la que hablaremos más adelante– y, por otra parte, constituyó parámetros sustanciales determinantes de la administración de justicia, destacando como derechos de las personas el debido proceso y el acceso a la administración de justicia y señalando que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial, es decir, privilegiando a la “*verdad verdadera*” sobre la mera “*verdad procesal*”.

En segundo lugar, se reconfirmó la institucionalidad del aparato de justicia, en pro de su autonomía, mediante la creación del Consejo Superior de la Judicatura en condición de órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial al cual le fueron asignadas las funciones de elaborar y ejecutar el presupuesto fijado y aprobado por el Gobierno y el Congreso, fijar la división territorial judicial, organizar los cargos, regular los trámites judiciales y administrativos, examinar la conducta de los funcionarios jurisdiccionales,

administrar la carrera judicial, dirimir los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones, etc.; dentro del Consejo se creó, además una sala especializada en disciplinar a los profesionales del derecho.

Se creó la Corte Constitucional como guardiana de la primacía de la Constitución frente a las normas de carácter inferior a través de los juicios de constitucionalidad (antes reservados a la CSJ) y como órgano de cierre para proteger y garantizar los derechos fundamentales por medio de la revisión de las sentencias de tutela proferidas por los jueces constitucionales.

Adicionalmente, como parte de la rama judicial se creó la Fiscalía General de la Nación para ejercer la acción penal investigando los delitos y acusando a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales.

Por su parte, la composición de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado desterró la cooptación tradicional, siendo así que los Magistrados son nombrados por periodos individuales de ocho (8) años según listas de candidatos provistas por el Consejo Superior de la Judicatura. Los Magistrados de Tribunales Superiores y Administrativos y demás funcionarios judiciales ingresan a la carrera judicial mediante concurso público de méritos. En cuanto a la Corte Constitucional, atendiendo a su eminente carácter político y jurídico el constituyente de 1991 estimó conveniente que sus Magistrados¹ fueran elegidos por el Senado de sendas ternas enviadas por el Presidente de la República (3), la Corte Suprema de Justicia (3) y el Consejo de Estado (3).

A su turno, la administración de la Rama Judicial fue deferida al propio poder judicial en tanto los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa son designados por la Corte Suprema (2), por la Corte Constitucional (1) y por el Consejo de Estado (3); reservándose al Gobierno la facultad de seleccionar las sendas ternas de donde el Congreso elige a los siete (7) Magistrados de la Sala Jurisdiccional². Finalmente, el Fiscal General es elegido para periodos de cuatro (4) años por la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República.

1 El artículo 44 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia señaló que la Corte Constitucional estaría integrada por nueve (9) miembros. Antes de 1996 la Corte se integró por siete (7) Magistrados de conformidad con lo establecido por el artículo transitorio 22 de la Constitución.

2 Todos los Magistrados de las altas cortes son designados por periodos de ocho (8) años.

La carta de 1991 estableció y diferenció expresamente cinco (5) jurisdicciones, a saber, ordinaria, contencioso administrativa, constitucional y especiales indígena y de paz. Uno de los avances más significativos en el esquema pluricultural del nuevo Estado Social de Derecho fue el reconocimiento a las comunidades indígenas del derecho de ejercer justicia dentro de sus territorios y conforme a sus costumbres ancestrales, así como la promoción de la participación de la comunidad en la solución equitativa de sus conflictos individuales y colectivos.

La jurisdicción especial indígena contemplada en el artículo 246 superior no ha sido desarrollada por el legislador de manera específica, de tal manera que su referencia normativa más próxima la podemos encontrar en la Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales Independientes adoptado en la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT en 1989, expedida antes de entrar en vigencia la Carta de 1991. La Corte Constitucional en Sentencia C-139 de 1996 realizó un análisis del mencionado artículo 246 acotando que muestra cuatro (4) elementos centrales y que su vigencia y aplicación no depende de la expedición de una ley de coordinación con el sistema judicial nacional:

El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas (*sic*) jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad.

(..) No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo (...).

A su vez, el artículo 247 *ibídem* contempló la jurisdicción especial de paz, desarrollada por la Ley 497 de 1999 que creó los jueces de paz (*A Quo*) y los jueces de reconsideración (*Ad Quem*), siendo estas personas particulares que administran justicia en equidad. La administración, organización y estructura de la jurisdicción de paz fue asignada de manera coordinada a diferentes entidades del Estado, *verbi gratia*, al Consejo Nacional Electoral, Alcaldías, Personerías y Concejos Municipales (elecciones de los jueces de paz y de reconsideración); al Consejo Superior de la Judicatura (recursos para su financiación, capacitación, seguimiento, mejoramiento y control); a los Ministerios del Interior, de Educación y de Justicia (capacitación a los jueces y pedagogía a la comunidad); y a los Consejos Seccionales de la Judicatura – Sala Disciplinaria (control disciplinario).

2. Acción de Tutela

Adicionalmente a los cambios estructurales en la institucionalidad y en la administración de la Rama Judicial, la Asamblea Nacional Constituyente creó sin lugar a dudas la figura más importante en toda la historia del sistema de justicia colombiano. La acción de tutela. Concebida por algunos de los más ilustres miembros constituyentes³, la acción de tutela fue debatida ampliamente por todos los sectores para luego ser aprobada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991, partiendo así en dos la historia judicial del país y convirtiéndose desde un inicio y hasta la actualidad en el mecanismo judicial por excelencia.

En términos generales la acción de tutela procede como mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales (salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable), contra todas las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares que presten servicios públicos o en defensa del derecho de petición

3 “(...) El proyecto 2, del Gobierno Nacional; el proyecto 7, de la Alianza Democrática M-19, AD-M19; el proyecto 9, del constituyente Juan Gómez Martínez; el proyecto 67, del constituyente Misael Pastrana Borrero; el proyecto 81, del constituyente Juan Carlos Esguerra Portocarrero; el proyecto 87, del co-presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, Horacio Serpa Uribe; el proyecto 113, de los constituyentes, Alfredo Vásquez y Ayda Avella; el proyecto 116, del constituyente, Antonio Galán Sarmiento; el proyecto 126, del constituyente, Iván Marulanda Vélez; y el proyecto 130, del constituyente, Eduardo Espinosa Facio-Lince... “El origen y desarrollo de la acción de tutela en Colombia”: Gabriel Bustamante Peña. Revista Semana. 09/06/11. Publicaciones Semana. Colombia. <http://www.semana.com/nacion/origen-desarrollo-accion-tutela-colombia/158178-3.aspx>

formulado ante éstos, cuyo conocimiento está en cabeza de cualquier juez de la República quien la tramita preferente y sumariamente. En sus albores la Corte Constitucional en su sentencia T-222 de 1992 dejó sentada la más escueta pero significativa síntesis sobre la Acción de Tutela:

(...) Fue propósito esencial de la Asamblea Nacional Constituyente defender la eficacia de las garantías individuales que tuvo a bien consagrar en la Carta Política. Con esa orientación buscó acrecer la capacidad de ejercicio de los derechos fundamentales y creó condiciones de acceso real a la administración de justicia para su reclamo. Entre los mecanismos de protección diseñó la acción de tutela a través de la cual se promueve el control judicial sobre las acciones y omisiones de los funcionarios públicos y de los particulares que violen o atenten contra los derechos constitucionales fundamentales, a fin de solicitar que el juez ordene su reconocimiento o tome las medidas indispensables para evitar su quebranto.

(...) La defensa de los derechos que ofrece la acción de tutela es integral, en el sentido de que dada la oponibilidad erga omnes de los derechos fundamentales, no solo procura su vigencia frente al eventual menoscabo que pueda inferirles el ejercicio arbitrario del poder por parte de las autoridades públicas, sino que extiende la necesidad de su eficacia al ámbito de las relaciones privadas y por ello permite, en circunstancias especiales, reclamar su protección cuando la lesión o amenaza del derecho provenga de los particulares (...).

Normativamente la acción de tutela fue reglamentada por el Decreto Ley 2591 de 1991 expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 5 transitorio de la Constitución, previa la aprobación del denominado “Congresito” contemplado en el artículo 6 ibídem. El Decreto 2591 contempló los siguientes 5 capítulos: (1) Disposiciones Generales y Procedimiento, (2) Competencia, (3) Tutela contra Particulares, (4) Tutela y Defensor del Pueblo y (5) Sanciones; en ellos de manera práctica se condensó todo un andamiaje jurídico que ha servido como ninguno otro para lograr el acceso real de las personas a la administración de justicia en busca de la defensa de su derechos fundamentales.

Mención especial merece la previsión contemplada en el artículo 15 del Decreto 2591 en el sentido de que la solicitud de amparo “(...) será sustanciada con prelación para lo cual se pospondrá cualquier asunto de naturaleza diferente, salvo el habeas corpus. Los términos son perentorios o improrrogables”, toda vez que gracias a dicha disposición ha sido prácticamente la única acción en la

cual los operadores judiciales se han dado a la tarea de cumplir estrictamente los términos procesales, por lo que existe la percepción de que la tutela, hoy por hoy, es el único mecanismo del sistema que materializa la tan anhelada por todos “justicia pronta y eficaz”.

Posteriormente mediante el Decreto 306 de 1992, expedido por el Presidente de la República con fundamento en su potestad reglamentaria, se reglamentó el Decreto Ley 2591 de 1991 haciendo precisiones sobre los casos en los que no existiría un perjuicio irremediable⁴; los derechos protegidos, cuando no existe amenaza de derechos constitucionales, los principios de interpretación del procedimiento, la notificación de las providencias, el contenido del fallo, los efectos de las decisiones de revisión de la Corte Constitucional, el reparto⁵ y la imposición de sanciones.

Al final de la década de 1990 el Presidente de la República reglamentó nuevamente el Decreto Ley comentado estableciendo mediante el Decreto 1382 de 2000 las reglas para el reparto de la acción de tutela con el fin de racionalizar y desconcentrar su conocimiento, habida cuenta de que la prescripción genérica contenida en el artículo 86 superior en el sentido de que las personas podrán reclamar “(...) *ante los jueces* (...)” había generado congestión para algunos funcionarios y corporaciones judiciales que por su ubicación geográfica o por conveniencia de los accionantes estaban siendo saturados con tales acciones; con todo, la Corte Constitucional ha acotado la nueva regla de reparto en múltiples pronunciamientos al señalar que esta norma no modifica la competencia de cualesquiera jueces para conocer y tramitar las acciones de tutela que lleguen a su conocimiento por fuera de tales parámetros de reparto, así:

(...) la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, como acaece en este caso, en varios meses, lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2 CP.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de

4 En el artículo 1, el cual fue declarado nulo por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante sentencia del 6 de febrero de 1996 dentro del expediente 3331.

5 En el artículo 8, el cual fue derogado por el Decreto 1382 de 2000.

justicia (art. 229 íbidem) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 íbidem) (...)”⁶.

En cuanto hace con el arraigo popular y la eficacia que ha tenido la tutela a lo largo de su existencia, baste mencionar que solo entre 1997 y 2012 se instauraron un total de 4.935.348 acciones⁷ y que la Corte Constitucional ha proferido en sede de revisión algo así como tres veces más sentencias de tutela que de constitucionalidad (14951 vs 5431)⁸, mediante las cuales ha unificado y acompasado la jurisprudencia de los derechos fundamentales. La resonancia e importancia de la acción de tutela queda más que reflejada en las siguientes palabras del ex constituyente y ex ministro de justicia Juan Carlos Esguerra Portocarrero⁹:

(...) **la tutela es una muy afortunada síntesis de lo mejor de esa Constitución:** de los valores y principios cardinales que ella izó; de su visión más profunda, pero, a la vez, más descomplicada de la sociedad, el individuo y el Estado; de su rotunda toma de partido por la persona humana y por su dignidad; **de su compromiso con la causa de la “verdad verdad” de los derechos de la gente;** de su preocupación por el control efectivo de los excesos, de las arbitrariedades, de las inercias y de las indolencias del poder; de su opción por lo real sobre lo formal; **de su decidida cruzada por la inclusión y la protección del más débil. En fin, de la que en una palabra podría llamarse la ética de la Constitución de 1991.**

(...) Pues bien, basta con una ojeada retrospectiva a lo acontecido con la tutela en el curso de estos 20 años para concluir que, **por donde se la mire, con ella el Constituyente dio en el clavo. No ya solo porque, según las estadísticas, en ese periodo se han tramitado y resuelto más de tres millones.** Además porque, también según las estadísticas, en la gran mayoría han sido casos que por otro camino no se habrían solucionado, o que, con toda probabilidad, no se habrían resuelto aún -suponiendo que el interesado hubiera tenido la opción de otro camino-. **Porque la verdad es que las tute-**

6 CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 230 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño, citado en el Auto 149 de 2009 con ponencia de la Magistrada (E) Clara Elena Reales Gutiérrez.

7 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Informe al Congreso de la República 2012. Pág. 102.

8 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/estadisticas1992-2012.png>

9 “La Constitución política de 1991 consagró la acción de tutela”. Diario El Tiempo. 19/06/11. http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTE-RIOR-9673524.html

las siempre han sido decididas en el curso de, a lo sumo, unas pocas semanas, y no a la velocidad de crucero de nuestros procesos ordinarios, que casi sin excepción tardan de cinco años para arriba. Y la verdad es también que no pocas veces la tutela es el único camino al alcance del interesado.

Y, por supuesto, huelgan las consideraciones sobre lo que, en materia de su aspiración de justicia, de realidad de su derecho, de su confianza en el imperio de la ley y en la efectividad del Estado, incluso de su propia autoestima como persona y como parte integrante de la sociedad, **significan para cualquiera que su caso -en el que tanto va envuelto- sea decidido cuando duele y no cuando ya prácticamente ha perdido toda esperanza.**

Lo que es más importante, muchos, muchísimos, probablemente la gran mayoría, han sido los casos en los que quien ha ejercido la **tutela o aquellas personas en cuyo nombre ella se ha demandado han sido hombres, mujeres y niños del común, para quienes los derechos fundamentales afirmados, reconocidos y garantizados en la Constitución, a lo largo de todas las constituciones solo habían sido letra muerta**, vanas promesas de campaña, quimeras y mentiras. Y, desde luego, **muchos más han sido los casos de los derechos que jamás habían sido reconocidos porque ni siquiera estaban consagrados** como tales en nuestro sistema jurídico, que apenas los consideraba simples anhelos para mañana, y que hoy son realidades tangibles a través de la tutela por el camino de su “conexidad” con los derechos fundamentales o por el de la llamada “fundamentalización” de los derechos sociales y económicos.

Que ha habido errores, no hay duda. **Que ha habido excesos, no hay duda. Que ha habido abusos, no hay duda.** ¡Pero que no la haya tampoco, porque no puede haberla, de que **el balance de estos 20 años de la tutela ha sido abrumadoramente favorable en el proceso de hacer realidad el Estado social de derecho por el que, con tanta ilusión, Colombia decidió jugársela en 1991!**” (negrillas del texto original).

3. Acciones de cumplimiento, populares y de grupo

Otro gran avance del sistema de justicia diseñado en 1991 fue la consagración a nivel constitucional de las acciones de cumplimiento, populares y de grupo contempladas en los artículos 87 y 88 superiores con el fin de “(...) *hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo (...)*” proteger

“(...) los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica (...)” y garantizar el resarcimiento de “(...) los daños ocasionados a un número plural de personas (...)”, respectivamente.

Las acciones de cumplimiento, populares y de grupo instituidas en 1991 fueron desarrolladas, la primera mediante la Ley 393 de 1997 y las segundas por la Ley 472 de 1998, señalándoseles trámites preferentes y términos cortos y perentorios.

Cabe resaltar que en la década de 1990 la acción de cumplimiento desarrollada de manera general y uniforme por la Ley 393 de 1997 tuvo un antecedente mediato en la Ley 99 de 1993 que la estableció para el *“(...) efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente (...)”*; y uno inmediato en la Ley 388 de 1997 que la instituyó *“(...) para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo relacionado con la aplicación de los instrumentos previstos en la Ley 9a de 1989 y la presente ley (...)”*.

Por su parte, las acciones populares constitucionalizadas en 1991 no entraron a pugnar¹⁰ con las acciones populares de origen legal presentes de antaño en los artículos 1005, 1006, 2359 y 2360 del Código Civil, pero nunca habían sido tan reconocidas como se logró con la reforma constitucional, las cuales solo fueron desarrolladas en 1998 a través de la ley 472 que además incorporó una de las características más particulares de la acción popular al consagrar el llamado incentivo económico por el cual el juez de conocimiento debía fijar en favor de los actores un porcentaje pecuniario según las resultas de las sentencias favorables. Tal consideración económica fue avalada por la Corte Constitucional al señalar que las *“(...) acciones populares combinan el deber de solidaridad que a todas las personas les atañe, con la potestad del Estado para inducir, promover, patrocinar, premiar y, en general, estimular el ejercicio de tales acciones en orden a la materialización y preservación de determinados bienes jurídicos de especial connotación social (...)”*¹¹; pero con el tiempo este incentivo fue degenerando en casi la única motivación de los demandantes populares, con lo cual contribuyeron a la congestión de la jurisdicción administrativa con una avalancha de acciones populares calcadas entre unos y

10 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

11 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-459 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería.

otros e interpuestas por los más disimiles y fútiles motivos. Esta fue la principal razón por la cual con posterioridad, mediante la ley 1425 de 2010, el incentivo fue derogado.

Con todo, hay que decir que si bien la tutela ha sido el instrumento para concretar la amplia carta de derechos individuales que nuestro estado de derecho reconoce a los ciudadanos, las acciones de grupo y populares han mostrado su valor a la hora de proteger el marco de los derechos colectivos dentro de los cuales los primeros se ejercen –medio ambiente, moralidad administrativa, salubridad pública, espacio público- pero también de nuevas categorías de derechos que surgen dentro de la sociedad como por ejemplo, el reconocido por la Corte Constitucional de accesibilidad de las personas discapacitadas. Así, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, a través de estas acciones, “(...) las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que (...) se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad.”¹²

4. Ley Estatuaria de la Administración de Justicia

Mediante Ley 270 de 1996 se expidió la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la cual se desarrolló la forma como han de operar las instituciones para gobernar y administrar el sistema de justicia y se consagraron los principios rectores que habrían de guiar el sistema de justicia en Colombia: el acceso a la justicia, el derecho de defensa, la celeridad y la oralidad¹³, la autonomía e independencia de la Rama Judicial, la gratuidad, la eficiencia, los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el respeto de los derechos.

Allí, se señaló la estructura general de la administración de justicia, se instituyó legalmente al Consejo Superior de la Judicatura como organismo administrador y de control, se contempló de forma permanente un plan nacional de descongestión; se consagró la responsabilidad del Estado por error

12 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

13 “Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos” (inciso 2 del artículo 4°).

jurisdiccional, por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y por privación injusta de la libertad, se dispuso todo lo atinente a la carrera judicial y a los servidores judiciales, se crearon los jueces administrativos disponiendo su materialización de manera gradual y, por carencia de recursos, se dio el puntillazo final para la supresión de la jurisdicción agraria - creada por Decreto 2003 de 1989 - al trasladar el conocimiento de los juzgados agrarios a los civiles del circuito.

Cabe destacar que con esta norma se crea la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial¹⁴ como “mecanismo de información recíproca entre las Corporaciones judiciales y de foro para la discusión de los asuntos que interesen a la administración de justicia.”, cuya existencia y funciones fueron malentendidas desde su creación, pero que además no parece haber contado con las herramientas necesarias para coordinar a los organismos de la Rama Judicial, por lo cual su impacto y utilidad no se han hecho evidentes.

5. Justicia alternativa

De otra parte, el constituyente de 1991 en el artículo 116, elevó a rango constitucional la posibilidad de que los particulares puedan “(...) *ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad (...)*”. Previamente se había expedido la Ley 23 de 1991 en la cual se consagró la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos laborales supeditada a la modificación – no realizada - de la estructura del Ministerio de Trabajo para garantizar su adecuado funcionamiento; habilitándola prejudicialmente de manera voluntaria en materias de familia y de lo contencioso administrativo. Así mismo, se implementó la conciliación en equidad, se crearon los centros de conciliación y se clasificó y desarrolló el arbitramento institucional y el independiente.

14 Integrada por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, el Fiscal General de la Nación y un representante de los funcionarios y empleados de la Rama elegido por éstos en la forma que señale el reglamento. El Ministro de Justicia y del Derecho participa por derecho propio en las reuniones de la Comisión en las que se discutan asuntos relativos al presupuesto unificado y al Proyecto de Plan Sectorial de Desarrollo para la Rama Judicial.

Posteriormente, con el fin de descongestionar los despachos judiciales, el Gobierno expidió el Decreto 2651 de 1991 que contempló normas transitorias sobre conciliación, arbitramento, pruebas, redistribución de competencias judiciales, concordatos, sucesiones y, como un incipiente rasgo de oralidad procesal, introdujo la utilización de sistemas de grabación en todas las audiencias y diligencias con el fin de levantar el acta correspondiente mediante su posterior transcripción o de servir como tal sin necesidad de transcribir, cuando se tratara del proceso verbal sumario.

La conciliación se dispuso en sede judicial de manera voluntaria y, ante su fracaso, con miras a someter el pleito a arbitramento o amigable composición, esto en los procesos distintos a los laborales, administrativos y aquellos en los cuales actuase algún curador *ad litem*. Para los procesos administrativos de primera instancia en los que se ventilara responsabilidad contractual o extracontractual del Estado y en los demás procesos a los que se pudiese aplicar la conciliación anteriormente mencionada (con miras a someter el pleito a arbitramento o amigable composición), se estableció al menos una oportunidad conciliatoria promovida de oficio o a petición de parte. El arbitramento se fijó como de mayor y menor cuantía según el monto de las pretensiones. El Decreto 2651 fue prorrogado mediante las Leyes 287 de 1996 y 377 de 1997 y, al finalizar su vigencia, muchas de sus disposiciones fueron adoptadas como legislación permanente por medio de la Ley 446 de 1998, a través de la cual se modificaron además, algunas normas del Código de Procedimiento Civil, se derogaron unas de La Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989 y se modificaron, expidieron y dictaron normas del Código Contencioso Administrativo, bajo la motivación de que con ellas se contribuía a la descongestión, la eficiencia y el acceso a la justicia.

Allí, se instauró la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos laborales, el cual fue declarado inexecutable ante “(...) *la ausencia de los mecanismos operativos requeridos para su realización práctica (...)*” y debido “(...) *a la circunstancia de que sus prescripciones normativas no contenían los elementos mínimos requeridos para garantizar de manera real y efectiva el principio constitucional de acceso a la justicia (...)*”; pero a la vez señaló que “(...) *en cuanto dicho acceso queda garantizado no hay inconveniente en que el legislador vuelva a regular la conciliación laboral prejudicial, la cual, no es por sí misma inconstitucional (...)*”¹⁵.

15 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-160 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

De la misma forma se estableció la conciliación como requisito de procedibilidad en asuntos de familia. En esta materia, la Corte Constitucional lo declaró condicionalmente exequible mediante Sentencia C-247 de 1999 en el entendido de que debía incluirse al juez promiscuo municipal como autoridad competente para llevarla a cabo, y solo en cuanto a las conciliaciones celebradas sobre fijación provisional de residencia separada, fijación de cauciones de comportamiento conyugal, alimentos entre cónyuges mediando hijos menores, custodia y cuidado de hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos, y regulación de visitas, crianza, educación y protección del menor¹⁶.

Por su parte, el arbitraje se clasificó en independiente, institucional o legal según las reglas de procedimiento, pudiendo ser en derecho, en equidad o técnico. Se modificó el Decreto 2279 de 1989 en cuanto hace con el pacto arbitral, el compromiso y la cláusula compromisoria y se instituyó la amigable composición como un nuevo mecanismo de solución de conflictos *“(..). por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular (...).”*

Dos (2) grandes novedades institucionales derivadas de la Ley 446 fueron la creación de los Comités de Conciliación¹⁷ en las entidades públicas y la asignación de competencias específicas a los Jueces Administrativos que a pesar de que debían entrar en funcionamiento dentro de los tres (3) meses siguientes, por problemas de índole presupuestal finalizaron los años 90 sin que se los hubiera podido implementar. De otra parte, se facultó al Gobierno Nacional para expedir el *“Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos”* - a la postre el Decreto 1818 de 1998 -, contentivo de las normas que para entonces se encontraban vigentes en esta materia.

Finalmente en este periodo, la Ley 640 de 2001 continuó reforzando la línea legal y bajo el entendido de haber solventado las observaciones realizadas por la Corte Constitucional mediante en la sentencia C-160 de 1999,

16 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 247 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

17 Artículo 75. Comité de Conciliación. La Ley 23 de 1991 tendrá un nuevo artículo, así: Artículo 65-B. Las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los Entes Descentralizados de estos mismos niveles, deberán integrar un comité de conciliación, conformado por los funcionarios del nivel directivo que se designen y cumplirá las funciones que se le señalen.

Las entidades de derecho público de los demás órdenes tendrán la misma facultad.

estableció que la conciliación sería requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción en asuntos civiles, de familia, laborales y administrativos una vez se lograra un número de conciliadores mínimo en cada distrito judicial para cada área de jurisdicción.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-893 de 2001, declaró nuevamente la inexecutable de la conciliación obligatoria extrajudicial en materia laboral, pero en materia civil, de familia y de lo contencioso administrativo se logró imponer el requisito de procedibilidad.

6. Códigos procedimentales

En términos generales se puede afirmar que durante el periodo 1991 – 2001 los diversos códigos procesales no sufrieron modificaciones significativas que los acompañaran con la nueva realidad del Estado Social de Derecho de la Constitución Política de 1991. Tales normas fueron modificadas sin perder su carácter escritural e inquisitivo, así:

- Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) por la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 del mismo año, la Ley 25 de 1992, la Ley 222 de 1995, la Ley 446 de 1998, las leyes 572 y 592 de 2000 y la Ley 640 de 2001.
- Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Decreto 2158 de 1948) por la Ley 23 de 1991, la Ley 119 de 1994, el Decreto 1295 de 1994, la Ley 362 de 1997, la Ley 446 de 1998 y la Ley 640 de 2001¹⁸.
- Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) por la Ley 81 de 1993, la Ley 360 de 1997 y las leyes 365 y 417 de 1997. Esta codificación estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2001 cuando comenzó a regir la Ley 600 de 2000 que lo derogó expresamente.
- Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) por la Ley 80 de 1993, la Ley 136 de 1994, la Ley 200 de 1995, la Ley 270 de 1996, la Ley 393 de 1997, las leyes 446 y 472 de 1998, las leyes 589 y 617 de 2000 y la Ley 640 de 2001.

18 La Ley 712 del 08 de diciembre de 2001 no se relaciona en este periodo por cuanto su entrada en vigencia se defirió pasados 6 meses de su publicación.

7. Papel de la jurisprudencia

Además de las consecuencias de la nueva Constitución en el reconocimiento individual y colectivo de derechos, los códigos sustanciales y el ordenamiento jurídico nacional, en general, empezaron a ser revisados bajo la lupa de los nuevos principios constitucionales; así, la jurisprudencia entró a jugar un papel, también decisivo, en la composición del andamiaje normativo y en la forma como deben interpretarse los derechos y deberes de los ciudadanos, cuya influencia sobre jueces y tribunales no puede ser desdeñada. El valor de las decisiones judiciales y el que la jurisprudencia constitucional adquirió –o ganó–, abrieron así el camino para las discusiones sobre el precedente judicial y para su final consagración en el derecho nacional, con lo cual se dota al sistema judicial de una importante herramienta para unificar los criterios interpretativos de las normas y brindar de mayor certeza el contenido de las normas para el ciudadano.

Reseña de las reformas de justicia en Colombia desde 2002

En la historia institucional colombiana el anhelo de contar con una pronta y debida justicia como pilar fundamental del contrato social, ha impulsado los esfuerzos para resolver el permanente y atávico lastre de la tardanza judicial, cuyas cifras, año tras año y década tras década, han generado un creciente descontento ciudadano.

Arropado bajo la ilusión e ímpetu renovador que trajo consigo la Constitución Política de Colombia, el país ha venido madurando una necesaria reforma a la justicia que refleje los principios del Estado Social de Derecho. Sin embargo y a pesar de tal necesidad, muchas de las actividades adelantadas se han circunscrito a las reformas procesales y punitivas, que se reseñarán más adelante, olvidando ¿u obviando? las innegables falencias que comporta la desafortunada actividad política de los órganos decisorios.

Baste recordar los constantes conflictos entre el ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia por cuenta de la mal llamada parapolítica, el denominado “choque de trenes” entre las altas cortes por razón de la tutela contra sentencias judiciales, la parálisis de los órganos judiciales de cierre por virtud del inadecuado ejercicio de sus competencias electorales, los desafueros derivados del esquema de privilegios pensionales de la Rama Judicial, y las demás indelicadezas y conductas reprochables que para mal han permeado la dignidad de la justicia en general y de la magistratura en particular.

No obstante los lunares mencionados, es preciso afirmar y aceptar con donaire que gran parte del establecimiento judicial y de los órganos legislativo y ejecutivo han entendido su misión y vienen procurando una reforma de justicia sustancial que, con el fin de acercar la justicia al ciudadano de manera ágil y eficaz, se acompañe y complemente desde la perspectiva política de gestión con las modificaciones normativas procesales figuradas a partir de la carta de 1991.

En tal medida y con el objetivo de modernizar el aparato judicial a la luz de las nuevas tecnologías disponibles en la presente centuria, las recientes

codificaciones contenidas en las leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012 incorporan de manera acertada el uso obligado de herramientas electrónicas de curso común en esta época, siendo así optimistas frente al resultado provechoso que en el mediano plazo acarreará la innovación digital en el desarrollo de los pleitos judicializados.

De otra parte, resulta loable el esfuerzo y gestión del actual gobierno y de sus predecesores en gestionar la consecución de recursos de cooperación internacional de parte del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros, destinados a la modernización y capacitación de los recursos físicos y humanos del sistema de justicia, de tal manera que en cuestión de algo más de diez (10) años pasamos de un anquilosado, vetusto y obsoleto engranaje operativo, a una estructura institucional razonablemente adecuada y acorde con las necesidades mínimas de eficiencia material con operadores humanos cada vez mejor calificados y preparados.

A su vez, hay que resaltar la labor de la judicatura que en los últimos tres (3) lustros ha realizado ingentes esfuerzos para atacar el cáncer de la mora jurisdiccional mediante continuos planes de descongestión, que si bien no han dado todos los frutos proyectados sí han sido un referente positivo de persistencia institucional en el cual debemos rescatar la disminución progresiva en los tiempos de respuesta judicial.

Además, en la última década, se han acometido múltiples y variadas reformas a partir de la modificación y actualización de las normas procedimentales; se arrancó con la reforma laboral en 2001, Ley 712, que prosiguió en 2007 con la Ley 1149; en el ámbito penal en 2002 con el Acto Legislativo 3 de 2002 que fue desarrollado en 2004 con la Ley 906; en asuntos de lo contencioso administrativo en 2011 con la Ley 1437, y en cuanto hace con el régimen procesal general en 2012 con la Ley 1564.

A la par de las reformas a los códigos procesales se implementaron medidas puntuales de descongestión judicial, eficiencia y acceso a la administración de justicia reflejadas principalmente en normas orientadas a implementar la oralidad, la cual se instaló en las políticas de justicia como la medida de salvación; entre estas se pueden contar las Leyes, 1285 de 2009, modificatoria de la Estatutaria de Administración de Justicia, y 1395 de 2010, modificatoria del procedimiento civil, o desde otra perspectiva, la ley 1563 de 2012, que busca contribuir desde el mecanismo alternativo del arbitraje que ha dado mejores muestras de prontitud y celeridad.

Desde el punto de vista institucional, tras 6 años de espera, se generaron finalmente las condiciones para la implementación de los jueces administrativos a partir de la destinación de los recursos necesarios para ello en 2003. Así, se expidieron los decretos 3321, 3345, 3346 y 3387 de 2006 mediante los cuales se crearon e implementaron los circuitos y juzgados administrativos en el territorio nacional y se establecieron la planta de personal y la oficinas de apoyo y de servicios para los mismos.

El impacto de la jurisprudencia en la reforma a la justicia es otro asunto que no puede perderse de vista tanto para la interpretación de la normatividad expedida como para la acotación y ampliación de derechos de los ciudadanos y cuyo impacto fiscal tampoco ha sido ajeno a los aires renovadores. Con la intención de limitar la incidencia fiscal de los fallos que incluyen órdenes con claras consecuencias económicas, se propuso la creación de un incidente de impacto fiscal a través del cual las autoridades podrán solicitar a las Altas Cortes que se modulen sus sentencias para favorecer el flujo fiscal del Estado, lo que abre la puerta a una fuerte intervención de la justicia en los asuntos económicos del Estado, que habrá de monitorear y evaluar.

Respecto de cada uno de los hitos de la reforma se hablará a continuación.

I. Reforma laboral

En esta materia es preciso resaltar que el sistema oral fue impuesto –de alguna manera– desde 1948 con la expedición del Decreto Ley 2158 de 1948 -Código Procesal del Trabajo-¹ de tal manera que al menos normativamente hablando, la justicia laboral fue la abanderada inicial de la oralidad como expresión del anhelo de celeridad procesal que finalmente se impuso como política principal de cambio de las arraigadas costumbres de dilación procesal.

Así, el procedimiento contempló audiencias orales de conciliación, de trámite y de juzgamiento (artículo 44), subsistiendo una mixtura con la forma escrita derivada de la contestación de la demanda. Una particularidad relacionada con la agilidad de los procesos consistió en que al tenor del artículo 45 podían realizarse máximo cuatro (4) audiencias de trámite. En segunda instancia primaba igualmente el sistema oral tanto para la audiencia de alegaciones como para la del fallo (artículo 82).

1 Adoptado como legislación permanente mediante el Decreto 4133 de 1948.

Sin embargo, en la realidad fáctica dicha oralidad no pasó de ser una bienintencionada expectativa que nunca pudo llevarse a cabo como se la había planteado, dado que las prácticas dilatorias permitidas y realizadas por los intervinientes procesales dieron al traste con la posibilidad de no extender los juicios más allá de las cuatro (4) audiencias legalmente permitidas.

El nuevo siglo comenzó con el trámite legislativo de la que llegaría a ser la Ley 712 de 2001, la cual comenzaría a regir 6 meses después de su publicación, es decir, que entró en vigencia el 09 de junio de 2002 y, como primera medida del cambio sustancial que pretendió darle a la justicia laboral, se dispuso que el antiguo “*Código Procesal del Trabajo*” en adelante se denominaría “*Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social*”.

La introducción de la “*Seguridad Social*” en la denominación de la codificación laboral no fue una mera libertad nominal sino que obedeció a la evolución de las competencias inicialmente asignadas por la Ley 362 de 1997 a dicha jurisdicción para conocer de las “*(...) diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados (...)*”; ampliándolas y unificándolas en la facultad para decidir las “*(...) controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan (...)*” (Ley 712, numeral 4 del artículo 2), que en 2012 con la Ley 1564 se modificó para excluir los asuntos “*(...) de responsabilidad médica y los relacionados con contratos (...)*” (artículo 622).

En cuanto hace con la racionalización del acceso a la administración de justicia se incluyó como anexo de la demanda el acompañamiento de la prueba sobre el agotamiento del requisito de procedibilidad de que trata la Ley 640 de 2001 (numeral 6 del artículo 14), requisito que nunca entró en vigencia por cuanto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en su sentencia C-893 del 22 de agosto de 2001.

Para dar celeridad se estableció la posibilidad de proponer como excepciones previas que el juez laboral puede decidir en la primera audiencia, las relacionadas con la cosa juzgada y la prescripción “*(...) cuando no haya discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión (...)*” (artículo 19). Igualmente, se impuso a las partes el deber de asistir a una “*(...) audiencia obligatoria de conciliación, de decisión de excepciones previas, de saneamiento y fijación del litigio (...)*”, señalada una vez contestada la demanda o vencido el término para ello, so pena de presumirse ciertos

los hechos susceptibles de confesión o en su defecto de tener su inasistencia como indicio grave en su contra.

Las maniobras dilatorias se atacaron con la modificación de la contumacia en el sentido de unificar la consecuencia de continuar el juicio sin necesidad de nueva citación para los casos de inasistencia a cualesquiera de las audiencias, lo cual en el régimen anterior solo aplicaba por la inasistencia a las audiencias de trámite de tal manera que los ausentes podían paralizar el proceso al no acudir a las audiencias de conciliación o de juzgamiento. Adicionalmente, se facultó al juez para ordenar el archivo o continuar el trámite solo con el demandante inicial en los casos en que “(...) *transcurridos seis (6) meses a partir del auto admisorio de la demanda o de la demanda de reconvencción, no se hubiere efectuado gestión alguna para su notificación (...)*” (artículo 17).

Con todo y a pesar de que la Ley 712 reiteró el principio de oralidad que había sido implantado con el Decreto Ley 2158 de 1948, concomitantemente propició su atenuación en la medida en que estableció expresamente múltiples providencias que quedaban exceptuadas del sistema oral (artículo 21); avaló la suspensión recurrente de las audiencias de trámite por la imposibilidad de decidir inmediatamente o por prueba pendiente, haciendo con ello que se multiplicaran las 4 máximas posibles *ad infinitum* (artículo 22); y sustrajo de la audiencia de segunda instancia las alegaciones para permitir su presentación de manera escrita (artículo 40)

Visto lo anterior es preciso mencionar que el principio de oralidad laboral acusó deficiencias y malformaciones en su práctica, siendo así que lo que en teoría debería funcionar como mecanismo de agilidad en la realidad quedó convertido en una especie de parodia alejada de los fines pretendidos en la reforma. En este escenario, el Consejo Superior de la Judicatura al prepararse para la implementación del sistema oral concertado en la Ley 1149 de 2007 realizó un crudo diagnóstico de las fallas detectadas, las cuales pueden servir de alerta para tratar de evitarlas en la oralidad instaurada en las Leyes 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) y 1564 de 2012 II (Código General del Proceso); así:

(...) Generalmente las actuaciones y pruebas se cumplen bajo modalidades atípicas de audiencias públicas, conducidas por secretarios, oficiales o escribientes, quienes registran por vía mecanográfica, con la mayor fidelidad posible, las expresiones del juez, si asiste, las partes, testigos y abogados, si comparecen. La costumbre es que todo cuanto ocurre en la audiencia queda plasmado por escrito en un acta que suscriben los concurrentes. Normalmente, la velocidad del meca-

nógrafo exige que el participante dicte su expresión, generándose por ende, ingentes demoras. De ahí que se diga con razón que el proceso laboral en realidad es un proceso escrito, con algunas actuaciones dictadas. Es que la oralidad supone una intercomunicación ágil, un dialogo fluido del juez con las partes, no un lento dictado de uno y de otras.

Una vez agotado de esta forma el llamado debate probatorio se cierra éste por el empleado, quien agenda una fecha para audiencia de juzgamiento, atendiendo el turno que señale el libro. El expediente entra al despacho del juez, el cual, por si o por conducto de un empleado sustanciador, la víspera de la fecha señalada, elabora un documento en acta, contentivo de la sentencia para ser informado por ventanilla a los interesados el mismo día de la audiencia de juzgamiento o en días posteriores. O sea, no se da realmente una audiencia oral de fallo.

Las sedes de los juzgados están conformadas por lo común, por el despacho del juez y por otros espacios destinados para la secretaría y los archivos. En los espacios de secretaría se sitúan los escritorios de los empleados encargados de las audiencias. Es normal que se efectúen varias al tiempo de modo que dada la falta de espacio, no hay lugar a que concurra público extraño a las mismas partes o testigos. Así las cosas, mal puede realizarse la publicidad.

En la segunda instancia, la oralidad se diluye todavía más, dado que muy excepcionalmente se cumple una audiencia de pruebas y la sentencia igualmente se elabora por escrito por el ponente y se remite a revisión y firma de los demás integrantes de la Sala, se informa a los interesados igualmente por la secretaría.

En lo que hace a la inmediación, ya quedó dicho que los jueces suelen delegar en los empleados el manejo de las audiencias, de manera que no pocas veces carecen de un contacto directo con las partes, los testigos y el propio proceso; no es extraño que en la practica el juzgador llegue a conocerlo en la oportunidad de dictar la sentencia y tampoco es infrecuente que en dicha ocasión decida retrotraerlo, esto es, efectuar lo que se conoce como reapertura del debate probatorio, dado que encuentra falencias que le impiden resolver con un mínimo tino.

A cambio de concentración, los procesos exhiben lo que podría denominarse atomización de actos, pues las audiencias se suspenden para continuarlas en día diferente, en forma indefinida, con el agravante de que pueden transcurrir tiempos de uno a seis meses o más entre una y otra sesión. Es usual también que las audiencias se repitan sin ningún tipo de actuación, de modo que pueden llegarse a encontrar

procesos, en los que se hayan realizado muchas audiencias, sin que se presente avance alguno durante ellas.

La iniciativa del juez y dirección judicial de los procesos, en realidad depende de cada funcionario, y bien puede traducirse en una especie de instrucción general.²

Ante las falencias detectadas y dada la importancia de hacer realidad el principio de oralidad en asuntos laborales vigente normativamente desde 1948, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1098 de 2005 “por el cual se crea una Comisión Intersectorial para la efectividad del principio de oralidad en el Régimen Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”; conformada por los Ministros del Interior y de Justicia, de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social; por Magistrados de la Sala de Casación Laboral –uno-, otro de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y un último del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá; por un Juez del Circuito Laboral de Bogotá; y por un abogado en ejercicio especializado en Derecho Procesal Laboral y Seguridad Social o con reconocida experiencia.

La comisión tuvo como función básica la recomendación de las medidas pertinentes a efecto de “(...) hacer efectiva la aplicación del principio de oralidad en el Régimen Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (...)”; y para desarrollar su labor inicialmente proyectada hasta el 30 de julio de 2005 fue prorrogada consecutivamente por el Decreto 3640 de 2005 hasta el 7 de agosto de 2006 y por el Decreto 3240 de 2006 hasta el 07 de agosto de 2007.

Como resultado del trabajo desarrollado, la comisión presentó finalmente seis (6) grandes recomendaciones³ consistentes en: (i) ampliación de la nómina de jueces y magistrados, (ii) estímulos para la conciliación y otras formas extraprocesales de solución de conflictos laborales, (iii) racionalización de la demanda de justicia por parte o por acciones del Estado, (iv) capacitación Judicial, (v) dotación de salas y equipos para la oralidad; y (vi) reforma del Código Procesal Laboral.

2 En <http://www.ramajudicial.gov.co/csj//publicaciones/csj/seccion/221/438/1166/Introducci%C3%B3n>

3 “Plan de Acción para la Efectividad de la Oralidad en el Régimen Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”. Informe de los invitados permanentes de la Comisión Intersectorial. Bogotá. Septiembre de 2005.

La reforma legal recomendada hizo tránsito en el Congreso de la República que expidió la Ley 1149 de 2007 la cual entró en vigencia con su promulgación pero cuya aplicación se efectuaría de manera gradual de conformidad con el régimen de transición dispuesto para los procesos iniciados antes de la ley, que se continuarían tramitando bajo el sistema anterior. Como medida de choque señaló que el Consejo Superior de la Judicatura adoptaría y pondría en práctica “(...) *medidas especiales, suficientes para descongestionar los despachos judiciales laborales, en los procesos promovidos antes de la entrada en vigencia (...)*” (artículo 15).

La Ley 1149 dispuso algunas pocas pero contundentes disposiciones para fortalecer el principio de oralidad y agilizar los procesos, dentro de las cuales se resaltan las siguientes: (i) Redujo el número de providencias exceptuadas del sistema oral (artículo 3); (ii) limitó el número de audiencias a dos, una obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, y otra de trámite y de juzgamiento. Igualmente eliminó la posibilidad de suspensión o aplazamiento de las audiencias (artículos 4 y 5); (iii) impuso la utilización de medios tecnológicos para grabar lo sucedido en las audiencias, limitando el contenido del acta escrita al simple registro de los intervinientes (artículo 6); (iv) extendió las consecuencias gravosas por inasistencia a la audiencia obligatoria de conciliación a los eventos en que las partes rehúsen comparecer cuando sean citadas (artículo 9); (v) eliminó el término de 3 días para apelar de la sentencia de primera instancia, el cual debe ser interpuesto y decidido en la propia audiencia de trámite y de juzgamiento (artículo 10); (vi) determinó un término máximo de 3 meses contados a partir de la notificación de la demanda para celebrar la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio (artículo 11); (vii) desterró la actuación escrita de alegatos en segunda instancia, los cuales se presentarán oralmente en la audiencia de trámite y de fallo (artículo 13).

La implementación real y efectiva de la Ley 1149 de 2007 ha sido lenta, siendo así que para el 31 de diciembre de 2011 (fecha en que venció el plazo de 4 años fijado en el artículo 16) de un total de doscientos cuatro (204) despachos laborales en todo el país⁴, solo se habían adecuado ciento treinta

4 En: <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20COR- TES/CONSEJO%20SUPERIOR/Despachos%20Judiciales/por%20distrito%20judicial.pdf>

y cinco (135) en oralidad⁵. Ahora bien, en el Informe al Congreso entregado en 2013, el Consejo Superior de la Judicatura no manifiesta expresamente el número de despachos adecuados para la oralidad, pero señala que durante 2012 “(...) se dio cobertura nacional total a la Especialidad Laboral (...)” y que “(...) para este proceso de incorporación a la oralidad, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispuso un vasto plan de descongestión de la Especialidad laboral el cual se sostuvo durante toda la vigencia 2012.”⁶

2. Reforma criminal y penal

Las reformas en materia criminal y penal se han centrado básicamente en la dicotomía derivada entre los modelos o sistemas “*inquisitivo*” y “*acusador*” como esquemas teóricos elaborados para la persecución, enjuiciamiento y castigo del delito. Los dos (2) modelos tienen aspectos comunes y otros diferenciadores que dependiendo de su aplicación normativa devienen en sistemas penales puros, verbigracia el acusatorio de tradición anglosajona empleado en los Estados Unidos de América, o el inquisitivo de origen europeo continental practicado en Colombia hasta 2003; o en sistemas penales moderados como el implantado en la Ley 906 de 2004 que en voces de la mayoría de tratadistas fue una mixtura entre aquellos, que dio como resultado un modelo penal “*de tendencia acusatoria*”.

En efecto, en Colombia predominó el sistema inquisitivo desde 1948 con la Ley 94, luego en 1971 con el Decreto 409, en 1991 con el Decreto 2700 y finalmente en 2000 con la Ley 600⁷. Por su parte, la tendencia acusatoria en el sistema penal vio la luz con el Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia, para garantizar la implementación efectiva del nuevo modelo, así:

5 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Informe al Congreso de la República sobre el Estado Actual de la Administración de Justicia 2011. Bogotá, mayo de 2012. Pág. 43.

6 En <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/UDAE/publicaciones/informe%20al%20congreso/122811-INFORME%20AL%20CONGRESO%20ultimo.pdf>

7 “*Los Principios de los Códigos de Procedimiento Penal: 1928 – 2006*”. Julio Mauricio Londoño Hidalgo. Revista Universitas – Estudiantes. N° 4: 87 – 110, enero – diciembre 2007. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. ISSN:1794-5216

- En el artículo 116 se incluye la posibilidad de que los particulares administren justicia en condición de jurados en causas criminales.
- En el artículo 250 se reafirma el principio de inmutabilidad exceptuándolo en los casos de la aplicación del principio de oportunidad; se suprime la facultad de la Fiscalía General de la Nación para dictar medidas de aseguramiento - trasladándole tal función al juez de control de garantías –, sin perjuicio de que se la habilite para realizar capturas; se establece el control posterior por parte del juez de garantías a las diligencias de registro, allanamiento e incautación practicadas por el órgano investigador; se instituye la cadena de custodia como medio para asegurar los elementos materiales probatorios; se separa la etapa investigativa a cargo de la FGN de la etapa de juzgamiento (público, oral, contradictorio, concentrado, con inmediación de la prueba, y garantista) a cargo del juez de conocimiento, mediando entre una y otra un escrito de acusación presentado por aquella; se traslada a los jueces (por petición de la FGN) la potestad de preclusión y la obligación de adoptar las medidas de asistencia y de reparación integral a víctimas y afectados con el delito. Adicionalmente, es preciso resaltar que se impone a la Fiscalía la obligación de protección a víctimas y testigos y, “(...) *atendiendo la naturaleza del bien jurídico y la menor lesividad de la conducta punible (...)*” se habilita al legislador para deferir el ejercicio de la acción penal a la propia víctima o a autoridades diferentes al ente investigador que, en todos los casos, podrá actuar preferentemente.
- En el artículo 251 se faculta al Fiscal General para asumir directamente las investigaciones y procesos, asignando y desplazando libremente a sus servidores y, para determinar en virtud del principio de gestión y de jerarquía, los criterios y posiciones que la entidad deba asumir salvaguardando la autonomía de los fiscales delegados según los términos legales.
- Finalmente, se estableció un régimen gradual y sucesivo de aplicación de la reforma, pero únicamente para los delitos cometidos con posterioridad a la fecha que señalara la correspondiente ley. Estableció que el sistema iniciaría el 1 de enero de 2005 y que debería estar plenamente vigente el 31 de diciembre de 2008.

El trámite legislativo del nuevo sistema de tendencia acusatoria derivado del Acto Legislativo 3 de 2002 culminó con la expedición de la Ley 906 de

2004, cuyas principales características han sido sintetizadas por la Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio⁸, así:

Función de control de garantías: Es la Función ejercida por los jueces penales, consistente en la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales que se hagan necesarias durante la etapa de investigación. Como se anota, el control de garantías en nuestro país es una función otorgada a los jueces ya existentes, por regla general los penales municipales, y no una nueva categoría de ellos. En aras de mantener la imparcialidad del juez de conocimiento, una de las especiales prohibiciones exigidas tanto como por el Acto Legislativo que reformó la Constitución como por la Ley 906 del 2004 que lo desarrolla, es el hecho de que el juez de conocimiento y el juez de control de garantías no pueden recaer en una misma persona en un mismo proceso penal.

El principio de oportunidad: Es una de las novedades introducidas por el nuevo sistema en Colombia que puede ser definida como la facultad con la que cuenta el Fiscal para no perseguir una conducta delictiva, basándose para ello en razones de política criminal del Estado y siempre que el caso pueda encuadrarse en una de las 17 causales establecidas por el artículo 324 de la ley 906 de 2004. Así, pese a la existencia de mérito para adelantar la acción penal, el Fiscal cuenta con la oportunidad de suspender, interrumpir o extinguir la acción. Es de anotar que aunque en principio esta facultad podría considerarse como una negación al principio de legalidad, según el cual la acción penal debe ser ejercida siempre que existan los presupuestos para adelantarla, en nuestro sistema se logró un punto intermedio entre los principios de legalidad y oportunidad, convirtiendo al primero de ellos en la regla y al segundo en la excepción. De esta manera, tal como se anotó, el principio de oportunidad debe ajustarse a tanto a las causales establecidas en la ley como a los criterios de política criminal para poder ser aplicado, es decir, se trata de un principio de oportunidad reglado y coherente con la incapacidad de cualquier sistema de procesar todas las noticias criminales que lleguen a su conocimiento. Adicional a lo anterior, el artículo 327 de la Ley 906 establece un control obligatorio y automático por parte del juez de control de garantías para los casos en los que el principio de oportunidad acarree la extinción de la acción penal.

8 Decreto 261 de 2010, modificado por el Decreto 491 de 2012.

El papel de las víctimas: En contraste con el limitado rol que tenían las víctimas en el sistema anterior, en donde podían constituirse como parte civil en el proceso penal en busca de una reparación económica, el nuevo sistema pretende dar un papel protagónico a quienes se ven directamente afectados por la comisión del ilícito.

Con este cambio, se deja de lado la antigua visión reduccionista en la que la indemnización económica constituía la única pretensión de las víctimas y se migra a los conceptos de “verdad, justicia y reparación” como pilares de su intervención en el proceso penal. (...)

Eliminación de la prueba de referencia: Es claro que una prueba practicada fuera del juicio haría nugatorio el principio de inmediación producido con el sistema acusatorio. Es por esta razón que la prueba trasladada quedó excluida por regla general y sólo es válida por excepción cuando el declarante se encuentre en una de las circunstancias consagradas en el Art. 438, L. 904/2004.

Eliminación de la prueba de oficio: El artículo 234 del estatuto procesal anterior le daba la facultad al juez de decretar pruebas de oficio. Esta facultad fue suprimida con el nuevo sistema lo cual es adecuado atendiendo al principio dispositivo en materia probatoria. El juez no puede convertirse en sucedáneo del fiscal, quien es en quien recae la carga de la prueba en el sistema acusatorio, ni del defensor, dado el principio de separación de roles que caracteriza este sistema penal.

Eliminación del indicio como medio de prueba: A diferencia del código penal anterior, el indicio, como medio de prueba que podía ser válidamente tenido en cuenta por el Juez para llegar a su convicción, desaparece con el nuevo Código Procesal.

El Sistema Nacional de Defensoría Pública: De acuerdo con el artículo 118 de la ley 906 de 2004 “La defensa estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública”.

Este sistema fue creado mediante la Ley 941 de 2005 con la finalidad de brindar el acceso a la administración de justicia a las personas que por sus circunstancias económicas o sociales no pueden proveerse un abogado por sí mismas (Arts. 1 y 2). Además, de manera excepcional, se permite que personas que pueden costearse un defensor accedan a un abogado de la Defensoría Pública, siempre y cuando medien circunstancias de fuerza mayor como serían la connotación social del imputado, la trascendencia de los hechos o la imposibilidad

de contar con un abogado de confianza. En estos casos el beneficiario del servicio deberá pagar al Sistema Nacional de Defensoría los honorarios y gastos causados. (...)”.

Sobre los resultados de la implementación del Sistema Penal Acusatorio puede consultarse el Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia y el Boletín de Actualización 2010-2011, elaborados por la Corporación Excelencia en la Justicia⁹, en los cuales se concluye que si bien el sistema ha reportado avances año tras año en materia de agilidad en la administración de justicia, los esfuerzos y resultados globales hablan de la necesidad de emprender correctivos para superar las dificultades que hoy por hoy no pueden ser alabados. Vale la pena citar *in extenso* las conclusiones principales:

Pues bien, ese compás de espera que se le dio al SPA, en nuestra opinión, se ha agotado. Máxime cuando lo que se percibe por parte del Estado es la falta de voluntad de emprender los correctivos necesarios para superar los problemas identificados. En contraste, lo que se están impulsando son reformas que en la práctica suponen un desmonte parcial del sistema.

Sabemos de los grandes esfuerzos realizados por jueces, fiscales, investigadores y defensores para sacar adelante el SPA y somos conscientes de los muchos beneficios que éste ha tenido para la justicia colombiana; los cuales hemos podido ratificar oyendo las voces de los funcionarios de diferentes regiones del país, que reconociendo los obstáculos, siguen creyendo en la conveniencia de este sistema. Sin embargo, en este boletín quisimos hacer énfasis en aquellos aspectos del diagnóstico que se han agravado en los últimos años; y en otros que han aparecido, por causa de la legislación y de algunas malas prácticas que se han gestado entre los operadores.

Respecto de los cambios normativos, llama la atención el hecho de que el sistema actual no es el mismo que empezó a implementarse en 2005, sino que ha sido modificado de forma fragmentada a través de las leyes 1142, 1098, 1121, 1312, 1395, 1453 y 1474. Varios aspectos de estas reformas han sido considerados perjudiciales para el sistema por los mismos operadores del SPA; quienes pese a tener la difícil carga de sacar adelante la reforma, pocas veces son oídos al momento de impulsar este tipo de ajustes.

9 Consultables en www.cej.org.co

(...) lo grave no es la existencia de estas reformas, sino el hecho de que éstas incluyeron restricciones a las formas de terminación anticipada del proceso y recortes de garantías; con lo cual se afectaron las herramientas con las que cuenta el SPA para cumplir con su objetivo de eficiencia y se puso en juego uno de los pilares fundamentales que justificó su adopción. Parece que en algunos casos las cosas no han cambiado ni siquiera para seguir igual -como muchas veces ocurre con las leyes- sino para estar peor.

En lo que respecta a las malas prácticas, destacamos el abuso de las suspensiones y aplazamientos de las audiencias y la lectura de intervenciones en las mismas, la elaboración de programas metodológicos “a formato” que no están orientados a la resolución del caso en concreto, y la flexibilización de la prevalencia de la libertad como principio rector del sistema.

La suma de estas tendencias de la agenda legislativa y la práctica judicial explican varios de los indicadores señalados en este informe, que ponen en alerta roja el sistema judicial penal: casi un millón y medio de noticias criminales acumuladas en la Fiscalía en 2010, un hacinamiento carcelario del 33%¹⁰ y cerca de un 50% de ciudadanos que cree que la probabilidad de que un delincuente sea capturado es baja o muy baja.

Siguiendo por esta vía, lo que quedará de esta ambiciosa reforma procesal será un sistema ineficiente y débil de garantías (como lo era el sistema de tendencia inquisitiva, así muchos lo hayan olvidado); que durará hasta que una nueva administración decida regresar el péndulo de la política penal a favor de las garantías de los ciudadanos.

2.1. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes

En vigencia del nuevo sistema de tendencia acusatoria consagrado en la Ley 906 de 2004 fue expedida la Ley de 2006, que derogó el antiguo Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) e instituyó el nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia dentro del cual se creó el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes –SRPA–, con el fin de que en “(...) *materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral (...)*” (artículo 140).

10 Según datos más recientes, ha superado el 50%.

En este orden el SRPA consagra “(...) *principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al cometer el hecho punible*”. (artículo 139). Precisamente, uno de los principios básicos del régimen penal para adolescentes radica en la prohibición para juzgar o declarar penalmente responsables a los menores de 14 años, quienes tampoco podrán ser privados de la libertad bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible (artículo 142). El sistema impone medidas de verificación y restablecimiento de derechos y vinculación a procesos educativos y de protección, cuando los menores de 14 años incurran en la comisión de delitos (artículo 143). El procedimiento aplicable será el de la Ley 906 salvo en lo que contraría el interés superior del adolescente (artículo 144). A criterio del juez y en caso de que el menor quede expuesto a daño psicológico, queda excluida la publicidad en las audiencias que se surtan en el sistema de responsabilidad para adolescentes (artículo 147). Se prohíbe la celebración de acuerdos entre la FGN y la defensa, el juzgamiento en ausencia del adolescente y el registro de antecedentes penales derivados de sentencias proferidas en el SRPA (artículos 157, 158 y 159).

Ahora bien, aunque “la Ley 1098 de 2006 fue implementada en seis fases a partir del año 2007 hasta el año 2009 de conformidad con la gradualidad establecida en el Decreto 3840 de 2008, garantizando en el año 2009 el 100% de la incorporación de los distritos judiciales al sistema (...)”¹¹, pero la realidad de la violencia en Colombia ha desbordado al SRPA en la medida en que su diseño acusa graves falencias al momento de acompañar la protección de los menores y la lucha contra la criminalidad.

Bajo estas condiciones el SRPA ha recibido una demanda de servicios que supera de manera significativa las expectativas institucionales, planteándose en la actualidad como un reto de la mayor relevancia para todas las entidades que lo integran la revisión de la arquitectura institucional dispuesta y es para esto que resulta urgente contar con detallada información que hoy se echa de menos.

Por otra parte, bajo el entendido que el proceso penal debe garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño, también se plantea como urgente el desarrollo de acciones dirigidas a enfrentar los factores de

11 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Informe al Congreso 2012. Pág. 26.

riesgo que explican en el país la creciente tasa de incidencia y reincidencia de delitos y el ingreso de adolescentes al SRPA.

2.2. *Justicia Transicional*

El desarrollo del conflicto armado en Colombia obligó el diseño de una normatividad que permitiera el juzgamiento y la inclusión de los actores violentos que bajo la política y los programas de reincorporación adelantados por el Gobierno Nacional decidieran desmovilizarse.

En tal sentido y dentro del marco de la denominada justicia transicional¹² el Estado colombiano normativizó sus esfuerzos de paz en la década de los 90 con la Ley 418 de 1997 *“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*, que en materia criminal instauró las causales de extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos para los miembros de los grupos armados al margen de la ley desmovilizados en el marco de acuerdos de paz, verbigracia, los beneficios de indulto *“(...) a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político (...)”* (artículo 50), o de cesación de procedimiento, preclusión de la instrucción o resolución inhibitoria a quienes hayan confesado y a quienes hayan sido denunciados o procesados por hechos constitutivos de aquellos punibles y no hubieran sido condenados mediante sentencia ejecutoriada (artículo 60).

La Ley 418 fue expedida para una vigencia inicial de dos (2) años (artículo 131) pero por su importancia sus disposiciones más relevantes (incluidos los artículos 50 y 60) han sido ampliadas o modificadas sucesivamente, así: Por tres (3) años mediante Ley 548 de 1999 y por cuatro (4) años cada vez mediante las leyes 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010.

Posteriormente, en la primera década del nuevo siglo se impulsó y expidió la Ley 975 de 2005 *“Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”*; y cuyo objeto se definió como

12 “(...) La justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o de represión por parte del Estado (...)”. <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>.

“(...) facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (artículo 1).

La Ley 975 reguló la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley (artículo 2), a quienes se les concede el “*beneficio de alternatividad*” como contraprestación por su contribución a la paz, su colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su resocialización (artículo 3); consistente en una pena alternativa -léase reducida- a la ordinaria fijada en el juicio, no menor a cinco (5) ni superior a ocho (8) años dependiendo de la gravedad de los delitos y del nivel de colaboración efectiva para esclarecerlos, y sin posibilidad de subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias (artículo 29). Los principios procesales fundamentales de la esta ley hacen referencia a la oralidad, la celeridad, la defensa y el esclarecimiento de la verdad (artículos 12 a 15).

Esta norma fue reglamentada en diversos aspectos siendo los siguientes los más relevantes en cuanto hace con los beneficiarios de la pena alternativa y los requisitos procesales para acceder a ella: (i) el Decreto 4760 de 2005 mediante el cual se señaló que el acceso a los beneficios de la Ley 975 aplicaría para los delitos cometidos antes del 25 de julio de 2005 (artículo 1); (ii) el Decreto 2898 de 2006 modificado por el Decreto 4417 de 2006, mediante el cual se establece a los miembros del grupo armado sometido la obligación de manifestar expresamente en la diligencia de versión libre y confesión su voluntad de acogerse al procedimiento y beneficios contemplados en la Ley 975; y (iii) el Decreto 3391 de 2006 por el cual se reglamentó la aplicación de la Ley 975 en armonía con lo dispuesto por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-370 de 2006 por la cual se resolvió sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3, 5, 9, 10, 11.5, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37 numerales 5 y 7, 46, 47, 48, 54, 55, 58, 62, 69, 70 y 71 de la mencionada ley.

El esquema procesal de la Ley de Justicia y Paz según síntesis realizada por la Corporación Excelencia en la Justicia, requería no menos de nueve (9) etapas administrativas y jurisdiccionales, así¹³:

13 <http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justiciometros/2402-avance-de-los-procesos-de-justicia-y-paz>

- Registro de desmovilizados a cargo del Ministerio de Justicia y del Derecho (antes Ministerio del Interior y de Justicia).
- La postulación de los desmovilizados por parte del Gobierno Nacional y ante la Fiscalía General de la Nación.
- Diligencia de versión libre y confesión.
- Imputación por parte de la FGN ante los Magistrados de Control de Garantías de Justicia y Paz.
- Investigación y precisión de cargos por parte de la FGN.
- Audiencia de formulación y aceptación de cargos.
- Control de legalidad de la aceptación de cargos ante la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial.
- Incidente de Reparación Integral a favor de las víctimas.
- Emisión de la sentencia por parte de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial.

A su turno, la Ley 418 de 1997 fue reglamentada por el Decreto 1059 de 2008 (modificado y adicionado por el Decreto 4874 de 2008) mediante el cual se estableció un procedimiento para que los integrantes de la guerrilla que por decisión judicial ya se encontraban privados de la libertad, pudieran desmovilizarse de manera individual y acceder a los beneficios de las Leyes 782 de 2002 y 795 de 2005. Este procedimiento fue derogado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4619 de 2010 al considerar que para entonces ya había favorecido la política de paz y había surtido los resultados esperados durante el tiempo prudencial que fue requerido.

Una vez transcurridos cinco (5) años desde la implementación de la Ley 975 de 2005 (con corte a junio de 2010) el balance de los procesos realizado por la Corporación Excelencia en la Justicia¹⁴ arrojó un desalentador resultado, así:

Entre los 4.366 postulados que existen, se han rendido 2.916 versiones libres ante la Fiscalía, de las cuales 1.524 ya se han terminado. Como pro-

14 <http://www.cej.org.co/index.php/todos-los-justiciometros/2402-avance-de-los-procesos-de-justicia-y-paz>

ducto de dichas actuaciones, los postulados han confesado 25.177 hechos delictivos, pese a lo cual se han formulado hasta el momento 266 solicitudes de audiencia de imputación por parte de la Fiscalía (es decir, se ha buscado la imputación de solo un 6% del total de postulados). De estos 266 procesados, se ha presentado acusación a 107, habiendo aceptado cargos con el posterior control favorable de legalidad un total de 12 procesados –mientras que 70 están a la espera de la realización de dicho control–.

Lo anterior quiere decir que tan solo el 0,2% de los postulados se encuentran en la etapa final del proceso de justicia y paz, existiendo únicamente una sentencia proferida, (en la cual se surtió previamente el correspondiente incidente de reparación). Se trata de la condena contra alias “Diego Vecino” y alias “Juancho Dique”, procesados por hechos como la masacre de Mampuján (...).

Como consecuencia de la falta de resultados del proceso de Justicia y Paz la entonces Fiscal General de la Nación doctora Viviane Morales Hoyos presentó a consideración del Congreso de la República un proyecto modificatorio a la Ley 975 de 2005, tendiente a reforzarla imprimiéndole mayor agilidad y eficacia. El proyecto de ley fue tramitado y desembocó en la expedición de la Ley 1592 del 03 de diciembre de 2012 *“por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones*”.

Algunas de las medidas más significativas introducidas por la Ley 1592/12¹⁵ hacen referencia a:

- Derechos de las víctimas: Los principios de verdad, justicia y reparación se entenderán según los conceptos consagrados en la Ley 1448 de 2011 *“Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”*. Las víctimas podrán participar en todas las etapas del proceso, lo cual será garantizado por la magistratura competente.
- Esclarecimiento de la verdad y del fenómeno del despojo de tierras: Se dispondrá lo necesario a fin de que con el procedimiento

15 Reseñadas por el Ministerio de Justicia y del Derecho en el documento *“Conoce los aspectos más importantes de la reforma a la Ley de Justicia y Paz”*. <http://www.justicia-transicional.gov.co/biblioteca>

de justicia y paz se asegure la verdad de los contextos, causas y motivos del accionar macro criminal de los grupos armados organizados al margen de la ley; para lo cual se surtirá la investigación bajo los criterios de priorización determinados por la FGN.

- Incidente de oposición de terceros a la medida cautelar sobre bienes y normatividad aplicable para su restitución: Los terceros podrán oponerse a las medidas cautelares sobre los bienes afectos a extinción de dominio que hayan adquirido de buena fe exenta de culpa. La restitución de los bienes se regirá también por las disposiciones de la Ley 1448 de 2011.
- Deber de los postulados de contribuir a la reparación de las víctimas mediante bienes con vocación reparadora: Los postulados serán elegibles para los beneficios de justicia y paz si contribuyen con la reparación de las víctimas mediante la entrega, ofrecimiento o denuncia de bienes que efectivamente sirvan para tal efecto.

En este punto es obligado, señalar que Ley 1148 o Ley de Víctimas se convirtió en el primer instrumento de justicia transicional en Colombia cuyo enfoque y esfuerzo se dirigen hacia el reconocimiento histórico de la violencia en el país y de sus múltiples secuelas, una de las cuales es el despojo de tierras a campesinos, indígenas y comunidades minoritarias. Pese a que esta materia se había regulado previamente mediante la ley 387 de 1997, lo cierto es que en el 2011 se superó la mirada asistencialista para pasar a un modelo integral de atención en el que a la víctima del desplazamiento, si bien se le proporcionan las atenciones que la situación de urgencia y vulnerabilidad exigen, se avanza en el reconocimiento pleno de derechos y el restablecimiento de los mismos incluida la restitución de las tierras que le fueron despojadas o que debió abandonar en razón a la violencia¹⁶.

- **Ámbito de aplicación temporal:** Se modificó el artículo 72 de la Ley 795 que disponía la aplicación de la ley para los hechos cometidos antes del 25 de julio de 2005. Con la reforma tanto los desmovilizados colectivos como los individuales pueden acceder a los beneficios de justicia y paz por hechos cometidos antes de

16 La Corporación Excelencia en la Justicia se encuentra diseñando un observatorio al proceso de restitución de tierras implementado en 4 ciudades de las zonas de consolidación con el propósito de plantear recomendaciones de política pública que sean útiles al fortalecimiento del proceso mismo.

su desmovilización. En el caso de los desmovilizados individuales los beneficios aplican siempre que los hechos punibles sean con anterioridad al 31 de diciembre de 2012.

- **Celeridad:** Una vez formulados los cargos y aceptados por el postulado, en la misma audiencia se realizará el control de legalidad sobre la aceptación. Hecho lo anterior y dentro de los ocho (8) días siguientes se dará inicio oficioso (anteriormente a petición de parte) al incidente de identificación de las afectaciones causadas a las víctimas, el cual no podrá durar más de veinte (20) días.
- **Terminación anticipada del proceso:** Cuando los hechos punibles materia de investigación ya han sido esclarecidos mediante sentencia, por petición del postulado se podrá terminar anticipadamente el proceso respectivo.
- **Sustitución de la medida de aseguramiento:** Los postulados que contribuyan con el esclarecimiento de la verdad y entreguen bienes para la reparación a víctimas, entre otras condiciones, podrán solicitar la realización de una audiencia donde se decida sobre la sustitución de la detención preventiva por una medida de aseguramiento no privativa de la libertad.
- **Suspensión condicional de la ejecución de la pena impuesta en justicia ordinaria:** En la misma audiencia en que se resuelva la sustitución de la medida de aseguramiento, el postulado que además haya sido previamente condenado en proceso penal ordinario podrá solicitar la suspensión condicional de la ejecución de la pena si los hechos por los cuales fue condenado se relacionan con su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley. El beneficio se revocará por incumplimiento de los deberes de colaboración, o cuando las condenas ordinarias no se acumulen en la sentencia de justicia y paz o habiéndolo hecho no se otorgue la pena alternativa.

Por su parte, en 2011 inició el trámite del proyecto de reforma de la Constitución 014 de 2011 Senado – 094 de 2011 Cámara que culminó con la aprobación del Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012. Con esta norma se consagran las bases constitucionales para el establecimiento de un régimen jurídico que respalde las acciones que se adelantan con miras a la superación del conflicto armado en nuestro país. En efecto, esta reforma constitucional busca contribuir con la culminación del conflicto armado a través de

diferentes políticas de justicia transicional entre las cuales se encuentra la priorización de juzgamiento de los delitos con más responsabilidad, así como el diseño de instrumentos de carácter no judicial que permitan garantizar la investigación y sanción de quienes tuvieron menor responsabilidad. Para ello el Presidente deberá presentar ante el congreso un proyecto de ley estatutaria para la priorización y selección de los casos que serán objeto de juzgamiento y para la definición de los criterios que definirán la renuncia a la persecución penal. Es importante señalar que las revisiones de constitucionalidad sobre este acto legislativo han iniciado y seguramente se darán también sobre la ley que se expida para su desarrollo, de manera que la jurisprudencia jugará un papel clave para la interpretación y desarrollo de este mecanismo que se juega entre la impunidad y la paz.

2.3. Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano

Creada por el Ministerio de Interior y de Justicia mediante Resolución 0286 del 15 de febrero de 2011 modificada por las Resoluciones 0451 del 03 de marzo de 2011 y 038 del 15 de septiembre de 2011, con el fin de elaborar una propuesta de reforma de política criminal. La comisión desarrolló la labor encomendada y presentó su Informe Final *“Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano”* el 31 de marzo de 2012.

La comisión realizó su labor bajo el enfoque de la política criminal adoptado por la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-646 de 2001 que la conceptualiza como el *“(…) conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas lesivas de los derechos de las personas y de las condiciones básicas de convivencia social (…)”*, sirviéndose del derecho penal como eje fundamental para su estructuración¹⁷.

El diagnóstico realizado por la Comisión de Política Criminal arrojó la falta de evaluación del impacto de las medidas tomadas a nivel normativo y empírico, sobre la carga de trabajo de los operadores judiciales, sobre el sistema carcelario y sobre la evolución del fenómeno criminal. Se detectó que la política se ha centrado en demasía en el *“populismo punitivo”* o aumento de

17 COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. Resumen Ejecutivo Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano. Junio de 2012.

los delitos y de las penas, de tal manera que por ejemplo entre 1992 y 2010 se pasó de 27.000 a 81.000 personas privadas de la libertad¹⁸.

Igualmente, la comisión relacionó debilidades institucionales derivadas de un sistema disperso de leyes penales, la inexistencia del control previo de constitucionalidad en materia penal y la multiplicidad de actores intervinientes con iniciativa legislativa pero sin coordinación adecuada¹⁹. De hecho desde que se expidió el Código Penal del año 2000, se han creado 46 nuevos tipos penales y se han aumentado las penas en 82 delitos, sin contar el con la gran cantidad de proyectos que hoy hacen su tránsito por el Congreso de la República relacionados con, la penalización de los disparos al aire (P.L 205/13 Senado), el porte de armas blancas (P.L 172/12 Senado), la conducción en estado de embriaguez, el aumento de penas para los delitos cometidos bajo este estado (P.L 016/13 Senado), la introducción de la cadena perpetua para algunos delitos cometidos contra menores de edad (P.L 036/12 Cámara), la reforma a la extinción de dominio (P.L 263/13 Cámara), los proyectos para regular el contrabando y la minería (P.L 094/13 Senado, P.L 091/13 Cámara), la estructuración de la justicia penal militar²⁰ (P.L 085/13 Senado), la reforma al Código Penitenciario y Carcelario (P.L 256/13 Cámara) o la desmonopolización de la acción penal (P.L 047 de 2012 Cámara)²¹.

18 Para superar la crisis carcelaria el Ministerio de Justicia y del Derecho formuló una estrategia gubernamental de 12 pasos, dentro de los cuales se incluye la modificación del Código Carcelario y Penitenciario, que a la fecha de elaboración de este documento se encuentra aprobado en tercer debate. El proyecto incluye propuestas alrededor de cinco ejes temáticos: i) el régimen penitenciario y de libertades; ii) el fortalecimiento institucional y coordinación; iii) el impacto fiscal y la infraestructura; iv) la ratificación de principios y derechos de la población reclusa; y (v) el régimen disciplinario y administrativo de los establecimientos de reclusión. Sin embargo, en concepto de la CEJ el proyecto no es contundente y sería pertinente aprovechar la oportunidad para pensar en reformas estructurales del sistema penitenciario y carcelario que realmente permitan afrontar una crisis carcelaria con las dimensiones de la colombiana.

19 COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Ibidem*.

20 Mediante esta propuesta, se busca incorporar autonomía e independencia a la justicia penal militar, a través de la creación de la Fiscalía General de las Fuerzas militares y policía y su cuerpo técnico de investigación, y la creación de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial como entidad descentralizada de la rama ejecutiva, adscrita al Ministerio de Defensa.

21 La Corporación Excelencia en la Justicia realiza seguimiento permatente a estas y otras iniciativas, el cual se puede consultar en la página <http://www.cej.org.co/seguimientoreforma/>

La comisión concluyó que la política criminal del Estado debe estar encarrilada sobre dos (2) principios fundamentales que orienten de manera general la toma de decisiones. El primero de ellos hace referencia a que el derecho penal debe ser la última “*ratio*” o razón de la política criminal, de tal forma que la normatividad y la gestión pública sobre el particular encuentren su límite de acción en el principio de lesividad; es decir, que en la medida en que la función primordial del Estado es la protección y garantía de los derechos ciudadanos y de las personas, en la defensa del orden social solamente deben ser punibles las conductas que lesionen aquellos bienes jurídicos fundamentales. En este orden debe establecerse un sistema sancionatorio de medidas de control alternativas (formas vigorosas de política social o la adopción de medidas administrativas de control), siendo la privación de la libertad aplicable solo ante el fracaso de aquellas²². Valga la pena transcribir las medidas alternas presentadas por la comisión:

- Reparación a las víctimas del delito.
- Internamiento voluntario en establecimientos de terapia psico-social.
- Trabajo en medio rural.
- Libertad asistida por el juez u otra autoridad o persona.
- Trabajo a favor de la comunidad.
- Prisión abierta.
- Pérdida de la licencia de conducción o inhabilitación para el ejercicio de una profesión, arte oficio, industria o comercio.
- Arresto domiciliario.
- Reserva del fallo.
- Arresto durante el tiempo libre o en el fin de semana.
- Amonestación o apercibimiento.
- Liberación anticipada con fines laborales o educativos.
- Permisos o reclusión en centros de transición.

22 COMISIÓN ASESORA DE POLÍTICA CRIMINAL. *Ibíd.*

- Asistencia a cursos de formación, a cursos de manejo del tiempo libre o la rabia o la intolerancia, o a cualquier curso que se proponga con fines preventivos del delito.

El segundo principio rector sobre el cual hace énfasis la CAPC tiene que ver con la no discriminación bajo la perspectiva de género y de equidad respecto de los grupos o poblaciones que histórica y comúnmente han estado en situación de vulnerabilidad, de tal manera que la política criminal tenga en cuenta todos sus elementos diferenciales y, con base en ellos, las instituciones desarrollen las estrategias e implementen las acciones que a manera de acción afirmativa permitan superar la situación de inequidad que soportan tales colectivos²³.

Finalmente, como medidas puntuales para enfrentar las falencias detectadas la CAPC recomendó que dentro de un sistema integral enfocado en los principios del derecho penal como última *“ratio”* y de no discriminación, se comience apuntalando la estructura de la política criminal realizando las reformas normativas que establezcan las que denominó *“reserva de código y reserva de ley estatutaria en materia penal”*, esto con el fin de lograr coherencia y seguridad jurídica en la materia incorporando las leyes penales en los códigos sustanciales y procesales respectivos, previo el control calificado que realizaría la Corte Constitucional. Adicionalmente, a efectos de unificar coordinadamente la intervención institucional en materia criminal la comisión propuso el fortalecimiento de la capacidad técnica del *“Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria”*, creado inicialmente por el Decreto 2062 de 1995 y regulado actualmente por el Decreto 200 de 2003 modificado por la Ley 888 de 2004; y su recomposición para que tengan asiento en dicho órgano solamente el Ministro de Justicia y del Derecho, el Director de la Policía Nacional, el Fiscal General de la Nación, el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el Defensor del Pueblo, un (1) representante del Senado y uno (1) de la Cámara de Representantes; y como invitados permanentes el Departamento Nacional de Planeación y un (1) delegado del Presidente de la República en materia de política de seguridad²⁴.

23 Ibídem.

24 Sugerencia que parece no haberse tenido en cuenta puesto que en el proyecto de ley de reforma del Código Penitenciario y Carcelario, que cursa en actualmente en el Congreso, se propone una conformación diferente.

2.4. Sobre la Fiscalía General de la Nación

En 2013 se expidió la Ley 1654, mediante la cual se entregan facultades extraordinarias al Presidente para que se repiense la estructura orgánica de la Fiscalía con miras a que antes del 15 de enero de 2014 se cuente con una organización que responda a las problemáticas actuales del sistema penal y criminal.

Fenómenos jurídicos como el recién expedido marco jurídico para la paz y fenómenos sociales como la criminalidad organizada exigen mayor cohesión para ser afrontados por los funcionarios de la entidad. Una de las propuestas más interesantes se dirige a que la Fiscalía cuente con una unidad de análisis y contexto que a partir del estudio de los fenómenos sociales y criminales oriente las investigaciones de una manera hasta ahora no conocida en nuestro país.

Igualmente, se perseguirá reorganizar la planta de personal que desde hace varios años viene creciendo exponencial y desordenadamente y que se enfrenta, entre otras, a las siguientes dificultades: (i) No hay suficiente personal para cubrir todas las dependencias en el ámbito nacional; (ii) tampoco hay suficiente personal para las Fiscalías regionales; (iii) los perfiles de los funcionarios no son compatibles con los cargos que desempeñan; (iv) el pago de los salarios es desigual.

3. Reforma de lo contencioso administrativo

En materia de lo contencioso administrativo hay que resaltar que durante la primera década del siglo XXI se mantuvo casi intacta la normatividad del Código Contencioso Administrativo²⁵, vigente desde su expedición mediante Decreto Ley 01 de 1984 con sus modificaciones introducidas por las Leyes 80 de 1993, 136 de 1994, 200 de 1995, 270 de 1996, 393 de 1997, 446 y 472 de 1998, 589 y 617 de 2000, y 640 de 2001.

El Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984 consagra una estructura procesal netamente escritural sin ningún

25 Sobre las características más significativas de este Código se puede consultar, entre otros, lo expuesto por Jorge Enrique Ibáñez Najar en “20 Años de Vigencia del Código Contencioso Administrativo Colombiano”. Revista Digital Civilizar. Universidad Sergio Arboleda.

asomo del principio de oralidad establecido en la Ley 270 de 1996 a excepción, únicamente, del artículo 147 modificado por el artículo 28 del Decreto 2304 de 1989 que en tratándose de la potestad de los operadores jurisdiccionales para conceder audiencias públicas para dilucidar asuntos de hecho o de derecho, estableció trámite oral para las alegaciones de las partes que en todo caso podrán presentar resúmenes escritos de aquellas.

La composición de la jurisdicción contencioso administrativa fue establecida por la Ley 270 de 1996, integrándola con el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos. Sin embargo, en la práctica la jurisdicción administrativa fue ejercida solamente por el Consejo de Estado y por los Tribunales Administrativos hasta el año 2006 cuando mediante Acuerdos PSAA06-3321 y PSAA06-3345 expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fueron creados los circuitos judiciales administrativos e implementados los juzgados administrativos.

Al momento de la implementación de los juzgados administrativos el volumen de procesos atendidos por los tribunales contenciosos a través de ciento cuarenta y cuatro (144) magistrados ascendía a ciento ochenta y siete mil doscientos ochenta y cinco (187.285), de los cuales el sesenta y siete (67%) por ciento equivalente a ciento veinticinco mil noventa y ocho (125.098) negocios fue traspasado a doscientos cincuenta y siete (257) nacentes despachos²⁶; de tal manera que en un escenario teórico donde la carga laboral estuviera igualmente distribuida cada operador judicial pasaría de un promedio de excesivos mil trescientos (1.300) a razonables cuatrocientos sesenta y siete (467) negocios a cargo.

En el referido escenario de distribución igualitaria de carga laboral entre todos los operadores judiciales la disminución de procesos activos derivada de la puesta en marcha de los juzgados administrativos no logra mantenerse en el tiempo, dado que para 2010 cada una de las mismas ciento cuarenta y cuatro (144) plazas de magistratura²⁷ debía atender un promedio de mil cuatrocientos noventa y cinco (1495) procesos. Lo anterior teniendo en cuenta

26 “Fortalecimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. Memorias Seminario Franco Colombiano. Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa. Bogotá. Julio de 2008.

27 “Informe al Congreso de la República 2010-2011”. Consejo Superior de la Judicatura. Informe Ejecutivo. Bogotá. Marzo 2011.
<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/publicaciones/index/subcategoria/359/924/Informe-al-Congreso-de-la-Rep%C3%BAblica>

que sin incluir los pleitos a cargo del Consejo de Estado, en dicho periodo el inventario final resultante fue de doscientos quince mil trescientos noventa y cuatro (215.394)²⁸ negocios.

En 2009 la Ley 1285 “Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia”, consagró el deber de surtir las actuaciones procesales de manera oral²⁹ y dispuso la adopción de “(...) *nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales...*”, y teniendo en cuenta los avances tecnológicos (artículo 4). Adicionalmente:

- En el artículo 9 se modifica la composición del Consejo de Estado incluyendo cuatro (4) nuevas plazas de consejeros para un total de treinta y uno (31).
- En el artículo 11 se crea la acción de “*revisión eventual*” de acciones populares y de grupo para unificar jurisprudencia, pudiendo la ley definir su aplicación a las demás acciones contenciosas.
- En el artículo 15 se dispone la creación del “*Plan Nacional de Descongestión*”.
- En el artículo 16 se establece la posibilidad de fallar en bloque por ejes temáticos y la prelación de turnos por razones de seguridad nacional, de protección del patrimonio nacional, de salvaguarda de los derechos humanos o por asuntos de trascendencia social.
- En el artículo 24 se crea la “*Comisión del Proceso Oral y Justicia Pronta*” con el fin de tratar lo relativo a los procesos orales y por

28 Movimiento desagregado año 2010. Fuente: Despachos Judiciales/ SIERJU Web/ CSJ <http://www.ramajudicial.gov.co/csjs/publicaciones/index/seccion/374/1041/2295/Movimiento-desagregado-por-Jurisdicci%C3%B3n-Contencioso-Administrativa,-Constitucional-y-Disciplinario>.

29 En cuanto hace con los recursos para implementar la oralidad (para todos los procesos judiciales incluidos los contencioso administrativos) y financiar los planes de descongestión, el parágrafo transitorio del artículo 1 ibídem autorizó al Gobierno Nacional para incluir por 4 años una partida de gasto equivalente hasta el cero punto cinco por ciento (0.5%) del Producto Interno Bruto. Tomando como base el PIB nominal de 2010 el Consejo Superior de la Judicatura informó que para los periodos 2010 y 2011, habiendo sido posible realizar asignaciones tope de 651.455 millones, en el primero de tales años el Gobierno Nacional dispuso 125 mil millones y en el segundo 322.565 millones.

audiencias, al estatuto general de procesos, a los proyectos de desjudicialización y a la asignación de competencias a autoridades administrativas y a particulares.

Mención especial merece el artículo 13 de la Ley 1285 reglamentado por el Decreto 1716 de 2009, mediante el cual se logró aplicar finalmente la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia contencioso administrativa; requisito que aun cuando ya se encontraba en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 no había podido entrar en rigor por falta del cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 42 *ibidem*, reglamentado por el Decreto 2771 de 2001³⁰.

Así, para la adecuada implementación del requisito de procedibilidad consagrado en la Ley 1285 fue expedida la Ley 1367 de 2009, mediante la cual se adicionó el Decreto Ley 262 de 2000 asignándole atribuciones a la Procuraduría General de la Nación para adelantar los procesos de conciliación a través de los procuradores delegados ante la jurisdicción contenciosa y de los procuradores judiciales administrativos.

Reforzando las medidas de descongestión, la Ley 1395 de 2010 dispuso entre otras las siguientes:

- Reiteración de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo (artículo 52A).
- Adopción de decisiones interlocutorias por el magistrado ponente sin recurrir a sala de decisión, salvo las relativas al rechazo de la demanda, suspensión provisional y terminación del proceso (artículo 61).
- Desistimiento tácito de la demanda si el demandante no acredita el pago de las expensas para gastos ordinarios del proceso (artículo 65).

30 En los considerandos de las Resoluciones 198 del 27 de febrero y 841 del 26 de septiembre de 2002, el Ministerio de Justicia y del Derecho señala que en ningún distrito judicial se cumplen los requisitos para determinar la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción administrativa.

- Audiencia de juzgamiento en los procesos que no requieran práctica de pruebas (artículo 66).
- Obligatoriedad de sustentar ante el A- Quo los recursos de apelación contra autos y sentencias, so pena de rechazo (artículos 67 y 68).
- Audiencia obligatoria de conciliación cuando se apele de la sentencia condenatoria (artículo 70).
- Posibilidad en los procesos de única o de segunda instancia para dictar sentencia en audiencia oral (artículo 72).
- Aplicación de precedentes jurisprudenciales para resolver peticiones en sede administrativa (artículo 114).
- Posibilidad de alterar el orden de fallo para decidir casos similares que s encuentren al despacho (artículo 115).
- Posibilidad de presentar experticios en las oportunidades probatorias correspondientes (artículo 116).

Sin embargo, frente a la realidad anacrónica derivada de la ausencia de normatividad que estuviese acompañada con los principios instaurados en la Constitución Política de 1991 y con la vocación hacia la oralidad dispuesta en la Ley 270 de 1996, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4820 de 2007 “*Por el cual se crea una Comisión para la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*”; integrada por el Ministro del Interior y de Justicia, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, y por los Magistrados de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, uno de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y uno por cada una de las demás secciones del Consejo de Estado; y por el Superintendente de Industria y Comercio según lo dispuso posteriormente el Decreto 2820 del 30 de julio de 2009.

El objeto primordial de la comisión consistió en estudiar la modificación del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, “(...) incluyendo la reducción de los diferentes procedimientos judiciales que se aplican en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la determinación sobre la viabilidad de implementar la oralidad (...)” (artículo 1).

Como resultado del trabajo desarrollado, el Gobierno Nacional y el Consejo de Estado conjuntamente presentaron al Congreso de la Repúbli-

ca el respectivo proyecto de ley que inició su tránsito en el Senado bajo el N° 198 de 2009, en cuya exposición de motivos resaltan como causas eficientes para la reforma (i) el fenómeno de la globalización y la tendencia de unificación del derecho positivo y las nuevas tecnologías informáticas, (ii) la nueva realidad normativa derivada de la Constitución Política de 1991, (iii) los cambios estructurales en la organización y distribución de competencias de la jurisdicción contencioso administrativa, y (iv) el fenómeno creciente de la congestión judicial.

El proyecto de ley surtió su paso por el Capitolio convirtiéndose finalmente en la Ley 1437 de 2011, cuya vigencia según lo dispuesto en el artículo 308 fue señalada para el dos (2) de julio de 2012 pero solo para actuaciones administrativas, demandas y procesos iniciados desde esa fecha. La norma otorga ultractividad al Decreto Ley 01 de 1984 para continuar regulando los asuntos que para el 02 de julio de 2012 se encontraran en curso.

Con el fin de materializar la descongestión de los despachos judiciales el artículo 304 de la Ley 1437 dispuso un “*Plan Especial de Descongestión*” a implementarse dentro del año siguiente a su promulgación y con un plazo para su ejecución de cuatro (4) años contados a partir de su adopción, la cual fue realizada por el Consejo Superior de la Judicatura el 17 de enero de 2012 mediante Acuerdo PSAAI2-9139 “*Por el cual se adopta el Plan Especial de Descongestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*”.

La nueva normatividad cambia la denominación del antiguo “*Código Contencioso Administrativo*” al de “*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, siguiendo el orden lógico configurado a partir de una Primera Parte dedicada a las actuaciones administrativas (artículos 1 a 102) y otra Segunda Parte regulatoria de los procesos jurisdiccionales (artículos 103 y siguientes).

En cuanto hace con el principio de oralidad dispuesto como norte procesal en la Ley 270 de 1996 el CPACA instaure un sistema por etapas mediante tres (3) audiencias, “(…) *la primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial (..) la segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas, y (..) la tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento y culmina con la notificación de la sentencia (..)*” (artículo 179); en el cual se prescinde de la segunda etapa para dictar sentencia en la audiencia inicial, en los casos de puro derecho o que no requieran la práctica de pruebas.

Las novedades normativas más significativas del nuevo CPACA fueron expuestas por el Ministerio de Justicia y del Derecho, así³¹:

Se ajusta la normatividad a los fines, funciones y principios de la Constitución de 1991.

Se ajustan las disposiciones a la jurisprudencia de las Altas Cortes, fundamentalmente, a la del H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Se recoge en un solo estatuto la gran cantidad de normas que hoy hacen parte del Código Contencioso Administrativo y su legislación complementaria, difusa legislación que lo tiene convertido en un “colcha de retazos”.

Se incorporan, de manera relevante y decidida, las tecnologías de la información y la comunicación al proceso (audiencias virtuales, notificaciones, memoriales a través de la red, comunicación entre el despacho judicial y otras entidades, práctica de pruebas y actuaciones procesales en general).

Se establecen los derechos y obligaciones, tanto de ciudadanos como de autoridades, al igual que las prohibiciones, conflictos y motivos de recusación de éstas.

Se establece la obligación para las autoridades de aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia al momento de resolver las peticiones de los asociados, estando obligada a extender los efectos de la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado y garantizar que quienes se encuentren en la misma situación fáctica y jurídica reciban el mismo tratamiento.

Regulación del derecho de petición ante organizaciones e instituciones privadas como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes o ante personas naturales, en los términos y bajo las condiciones previstas en el propio Código.

El establecimiento de un procedimiento administrativo general, salvo disposición legal en contrario.

31 <http://www.minjusticia.gov.co/NewsDetail/1541/1/CodigodeProcedimientoAdministrativoydeloContenciosoAdministrativo>

El establecimiento de un procedimiento administrativo sancionatorio general, salvo disposición legal en contrario.

Regulación de las competencias de los distintos órganos de justicia de la jurisdicción de lo contencioso (Consejo de Estado, Tribunales Administrativos y Jueces Administrativos).

Consagración de un procedimiento administrativo mixto con alta injerencia de la oralidad.

Unificación de procedimientos contencioso administrativos y simplificación de trámites.

Fortalecimiento del régimen de medidas cautelares, convirtiendo al juez de lo contencioso en un verdadero director del proceso y permitiéndole otorgar por esta vía, la tutela anticipada de derechos.

La consagración de un procedimiento administrativo para la discusión y decisión de la aplicación o no de la extensión de los efectos de la jurisprudencia.

Robustecimiento de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado”.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 se da inicio a la labor de seguimiento de sus repercusiones y efectos en el sistema de justicia administrativa; así, la Corporación Excelencia en la Justicia con el apoyo de la Agencia para el Desarrollo Internacional –USAID– del Gobierno de los Estados Unidos, presentó en marzo de 2013 el documento “*Primer Monitoreo Integral a Implementación del CPAyCA*”; que arrojó el siguiente balance para resaltar:

- Incidencia negativa en los tiempos procesales por la modificación del artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 por el artículo 612 del Código General del Proceso, que añadió a la notificación exclusiva electrónica el deber procesal de remisión física del traslado de la demanda; y amplió de tres (3) a veinticinco (25) días el término común a partir del cual empieza a correr el plazo para contestar la demanda.
- Incidencia negativa en los índices de carga laboral acumulada de los jueces del sistema oral en razón de que continuaron con el conocimiento de las acciones constitucionales que tenían a su cargo.

- Inclusión de los pronunciamientos de la Corte Constitucional como fundamento para ejercer administrativamente la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia consagrada en el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 (Sentencia C-634/11).
- Declaración de inexecutable diferida del Capítulo I del Título II de la Ley 1437 de 2011 relativo al Derecho de Petición (Sentencia C-818/11).

Tal como se señala de las observaciones realizadas,

La Jurisdicción Contencioso Administrativa a pesar del nuevo Código enfrenta dificultades que ameritan nuevas reformas legislativas y mayores esfuerzos para alcanzar la unificación jurisprudencial, uno de los principales objetivos de la reforma. Son evidentes los atrasos en la definición de un modelo de gestión judicial pertinente para el nuevo régimen, el desarrollo de infraestructura para la oralidad y la instalación de un escenario interinstitucional para articular esfuerzos, ya que se derogó la Comisión de Oralidad y Justicia Pronta.”³²

4. Reforma civil

En asuntos procesales civiles y hasta 2012 la normatividad giró en torno al Decreto Ley 1400 de 1970 “*Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil*”, corregido inicialmente por el Decreto 2019 de 1970 y modificado de manera importante por primera vez por el Decreto 2282 de 1989, y en una u otra medida posteriormente por el Decreto 2651 de 1991, la Ley 23 de 1991, la Ley 25 de 1992, la Ley 222 de 1995, la Ley 446 de 1998, las Ley 572 y 592 de 2000 y la Ley 640/01.

El Código de Procedimiento Civil fue diseñado bajo un esquema netamente escritural en el cual los únicos visos de oralidad se encuentran básicamente en los artículos 207 y 226 que disponen concordantemente que el interrogatorio de parte y sus preguntas serán orales si quien lo solicitó acude a la audiencia, 218 que señala la opción de formular de manera oral en la audiencia de testimonios la tacha de los testigos citados por la contraparte o por el juez, 348 que obliga a sustentar recursos verbalmente cuando se interpongan en audiencia, 360 sobre la audiencia de alegaciones en segunda instancia y 432 que regula el trámite de la audiencia en los procesos verbales.

32 <http://www.cej.org.co/observatoriocpayca/>

En la primera década del nuevo siglo el Código de Procedimiento Civil fue modificado, reformado, adicionado y complementado ya sea de manera tangencial y puntual, o bien con mayor entidad, así:

- Ley 572 de 2000 sobre cuantías.
- Ley 592 de 2000 sobre la procedencia del recurso de casación.
- Ley 820 de 2003 sobre el régimen de arrendamiento de vivienda urbana.
- Ley 794 de 2003 sobre auxiliares de la justicia, competencias, prescripción y caducidad, concentración de audiencias y diligencias, pruebas, términos procesales, notificaciones, recursos, procesos ejecutivos.
- Ley 1194 de 2008 sobre el desistimiento tácito.
- Ley 1285 de 2009 sobre la perención en los procesos ejecutivos.
- Ley 1306 de 2009 sobre el proceso de interdicción.
- Ley 1394 de 2010 sobre el Arancel Judicial para sufragar gastos de funcionamiento e inversión de la administración de justicia.

La última gran reforma de la década fue introducida por la Ley 1395 de 2010 incluyendo medidas de descongestión tendientes a agilizar y hacer más eficiente el trámite procesal, verbigracia: (i) Disminución de las causales que configuran excepciones previas, (ii) facultad de los secretarios para expedir certificaciones, (iii) término para dictar sentencia y pérdida de competencia por su incumplimiento, (iv) juramento estimatorio razonado so pena de pago del 10% sobre la diferencia objetada, (v) autenticidad de documentos privados, (vi) improcedencia de reposición contra autos que resuelven apelación, suplica o queja, (vii) supresión de apelación contra decisión de nulidades, (viii) improcedencia de súplica contra autos que resuelven la apelación o queja, (ix) condena en costas por resolución desfavorable de los recursos de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación, (x) conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en procesos declarativos, salvo expropiación y divisorios, (xi) autenticidad de la demanda sin presentación personal.

Teniendo en cuenta las modificaciones de la Ley 1395 el Consejo Superior de la Judicatura implementó los Juzgados Piloto de Oralidad Civil y de Familia “(..) con jueces preparados en dirección del proceso, visibles y partícipes,

*acentuando la ordenación procesal del juez y potencializando la comunicación asertiva entre las partes, acortando tiempo muertos, facilitando el esfuerzo probatorio entre las partes y garantizando el mandato constitucional que recoge el art. 228. Así consigue solución rápida a los conflictos empleando técnicas de concentración probatoria que dan flexibilidad y espontaneidad al procedimiento(...)*³³.

En procura de ahondar la implementación de la oralidad civil y de familia la judicatura estableció un cronograma de incorporación de los distritos judiciales en cinco (5) fases entre 2011 y 2013³⁴, así:

- Primera Fase: A 01/10/11 incorporación de los Distritos Judiciales de Florencia, Manizales y Montería; y a 01/02/12 incorporación de los Distritos Judiciales de San Andrés Islas, San Gil y Valledupar.
- Segunda Fase: A 01/04/12 incorporación de los Distritos Judiciales de Armenia y Riohacha; a 02/05/12 incorporación de los Distritos Judiciales de Bucaramanga y Arauca; a 01/06/12 incorporación de los Distritos Judiciales de Santa Rosa de Viterbo y Tunja; y a 01/07/12 incorporación de los Distritos Judiciales de Cúcuta, Pamplona y Popayán.
- Tercera Fase: A 01/10/12 incorporación de los Distritos Judiciales de Bogotá - Familia, Cali, Cartagena y Santa Marta.
- Cuarta Fase: A 01/04/13 incorporación de los Distritos Judiciales de Antioquia, Ibagué, Medellín, Mocoa, Neiva, Pasto, Pereira y Quibdó.
- Quinta Fase: A 01/10/13 incorporación de los Distritos Judiciales de Barranquilla, Buga, Cundinamarca, Sincelejo, Villavicencio, Yopal y Bogotá – Civil.

En 2003 se comenzó la elaboración de un proyecto de código de procedimiento civil con los siguientes principales objetivos: (i) Armonizar el proceso con el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial y los derechos fundamentales, (ii) efectivizar la realización de los derechos sustanciales, (iii) obtener la oralidad con intermediación y concentración, (iv)

33 “Informe al Congreso de la República 2010 – 2011. Periodo Marzo 2010 – Marzo 2011”. Informe ejecutivo. Consejo Superior de la Judicatura. Marzo de 2011. Bogotá.

34 “Informe al Congreso de la República sobre el Estado Actual de la Administración de Justicia 2011”. Consejo Superior de la Judicatura. Página 43. Bogotá. Mayo de 2012.

desformalizar el proceso, (iv) lograr celeridad y prontitud en las decisiones, (v) integración y sistematizar la normativa, (vi) reducir y unificar los procesos, (vii) incorporar tecnologías de información y comunicación, (viii) desjudicializar, (ix) dotar de transparencia los procesos, y (x) lograr economía para los sujetos procesales³⁵.

Finalmente, el Gobierno Nacional presentó al Congreso de la República el proyecto de ley que hizo tránsito en el Senado de la República bajo el N° 159 de 2011 y en la Cámara de Representantes bajo el N° 196 de 2011. El proyecto de ley fue ampliamente socializado y sometido al escrutinio de la Comisión de Revisión creada por Resolución 023 del 17 de enero de 2012 expedida por el Ministerio de Justicia y del Derecho; para finalmente convertirse en la Ley 1564 del 12 de julio de 2012 *“Por medio de la cual se expide el código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”*.

Es del caso resaltar que en materia de oralidad el Código General del Proceso instaura un esquema procedimental por audiencias, siendo así que pasados catorce (14) años y según lo previsto en 1996 por la Ley 270 Estatutaria de Administración de Justicia, en la actualidad todos los procesos en Colombia han quedado normativamente migrados hacia dicho sistema de justicia³⁶.

Igualmente, novedosa la reincorporación de la negociación de deudas por insolvencia de las personas naturales no comerciantes (Libro III Título IV), incluida inicialmente en la Ley 1380 de 2010 sin que llegara a surtir efectos prácticos por la declaración de su inexecutable por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-685 de 2011.

La Corporación Excelencia en la Justicia, miembro de la Comisión de Seguimiento para la ejecución del Plan de implementación del CGP, ha diseñado un observatorio con el objetivo de ofrecer información organizada que permita la identificación permanente de oportunidades, riesgos y dificultades enfrentados durante la implementación de este nuevo Código, cuyo primer informe de monitoreo será entregado al país antes de culminar el año 2013.

35 *“Presentación del Código General del Proceso”*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Ulises Canosa Suárez. Secretario General ICDP. Bogotá. Agosto de 2012. En www.icdp.org.co/esp/descargas/cgp/PresentacionCGP.pdf

36 Ameritará una evaluación de los resultados y bondades de este sistema.

Otra reforma que interesa, tiene que ver con la regulación de las garantías mobiliarias consagrada en la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013, mediante la cual se dictan normas dirigidas a “(...) *incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria simplificando la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las mismas.*” Al margen de los beneficios que esta normatividad pudiera generar para ampliar las posibilidades de financiación de los pequeños empresarios, a los que fundamentalmente va dirigida, uno de los aspectos que deberá monitorearse tiene que ver con la presión que pueda generar sobre el sistema de justicia ante eventuales dificultades de asimilación de los abogados respecto de las posibilidades de constituir garantías sobre bienes muebles o reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento de la ley, pero sobre todo por las posibilidades de incumplimiento derivadas de la posibilidad de vender, usar y transformar el bien dado en garantía.

5. Acceso a la justicia y mecanismos alternativos de solución de conflictos

En Colombia, el artículo 116 de la Constitución Política y el artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia –Ley 270 de 1996- consagran el derecho al acceso a la administración de justicia, el cual se regula y se garantiza a través de los órganos que conforman la Rama Judicial. Sin embargo, el Estado, para poder hacer real y efectivo este derecho de rango constitucional, ha manifestado la necesaria e imprescindible creación de jueces de pequeñas causas –la CEJ ha realizado varios estudios sobre este tema-

En materia penal estos jueces se plantearon como una institución que se encargaría de conocer de las contravenciones penales como una manera de contrarrestar los efectos negativos de una demanda judicial considerablemente mayor que la oferta, reflejados principalmente en altos niveles de impunidad y deterioro de la confianza de la población frente a la capacidad del sistema judicial para solucionar los conflictos³⁷.

Así, el Congreso, por iniciativa del Gobierno Nacional, expidió la Ley 1153 de 2007 con el propósito de descongestionar los procesos penales represados en la Fiscalía General de la Nación y, a su vez, de propender porque los fiscales locales y seccionales se enfocaran en la investigación de delitos

37 http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletin_133.pdf

que demandaran de un conocimiento más especial. A pesar de las intenciones gubernamentales de enfrentar la incapacidad del Estado para lograr proveer una justicia real a la población colombiana, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-879 de 2008, decidió declarar inexecutable la totalidad de la ley. La Corte consideró, en términos generales, que si bien la Ley 1153 pretendía garantizar un procedimiento de investigación y juzgamiento expedito, ágil, menos formal y garantista en el tema de contravenciones penales, no era de recibo excluir a la Fiscalía de la investigación de los hechos y, por ende, atribuirle dicha competencia a la Policía Nacional.

De esta forma, la Corte advirtió que se trataba de una flagrante violación al artículo 250 de la Carta puesto que *“la Policía Nacional podría ordenar la realización de allanamientos y registros, o la interceptación de llamadas y comunicaciones, previa autorización judicial, en este caso, del juez de pequeñas causas, dado que la Ley 1153 de 2007 no previó la intervención del juez de control de garantías”*³⁸. Dicha figura de indagación e investigación por parte de la Policía Nacional, según la Corte, atentaba no únicamente contra las disposiciones demandadas sino también contra toda la disposición normativa por tratarse de uno de sus ejes esenciales, lo que dio lugar a la declaratoria de inexecutable de la Ley 1153.

A pesar de lo anterior, esta sentencia enfatizó en dejar el campo abierto para que el legislador diseñara un nuevo sistema de pequeñas causas que comprendiera a diferentes ramas del derecho. Por esta razón, para efectos de la descongestión judicial, se consagró la creación y funcionamiento de jueces municipales de pequeñas causas, en asuntos civiles, a través de las siguientes leyes: 1285 de 2009 (artículo 4; artículo 8); 1395 de 2010 (artículo 1, parágrafo; artículo 2; artículo 46; artículo 53; artículo 56); y 1564 de 2012 (artículo 17, parágrafo; artículo 31, numeral 4).

Igualmente, con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991, se iniciaron otros esfuerzos por acercar la justicia a los ciudadanos y con esta intención se concibió el programa de Casas de Justicia, como un lugar en el que se ubicaran cerca de los ciudadanos instituciones con competencias para la resolución del conflictos, con el fin de orientar o resolver directamente allí los asuntos que se le pongan a consideración. En los últimos diez años, este modelo se ha ido perfeccionando aunque subsistan inquietudes sobre la me-

38 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-879 de 2008. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

dición de sus resultados o sobre las verdaderas posibilidades de resolución de conflictos que ofrecen.

Pero la mayor discusión que se ha dado en la última década sobre el acceso a la justicia lo fue alrededor del establecimiento del arancel judicial regulado, primero, en la Ley 1394 de 2010, la cual fue derogada por la Ley 1653 de 2013. El arancel se entiende como una contribución parafiscal destinada a sufragar gastos de inversión de la Administración de Justicia, que deberá ser pagado para iniciar los procesos judiciales con pretensiones dinerarias, con las excepciones que se prevén en la misma ley. Pese a los argumentos en su contra, la Corte Constitucional declaró exequible este cobro como una excepción al principio de gratuidad de la justicia³⁹.

Ahora bien respecto de la conciliación, debe decirse que éste ha sido en Colombia uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos de mayor auge y desarrollo legislativo. En relación con la conciliación extrajudicial en derecho, desde el año 1989 se introdujo en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil la posibilidad de conciliar judicialmente asuntos que deben tramitarse por procedimientos ordinarios y abreviados. Posteriormente en 1991, la Ley 23 abre la posibilidad de conciliar por fuera del proceso ante funcionarios públicos y ante centros de conciliación, cuya creación fue autorizada por la misma ley a entidades sin ánimo de lucro. En 1998, la ley 446 estableció normas dirigidas a afinar el mecanismo conciliatorio ya regulado por la mencionada Ley 23 con miras a fortalecer el acceso a la justicia y la descongestión de los despachos judiciales y en 2001 se expide la Ley 640 mediante la cual, además de complementarse el régimen jurídico del mecanismo, se convierte la conciliación en un requisito previo y necesario para poder acudir a la jurisdicción en ciertos asuntos que la misma ley define, a ampliar el rango de personas facultadas para conciliar, a garantizar la debida capacitación para el ejercicio de esta función y a replantear el papel que los centros de conciliación.

Posteriormente, la reforma procesal de 2010 introduce en la ley 1395 una mención expresa al hecho de que el requisito de procedibilidad para asuntos civiles y de familia puede agotarse mediante la conciliación en equidad y se plantea un cambio en el régimen de pruebas del requisito de procedibilidad según el cual *“En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el*

39 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-368 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación”.

Igualmente, se incluyen un ajuste al trámite de la conciliación en los asuntos contencioso administrativos creando la figura de la subsanación de la solicitud de conciliación. (artículo 52 parágrafo 3)

Finalmente, el Código General del Proceso y el nuevo Código Administrativo introducen reformas al requisito para adecuarlo a las formas procesales, con lo cual se empieza a vislumbrar su decaimiento.

Ahora bien, en lo que hace con el arbitraje, en la medida en que existía una dispersión normativa respecto al Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia, evidenciado en las numerosas disposiciones existentes (Decreto 2279 de 1989, en la Ley 23 de 1991, en la Ley 315 de 1996, en la Ley 446 de 1998, y en el Decreto 1818 de 1998) y reflejado en múltiples dificultades de interpretación en pronunciamientos jurisprudenciales de las Cortes y los Tribunales, el Presidente de la Republica decidió tomar las acciones necesarias para la consolidación, el desarrollo, el fortalecimiento y la actualización normativa en el tema arbitral, mediante la adopción de un estatuto sistemático e integral. De esta forma, el Gobierno consideró conveniente y oportuna la expedición de los Decretos 3992 y 4146 de 2010, con el objetivo de crear una comisión asesora de expertos que analizara y apoyara la elaboración de un proyecto de ley frente al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos.

Como resultado el Gobierno –a través del Ministerio del Interior y de Justicia- radicó el proyecto de ley 18 de 2011 que se convirtió en la Ley 1563 de 2012 *“Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”*. Dicho estatuto se basó en las legislaciones más desarrolladas en el tema del arbitramento –Perú y Suiza- aunque mantuvo un sistema dualista: el régimen del arbitraje nacional y del arbitraje internacional. Por lo tanto, la ley consagra, regula y define, específicamente, los siguientes temas en cuatro secciones respectivamente: arbitraje nacional, amigable composición, arbitraje internacional y arbitraje social.

Así las cosas, las principales novedades establecidas en esta ley, a nivel nacional, fueron: disponer que el laudo pueda ser en derecho, en equidad o técnico;; definir que la naturaleza del laudo arbitral es la de una sentencia; aclarar ciertos términos de carácter procesal utilizados en normas an-

teriores; reforzar el tema de impedimentos y recusaciones de árbitros y secretarios, supeditados al Código Disciplinario Único; cambiar una de las autoridades competentes para conocer el recurso de revisión, pues le asignó la competencia a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; señalar que el recurso de anulación debe presentarse ante el Tribunal Arbitral; desarrollar notoriamente el tema de medidas cautelares en el proceso arbitral; incorporar la forma como opera el arbitramento cuando una parte es entidad pública o desarrolla funciones administrativas; y, por último, regular la utilización de medios electrónicos en el proceso arbitral.

Por su parte, en materia de arbitraje internacional, la norma se aproxima, de manera significativa, al contenido de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y, por ende, determina el alcance de una controversia internacional y la prohibición de que un Estado, empresa u organización de propiedad de un Estado invoque su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en una controversia de índole arbitral; establece que no es necesaria la habilitación como abogado en Colombia ni ser ciudadano colombiano para representar a las partes ante un tribunal arbitral; y, asimismo, dispuso, que la norma aplicable para el reconocimiento arbitral serán las disposiciones contenidas en esta ley y todos los convenios, tratados y protocolos internacionales, dejando de lado la atávica remisión residual al Código de Procedimiento Civil.

6. El Ministerio de Justicia y del Derecho

En el año 2002 fue presentado un Proyecto de Ley para modificar la estructura de la administración pública en cumplimiento de la política de gobierno consagrada en el Plan Nacional de Desarrollo. Así, con la expedición de la Ley 790 de 2002, como parte de los lineamientos del Programa de Renovación de la Administración Pública –PRAP–, se fusionaron tres ministerios –de Justicia y Gobierno en el Ministerio del Interior; de Salud y Trabajo, en el Ministerio de la Protección Social; y se llevó a cabo una división de las funciones del Ministerio de Desarrollo entre las oficinas de Comercio y Medio Ambiente– todas con un objetivo fiscal, pues se pretendía un recorte presupuestal y un aumento en la eficiencia del Estado. Sin embargo, de acuerdo con un informe de la Dirección General de Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda, no hubo un significativo ahorro fiscal ni una sustancial reducción en la nómina, y en cambio estas fusiones implicaron mayores gastos en el presupuesto para el sostenimiento de cada una de las carteras mencionadas al no existir un conveniente diseño y un desarrollo de políticas públicas para su adecuado funcionamiento.

Una de las fusiones más cuestionadas, principalmente desde la Rama Judicial, fue la del Ministerio del Interior y de Justicia (cuyos objetivos y estructura orgánica se establecieron mediante los decretos 200 de 2003 y 4530 de 2008), fundamentalmente atendiendo a la consecuencia no deseada de haberse “perdido” el interlocutor entre el Gobierno y la Rama Judicial, con lo cual se entendieron sometidos los intereses de la justicia a los de la política.

La historia permite hoy señalar que la reforma falló puesto que no se logró nunca la integración de las dos carteras (ni en sus edificios, ni en sus niveles salariales, ni en su actividad misional), los estamentos de la vida nacional no lo reconocieron como un ministerio viable y los resultados de tipo fiscal no pudieron justificar su existencia.

Así, durante la campaña presidencial de 2010 se empezó a considerar seriamente la posibilidad de escindir la cartera de justicia de la del interior, lo cual finalmente se concretó con la expedición de la Ley 1444 de 2011 con el ánimo de reestructurar integralmente la política de justicia, formular una política criminal y fortalecer la defensa del Estado⁴⁰.

En este punto, estamos de nuevo ante la perspectiva de que la renovada institución demuestre su valía en pro de fortalecer el sistema de administración de justicia nacional.

7. La tecnificación de la justicia

Transversalmente a las reformas procesales, la Rama Judicial inició un proceso de tecnificación en el sector justicia los años 90, que se ha venido vigorizando desde mediados de la década pasada (principalmente) gracias a i) la política de Estado de Gobierno en Línea, ii) de proyectos para el fortalecimiento a los servicios de justicia financiados con la banca internacional, y iii) a los compromisos adoptados en Cumbre Judicial Iberoamericana.

El impulso en la implementación de las TIC en la justicia también atiende a otros factores, como la mayor disponibilidad de herramientas informáticas en el mercado para infraestructura y software a menores costos (causas exógenas), y a las necesidades de gestionar de manera más eficiente los grandes volúmenes de información que produce el quehacer judicial y de mejorar el servicio al ciudadano (causas endógenas).

40 La Agencia de Defensa Jurídica del Estado creada por la ley con este fin, se estructuró mediante lo dispuesto en el decreto legislativo 4085 de 2011.

Al principio la tecnología en la justicia fue tratada como un instrumento de apoyo cuyo principal objetivo fue reemplazar las máquinas de escribir y ponerles “pantalla”. Pero luego surgió la necesidad de apoyar las tareas administrativas, y de sistematizar los principales registros de información como las actuaciones realizadas en los procesos por todos los intervinientes, además de facilitar la consulta de la jurisprudencia, doctrina y normas, la generación de estadísticas y los procesos de reparto o depósitos judiciales, entre otros.

Así, la multiplicidad de actores involucrados con el sistema de justicia, la variedad de necesidades de información y la desarticulación institucional han generado una plataforma tecnológica que más bien parece una colcha de retazos, pues cada entidad diseña soluciones propias, cerradas y particulares para cada ámbito, proceso o área de interés, que terminan siendo incompatibles entre ellas.

Por otra parte, debe decirse que en las entidades prevalece la práctica de mantener, escalar y en ocasiones, desarrollar sus propios aplicativos, haciendo las tareas de una industria que evoluciona mucho más rápido que la maquinaria burocrática institucional. Esto sin mencionar que una vez puestos en marcha, los principales avances en esta materia han sido posibles solo cuando se logran obtener recursos de inversión ya que el adecuado sostenimiento de las plataformas tecnológicas no se logra sufragar suficientemente con los presupuestos asignados. Por eso la infraestructura tecnológica se sigue utilizando cuando ya está obsoleta y los sistemas de información reciben primeros auxilios y mejoras solo con recursos de inversión.

La primera oportunidad en que se trató la implementación tecnológica como un tema sectorial fue en el año 2008 con el Plan Nacional TIC – Eje Justicia (con visión a 2019), para cuya formulación la Corporación Excelencia en la Justicia participó activamente⁴¹.

También el mismo año, mediante el documento Conpes 3559 se dio el aval para conseguir recursos de la banca multilateral con el fin de financiar un programa de fortalecimiento a los servicios de justicia. Este documento determina destinaciones específicas en tecnología para fortalecer las altas cortes, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la jurisdicción ordinaria. Es así que se realizó con el BID el contrato de crédito 2277/OC-CO por US\$ 21.3 millones que en materia tecnológica permitió implementar soluciones como las siguientes:

41 La fundamentación del programa continuó con el Plan Vive Digital del gobierno Santos.

- Sistema de información jurisprudencial de las Altas Cortes y de la jurisdicción administrativa
- Nuevo Portal de la Rama Judicial
- Nuevo sistema de información normativa
- Diagnóstico de la actual plataforma tecnológica y recomendaciones para una nueva arquitectura informática.

Finalmente, en el año 2012, después de múltiples mesas de trabajo con expertos, el Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, entre otros, mediante el Acuerdo 9629 de la Sala Administrativa del Consejo, se adopta por primera vez y de manera unificada el Plan Estratégico Tecnológico de la Rama Judicial –PET-, en el que se incluyen las orientaciones para coordinar y articular todos los proyectos e iniciativas de incorporación de las TIC en la Rama Judicial con una perspectiva de 6 años.

Las primeras grandes acciones en seguir los lineamientos del PET se fijaron en los “Ajustes al plan de acción para la implementación del Código General del Proceso”⁴², mediante la fijación de metas, responsables y plazos para el desarrollo de proyectos relacionados con (i) la unificación y mejoramiento de los actuales sistemas de gestión judicial; (ii) el diseño e implementación de la infraestructura tecnológica; (iii) el diseño del Plan de Justicia Digital; (iv) la implementación del Plan de Justicia Digital; (v) el diseño del modelo de gestión del expediente digital; y, (vi) la implementación del modelo de gestión del Expediente digital

Aparte de estos, otros avances en materia de incorporación tecnológica en el sector justicia, tienen que ver con:

- El desembolso de \$130.000 millones de pesos del Gobierno a la Rama Judicial para ejecutar en 2013 en proyectos de modernización incluidos en el PET
- La expedición del Decreto 1829 de 2013 que reglamenta el arbitraje *online*

42 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala Administrativa. Acuerdo 9927 del 28 de mayo de 2013.

- La priorización del uso de las TIC en la Fiscalía General de la Nación como parte del Direccionamiento Estratégico 2013 – 2016 de la entidad.
- La creación del Nodo de Innovación – Justicia del Ministerio de las TIC.
- La Alianza de Gobierno Abierto liderada por la Alta Consejería para el Buen Gobierno

La justicia en Colombia se ha venido informatizando de manera lenta, desarticulada y atendiendo las prioridades del momento de acuerdo con los recursos de inversión que se han podido destinar a la tarea. Pero aún así tenemos en la Rama Judicial un sistema de registro de actuaciones procesales muy consultado (Siglo XXI), sistemas para la consulta de doctrina, normas y jurisprudencia, depósitos judiciales, reparto, estadísticas, grabación de audiencias; en la Fiscalía están los sistemas misionales SPOA (que registra los procesos de la ley 906) y SIJUF (con datos sobre procesos de la Ley 600), así como el SIAN (para Antecedentes y Anotaciones); y el Ministerio de Justicia continúa avanzando con el Sistema Único de Información Normativa (SUIN), que junto con los nuevos desarrollos han de contribuir en el esfuerzo de facilitar el acceso a una justicia pronta, oportuna y efectiva para todos los colombianos.

Sobre las reformas procesales

Sistema penal acusatorio en Colombia: expectativas, fracasos y propuestas

Juan Carlos Forero Ramírez

Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012

Ulises Canosa Suárez

Alcances del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011

Álvaro Namén Vargas

El procesal laboral de la primera década del siglo XXI

Eduardo López Villegas

Sistema penal acusatorio en Colombia: expectativas, fracasos y propuestas

Juan Carlos Forero Ramírez

Director del Postgrado de Derecho Penal Universidad del Rosario. Profesor de Derecho Procesal Penal de las Universidades del Rosario y Javeriana. Ex Vice Fiscal General de la Nación.

*“La ley es una telaraña que detiene a las moscas y deja pasar a los pájaros”
(Anarcasis)*

A lo largo del siglo XX Colombia estuvo influenciada en su sistema procesal penal por los sistemas procesales “mixtos”, no obstante los autodenominase como esquemas procesales con tendencia acusatoria¹. Cuando se creó en la Constitución de 1991 la Fiscalía General de la Nación, se consideró que ésta debía formar parte de la rama judicial, conservando auténticas funciones judiciales además de las propias de un ente investigador. Desde la entrada en vigencia de la actual Carta Política han regido dos códigos penales (decreto ley 100 de 1980 y ley 599 de 2000, con múltiples reformas) y tres códigos de procedimiento penal: decreto ley 2700 de 1991; ley 600 de 2000 y ley 906 de 2004.

A través del acto legislativo 03 de 2002, se sentaron las bases constitucionales del nuevo “sistema acusatorio” que empezó a regir en forma gradual de la siguiente manera: el 1º de enero de 2005 en los distritos ju-

1 Lo cierto es que como señala Montero Aroca, a propósito de la discusión sobre los sistemas procesales, “el denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales (...) Proceso inquisitivo no es más que una *contradictio in terminis*”. En: Montero Aroca Juan. Los Principios del Proceso Penal. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, pág. 29.

diciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira; el 1º de enero de 2006 en los de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal; el 1º de enero de 2007 en Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio; y, finalmente, el 1º de enero de 2008 en los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar. La gradualidad de la implementación del sistema llevó a que pudiesen coexistir dos procedimientos distintos para conductas similares cuando estas eran cometidas en ciudades diferentes. Así, un hurto cometido en enero de 2005 en Bogotá, tenía un procedimiento distinto al hurto ocurrido a la misma hora del mismo día y año en Quibdó, lo que obligó a las Cortes a replantear el principio de favorabilidad en materia penal, no solo como un problema de tránsito de leyes en el tiempo, sino, como un asunto de aplicación de la ley en el espacio². Este nuevo sistema que quedó inicialmente plasmado en la ley 906 de 2004, ha tenido hasta el momento las siguientes reformas legislativas: leyes, 937 de 2004; 985 de 2005; 1098 de 2006; 1121 de 2006; 1142 de 2007; 1257 de 2008; 1273 de 2009; 1312 de 2009; 1395 de 2010; 1453 de 2011 y 1474 de 2011; aclarándose que muchas de estas reformas resuelven la tensión entre efi-

- 2 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Sentencia 21347 de 2005. La Corte reconoció que al presentarse la coexistencia de dos sistemas procesales de enjuiciamiento penal, ley 600 de 2000 y ley 906 de 2004, se puede aplicar favorablemente la ley 906 a Distritos Judiciales en los que no ha entrado a operar si existen normas sustanciales o procesales con efectos sustanciales favorables al procesado. Ahora bien, en cuanto al clásico principio de favorabilidad que hace referencia al tránsito de leyes en el tiempo, se consideró que solo se aplicaban retroactivamente las normas del nuevo sistema penal respecto de las instituciones o figuras jurídicas que encontrasen un paralelo en la ley 600. De esta manera se señaló en la sentencia C-592 de 2005 de la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis: “Mal podría en efecto pretenderse por ejemplo, que se dé aplicación, en virtud del principio de favorabilidad, a las normas que sobre principio de oportunidad se establecen en la ley 906 de 2004 a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, pues ese es un elemento esencial del nuevo sistema que no encuentra su equivalente en el sistema anterior”. En cambio en la sentencia T-091 de 2006 de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, se aceptó el principio de favorabilidad respecto de la rebaja prevista en el allanamiento de la ley 906 (hasta la mitad de la pena); frente a la señalada por la ley 600 para la sentencia anticipada al considerar que sí eran figuras equivalentes. Otra sentencia interesante sobre favorabilidad en este caso una manifestación de cuasi ultraactividad, al aplicar la indemnización integral de la ley 600 a la 906, es la de la Corte Suprema de Justicia del 13 de abril de 2011. M.P. MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ, Rad. 35946.

ciencia de la persecución penal y las garantías del ciudadano, a favor de la primera³.

Uno es el sistema originalmente planteado por el legislador a través de la ley 906 de 2004 y, otro, el que se ha venido perfeccionando con las sucesivas reformas legislativas y con el desarrollo jurisprudencial de las Altas Cortes. Sin lugar a dudas, el sistema procesal de investigación y enjuiciamiento es el reflejo de las instituciones políticas que lo rodean⁴ y, en el caso colombiano, nuestro proceso penal actual dista de ser el reflejo de un esquema procesal propio del Estado Social de Derecho consagrado en nuestra Carta Política, como lo expondremos más adelante⁵.

I. ¿Cuál era la situación al momento de fraguarse la promesa de un sistema acusatorio en Colombia?

Cuando se pensó en la implementación de un sistema penal acusatorio estaba rigiendo en el país la ley 600 de 2000, la cual con respaldo constitucional concebía a la Fiscalía General de la Nación como un órgano encargado de la persecución penal en el marco de un esquema procesal denominado mixto o formal con tendencia acusatoria. Esta ley consagraba en cabeza de la Fiscalía las funciones de un juez de instrucción, propio de los esquemas procesales inquisitivos, en el que se concentraban los roles de investigar, acusar y materialmente de “juzgar” (como sucedía cuando profería, por ejemplo, una resolución de preclusión de la investigación con efectos de cosa juzgada). Por lo tanto, el Fiscal quedaba facultado para practicar directamente las pruebas, él mismo las valoraba y, con base en tal valoración, adoptaba las

3 Tendencia que no solo se presenta en nuestro país. Con razón se ha dicho por la doctrina autorizada en este tema que: “En el Derecho procesal se observa la tendencia a una dogmática de la ponderación que otorga cada vez más importancia a los intereses de eficiencia económica de la justicia y las competencias de intervención a favor de la persecución penal, frente a los clásicos derechos de protección de los inculpados”. Albrecht Peter Alexis. *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*. En: *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Ed. Comares, Granada, 2000.

4 Cfr. Urbano Martínez José Joaquín. *La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. Bogotá, 2011.

5 En todo caso hacemos nuestras las palabras de Von Hirsh en el sentido de que “mientras que a un segmento de la población se le nieguen oportunidades adecuadas para su sustento, cualquier esquema para castigar debe ser moralmente defectuoso”. Citado por Gargarella Roberto. En: *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*. Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes. Bogotá, 2008.

decisiones que podrían traducirse, incluso, en privación de la libertad, puesto que, desde la misma Constitución se señalaba que dentro de las funciones de la Fiscalía General de la Nación estaba la de asegurar la comparecencia de los sindicatos, profiriendo las medidas de aseguramiento a que hubiera lugar. Adicionalmente, esta ley permitía que el fiscal adoptara medidas cautelares sobre los bienes del sindicado y, en materia probatoria, primaba, a plenitud, el principio de permanencia de la prueba, según el cual, las pruebas que practicara la Fiscalía podrían ser válidamente tenidas en cuenta por un juez al momento de adoptar una decisión de fondo acerca de la responsabilidad penal de la persona.

Ese sistema mixto implicaba una fase de instrucción en la que la Fiscalía concentraba un gran poder jurídico y político, decidiendo unilateralmente acerca de la libertad de las personas, con la posibilidad de interponer recurso de apelación sobre las decisiones que tomase el fiscal de conocimiento, lo cual generó una crítica válida referente a que, en últimas, todos los fiscales eran delegados del Fiscal General de la Nación y ello en muchas ocasiones desnaturalizaba dicho recurso, máxime cuando se daban declaraciones en los medios de comunicación por parte del Fiscal General acerca de los procesos que aún no habían surtido la segunda instancia. En últimas, primera y segunda instancia eran delegados del Fiscal General de la Nación.

El sistema consagrado en la ley 600 de 2000 no estaba diseñado para que se destacaran las destrezas propias de un abogado litigante. Al existir un principio de oralidad sólo en el papel, la mayoría de los juicios eran realmente una reproducción de lo actuado en sede de instrucción, en los que un juez simultáneamente llevaba a cabo varias audiencias y donde éstas se convertían en un dictado de los sujetos procesales (fiscal, parte civil, abogado defensor). Igualmente, la inmediación y el debido proceso, así como la garantía constitucional y convencional que materializa el derecho a ser oído y vencido en juicio oral, público y concentrado, no se cumplían en modo alguno.

Esta situación, aunada, por una parte, a la excesiva congestión judicial, el descrédito que la administración de justicia tenía entre los ciudadanos, la existencia de un sistema escrito, disperso y que no se acompañaba de ninguna manera a los estándares internacionales y, por otra parte, a la clásica necesidad de ofrecerle dentro de los postulados del Estado Social de Derecho una pronta y cumplida justicia al ciudadano, llevaron a plantear la necesidad, no de hacer una simple modificación al sistema existente, sino a estructurar un nuevo sistema de corte acusatorio.

2. Objetivos del nuevo sistema acusatorio

Ante la existencia de aquel “fisjuez” (un fiscal con típicas funciones judiciales), de un obsoleto principio de permanencia de la prueba y de una etapa judicial denominada teóricamente “juicio oral”; para la época, se pronunciaba un buen sector doctrinal abogando por la creación de un sistema acusatorio o con tendencia más acusatoria o, que al menos, acogiera el denominado principio acusatorio según el cual quien investiga y acusa no juzga y quien juzga no debe acusar, ni instruir. Es ésta la génesis del acto legislativo 03 de 2002, que fue apoyado por la Corporación Excelencia en la Justicia y por el entonces Fiscal General de la Nación y un grupo de prestigiosos académicos.

De esta manera se emprendió la reforma de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, con el fin de sentar las bases constitucionales del nuevo sistema para que posteriormente se expidiera la ley correspondiente que lo desarrollara. Dentro de las finalidades que inspiraron al constituyente del año 2002 para establecer los parámetros constitucionales del nuevo sistema estaban las de:

- i) Materializar el principio acusatorio, introduciendo una clara distinción entre quien investiga, recauda la prueba y acusa –rol que le corresponderá a la Fiscalía– y la función de llevar a cabo la valoración de la prueba recaudada y juzgar –que le corresponderá al juez de conocimiento–.
- ii) Descongestionar los despachos judiciales abandonando el sistema escrito propio de los sistemas inquisitivos e introduciendo el principio de oralidad, el cual tenía entre otras, la finalidad de evitar dilaciones injustificadas. Igualmente se introducen con una finalidad cercana a ésta, el principio de oportunidad y los preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y la fiscalía.
- iii) Fortalecimiento de la capacidad investigativa de la Fiscalía General de la Nación, concentrando los esfuerzos de la misma como gerente de la investigación criminal en el recaudo mas no en la práctica de la prueba.
- iv) Finalmente, se quiso introducir mecanismos de justicia restaurativa en aras de fortalecer la posición de las víctimas al interior del proceso penal.

Dentro de los principales cambios introducidos por el sistema plasmado en la Constitución y después materializados en la ley, tenemos (a modo de ejemplo) los siguientes:

2.1. Principio acusatorio

Conforme a este principio no puede existir proceso sin acusación, de lo cual, se deriva la conclusión de que quien acusa no puede juzgar⁶. El Estado separa la función de acusar y la de juzgar en dos autoridades distintas.⁷ De esta manera, la acusación es el presupuesto del juicio y de una eventual condena⁸. Bovino señala que este principio implica “*el desdoblamiento de las funciones de perseguir y de juzgar en dos órganos estatales diferentes. El principio acusatorio no sería suficiente para separar los roles persecutorios y decisorios, si no se asegura una efectiva separación entre el Ministerio Público y el Poder Judicial; así se mantiene el principio de oficialidad, pero juez y acusador no son la misma persona.*”⁹. Aunque en el nuevo sistema la Fiscalía sigue perteneciendo a la rama judicial, pierde mayoritariamente sus funciones jurisdiccionales; de ahí que ya no pueda proferir medidas de aseguramiento sobre la persona del imputado, ni cautelares respecto de los bienes de éste, ni dictar preclusiones, ni órdenes de captura pues ahora solicitará tales medidas ante el juez, ya sea éste el de garantías y o el conocimiento, según de la solicitud de que se trate.

No obstante lo anterior, quedó un rezago de las antiguas facultades de la Fiscalía pues el constituyente consagró en el artículo 250 la denominada captura excepcional¹⁰.

6 En el nuevo esquema procesal, desaparece la indagatoria (diligencia propia de los sistemas inquisitivos) y se reemplaza funcionalmente por la formulación de imputación. Sin embargo, en la práctica, el denominado interrogatorio se ha convertido en la reencarnación de la indagatoria. Igualmente se señaló inicialmente en la ley 906 que la imputación e incluso la acusación eran solo fácticas y no jurídicas, problema éste que fue aclarado por la Corte Suprema de Justicia al señalar que la imputación y la acusación han de ser mixtas.

7 ROXIN Claus. Derecho Procesal Penal. Ed del Puerto. Buenos Aires. 2000, pág. 86.

8 ARMENTA DEU Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2003, pág. 55.

9 BOVINO Alberto. Principios Políticos del Procedimiento Penal. Ed. Del Puerto. Buenos Aires, 2005, pág 37.

10 La facultad de librar órdenes de captura de manera excepcional quedó consagrada en el art. 250-I de la Constitución, señalando que sería la ley quien fijaría los límites y eventos en que procedería tal captura. Tal desarrollo se dio a través de los artículos 2,

2.2. **Oralidad, publicidad y concentración: abandono del principio de permanencia de la prueba**

En virtud de principios inherentes a este sistema, a saber, el de oralidad, publicidad, concentración e intermediación, el rol de cada una de las partes o intervinientes en el proceso cambió. El principio de intermediación “*supone el contacto directo entre el acusado y el juez y la intervención directa de éste en todas las etapas del juicio, desde la presentación de las teorías del caso de las partes, pasando por la práctica probatoria y los alegatos de cierre, hasta la emisión de la decisión*”¹¹.

La Fiscalía ya no practica pruebas pues el Fiscal, como gerente de la investigación, va a valerse de los elementos materiales probatorios o evidencia física que recaude la Policía Judicial y estos serán descubiertos a la defensa tanto en el escrito de acusación, como en la audiencia preparatoria y excepcionalmente en el juicio oral¹². Entre tanto, la defensa sólo debe descubrir sus pruebas en la audiencia preparatoria¹³, lo cual garantiza una auténtica igualdad de armas. Igualmente, se aclara que no se considerarán como prueba sino aquellos elementos probatorios o evidencias físicas que sean incorporados por las partes en el juicio oral público y concentrado, salvo el caso excepcional de la prueba anticipada.

Como se ha dicho, en virtud del principio de intermediación, solamente se considera que existe prueba cuando un elemento material probatorio o evidencia física son sometidos a la dialéctica propia de la contradicción, la publicidad y la oralidad. De esta manera una de las principales modificaciones hace referencia al escenario en el que se construye la prueba abandonándose el principio de permanencia de la prueba que regía en la ley 600 “*según el cual*

114 y 300 de la ley 906 de 2004. Estas normas fueron declaradas inexequibles (Corte Constitucional, sentencias C-730 de 2005 y C-1001 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis). Posteriormente la ley 1142 de 2007 reformó los artículos 2 y 300. Posteriormente, a través de la sentencia C-185 de 2008 con ponencia de Manuel José Cepeda, la Corte declaró inexequibles algunas expresiones del mencionado artículo 300.

11 *Op. Cit.* URBANO MARTINEZ, pág. 190.

12 Corte Suprema de Justicia. Auto del 12 de mayo de 2008. Proceso 28847. M.P. Jorge Quintero Milanés.

13 No obstante en el auto del 12 de mayo de 2008, citado anteriormente, la Corte Suprema, desvirtuando el principio de igualdad de armas señaló que “(...) si en la audiencia de formulación de acusación la defensa cuenta con algunos o todos los elementos materiales probatorios o evidencia física (...) está en la obligación de suministrarlos.”

las pruebas practicadas por la Fiscalía General de la Nación desde la indagación preliminar tienen validez para dictar una sentencia, por aquellos de concentración e intermediación de la prueba practicada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías.”¹⁴.

Se abandona la dispersión que caracterizaba la práctica de las pruebas en la ley 600, por el principio de concentración y“(…) En tal sentido, la prueba deja de encontrarse dispersa en varios escenarios procesales, escrita secreta y valorada por funcionario judicial que no tuvo incidencia en su recaudo, para ser practicada en forma concentrada en el curso de un juicio oral, público y con todas las garantías procesales.”¹⁵. Como señala con autoridad Ferrajoli, lo ideal en desarrollo del principio de oralidad e intermediación es el tratamiento de la causa en una sola audiencia o en varias audiencias próximas y por lo tanto, sin solución de continuidad¹⁶.

Respecto de los principios de intermediación y concentración de la prueba, la Corte Suprema de Justicia ha tenido un desarrollo jurisprudencial interesante. Sobre la base de que la etapa de juicio constituye el eje fundamental del proceso se señaló que la permanencia del mismo juez en el debate probatorio del juicio hasta la definición de la responsabilidad penal del acusado, a través del fallo respectivo, es consecuencia lógica del respeto de los mencionados principios. Por ello, a través de varios fallos¹⁷ la Corte en aras de salvaguardar la intermediación y la concentración casó las respectivas sentencias tras considerar que se desconocían tales principios porque el juicio: (i) no se agotó en una sola audiencia, (ii) no fue continuo, ni las sesiones consecutivas; (iii) se extendió, sin medida, innecesaria e irracionalmente por largos intervalos de tiempo; (iv) fue presidido por cinco jueces (personas) diferentes; (v) las pruebas fueron practicadas sin repetirse, por tres funcionarios en distintas fechas y (vi) el juez que anunció el sentido del fallo y profirió la sentencia no fue el mismo que presenció la totalidad del juicio.

Dado que el sistema ha fallado en lo atinente a estos principios y que se suelen aplazar las audiencias, se ha aplicado el cuestionado artículo 454 de la

14 Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

15 Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

16 FERRAJOLI Luigi. Derecho y Razón. Ed. Trotta. Madrid, 1995, pág. 620.

17 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 7 de septiembre de 2011. Radicado 35192. M.P. José Luis Barceló Camacho. Y, Sentencia de 26 de octubre de 2011. Radicado 32143. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

ley 906 el cual señala que si excepcionalmente debe suspenderse la audiencia y el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo, de los resultados de las pruebas practicadas, ésta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar de juez.

Sin embargo, a través de una reciente jurisprudencia la Corte retomó el análisis y varió su posición al respecto, afirmando que,

(...) no es posible mantener una regla rígida de repetición del juicio en los casos en que la persona del juez que presenció las pruebas en las cuales se basa la sentencia, no es la misma que anuncia el sentido del fallo y profiere la sentencia, pues, debe precisarse, en la medida que no se trata de principios absolutos, en todos los eventos será necesario ponderar los efectos del ámbito de protección de los principios procesales, en orden a precaver la afectación de principios de mayor alcance tuitivo o decisiones infortunadas, arbitrarias e injustas frente a los derechos de las víctimas o terceros involucrados en la actuación.¹⁸

La Corte aclara que la ponderación debe hacerse en concreto frente al principio de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Carta Política.

2.3. El juez de garantías

Se crea igualmente la importantísima institución del Juez Constitucional de Control de Garantías. De esta forma en las distintas actuaciones que se surtan en ejercicio de la acción penal, el Juez deberá ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento de la función de la justicia penal, con la preservación de los derechos y garantías¹⁹. Dentro de las funciones importantes del juez de control de garantías encontramos las de llevar a cabo un examen acerca de si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales que lleve a cabo la Fiscalía General de la Nación se ajustan a la Constitución y a la ley y si tales intervenciones son adecuadas para contribuir

18 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de diciembre de 2012. Radicado 38512 M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

19 APONTE ALEJANDRO. Manual para el juez de garantías. En: El Sistema Acusatorio Penal. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá 2008, pág. 29.

a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, necesarias en el sentido de ser las menos lesivas para alcanzar tales fines. Además, sopesar si desde el ángulo de la proporcionalidad el objetivo que persigue la Fiscalía o la víctima con la intervención compensa los sacrificios que ésta comporta para los titulares del derecho y para la sociedad misma²⁰. De esta manera, la Fiscalía no podrá *motu proprio* imponer una medida de aseguramiento –ahora la solicita no la impone– y será el juez de garantías quien decida si hay lugar a ella cuando considere que la misma es necesaria para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad en especial de las víctimas.

Esa fue la promesa garantista de la reforma constitucional y de la posterior expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal.

2.4. El principio de oportunidad

Otra de las grandes promesas del sistema acusatorio previsto en la ley 906 de 2004 fue la introducción del denominado principio de oportunidad y la justicia negociada; se pensó por parte del Constituyente y el legislador que estos institutos oxigenarían al sistema penal, contribuirían a la justicia material y, por ende, descongestionarían a la administración de justicia en un porcentaje alto.

El principio de oportunidad puede definirse como la facultad discrecional que radica en cabeza de la Fiscalía General de la Nación y a través de la cual puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal aún cuando tenga elementos materiales probatorios o evidencia física de que se ha cometido una conducta punible y de quien es su autor o partícipe; tal decisión se hace con base en la política criminal estatal y está sometida a un control formal, material, posterior y automático por parte del juez de control de garantías. Esta fue la manera como se introdujo inicialmente a través del acto legislativo 02 de 2003, consagrándolo literalmente como un principio, esto es, como uno de los pilares sobre los cuales se edificaría el sistema. La idea era que un alto porcentaje de los “procesos” se evacuaran a través de esta institución y de los preacuerdos o negociaciones.

Se desarrollaron en la ley inicialmente 17 causales para aplicarlo, quedando absolutamente claro que los destinatarios del mismo son las personas

20 Cfr. entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-873 de 2003 y C-591 de 2005.

que efectivamente han cometido un delito, pues de no ser así deberían operar otras figuras como el archivo o la preclusión.

Las causales previstas para su aplicación van desde aquellas que están cercanas a casos de menor antijuridicidad material (por ejemplo en los delitos contra la administración pública o de justicia cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte “poco significativa”); otras relativas a casos en los que hay escasa culpabilidad (por ejemplo en aquellos casos en los que se excedan los límites previstos para una causal de justificación –explicable tal exceso en el ámbito de la culpabilidad–); y otras que están enmarcadas en el ámbito del derecho penal “premier”, como aquellas causales que consideran que se debe aplicar tal principio cuando la persona colabore eficazmente para evitar que el delito continúe cometiéndose o cuando colabora para evitar que se cometan otros o, incluso, aporta información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. Igualmente, se aplica cuando la persona se comprometa a servir como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes y su declaración en el juicio se haga bajo las figuras de la inmunidad total o parcial, propias del sistema norteamericano.

El principio de oportunidad es la materialización de los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad del derecho penal²¹, pues aunque una persona haya cometido una conducta punible y se tengan elementos materiales probatorios o evidencia física de que ello ha ocurrido, se podrá a través de un test de proporcionalidad, considerar que existen razones de peso para considerar que la Fiscalía renuncia a la persecución penal, afectándose, incluso, el principio de la igualdad, que como se sabe no es absoluto. Por ello es posible aplicar este principio en un delito como el de cohecho en el que el particular o el servidor público se comprometan a servir como testigos de cargo.

Existen conductas punibles en donde el Estado puede estar enfrentado a un ciento por ciento de impunidad (el cohecho por ejemplo en el que normalmente el particular no va a delatar al servidor público o viceversa) y se necesita romper ese círculo, situación que puede dar la impresión de que existe un cincuenta por ciento de impunidad al aplicarle principio de oportunidad a uno de los extremos del delito. En síntesis, bien entendido este principio, constituye la materialización de la *ultima ratio* en materia penal; mal aplicado sería la denegación de justicia y no aplicado implicaría la congestión del sistema penal.

21 FORERO RAMIREZ Juan Carlos. Aproximación al Estudio del Principio de Oportunidad. Segunda Edición Ed. Ibañez. Bogotá, 2013.

Cuál es el balance ocho años después de la consagración de este principio? Se tienen diecisiete causales para su aplicación (algunas de ellas poco claras en su redacción), un control formal, material, posterior y automático por parte del juez de control de garantías, tres parágrafos que regulan quién es el competente para tal aplicación limitando las conductas respecto de las cuales procede²², un desarrollo jurisprudencial que señala su aplicación excepcional y restrictiva, y el engorroso trámite que al interior de la Fiscalía comporta; todo ello, aunado al impacto político que ha producido en los escasos eventos en que se ha adoptado, ha llevado a que en la práctica la característica del principio que contribuiría a la descongestión (sin ser su único objetivo) se haya quedado escrita.

Ha sido un fracaso total la aplicación de este principio, pues no ha llegado ni al 1% de los casos que reposan en la Fiscalía General de la Nación. En particular, si una conducta punible tiene prevista en el código penal una pena cuyo máximo exceda de los seis años de prisión, este principio no podrá ser aplicado directamente por el fiscal que conoce de la actuación y sólo podrá ser autorizado por el Fiscal General o su delegado especial, lo cual convierte la aplicación de este principio en un complejo trámite que hace que se dificulte su aplicación. Por ello creemos que debe aumentarse la pena máxima que actualmente existe para que lo aplique directamente el fiscal de conocimiento y dejar que los casos en los que los aplique el Fiscal General de la Nación o su delegado especial, sean aquellos que revistan una especial gravedad.

2.5. Abandono del principio de investigación integral por parte de la Fiscalía

La investigación integral es una de las normas rectoras del sistema procesal consagrado en la ley 600 de 2000, tan es así que en su artículo 20 se señala que el funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado o sindicado; así, al fiscal como director del proceso le compete “*materiarizar el principio de igualdad recaudando, tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado*”²³.

-
- 22 No se aplica el principio de oportunidad para delitos dolosos cometidos contra menores de edad, crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, narcotráfico, terrorismo y financiación del terrorismo(cuando se trate de jefes o cabecillas) y delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.
- 23 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2002. Radicado 15053. M.P. Carlos Galves Argote.

Por el contrario, el actual régimen “comporta una noción adversarial de partes gobernada por el principio de objetividad establecido en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004” y, por lo tanto, “no es posible reprochar en el proceso acusatorio (...) omisiones en materia probatoria”²⁴ como sí sucedía en la ley 600 con ocasión del principio de investigación integral. En síntesis, ahora “la Fiscalía no tiene que investigar aquello que le es favorable a la defensa”²⁵, pues tan sólo ha de adecuar su actuación a un criterio objetivo y transparente, como lo señala el artículo 115.

Como se dijo, “no es posible reprochar en el proceso acusatorio (...) omisiones en materia probatoria”²⁶, sobre todo cuando, a la luz de los parámetros internacionales, “(...) es en el procesado, y no en la Fiscalía, en quien reside tanto el derecho como la facultad de (...) (i) interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, (ii) interrogar o hacer interrogar a cualquier otra persona que como testigo o perito pueda arrojar luz acerca de los hechos y (iii) obtener la comparecencia de todos ellos para que sean interrogados en igualdad de condiciones a los testigos de la acusación”²⁷.

2.6. Allanamiento, preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado

Si bien se tenían antecedentes como los beneficios por colaboración o la misma audiencia especial consagrada en la ley 81 de 1993, lo cierto es que no existían en nuestro sistema procesal penal unas normas que regularan expresamente lo que en derecho comparado se denomina “*plea bargain*” o preacuerdos celebrados entre la fiscalía y el imputado.

Se consagró como novedad, a través de la ley 906 de 2004, la posibilidad de negociar los términos de la imputación, caso en el cual la fiscalía negocia

24 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de septiembre de 2010. Radicado 34614. M.P. Julio Socha Salamanca.

25 BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. El proceso penal. Universidad Externado de Colombia, 5ª Edición. Bogotá, 2004, p. 150. Cfr., igualmente, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 29 de julio de 2008. Radicado 30081. M.P. Maria del Rosario González de Lemus.

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 30 de septiembre de 2009. Radicado 32616. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

27 *Ibidem*. En este caso la Corte cita las sentencias de 28 de mayo de 2008, radicaciones 22476 y 22726.

el grado de participación, la eliminación de circunstancias de agravación o el reconocimiento de circunstancias de atenuación e incluso la posibilidad de preacordar el tipo subjetivo. Así, por ejemplo, un dolo eventual se puede negociar para que la conducta se establezca en la modalidad culposa con representación. Cabe precisar que en estos casos quien dosifica la pena es el juez de conocimiento.

Igualmente, se consagró la posibilidad de preacordar la pena, dejando incólume los términos de la imputación, de tal manera que la Fiscalía puede llevar a cabo una rebaja de la pena hasta en un cincuenta por ciento, aclarándose que el acuerdo al que lleguen fiscalía e imputado debe ser respetado por el juez de conocimiento (salvo que en aquel se desconozca garantías fundamentales). De ahí que el artículo 370 de la ley 906 de 2004 señale expresamente que si el juez aceptare las manifestaciones preacordadas, no podrá imponer una pena superior a la que ha solicitado la Fiscalía.

Para algunos en estos casos la fiscalía en últimas investiga, acusa y “juzga”, y por ello consideran que esta modalidad de preacuerdos es más una manifestación de un sistema inquisitivo²⁸ que de uno acusatorio. Adicionalmente, téngase en cuenta que con la distinción introducida entre elemento material probatorio y pruebas, los preacuerdos implican la posibilidad de que una persona sea condenada técnicamente sin pruebas, puesto que solamente existe prueba en la medida que exista juicio y el preacuerdo supone la renuncia al mismo.

Además de la figura de los preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado, la ley 906 de 2004 reguló, aunque de manera confusa, la institución del allanamiento. La principal diferencia entre ambas figuras procesales reside en que el allanamiento se caracteriza por la unilateralidad (puesto que basta la aceptación de los cargos en la imputación o la preparatoria por parte del imputado), mientras que los preacuerdos son esencialmente bilaterales. Pese a esto, el Código cuando regula los preacuerdos en su artículo 351, señala que éstos consisten en la “*aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de imputación*” (casi una definición de allanamiento); mientras que cuando hace referencia al allanamiento en el artículo 293 expresa que éste puede darse “*por iniciativa propia*” o por “*acuerdo con la fiscalía*” (siendo esto último un auténtico preacuerdo). Esta confusión legis-

28 Cfr., LANGBEIN, Jhon. *Tortura y plea bargain*. El Procedimiento Abreviado. Ed. Del Puerto. Buenos Aires. 2001.

lativa, pronto se vería reflejada en una infortunada confusión jurisprudencial durante los primeros años de la entrada en vigencia del nuevo sistema²⁹.

De esta manera, uno de los puntos de mayor confusión era el relacionado con las prohibiciones que la ley consagraba para los preacuerdos, pues en los delitos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiere obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo, no se puede llevar a cabo preacuerdo con la Fiscalía hasta tanto no se reintegre, por lo menos el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente. Esta limitante no existe para el allanamiento y por ende no debía operar; sin embargo, durante muchos años, la Corte Suprema consideró al allanamiento como una modalidad de preacuerdo³⁰ y por ello extendía las limitantes de los preacuerdos a aquél.

2.7. La víctima: de parte a interviniente

En estricto sentido dentro del sistema adversarial propio del nuevo esquema procesal solamente son partes la defensa material y técnica y la Fiscalía. Por ello se abandona el concepto de parte civil, puesto que de ahora en adelante la víctima no será parte sino interviniente, sin que ello se traduzca en una desmejora de su situación, máxime cuando se han introducido instituciones como la de la justicia restaurativa que tienden a la protección de sus intereses.

Sin embargo, como sucede con otros aspectos esenciales del sistema procesal penal, uno es el sistema acusatorio que nació con la ley 906 de 2004 y otro muy distinto es el que tenemos ocho años después al producirse cambios legislativos que complementan y, en algunas ocasiones, desnaturalizan el sistema propuesto inicialmente. Esto se debe también al necesario ajuste jurisprudencial que han llevado a cabo de manera importante tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional. De esta forma, se ha logrado aceptar a la víctima como un interviniente especial o “cuasi parte”.

29 Lo que sucedió entre otras, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia dentro de los siguientes procesos: radicado 21347 M.P. Yesid Ramírez; radicado 24020 M.P. Julio Enrique Socha; radicado 24282 M.P. Marina Pulido de Barón; radicado 25021 M.P. Alfredo Gómez Quintero y Álvaro Orlando Pérez; radicado 26641 MP. María del Rosario González.

30 Situación que ya está completamente superada. Al respecto ver, entre otras, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de septiembre de 2011. Radicado 36502. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

A manera de ejemplificar lo anterior, tal como lo ha señalado la Corporación Excelencia en la Justicia³¹, la víctima está facultada para:

- a) Llevar a cabo la acción de revisión en procesos por violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, cuando una instancia internacional de derechos humanos declara la existencia de un incumplimiento de las obligaciones del Estado de investigar dichas violaciones, incluso cuando el fallo en las instancias internas es condenatorio. (Sentencia C-979 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño);
- b) Cuando la Fiscalía, dentro de la etapa de indagación, decide archivar las diligencias, debe notificar dicha decisión debidamente motivada a las víctimas, de manera que éstas puedan conocerla y ejercer sus derechos. Adicionalmente, en caso de que la víctima desee la reanudación de las investigaciones y la Fiscalía no lo considere procedente, el Juez de Garantías está facultado para resolver dicha controversia (Sentencia C-1154 de 2005, M.P.: Manuel José Cepeda).
- c) La víctima está facultada para recurrir frente a una sentencia absoluta (Sentencia C-047 de 2006, M.P.: Rodrigo Escobar Gil).
- d) Para asegurar los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, la garantía de comunicación a las víctimas y perjudicados con el delito opera desde el momento en que estos entran en contacto con las autoridades, y se refiere a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación (Sentencia C-454 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño).
- e) Dentro de la audiencia preparatoria, el representante de la víctima puede realizar solicitudes probatorias, en igualdad de condiciones que la defensa y la Fiscalía (Sentencia C-454 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño).
- f) La víctima puede recurrir contra la decisión del Juez de Garantías acerca de la aplicación del principio de oportunidad (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).

31 BORRERO RESTREPO, Gloria María y SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. Sistema Acusatorio y Jurisprudencia. Ed. Universidad Javeriana – Corporación Excelencia en la Justicia– Ibáñez. Bogotá, año 2010.

- g) La víctima puede solicitar a la Fiscalía copia del escrito de acusación, independientemente del fin que persiga con dicha solicitud (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).
- h) La práctica de pruebas anticipadas también puede ser solicitada ante el juez de garantías por parte de la víctima (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).
- i) En la audiencia de imputación la víctima puede estar presente (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).
- j) Las víctimas pueden allegar o solicitar elementos materiales probatorios y evidencia física para oponerse a la petición de preclusión del fiscal. (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).
- k) La solicitud sobre descubrimiento probatorio también puede ser hecha por la víctima (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).
- l) En materia de pruebas, la víctima puede hacer observaciones sobre el descubrimiento de elementos probatorios y de la totalidad de las pruebas que se harán valer en la audiencia del juicio oral (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).
- m) La víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).
- n) Las víctimas pueden acudir al juez directamente para solicitar medidas de aseguramiento contra el indiciado, solicitar la aplicación de otra medida en caso de que el indiciado no cumpla con sus obligaciones y solicitar medidas de protección a su favor (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).
- o) La víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades (Sentencia C-209 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda).
- p) Las víctimas tienen derecho a ser asistidas durante el juicio y el incidente de reparación integral, por un abogado que puede ser designado de oficio, sin ninguna clase de condicionamiento (Sentencia C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño).

- q) En la celebración de acuerdos y preacuerdos entre la Fiscalía y el imputado o acusado, la víctima también puede intervenir, para lo cual debe ser oída e informada de su celebración por el fiscal y el juez encargado de aprobar el acuerdo (Sentencia C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño).
- r) La definición de víctima no se limita a quien sufre algún daño directo como consecuencia de la conducta punible. Esta definición se predica de todo individuo que resulte perjudicado o afectado con el delito que acredite un daño real, concreto y específico. (Sentencia C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño).
- s) Cuando existe pluralidad de víctimas, no se restringe el número de abogados que éstas pueden designar para su representación (Sentencia C-516 de 2007, M.P.: Jaime Córdoba Triviño).
- t) La decisión en cuanto a la cancelación de títulos fraudulentamente obtenidos puede proceder también cuando el proceso penal finaliza con una sentencia absolutoria, o cuando se dicte cualquier otro tipo de providencia que ponga fin al proceso penal (Sentencia C-060 de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla).
- u) En los delitos de violencia intrafamiliar, resulta incompatible con la garantía de los derechos de las víctimas el hecho de que la aplicación de beneficios penales contra el condenado quede supeditado a una valoración realizada por una autoridad administrativa como el ICBF (Sentencia C-1198 de 2008, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla).
- v) Dentro de la conciliación llevada a cabo al interior del incidente de reparación, cuando exista contrato de seguro contra responsabilidad civil y la víctima solicite la comparecencia del asegurador a la audiencia, este último tiene el deber de asistir a la misma. Adicionalmente, su vinculación al incidente puede ser solicitada en cualquier etapa del incidente de reparación (Sentencia C-409 de 2009, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez”).

A pesar de todo el avance jurisprudencial en esta materia, queda claro que la víctima no es parte sino interviniente y por ello no puede participar ni directamente ni a través de su abogado en la práctica de las pruebas; en otras palabras, la víctima no puede llevar a cabo un interrogatorio, ni contra interrogatorio de testigos o peritos en el juicio oral, pero sí tiene todas las facultades descritas anteriormente, las cuales no quedaban claras en la ley

906 de 2004 (como la posibilidad de que la víctima solicite medida de aseguramiento) y fueron fruto del nutrido desarrollo jurisprudencial llevado a cabo por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

2.8. Policía judicial

Sin lugar a dudas otro de los cambios esenciales que significó la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal está relacionado con la policía judicial. En desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, al Fiscal le corresponde la gerencia de la investigación criminal, la dirección, coordinación, control jurídico y verificación de las actividades que desarrolle la policía judicial.

El nuevo sistema implicó un protagonismo y profesionalización de la policía judicial; pero ocho años después de la entrada en vigencia del sistema, aunque el número de funcionarios que ejercen funciones permanentes de policía judicial se ha duplicado, todavía se evidencia la falta de personal para que el sistema sea funcional y realmente en muchos casos se echa de menos una auténtica gerencia del proceso por parte del fiscal.

3. Conclusiones

¿Se han cumplido las metas en materia de administración de justicia que se trazaron con la creación del nuevo sistema?

No queda duda alguna que hoy en día existe un principio acusatorio, que el juicio es más solemne y es público, oral y concentrado. Además que, paralelamente al debilitamiento del poder que perdió el fiscal, el juez, tanto el de conocimiento como el de garantías, ganó un merecido protagonismo.

En materia de restricción a la libertad, por su parte, el balance no es positivo. La introducción del principio *prolibertatis* del sistema acusatorio se ha quedado escrito porque la Fiscalía aunque no impone, la mayoría de las veces si solicita tal medida y los jueces suelen imponerla, sobre todo en los casos que tengan algún tipo de connotación o trascendencia nacional y en los que el populismo punitivo y la presión mediática se convierten en el factor inquisitivo del sistema acusatorio; además, las reformas que ha sufrido la ley 906 de 2004, distancian cada día más al sistema de su inicial finalidad garantista, pues la tendencia, siempre en materia de reformas penales sin un rumbo político criminal, va en la vía de crear nuevos tipos penales, aumentar las penas para

los ya existentes –así sea de manera sistemática como lo hizo el legislador a través de la ley 890 de 2004– y ampliar el abanico de conductas merecedoras de medida de aseguramiento, incluso pretendiendo el legislador en algunas ocasiones soslayar la importantísima función de ponderación que le corresponde al juez de control de garantías.

Ahora bien, en cuanto a los otros objetivos del sistema salta a la vista que los despachos judiciales no se han descongestionado, que un fiscal en promedio puede tener más de 500 “investigaciones”, que no han despegado los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, que el principio de oportunidad tiene una minúscula aplicación que no llega ni al 1%; que en materia de preacuerdos las prohibiciones consagradas en el Código de Infancia y Adolescencia (artículo 199) han congestionado más el sistema y no han redundado en beneficio de los menores sino de los posibles sujetos activos del delito; que la conciliación pre–procesal no ha oxigenado el sistema.

Adicionalmente, siguen existiendo los clásicos problemas de falta de policía judicial –sin desconocer el esfuerzo de la Policía Nacional y del CTI– puesto que un fiscal con más de 500 “casos” y con dos o tres investigadores que trabajan con un esfuerzo heroico, no puede de manera alguna garantizar una pronta y cumplida justicia.

A esto se le suma el hecho de que no contamos con un sistema de investigación y juzgamiento abreviado para la delincuencia de menor lesividad; las leyes de contravenciones penales o de pequeñas causas como se les ha denominado, han sido declaradas inconstitucionales una y otra vez; lo cual lleva a que tengamos un sistema procesal único para todas las conductas punibles (excepto el caso de los aforados) que no está funcionando. Ello sin contar con que la última reforma en esta materia, consagrada en el acto legislativo 06 de 2011, señala que la víctima podrá ejercer la acción penal de manera directa (aunque la fiscalía tendrá una prevalencia en su ejercicio pudiendo desplazarla después), aspecto que resulta en el papel garantista y reivindicador del rol de las víctimas, pero que plantea el problema de si el Estado está en capacidad de atender las imputaciones directas que quieran hacer las víctimas ante un juez de garantías como titulares de la acción penal, lo cual, sin lugar a dudas, es una utopía.

Así las cosas, la administración de “justicia” en Colombia ha cambiado, pero es distinto a sostener que hemos avanzado; si bien hay importantes modificaciones que han llevado a que se cumplan estándares mínimos internacionales en materia de derechos humanos, la realidad es que urge una

modificación estructural al sistema; pero no para retornar a la ley 600 como añoran algunos, sino para que un sistema edificado sobre los pilares básicos del acusatorio, se ajuste más a la realidad cultural colombiana y tenga en cuenta las limitaciones (presupuestales y logísticas) o si se quiere las características especiales de toda nuestra administración de justicia.

Igualmente, conviene concebir la posibilidad de que existan regímenes especiales para la investigación de determinadas conductas punibles como las relacionadas con narcotráfico, terrorismo y financiación del terrorismo, en las que se requiere un arsenal jurídico que conduzca a una investigación penal más eficiente sin que transgreda garantías. No pretendemos con esta afirmación retornar a las oscuras épocas de la justicia sin rostro, pero sí reconocer que tal como está construido hoy el sistema acusatorio, no es eficiente para desarticular las bandas de delincuencia organizada. Basta recordar que no han funcionado las figuras de la agencia encubierta, ni los preacuerdos en esta materia y se suele judicializar más a los miembros de la base de la organización que a sus cabecillas³². Lo cierto es que vivimos una época de retroceso del garantismo; por ello dejamos claro que no se debe combatir el crimen debilitando las garantías sino fortaleciendo la infraestructura estatal para perseguirlo.

Se pensó ingenuamente hace ocho años que con el sistema de tendencia acusatoria se descongestionarían los despachos judiciales y la justicia sería eficaz y garantista. Quienes vaticinaron una “elitización” de la administración de justicia (para las víctimas es más costoso este sistema), congestión, ausencia de policía judicial, déficit presupuestal y logístico, han acertado. Por ello, ha de fortalecerse la aplicación del principio de oportunidad al igual que la conciliación, en jornadas que concienticen al ciudadano de esta salida de los asuntos penales y urge la necesidad de crear nuevamente un sistema expedito o abreviado de investigación y juzgamiento de la criminalidad menor, en el que no necesariamente debe participar la Fiscalía General de la Nación y

32 Celebremos el esfuerzo de la Fiscalía General de la Nación, que a través de la Resolución N° 1810 del 4 de octubre de 2012 creó la denominada Unidad Nacional de Análisis y Contextos reconociendo que “Se hace necesario crear la Unidad nacional de Análisis y Contextos, como instrumento de Política Criminal enfocada a enfrentar principalmente los fenómenos de delincuencia organizada, mediante el uso de herramientas de análisis criminal y creación de contextos, con el objetivo de articular la información aislada que actualmente se encuentra en las diversas unidades de fiscalía. Igualmente, asumirá los procesos que hagan parte de las situaciones y casos priorizados por el Comité de Priorización de Situaciones y Casos de la Fiscalía General de la Nación.”

que esté animado en su génesis no sólo por la descongestión u oxigenación del sistema, sino por la adecuada atención al ciudadano y la prestación de un servicio óptimo de administración de justicia, lo cual exige también brindarle a los servidores públicos de la policía judicial, la Fiscalía y la judicatura todas las herramientas jurídicas y logísticas para tal fin; de lo contrario, se incurrirá en lo que con acierto Cafferata Nores señala como la priorización inversa, cuando realmente los esfuerzos investigativos de un sistema penal se dirigen a perseguir algunos pocos casos que no obedecen a directrices político criminales y que conllevan a lo que Anarcasis dijo hace más de veinte siglos, es decir, que el sistema de justicia penal sea esa extraña red que atrapa las moscas y deja escapar a los pájaros.

Código General del Proceso

Ley 1564 de 2012¹

Ulises Canosa Suárez

Secretario General del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Profesor universitario y miembro de la Comisión Redactora, de la Comisión Revisora del Código General del Proceso y de la Comisión de seguimiento del CGP.

I. Antecedentes

El Instituto Colombiano de Derecho Procesal, bajo la dirección de su Presidente Jairo Parra Quijano, emprendió en el año 2003 la necesaria tarea de elaborar un nuevo código de procedimiento, con el propósito principal de mejorar el servicio de justicia.

Desde las primeras reuniones de análisis, en las que se consideraron estudios estadísticos, informes nacionales e internacionales y opiniones de expertos, se concluyó que era necesario explorar alternativas para dotar a Colombia de un proceso realmente efectivo, accesible, rápido, moderno y económico, características imprescindibles para garantizar el debido proceso, humano y justo, que es presupuesto para el bienestar, la equidad, la armonía social y la paz.

En los indicadores internacionales de competitividad, especialmente el del Doing Business, en lo referente a cumplimiento judicial de contratos, para Colombia los resultados no son satisfactorios, no solo en el tiempo necesario para resolver controversias, sino también en el costo de atención de los procesos como porcentaje del valor de la demanda.

¹ Este artículo se preparó teniendo como base la presentación general del Código General del Proceso publicado por el ICDP. Las opiniones aquí expresadas son personales del autor y no comprometen a las entidades a las que se encuentra vinculado.

Para superar este estado de cosas, Jairo Parra Quijano propuso al Instituto emprender el ambicioso proyecto del CGP con un horizonte claro y definido: reemplazar en los procesos la garantía meramente formal, por la garantía real de los derechos fundamentales.

Para aprovechar la experiencia acumulada el punto de partida fue el Código de Procedimiento Civil del año 1970, formidable ordenamiento concebido principalmente por los maestros Hernando Devis Echandía y Hernando Morales Molina. Este código, con el paso de los años, a pesar de los repetidos esfuerzos de actualización, se fue quedando rezagado, “fugitivo de su tiempo”, frente a la evolución de los sistemas procesales, a las novedades en comunicaciones, a los adelantos de la técnica y a las nuevas realidades y necesidades del mundo actual que no alcanzaron a ser previstas por los legisladores de entonces.

Fueron estos mismos redactores del Código de Procedimiento Civil quienes en la década de los sesenta, acompañados de otros ilustres juristas, fundaron el Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Luego de compartir Hernando Devis Echandía y Hernando Morales Molina la dirección del Instituto, en 1994 fue confiada la presidencia a Jairo Parra Quijano, quien con dedicación ejemplar, caracterizada por la rectitud, el buen obrar y el cumplimiento, alcanzó todos los designios fijados por los fundadores.

El anteproyecto del Código General del Proceso se preparó con la participación de la mayoría de los miembros del Instituto², organizados en comisiones que trabajaron intensamente durante varios años para analizar en detalle la normativa y presentar propuestas de actualización. Así mismo, se tuvieron en cuenta los importantes pronunciamientos de nuestros juzgados, tribunales y cortes y las opiniones de la autorizada doctrina procesal nacional, además de los aportes de la comunidad jurídica colombiana, entre ellas las recomendaciones de la Corporación Excelencia para la Justicia.

2. Propósitos

Los principales propósitos del CGP son los siguientes:

2 El listado completo de los miembros del Instituto puede consultarse en la página Web del ICDP: www.icdp.org.co

2.1. La armonización normativa

La armonización de las instituciones procesales con la Constitución Política de 1991 que dispone la prevalencia del derecho sustancial y la protección de los derechos fundamentales. Además el CGP permite cumplir lo dispuesto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que en su artículo primero establece: “(...) *las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos (...)*”. Con estos fines, a manera de ejemplo, se complementan y reorganizan las normas rectoras del código.

2.2. La eficacia

Mediante la realización de los derechos sustanciales con plenas garantías constitucionales. En el Código General el proceso judicial no es un fin en sí mismo y no se justifica por sí solo. El proceso del Código General debe ser una herramienta para la efectividad del derecho sustancial. En esta dirección el proceso del CGP es dúctil o flexible y por eso se permite la conversión del ejecutivo en declarativo cuando prospera el recurso de reposición contra el mandamiento de pago. Algo similar ocurre en el monitorio cuando se formula oposición por el intimado, porque luego de un traslado de cinco días para pruebas adicionales del demandante se debe convocar la audiencia del declarativo y resolver de una vez la controversia en su integridad. Además, se adopta la presunción de acierto de las sentencias de primera instancia con apelación en el efecto no suspensivo; se amplía considerablemente la posibilidad de decretar medidas cautelares, consagrando la genérica o innominada, cuando el juez encuentre presentes los elementos tradicionales que antes sólo calificaba el legislador; se complementan y amplían las posibilidades de acumulación de pretensiones, demandas y procesos; se reestructuran los efectos de la falta de competencia y se armonizan con el capítulo de nulidades para declararlas únicamente por motivos realmente justificados; se eliminan las diligencias previas en las ejecuciones; se confieren ciertos efectos sustanciales a las demandas; se faculta al juez para investigar bienes del ejecutado; se otorga efectos al requerimiento escrito de cobro del acreedor como acto de interrupción por una vez de la prescripción extintiva o liberatoria, para sólo mencionar algunos pocos ejemplos.

2.3. La oralidad con intermediación y concentración

La experiencia de muchos siglos demostró que la eficacia, la intermediación y la concentración sólo se logran con estructuras procesales que concedan preponderancia a la oralidad frente a la escritura, como finalmente se hace en el CGP. Solo mediante procesos esencialmente orales se logra simplificar, facilitar la intermediación, concentrar, economizar y agilizar. Los viejos sistemas procesales con preponderancia escrita ya no satisfacen las necesidades de justicia civil de la sociedad de estos tiempos, porque no se acoplan con el nuevo mundo ni con el nuevo derecho.

La estructura que se pone en práctica en el CGP tiene generalmente tres etapas: Una introductoria o preparatoria esencialmente escrita, de demanda y contestación; otra fase intermedia o audiencia inicial esencialmente oral, en la que con interés se intenta la conciliación, luego se adoptan medidas de saneamiento para evitar nulidades y precaver sentencias inhibitorias, posteriormente se realizan interrogatorios officiosos y exhaustivos para establecer el mayor número de hechos que puedan ser fijados y, a continuación, se decretan las pruebas tendientes a demostrar los hechos que no se pudieron establecer con la aceptación de las partes, rechazando las pruebas impertinentes, inconducentes o superfluas. Finalmente, en otra audiencia, que es de instrucción o juzgamiento, se practican las pruebas indispensables, se escuchan los alegatos de conclusión y se emite el fallo.

Si es posible, las dos audiencias pueden convertirse en sólo una. En todo caso, la concentración supone que el juez esté en condiciones de dictar la sentencia en la misma audiencia en que practica las pruebas y escucha los alegatos, o, subsidiariamente, en un plazo breve, porque es impostor del sistema oral aquel proceso en el que la sentencia se dicta mucho después de terminada la audiencia de pruebas y alegatos. Para un exitoso desarrollo de estas etapas el CGP contempla la ayuda de medios técnicos con el fin de conservar para el futuro lo acontecido, sin tener que copiar o dictar en actas escritas los sucesos de las audiencias.

Esta estructura del proceso oral funcionará de manera eficiente si, como lo requiere el CGP, se reúnen los siguientes presupuestos: a) la presencia de todos los sujetos en las audiencias de manera puntual y permanente, con posibilidad de excusa sólo por motivos extraordinarios; b) el predominio de la palabra hablada para la comunicación entre los sujetos del proceso, quedando proscrito remplazar con escritos las actuaciones orales; c) un gran juez, con amplios poderes de dirección y gobierno y unas partes con sus abogados

que observen estricta y responsablemente sus deberes recíprocos de lealtad, probidad y buena fe; d) la intermediación y concentración, para que el juez permanezca en las audiencias “bajo el yugo de la atención” y desarrolle el mayor número de actuaciones en el menor tiempo posible.

2.4. El acceso y la desformalización

Al proceso del CGP será fácil entrar y en él será fácil actuar. Uno de los aspectos que más atenta contra el derecho al debido proceso es el exagerado formalismo propio del proceso escrito, que suele ser meticuloso, subjetivo, irreflexivo, oscilante y siempre perjudicial, porque conduce reiteradamente a la obstrucción, a la tardanza y a la negación de la justicia.

Así en el CGP se proscriben los excesos rituales manifiestos desde los principios generales; existen menores y diferenciales requisitos para la demanda; se incrementan las cuantías para fortalecer al juez municipal y acercar la justicia al justiciable; se reorganiza la regulación sobre partes, litisconsortes y terceros; se facilita y esclarece la citación de terceros garantizadores; se facilita el otorgamiento de poderes; se prohíbe reconocer de oficio defectos formales del título ejecutivo; se aumentan las formas como podrá acreditarse la costumbre, también las normas locales y las extranjeras; se extiende notablemente la presunción de autenticidad de toda clase de documentos; se ordena tramitar los recursos así el impugnante se equivoque en su denominación y no será necesario aportar aquello que fácilmente se pueda consultar en la web.

Es que el derecho a la tutela judicial efectiva siempre se manifiesta en el destierro de obstáculos excesivos o irrazonables que se tornan impeditivos del derecho al debido proceso u obstaculizadores del derecho sustancial. En el CGP se conservaron únicamente las ritualidades provechosas para realizar el derecho material o garantizar los derechos fundamentales, propósito primordial que con el proceso eminentemente escrito no solía alcanzarse a plenitud. En la comisión revisora se hizo lo posible para evitar que el proceso, con formalismos innecesarios, se pueda utilizar como un instrumento para cubrir la arbitrariedad con manto de legitimidad.

2.5. La oportunidad

No debe jamás olvidarse que justicia tardía no es verdadera. Los procesos eficientes exigen prontitud, rapidez y temporalidad, que se consiguen en el CGP mediante estructuras que permiten agilizar y concentrar la actua-

ción, con requerimientos correlativos de observancia diligente de cargas y términos procesales; el establecimiento de un plazo máximo de duración del proceso; la simplificación o eliminación de trámites innecesarios; y la consagración de figuras que permiten dictar sentencias parciales y anticipadas, lo mismo que terminar y archivar procesos inactivos o abandonados de cualquier naturaleza, sin importar la etapa en que se encuentren. Por el mismo derrotero se permite el desistimiento expreso sin costas o perjuicios cuando el demandado no se oponga.

Los procesos del CGP no serán indefinidos sino transitorios. Las sociedades no pueden conformarse con procesos que duran más de lo debido, hasta convertirse prácticamente en perpetuos. El proceso judicial se ideó para solucionar las controversias entre los hombres, no para extenderlas indefinidamente y de allí las medidas del CGP para conseguir una pronta solución, con menor distancia entre el principio y el fin de los procesos.

2.6. *La integración y sistematización de las normas procesales*

Desde las primeras reuniones de análisis realizadas al interior del Instituto en los años 2003 y 2004 se estimó agotada la posibilidad de hacer otras reformas parciales al Código de Procedimiento Civil. Se concluyó, por abundante mayoría, lo imperioso de redactar un nuevo ordenamiento que de manera integral y sistemática permitiera acoger la oralidad y atacar la congestión. La meta trazada fue una reforma total, un código para reemplazar integralmente el anterior. Se optó acertadamente por mantener la organización general del CPC, porque en este aspecto nada había que enmendar, integrando armónicamente en el nuevo proyecto las reformas útiles realizadas durante cuarenta años de vigencia del Decreto 1400 de 1970 e implementando muchas otras que fueron necesarias para alcanzar un renovado y eficaz proceso para una mejor administración de justicia.

2.7. *La unificación*

La unificación nacional mediante la reducción en el CGP del número de procesos de conocimiento y el establecimiento del mismo trámite para los ejecutivos con excepciones y para las actuaciones ante autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales, además de la incorporación de la legislación agraria y de familia. Si bien la idea inicial fue redactar un código procesal con todas las materias, incluido el laboral y el contencioso administrativo, por diversas razones no fue posible alcanzar este plausible propósito.

El CGP contenido en la Ley 1564 de 2012 es aplicable a la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Dice el artículo 1 del código que se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes. De esta manera el CGP servirá como instrumento de unificación e integración normativa porque permitirá llenar los vacíos que se presentan en otros códigos como los de procedimiento penal, laboral, administrativo y de lo contencioso administrativo.

La unificación internacional mediante el metódico análisis que se hizo por el Instituto de las tendencias más avanzadas y aceptadas por el derecho comparado, tanto europeo como anglosajón, que se ajustaron cuidadosamente a nuestra cultura y a la forma de hacer las cosas en nuestro país. También se revisó con rigor el Código Modelo Procesal preparado desde 1967 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que ha servido de guía para las reformas de varios países, en la medida que la integración económica de los pueblos y la internacionalización de muchos sectores acentúan los puntos de encuentro entre las naciones y los sistemas procesales no deben permanecer indiferentes a la unificación. El CGP se edificó sobre la base de un género humano cosmopolita e interdependiente, que entrelaza comunidades culturales transnacionales.

2.8. La modernización

La modernización que se manifiesta al seguir el CGP las tendencias procesales actuales, que permite rejuvenecer nuestras instituciones, para estar a la par con los países más desarrollados. Por otra parte, se aprovecharon al máximo en el CGP las ventajas que ofrecen los adelantos tecnológicos para la actividad judicial, pero considerando nuestra realidad social, como no podría ser de otra manera. Colombia no debe seguir anclada en el pasado con un sistema esencialmente escrito hoy revaluado en el mundo civilizado. El CGP es, sin duda, un ordenamiento para las nuevas generaciones de colombianos.

2.9. La innovación como herramienta de cambio

El CGP incorpora las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión de los procesos, mediante la implementación del Plan de Justicia Digital. El uso de los mensajes de datos facilitará la actuación procesal y la presentación de demandas y memoriales y los medios técnicos se utilizarán

en la práctica de pruebas, entre ellas la inspección judicial virtual. De esta manera se hace más asequible la justicia para el “ciudadano de a pie”.

La innovación también se refleja en la incorporación de nuevas figuras como el cambio de radicación, en ajustes importantes para la investigación de la paternidad, las sucesiones, las pertenencias, las expropiaciones y la realización especial de la garantía, además de la ampliación del listado de bienes inembargables. Finalmente, se incluye un novedoso proceso monitorio, que será una de las figuras “estelares” del CGP, estructurado siguiendo la legislación europea para la tutela privilegiada del crédito, a favor de pequeños y medianos acreedores que no poseen título ejecutivo, para tramitar el cobro de obligaciones dinerarias que tengan origen contractual, sean exigibles, de cuantía determinada, pero mínima, por ahora.

2.10. La desjudicialización

La desjudicialización permitirá llevar al juez sólo asuntos importantes, que requieran ser juzgados, no simplemente autorizados, además de reservar la intervención judicial para las actuaciones donde verdaderamente se justifique. Así por ejemplo, se prohíbe en el CGP solicitar al juez la práctica de pruebas para obtener información o documentos que las partes pudieron conseguir directamente o mediante derecho de petición, salvo causas justificadas. De igual manera se permite la práctica de pruebas directamente por las partes, de común acuerdo y en algunos casos de manera unilateral, y también se contempla la posibilidad de lograr la cancelación y reposición de títulos valores sin actuación judicial, a menos que exista oposición de la persona o entidad llamada a reponer.

2.11. La transparencia

La transparencia es una de las ideas capitales del CGP y se refleja en un gran número de sus disposiciones. Se exige la presencia de todos los sujetos en las audiencias para garantizar un escenario de concertación y diálogo; se robustece en el CGP el rol del juez como director del proceso, que es una apuesta de mayor visibilidad frente a la comunidad, garantizando así la publicidad de las actuaciones, la imparcialidad y la adecuada motivación de las decisiones.

Además el CGP, siguiendo la preceptiva constitucional, utiliza el proceso como una “comunidad solidaria de trabajo” para el conocimiento o averi-

guamiento de la verdad y propende por la igualdad real mediante la prueba de oficio y la distribución de la carga de la prueba que permitirá exigir su presentación a quien le quede más fácil aportarla, instituciones que reflejan la corriente ideológica preponderante en el nuevo ordenamiento que destierra la concepción del proceso como “juego de partes”, esto es como el “estéril y árido juego de fuerza y de destreza” de que hablaba Calamandrei.

También en aras de la transparencia las partes se cruzarán por correo electrónico sus memoriales cuando hayan informado una dirección electrónica, revolucionaria disposición que con certidumbre mejorará las costumbres y vigorizará el dialogo procesal; existirá un registro nacional de personas emplazadas; las conductas reticentes u obstructivas, por ejemplo al contestar una demanda, absolver un interrogatorio de parte o impedir la práctica de una prueba, tienen consecuencias más estrictas en el CGP; son mayores las exigencias de explicación o argumentación en la respuesta a los hechos de la demanda, para objetar el juramento estimatorio o para desconocer un documento; se faculta al juez para verificar la autenticidad y veracidad de excusas; una información más completa debe suministrar el perito de parte con miras a dotar de los datos necesarios para la contradicción a la otra parte; y existe en el CGP doble vuelta de preguntas en la prueba testimonial.

Además, el CGP se escribió en un lenguaje más comprensible para las personas del común, eliminando innecesarias expresiones del latín y permitiendo excepcionalmente la utilización de lenguas y dialectos de grupos étnicos en la actuación.

Con este mismo estimable propósito se dispone que el juez al decidir califique la conducta procesal relevante asumida por las partes para deducir indicios de ella. El juez tendrá que valorar el comportamiento de los sujetos del proceso para encontrar elementos de convicción y correlativamente las partes sabrán que no es intrascendente comportarse de uno u otro modo, porque sus actos serán evaluados, positiva o negativamente, su buen o mal actuar, su conducta correcta o su “inconducta” o “intercadencia”, considerada para definir la suerte de sus pretensiones.

2.12. La economía

La economía será una directa, favorable y proporcional consecuencia de la desformalización y de la oportunidad de la decisión. Pero además el CGP elimina requisitos que encarecen innecesariamente la actuación, como los reconocimientos y las autenticaciones, además de acabar con la hasta

ahora imprescindible póliza para solicitar embargos previos, que al final paga el deudor, porque hace parte de la liquidación de costas. Esta póliza sólo deberá presentarse en casos justificados, a petición del excepcionante o tercero perjudicado con la cautela.

3. Aprobación

Considerando estos primordiales propósitos que podrían alcanzarse con una reforma procesal, tanto el actual Presidente de la República Juan Manuel Santos Calderón, como el Ministro Germán Vargas Lleras, dentro de sus programas de Gobierno para el mejoramiento de la justicia, incluyeron el Código General del Proceso con expresa referencia a los trabajos del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

En el año 2010 el Ministro del Interior y de Justicia Germán Vargas Lleras solicitó al Instituto la presentación formal del anteproyecto de código al Gobierno Nacional, entrega que se realizó en febrero de 2011. El Ministro radicó el proyecto de ley ante el Congreso de la República el 29 de marzo de 2011, proyecto No. 159 de 2011 Senado y No. 196 de 2011 Cámara por el cual “se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Mientras Germán Vargas Lleras estuvo al frente del Ministerio apoyó activamente la discusión y trámite legislativo del proyecto de Código General del Proceso.

Entre los principales protagonistas de la reforma procesal tiene que mencionarse y agradecerse al Viceministro de Justicia Pablo Felipe Robledo del Castillo que desde el gobierno lideró la iniciativa en todas sus etapas con inteligencia, eficacia y resolución. Producida la escisión de los Ministerios del Interior y de Justicia, fue determinante la contribución y el compromiso del Ministro de Justicia Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

El 17 de marzo de 2011, en la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá, se efectuó el lanzamiento del Anteproyecto del Código General del Proceso en un evento al que asistieron más de 1.200 personas. Posteriormente se realizaron foros y encuentros académicos, congresos, seminarios y audiencias públicas en las ciudades de Barranquilla, Cali, Cartagena, Cúcuta, Ibagué, Manizales, Medellín, Neiva, Pereira y Tuluá, entre otras. También se realizaron audiencias de discusión y debate en Bogotá ante el Congreso de la República.

El Código General del Proceso fue objeto de una inmensa socialización en todos los sectores: en la academia, ante profesores y estudiantes, en la

rama jurisdiccional, ante jueces, magistrados y operadores judiciales, en la rama ejecutiva ante organismos de todo orden, en Centros de Conciliación y Arbitraje, Cámaras de Comercio, gremios y ciudadanos en general.

El Ministerio y el Instituto enviaron el Anteproyecto a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al Consejo de Estado, al Consejo Superior de la Judicatura, a los treinta y dos Tribunales Superiores de Distrito Judicial del país, a un alto número de jueces, a las Facultades de Derecho, a diferentes oficinas de abogados en distintas ciudades, a varios institutos de estudios y centros de pensamiento jurídico como la Corporación Excelencia para la Justicia, así como a algunas entidades públicas interesadas en estas materias, tales como la Superintendencia de Notariado y Registro, Superintendencia de Sociedades, Superintendencia de Industria y Comercio y Superintendencia Financiera de Colombia. De igual forma, el Anteproyecto estuvo a disposición del público en general en las páginas Web del Ministerio de Interior y de Justicia y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Instituto Colombiano de Derecho Procesal recibieron innumerables aportes, críticas, comentarios y sugerencias que se estudiaron detenidamente en infinidad de reuniones de la comisión de revisión, conformada por expertos procesalistas, entre ellos magistrados, jueces, abogados litigantes, asesores y profesores universitarios. Hicieron parte de esta Comisión, en el mismo orden en que aparecen en la Resolución 0023 del 17 de enero de 2012 del Ministerio de Justicia: Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Pablo Felipe Robledo Del Castillo, Jairo Parra Quijano, Ulises Canosa Suárez, Hernán Fabio López Blanco, Ramiro Bejarano Guzmán, Edgardo Villamil Portilla, Jesael Giraldo Castaño, Marco Antonio Álvarez Gómez, Ricardo Zopó Méndez, Miguel Enrique Rojas Gómez, Henry Sanabria Santos y Jorge Forero Silva. La Secretaría Técnica, que fue ejemplo de apoyo y dedicación, estuvo a cargo de Juan David Gutiérrez Rodríguez y Nicolás Pájaro Moreno.

Radicado el proyecto ante el Congreso de la República se realizaron amplios debates y extensas reuniones de análisis con los Senadores y Representantes.

El CGP fue aprobado en primer debate el 17 de mayo de 2011 por la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes y el 18 de octubre de 2011 en segundo debate por la Plenaria de la Cámara. Actuaron como ponentes Hernando Alfonso Prada Gil, Carlos Edward Osorio Aguiar, Rubén Darío Rodríguez, Fernando de la Peña Márquez, Pedrito

Tomás Pereira Caballero, Jorge Enrique Rozo Rodríguez, Carlos Germán Navas Talero y Roosevelt Rodríguez Rengifo.

El 11 de abril de 2012 la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República aprobó por unanimidad el proyecto en tercer debate. Actuaron como ponentes los Senadores Jesús Ignacio García Valencia, Hernán Francisco Andrade Serrano, Juan Carlos Vélez Uribe, Jorge Eduardo Londoño Ulloa y Luis Carlos Avellaneda Tarazona. El 30 de mayo de 2012 el proyecto fue aprobado de manera unánime por la Plenaria del Senado en cuarto y último debate.

El texto conciliado se aprobó por el Congreso de la República el 12 de junio de 2012. Actuaron como conciliadores los congresistas Hernán Francisco Andrade Serrano, Jesús Ignacio García Valencia, Carlos Edward Osorio Aguiar y Hernando Alfonso Prada Gil.

La ley 1564 de 2012 fue sancionada por el Presidente de la República el día 12 de julio de 2012. Simultáneamente se posesionó como Ministro de Justicia y del Derecho Ruth Stella Correa Palacio, también miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, a quien le correspondió el importante reto de impulsar la puesta en práctica del nuevo ordenamiento.

4. Implementación y vigencia

El artículo 618 del CGP prevé un plan de acción para la implementación del código que corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con la colaboración armónica del Ministerio de Justicia y del Derecho.

El artículo 619 del CGP crea y conforma la Comisión de Seguimiento para la ejecución del Plan de Implementación del CGP, integrada por: 1) el Ministro de Justicia y del Derecho quien la presidirá; 2) el Ministro de Hacienda y Crédito Público; 3) el Procurador General de la Nación; 4) el Presidente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; 5) dos Presidentes de salas especializadas en lo civil o de familia de tribunal superior de distrito judicial, designados por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En sesión del 8 de agosto de 2012 fueron designados Pablo Ignacio Villate Monroy, Presidente de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Cesar Augusto Guerrero Díaz, Presidente de la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Armenia; 6) cuatro abogados expertos en derecho procesal con experiencia académica, en litigios o en la magistratura, cuya responsabilidad recayó, de acuerdo con la Resolución 0486 del 27 de julio de 2012 del Ministerio de Justicia y del Derecho, en los siguientes abogados citados en el mismo orden en que aparecen en la Resolución: Ulises Canosa Suárez, Edgardo Villamil Portilla, Marco Antonio Álvarez Gómez y Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz; 7) dos representantes de organizaciones no gubernamentales de la sociedad civil especializadas en temas de justicia, nombramiento que según la Resolución 0486 del 27 de julio de 2012 del Ministerio de Justicia y del Derecho, recayó en las siguientes entidades, citadas en el mismo orden en que aparecen en la Resolución: El Instituto Colombiano de Derecho Procesal representado por su Presidente Jairo Parra Quijano y la Corporación Excelencia en la Justicia representada por su Directora Gloria María Borrero Restrepo.

La vigencia del nuevo código aparece detalladamente regulada en los artículos 625, 626 y 627. La columna vertebral de la reforma entrará en vigencia a partir de enero de 2014, en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final de los cuales el CGP entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país. El CGP aplicará tanto a los procesos en curso, como a los procesos nuevos, con un sistema de tránsito de legislación similar al que en su momento aplicó el Código de Procedimiento Civil de 1970.

5. Acompañamiento y medidas adicionales

1. En el mismo acto de sanción del CGP el Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1493 de 2012 confirió al Instituto Colombiano de Derecho Procesal, representado por el maestro Jairo Parra Quijano, la Orden de la Justicia por su singular consagración a la causa de la justicia durante más de cuarenta y dos años, sus decisivas contribuciones a la mejora de la administración de justicia, la organización de multitudinarios congresos anuales de alto rigor académico y la participación infatigable y consagrada en el trascendental proceso legislativo del nuevo CGP.
2. El Instituto Colombiano de Derecho Procesal está advirtiendo en todos los foros que el camino hacia un futuro mejor exige modifi-

caciones adicionales. Un nuevo código no es suficiente por sí solo para perfeccionar la administración de justicia. Se requiere, además, presupuesto suficiente, capacitación, pedagogía, adecuada selección y justa remuneración del personal judicial, infraestructura, salas de audiencias dotadas, oficinas modernas y sistematizadas, trabajo en equipo en los juzgados, acceso a la información judicial, fortalecimiento de la credibilidad del sistema, estímulo a las formas alternativas de solución de conflictos, revisión del mapa judicial para contar con un número suficiente de jueces municipales considerando la oralidad y el importante aumento de cuantías que trae el CGP y, finalmente, entre otras cosas, renovación de los sistemas de enseñanza del derecho.

3. En todo caso, debe reiterarse que los defectos de nuestro procedimiento civil no se remediarán con solo cambiar el código procesal. Las reformas por si solas no hacen milagros. Debe mejorar también la mentalidad de los hombres a los cuales está confiada la “máquina de la justicia”, abogados y jueces, quienes reclaman la justicia y quienes la administran, deben tener la voluntad de traducir el espíritu innovador del CGP en los casos concretos que atienden o que deciden. De no ser así, aun cambiando el código, las cosas pueden seguir igual.
4. Tiene que afirmarse con énfasis que la oralidad supone una mente abierta, una gran disposición para aceptar y poner en práctica las innovaciones del CGP, desmantelando paradigmas con elasticidad y buen criterio. Los abogados somos muy obstinados frente a las modificaciones de códigos procesales. Nadie es más resistente al cambio que los abogados.
5. El Código General del Proceso seguirá en formación. No es un ordenamiento terminado con su promulgación, que más bien es un punto de partida. Se irá decantando, aceptando y aplicando en toda su dimensión de manera paulatina. Mucho menos es un ordenamiento perfecto, más bien es perfectible con los comentarios e interpretaciones constructivas que irá haciendo la doctrina y la jurisprudencia.
6. Para concluir esta presentación no puede dejarse de reiterar que el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, con la participación de todos sus miembros y la ejemplar dirección de Jairo Parra Quijano, continuará acompañando este proceso y desarrollando sus

actividades con el indeclinable propósito de engrandecer el derecho procesal en Colombia y ante el mundo.

En la instalación del Congreso de Derecho Procesal del año 2006 se habló del resplandeciente éxito de la gestión de Jairo Parra Quijano como Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal³. Las realizaciones se iniciaron convocando a las nuevas generaciones de profesores, abogados y estudiantes de los “semilleros”, para conformar una verdadera y maravillosa escuela del derecho procesal colombiano.

Ahora, con la aportación de las tres ramas del poder público, el Instituto logró entregar al país un nuevo código procesal, que seguramente será el punto de partida para la beneficiosa transformación del servicio de justicia en Colombia durante los próximos años.

7. Siguiendo la parábola del último mandamiento del abogado de Eduardo J. Couture, puede afirmarse con seguridad que el nuevo código procesal se debe a la “prolijidad”, el “escrúpulo” y “la amorosa atención” con que Jairo Parra Quijano presidió las comisiones redactoras y revisoras del Código. Como un artesano, con sabiduría, experiencia y dedicación, fue forjando, mediante el esmerado análisis, el diálogo fluido, la dirección imparcial y la participación democrática, un ordenamiento que permitirá alcanzar un proceso más humano y justo, con la asistencia de todos los que intervienen en la administración de justicia colombiana.

3 Palabras de instalación del Congreso Colombiano de Derecho Procesal del año 2006, publicadas en la página Web del ICDP: www.icdp.org.co

Alcances del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Ley 1437 de 2011

Álvaro Namén Vargas

Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,
Secretario Técnico 2010-2011 de la Comisión para la Reforma a la
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

I. Antecedentes

La Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, constituye el cuarto código en la materia, precedido por la Ley 130 de 1913 (únicamente judicial), la Ley 167 de 1941 (la cual incorporó el procedimiento administrativo y el contencioso administrativo), y el Decreto Ley 01 de 1984. La nueva normativa introduce, sin lugar a dudas, una reforma trascendental, pues responde al espíritu renovador y garantista propiciado por la Constitución Política de 1991. En efecto, este cuerpo normativo se expidió con el fin de actualizar las disposiciones en este campo a las realidades sociales de esta época y a las disposiciones de la Constitución Política de 1991, teniendo en cuenta que la legislación contenida en el Decreto Ley 01 de 1984 estaba concebida e inscrita en otro régimen constitucional y otra realidad del mundo

El proceso de creación de esta ley nació, entonces, como respuesta a los cambios socioculturales, las transformaciones en los sistemas de gestión administrativa, el vertiginoso avance de los medios de comunicación y de las tecnologías de la información, el rol de los individuos frente a las autoridades, la nueva visión del papel del Estado y de la Administración y de su relación con las personas, en gran medida resultantes del giro ideológico de la Constitución Política de 1991 y la problemática de la Jurisdicción de lo Contencioso

administrativo, a su vez afectada por la transformación de la estructura de la Administración Pública, de su propia organización y de la congestión judicial.

En el año 2007, el Consejo de Estado se propuso “*repensar la jurisdicción*”¹, y como fruto de ese ejercicio concertó con el Gobierno Nacional la creación de una comisión para reformar a la Jurisdicción Contencioso Administrativa², de la cual hicieron parte³ diez Consejeros de Estado, los cuatro de la Sala de Consulta y Servicio Civil, uno por cada sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo y el Presidente de la Corporación; un Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; los Ministros del Interior y de Justicia y de Hacienda y Crédito Público; el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República; el Superintendente de Industria y Comercio y cuatro asesores, quienes trabajaron conjuntamente desde el mes de febrero de 2008 y hasta el 30 de junio de 2010.

Discutido y estudiado ampliamente, el respectivo proyecto de ley fue radicado por el Consejo de Estado y el Gobierno ante el Senado de la República en noviembre de 2009 y allí se le asignó el número 198 de 2010 –Senado-. Fue aprobado en Comisión Primera y Plenaria de Senado el 15 de diciembre de 2009 y el 15 de junio de 2010, respectivamente. Siguió su curso a la Cámara de Representantes bajo el número 315 de 2010 –Cámara-, en donde fue aprobado en Comisión Primera el 28 de septiembre de 2010 y en las Plenarios de 29 y 30 de noviembre, para finalmente ser conciliado el 7 de diciembre de 2010. La sanción presidencial se dio el 18 de enero de 2011⁴.

Por consiguiente, la ley 1437 de 2011 es el resultado del esfuerzo de las tres ramas del Poder Público y, por lo tanto, un digno ejemplo del desarrollo del principio de colaboración armónica que ordena la Carta de 1991 (artículo 113) para la realización de los fines del Estado.

1 Célebre frase utilizada por el Ex presidente del Consejo de Estado, Dr. Gustavo Apon-
te Santos, para dar apertura al instalar la Comisión para la Reforma a la Jurisdicción
Contencioso Administrativa.

2 Decreto 4820 de 14 de diciembre de 2007.

3 La composición inicial de la Comisión, así como el término para la presentación del
informe final de la misma, fue modificada en varias oportunidades a través de los de-
cretos 4409 y 1126 de 2008 y los decretos 453, 2461, 2820 y 3781 de 2009.

4 En su orden, consultar las gacetas del Congreso 1173 de 2009; 42, 394, 951, 1068, 1072
y 1075 de 2010 y 012 de 2011.

2. Factores o causas para reformar el Código Contencioso Administrativo

En primer lugar, la razón principal de la reforma radicó en la necesidad de adecuar el Código Contencioso Administrativo vigente, Decreto Ley 01 de 1984, expedido hacía más de dos décadas y elaborado en el contexto de la Constitución Nacional de 1886, bajo una concepción de Estado de Derecho liberal, individualista y con marcada influencia organicista, a los mandatos de la Constitución Política de 1991, concebida bajo un modelo de Estado Social de Derecho, que tiene por centro la persona y la defensa de sus derechos. El Constituyente de 1991 diseñó un modelo constitucional de Administración Pública que si bien conserva algunos elementos de la concepción anterior, deroga normas y paradigmas e introduce una nueva visión del papel del Estado y de su relación con las personas, con prioridad en la dignidad humana y la garantía de sus derechos, en particular, los fundamentales.

Desde la expedición de la Carta de 1991, se ha venido presentando el fenómeno de la constitucionalización del Derecho, realidad jurídica que, en una primera aproximación, consiste en reconocer que todas las ramas y especialidades del Derecho, así como las actividades del Estado en sus diferentes manifestaciones (legislativas, judiciales, gubernativas, administrativas, de control, etc.) deben ceñirse al cumplimiento de los principios fundamentales del estado social de derecho y al respeto y garantía de los derechos de las personas, mediante la aplicación, incluso directa, de las normas constitucionales.

Además, las acciones de tutela, cumplimiento y populares (artículos 86, 87 y 88 desarrolladas en el Decreto 2591 de 1991 y las leyes 393 de 1997 y 472 de 1998), y la pérdida de investidura de congresistas (artículo 183 de la C.P.), que coexisten con las acciones tradicionales, trajeron como consecuencia un nuevo rol del juez y de sus decisiones, dentro del Estado. Tampoco fueron ajenos a esta constitucionalización el conjunto de organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública, los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tienen a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la provisión de obras y bienes públicos, así como los particulares cuando cumplan funciones administrativas (Ley 489 de 1998, artículo 2).

En segundo lugar, la tendencia mundial de los últimos años de globalización de la economía conllevó a la globalización del derecho, los negocios entre gobiernos o entre estos y los de las organizaciones y empresas trans-

nacionales, han obligado a una homogenización institucional y normativa para la tramitación de sus asuntos y la solución de sus conflictos, en procura del desarrollo local a través de la inversión nacional y extranjera.

En tercer lugar, los avances tecnológicos e informáticos en las últimas dos décadas, ponían en evidencia -en el orden administrativo y judicial- los retrasos de las herramientas tecnológicas, los problemas de equipamiento de computadores, la carencia de sistemas de información, la falta de conectividad y en general la obsolescencia de los procedimientos administrativos y los procesos judiciales, de manera que resultaba imperativo fortalecer la utilización de nuevas tecnologías, con el objetivo de hacer las actuaciones administrativas y judiciales eficientes y facilitar a los usuarios el acceso a las autoridades públicas y a la Administración de Justicia.

En cuarto lugar, la estructura organizacional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la distribución de competencias en los diferentes niveles de esta varió por cuenta de la creación de los juzgados administrativos en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, los cuales iniciaron operaciones tan solo diez años después. La aparición de la figura del juez administrativo implicó un replanteamiento de las competencias y un cambio cualitativo en la toma de las decisiones dentro de la jurisdicción, por cuanto se pasó de una estructura piramidal de dos a tres niveles y de decisiones colegiadas a la existencia también de decisiones unipersonales. Esto generó el interrogante acerca del papel que debería tener el Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo y de su rol de unificador de jurisprudencia (artículo 237 C.P.), para evitar situaciones nocivas para la seguridad jurídica como la denominada “federalización de la jurisprudencia”.

En quinto y último lugar, pero quizá la causa más grave, la constituyó la congestión judicial, fenómeno creciente por múltiples causas ampliamente diagnosticadas.⁵ La acumulación excesiva de procesos en los despachos judi-

5 Cfr. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, Proyecto de ley No. 198 de 2009 - Senado, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, Gaceta del Congreso I.173, Págs. 56 y 57: “(...) entre otros, la consagración de las acciones constitucionales con las correspondientes competencias para la jurisdicción contencioso administrativa, la asignación en número creciente de nuevas atribuciones legales para esta jurisdicción, el aumento de la litigiosidad en los juzgados y tribunales contencioso administrativos, la obsolescencia de los procedimientos judiciales frente a las nuevas tecnologías informáticas y las técnicas del proceso oral, y el relativo congelamiento

ciales, sin que hasta el momento se haya encontrado una solución de corto o mediano plazo para evacuarlos en estos años, es enemiga de la pronta y cumplida justicia y en nuestro caso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pese a los esfuerzos de los jueces y magistrados, las decisiones judiciales tampoco llegan prontamente a causa de este mal que afecta el sistema judicial.

3. Objeto de la reforma y ejes temáticos

Los principales objetivos generales de la reforma fueron los de integrar los cambios constitucionales producidos con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991, modernizar las instituciones administrativas y procesales y aprovechar los recursos que proporciona la tecnología informática, para dotar a la Administración y a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de un nuevo régimen normativo que propenda por la prevalencia de los principios constitucionales y proteja eficaz y efectivamente los derechos de las personas. Teniendo en cuenta lo anterior se trazaron, entre otros, los siguientes objetivos de la reforma⁶:

En la parte primera:

1. Revisar y actualizar el conjunto normativo referente a la actividad administrativa y los procedimientos utilizados por la Administración Pública, de acuerdo con la Constitución Política de 1991 y con las realidades socioeconómicas del nuevo modelo de Estado y de administración.
2. Otorgar herramientas a la Administración para que sea ella directamente la que proteja en sede administrativa los derechos, sin

de la oferta de justicia cuyo número de despachos judiciales no crece al mismo ritmo de la demanda (...)

6 Para tal efecto, se seguirán algunas anotaciones de: Zambrano Cetina, William, y Correa Palacio, Ruth Stella, miembros de la comisión de reforma al Código Contencioso Administrativo, en las ponencias sobre los fundamentos y objetivos del Libro I y del Libro II de la Ley 1437 de 2011. Vid. Consejo de Estado, Contraloría General de la República, Auditoría General de La República, Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Bogotá, febrero de 2011, págs. 37-77 y págs. 79-103. Y también de la Exposición de Motivos, Proyecto de Ley No. 198 de 2009 - Senado, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", Gaceta del Congreso 1.173.

necesidad de intervención del juez, en su calidad de responsable de la eficacia de los mismos.

3. Asegurar la aplicación de los principios constitucionales de la función administrativa de igualdad, moralidad, economía, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad, así como los de transparencia, buena fe, debido proceso administrativo, participación, entre otros.
4. Fijar una carta de derechos y de deberes de los ciudadanos, y los deberes y prohibiciones de las autoridades, que facilite la relación entre estas y aquellos y permita su conocimiento y alcances.
5. Fortalecer el derecho de petición como eje de las actuaciones administrativas y mecanismo de acceso a la Administración, persiguiendo uniformidad en la legislación y la regulación de vacíos normativos como, por ejemplo, el ejercicio del citado derecho ante organizaciones privadas para la protección de derechos fundamentales.
6. Establecer mayores garantías en el procedimiento administrativo, bajo el entendido de que la persona es el centro de la actuación administrativa, y asegurar la transparencia en la toma de decisiones.
7. Realizar una labor de codificación y sistematización de la legislación sobre temas relacionados con la Administración Pública en aras de la seguridad jurídica, la eficiencia y eficacia de las actuaciones que se adelantan ante ella y su pedagogía.
8. Contribuir a la simplificación y racionalización de los procedimientos, mediante el establecimiento, entre otros aspectos, de un procedimiento administrativo general y algunos inexistentes, como el proceso administrativo sancionatorio.
9. Promover y establecer una regulación de la actuación administrativa con la utilización de nuevas tecnologías (TICs), para modernizar y racionalizar su funcionamiento, hacerla eficiente y facilitar a los usuarios el acceso a las autoridades.
10. La modernización y actualización de instituciones en el procedimiento administrativo.

En la parte segunda:

1. Redefinir el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme con las exigencias constitucionales y las transformaciones institucionales, de manera que se pueda controlar eficazmente la legalidad de las actuaciones de la administración y se garanticen los derechos de las personas, para la realización y vigencia de la tutela judicial efectiva.
2. Reorganizar las competencias de acuerdo con la nueva estructura de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (jueces, tribunales, Consejo de Estado), y la creación de mecanismos de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, como órgano de cierre de esta jurisdicción (recursos ordinarios y extraordinarios).
3. La unificación de las acciones actualmente previstas (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, contractual, nulidad electoral, agraria, etcétera), teniendo en cuenta también la creación constitucional de algunas de ellas (pérdida de investidura, repetición, cumplimiento, etcétera), cuyo conocimiento se encuentra asignado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en procura de un mayor acceso a la Administración de Justicia.
4. La regulación y simplificación del proceso contencioso administrativo y la introducción de elementos y mecanismos de oralidad en el mismo, en desarrollo de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se modificó la Ley Estatutaria de la Justicia, Ley 270 de 1996. Dentro de este contexto rediseñar el juicio de los actos de contenido electoral.
5. La introducción y utilización de medios electrónicos en el proceso judicial con el propósito de modernizar y facilitar el acceso a una justicia oportuna y efectiva, entre otros, el expediente judicial electrónico, las notificaciones electrónica, el registro electrónico de audiencias, el debate probatorio a través de medios electrónicos, los sistemas de información y de gestión.
6. El fortalecimiento de los poderes del juez administrativo en el nuevo esquema constitucional para la búsqueda de la verdad y el respeto de la legalidad y los derechos, entre estos, la creación de medidas cautelares adicionales a la suspensión provisional de

actos administrativos; en relación con la demanda; la flexibilidad para la dirección del proceso; la fijación del litigio; el manejo de las pruebas; el saneamiento del proceso; los alcances de la sentencia a proferir; el rol del mecanismo de la conciliación y las garantías para el respeto y cumplimiento de las decisiones judiciales.

7. La consagración de un nuevo recurso extraordinario, con el fin de asegurar la unificación de la jurisprudencia.
8. Otros asuntos relevantes del proceso contencioso dentro del régimen como la forma de hacer efectiva las sentencias, el régimen probatorio, la intervención de terceros dentro del proceso y la transición normativa.
9. El fortalecimiento de la función consultiva del Consejo de Estado.

4. Contenido y características del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

La regulación del régimen jurídico de las actuaciones administrativas constituye elemento clave y esencial en las relaciones de la Administración con las personas que acuden en demanda de sus derechos y la prestación de los servicios a cargo de aquella y, por ende, para la satisfacción de los intereses generales a los que está sometida por imperio de la Constitución.

La Constitución Política introduce un nuevo concepto de administración, sometida a la ley y al derecho, acorde con los principios democráticos, de suerte que las reglas del procedimiento administrativo deben ser armoniosas con este concepto y trascender el funcionamiento interno de las entidades para dirigirse a la sociedad a la que sirven, con el fin de promover una igualdad de condiciones que permitan el desarrollo de los derechos constitucionales de que son titulares los individuos que la integran. Además, el procedimiento administrativo es un instrumento adecuado para la modernización del Estado y la sociedad y debe configurarse en función de la persona, como eje y centro del orden jurídico constitucional y no, al contrario, esto es, desde la orilla de la Administración, quien debe adaptarse a las necesidades de aquellas.

El propósito fundamental, como se anotó, que animó la reforma contenida en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fue acompañarlo con la Constitución Política de 1991, para

el reconocimiento de los derechos de los asociados primordialmente por la Administración.

El establecimiento de una serie de mecanismos, de instrumentos, de regulaciones en el Código que propenden por el fortalecimiento de las relaciones entre los usuarios y el aparato administrativo del Estado, responde a la necesidad de que las autoridades cumplan cabalmente con las funciones y la misión que les corresponde de garantizar los derechos de las personas, por cuanto su normal y óptimo desempeño implica que el administrado necesitará recurrir menos al juez para su obtención y reconocimiento, lo que, de contera, permitirá lograr los propósitos de la expedición del nuevo código, cuales son los de descongestionar la jurisdicción y lograr la tutela eficiente de los derechos, en la medida en que si los derechos de los ciudadanos son reconocidos de manera oportuna en sede administrativa, se disminuye el volumen de conflictos que ingresa a la jurisdicción contenciosa y se obtiene una solución pronta de los mismos. Igualmente, este esquema favorece el acceso a la justicia y beneficia el presupuesto público, pues reduce el impacto fiscal por las condenas de la jurisdicción resultantes de las demandas de los ciudadanos, cuando su valor podría haber sido menor si se precave la sede jurisdiccional.

Bajo esta óptica, existe una interconexión entre el funcionamiento de la Administración Pública y el papel que el juez debe desempeñar, de donde surge una relación inescindible entre la parte primera y la parte segunda del Código. De ahí la razón de ser del artículo primero del Código cuando señala que sus normas tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas; y del artículo 103, que regula el objeto de la jurisdicción en el libro segundo, en virtud del cual se establece que los procesos tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

4.1. El libro primero

Por lo anterior, se consideró importante replantear el libro primero del Código de 1984, moderno para la época en que fue expedido pero que responde a una Constitución centenaria y extinta (1886) y, por ende, con una ideología diferente a la que anima los principios, preceptos y mecanismos de la Constitución Política de 1991, que concibió un nuevo modelo de Estado, una nueva concepción de derechos, una nueva estructura y en fin una nueva organización administrativa.

Desde esta perspectiva el cambio de la legislación es profundo y se adapta a las nuevas técnicas de gestión administrativa, conservando, por supuesto, aquellas normas y reglas de la anterior legislación cuya importancia ha sido inobjetable para los propósitos que persigue la Ley 1437 de 2011.

Los aspectos principales sobre los que gravita la primera parte (artículos 1 a 102) se sintetizan así:

4.1.1. *Adecuación de las actuaciones administrativas a los fines del estado social de derecho (preámbulo, artículo C.P.) y a los principios de la función administrativa señalados en la Constitución (artículo 209 C.P)*

De lo primero que se encarga el nuevo código es de establecer la finalidad de los procedimientos administrativos, que es la de proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía del interés general, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y los particulares.

Asimismo, se ordena a las autoridades que todas sus decisiones deberán consultar los principios constitucionales, y que las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de buena fe, igualdad, imparcialidad, debido proceso, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, cuyo contenido y alcance interpretativo de la ley se explicitan como directriz de obligatorio cumplimiento para los servidores públicos, teniendo en cuenta la jurisprudencia que ha perfilado su aplicación.

4.1.2. *Consagración de los derechos y deberes de las personas y de las autoridades*

Se introducen una serie de disposiciones que no existían en el código anterior, a la manera de una carta de derechos de las personas en sus relaciones ante las autoridades, así como de deberes que le son exigibles a las mismas (artículos 5 y 6). Se destaca el derecho que tienen las personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores y, en general, todas las personas en estado de indefensión

o debilidad manifiesta, de recibir atención especial y preferente por parte de las autoridades, en desarrollo de lo establecido en el artículo 13 de la Constitución y la adopción de una carta de buen trato a los ciudadanos por parte de las entidades públicas.

Correlativamente se establecen los deberes de las autoridades públicas en la atención a los usuarios y beneficiarios de los servicios y funciones de la administración, al igual que las conductas especialmente prohibidas a ellas (artículos 7, 8 y 9). Así mismo, se regulan los conflictos de interés y las causas de impedimento y recusación previstas en el interés general propio de la función pública, todo lo cual se consagra con el objeto de desarrollar la transparencia, la eficacia y la eficiencia de la actuación administrativa (artículo 11).

4.1.3. *Establecimiento de reglas imperativas para que la Administración proteja directamente los derechos de las personas en sede administrativa*

Partiendo de la base de que en un estado social de derecho el reconocimiento de los derechos de las personas debe hacerse prioritariamente por la Administración, reservando la intervención del juez solamente para aquellas situaciones excepcionales en que esta encuentre que debe negar su reconocimiento (principio de relevancia judicial), se otorgan herramientas jurídicas a la Administración para que pueda hacerlos efectivos.

En este sentido, se permite a la autoridad conceder atención prioritaria a las peticiones cuando estén de por medio derechos fundamentales y cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario, casos en los cuales se le impone a la autoridad la obligación de adoptar las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición (artículo 20).

Merece especial mención el deber que tienen las autoridades, al resolver los asuntos sometidos a su consideración, de aplicar de manera uniforme las normas a situaciones con los mismos supuestos fácticos y jurídicos, teniendo en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado (artículo 10). Esta figura será una valiosa herramienta para los ciudadanos y para la Administración, en tanto propende por una nueva cultura administrativa tendiente a precaver los litigios y a evitar la interposición de demandas, mediante decisiones homogéneas en sede administrativa, esto es,

bajo criterios de común observancia y en desarrollo del derecho a la igualdad. La aplicación del precedente judicial unificado contribuirá decididamente a la prestación de un mejor servicio, a garantizar los derechos de las personas y a reducir los litigios, lo que redundará en la descongestión de los despachos judiciales.

En la misma dirección aludida y acogiendo el principio de participación de los interesados en las decisiones que los afectan, se establece el mecanismo de la consulta previa obligatoria para la adopción de las decisiones, en aquellos casos en que la Constitución o la ley lo ordenen, so pena de nulidad de la actuación administrativa (artículo 46).

4.1.4. *Codificación y compilación de normas y establecimiento de un procedimiento administrativo general*

La Ley 1437 de 2011 codificó y compiló la legislación sobre temas relacionados con la Administración Pública, que se encontraba dispersa, verbigracia, las de modernización de la administración y las de simplificación y racionalización de trámites. Esto, con el fin de facilitar su conocimiento, pedagogía, aplicación y cumplimiento por parte de los destinatarios y también de los servidores, dentro de un contexto de certeza y seguridad jurídica en las actuaciones administrativas.

Es de resaltar que dentro de la regulación (capítulo primero), se mantiene la regla general que establecía el Código Contencioso Administrativo derogado respecto al inicio de las actuaciones ante la administración, lo que implica que las mismas pueden iniciarse por quienes ejerciten el derecho de petición en interés general o particular, o en cumplimiento de una obligación o deber legal, o de oficio por las autoridades (artículo 4).

Para ese efecto, se reglamenta un procedimiento común y principal (artículos 34 y ss.), sin perjuicio de que existan otros procedimientos establecidos en regímenes especiales. El procedimiento administrativo se puede tramitar por escrito, oral o electrónicamente, pudiéndose decretar audiencias en el curso de las actuaciones, con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción o contribuir a la pronta adopción de decisiones (artículo 35). De igual manera, se definen los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones; los deberes de las autoridades en la atención e información al público; los documentos e informaciones que tienen reserva legal y el trámite de levantamiento de la misma. Se establece la

posibilidad de practicar pruebas para la decisión de los recursos, cuyo término para su interposición se amplía a 10 días, para incrementar la posibilidad de reconocer el derecho de los ciudadanos en sede administrativa (artículo 79).

En cuanto al silencio administrativo, se mantiene la regla tradicional, según la cual, de no responderse una petición dentro del lapso correspondiente (3 meses), se entenderá que ha sido negada (artículo 83). No obstante, se deja abierta la posibilidad de que opere el silencio administrativo positivo cuando la ley específicamente lo señale y se fija el procedimiento para invocarlo (artículo 84).

4.1.5. Fortalecimiento del derecho de petición

La relación entre el Estado y las personas, está fuertemente cimentada en el derecho fundamental de petición, mediante el cual toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en el Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

Así, con el fin de garantizar este derecho y asegurar su efectividad, una buena parte del articulado del nuevo Código se dedica a regular esta institución⁷, prevista en los artículos 23 y 74 de la Constitución Política. En es-

7 El capítulo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-818 de 2011 por vicios de forma, por cuanto consideró que el proyecto de ley bajo el que se expidió la Ley 1437 de 2011 al no ser de carácter estatutario, no podía regular un derecho de rango superior, como lo es el de petición. En efecto, indicó la sentencia: “De todo lo anterior resulta que esta situación encuadra en varios de los criterios que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación hacen necesaria la regulación de un determinado tema mediante ley estatutaria. Efectivamente (i) cuando menos, se trata de normas que se refieren a contenidos muy cercanos a los elementos estructurales esenciales del derecho de petición y (ii) los artículos 13 a 33 contienen un desarrollo integral y sistemático del derecho fundamental de petición, y por tanto, todas las materias tratadas, sea cual fuere su contenido específico, han debido ser objeto de una ley estatutaria. (...)”. Sin embargo, la Corte advirtió que la declaratoria de inexecutable de los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011, “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”,

pecial, en el Título II, se establecen reglas generales y especiales aplicables a las autoridades administrativas y a particulares, cuando a ello haya lugar. Se convierte en norma positiva un concepto también desarrollado por la jurisprudencia constitucional (vid. sentencias T- 021 de 1998 y T-361 de 1998, entre otras) sobre las solicitudes que se presenten ante las autoridades, las cuales, así no se invoque textualmente, se entenderán realizadas en ejercicio del derecho de petición, con lo cual se denota la intención de expandir este derecho a la totalidad de las relaciones entre las autoridades y las personas.

Se contempla como novedad la posibilidad de ejercer el derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales, así como ante las Cajas de Compensación Familiar, las pertenecientes al Sistema Financiero y Bursátil y las entidades de la seguridad social que manejan recursos parafiscales y prestan el servicio público de la salud por delegación del Estado. Igualmente, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los asociados, se previó que se puede ejercer el derecho de petición ante personas naturales cuando el peticionario se encuentre en situaciones de indefensión o subordinación.

Por último, se consagra también la posibilidad de que los personeros distritales y municipales y los agentes de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo presten asistencia eficaz e inmediata a toda persona que lo solicite, para garantizar su derecho de petición.

4.1.6. *Fortalecimiento del uso de medios tecnológicos en la gestión administrativa*

Ante las nuevas realidades de la sociedad de la información y la expansión de las telecomunicaciones y herramientas digitales, el Título III Capítulo

tendría graves efectos en materia de protección del derecho fundamental de petición, por cuanto a partir de su vigencia, esto es, el 2 de julio de 2012, se produciría un vacío legal con incidencia directa en el goce de dicha garantía, motivo por el cual difirió los efectos del fallo al 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso, expida la ley estatutaria correspondiente. Por esta razón, el Consejo de Estado presentó un proyecto de ley estatutaria ante el Senado de la República, acumulado con otro de iniciativa parlamentaria, por medio del cual se sustituye la regulación del derecho de petición, pero cuyo texto sustancialmente corresponde al de las normas originales con algunas pocas y precisas modificaciones, que no alteraron la filosofía inicial de las mismas. Luego de una amplia discusión, el 16 de junio de 2013 fue aprobado dicho proyecto de ley en cuarto debate y actualmente transita por la Corte Constitucional, en donde surte el control previo de constitucionalidad respectivo (vid. radicado 0041).

IV (artículos 53 y ss.) desarrolla la utilización de medios electrónicos en la administración. Uno de los aspectos a destacar es el derecho que se confiere a las personas de actuar ante las autoridades a través de estos medios, lo cual implica que las autoridades deberán habilitar las herramientas electrónicas que permitan a todas las personas ejercerlo, desde la petición inicial hasta el acto administrativo que decide el caso, así como las notificaciones, la presentación de los recursos contra la decisión, hasta la formación del expediente electrónico y su archivo por esta vía.

La incorporación de medidas de esta naturaleza permitirá que muchas personas que no tienen las condiciones para llegar a la Administración pública puedan hacerlo por este medio con mayor facilidad, agilidad y en las mismas condiciones de seguridad de los actuaciones contenidas en escritos.

De todas formas se establece como mecanismo de transición la utilización de los medios tradicionales para los sectores de la población que no pueden acceder a estas modalidades de comunicación, de manera que no se constituya en una barrera de acceso a la Administración. Es decir, si bien es de la filosofía del código poner a tono la actuación administrativa con los avances tecnológicos, se precisaron las alternativas que tienen las personas frente a las carencias o fallas que pudieren presentarse en su utilización.

4.1.7. *Modernización y actualización de instituciones*

Se introducen ajustes y modificaciones en algunas instituciones, así:

Se eliminó la utilización de la expresión vía gubernativa y en su reemplazo se alude a recursos ante la Administración, pero se mantiene la consagración de los recursos ante las decisiones de la misma, como un mecanismo que le permite a la Administración decidir previamente a la intervención del juez, sobre la pretensión del particular, y al particular obtener en forma rápida y oportuna, el reconocimiento de sus derechos, sin necesidad de acudir a un proceso judicial. Es decir, propende por un control administrativo de los conflictos, de manera que los recursos de reposición y apelación sirvan para solucionar un conflicto. En esta dirección, se establece la posibilidad legal de que grupos especializados estudien y proyecten las decisiones de los recursos contra los actos administrativos, con el fin de hacer más objetivo y eficaz el autocontrol de la Administración por esta vía (artículo 82).

Respecto de la presunción de legalidad de los actos administrativos, se contempló expresamente que no sólo gozan de esa característica mientras

no fueren anulados, sino también cuando no sean suspendidos provisionalmente por la jurisdicción, dado que esta medida cautelar de índole constitucional (artículo 238 C.P.) implica la limitación de esa presunción.

En cuanto a la revocación directa de actos administrativos -expresos o fictos- se contempla que podrá hacerse de oficio o a solicitud de parte bajo las siguientes causales: 1) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; 2) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él y 3) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. Sin embargo a solicitud de parte no procederá por la causal primera, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial. Podrá solicitarse aun cuando se haya formulado demanda contra el acto administrativo frente al que se invoca, siempre que no se haya sido notificado el auto admisorio y el término establecido para resolverlas será de dos meses siguientes al día en que se interponga la solicitud.

Ahora bien, se establece que si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo podrá demandar sin necesidad de acudir al procedimiento previo de conciliación y podrá solicitar al juez su suspensión provisional (artículo 97).

Por seguridad jurídica y en garantía del debido proceso administrativo, para el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado en diversos ámbitos se creó un procedimiento administrativo específico, teniendo en cuenta el vacío en esta materia (artículo 47 y ss.). Este procedimiento sancionatorio general no deroga los procedimientos previstos en leyes especiales preexistentes, excluye de su ámbito de aplicación el Código Disciplinario Único y las reglas sancionatorias en materia contractual, y tiene carácter supletorio.

Así mismo, se introdujo un título que regula el procedimiento administrativo de cobro coactivo, teniendo en cuenta que existía incertidumbre jurídica en cuanto a la naturaleza, competencia, procedimiento y control del cobro coactivo que adelantan las entidades públicas respecto de las obligaciones generadas a su favor que consten en documentos que presten mérito ejecutivo (artículo. 98 y ss).

4.1.8. *Mecanismo de extensión de los efectos de jurisprudencia unificada*

Culmina la parte primera del Código con la introducción de un mecanismo para la extensión de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, en

el artículo 102. De acuerdo con esta figura, las autoridades, previo un trámite expedito, deberán aplicar los efectos de una sentencia de unificación dictada por esa corporación en la que se reconozcan derechos, a los interesados que soliciten que se les resuelva una controversia con base en una providencia judicial de dicha categoría y acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos. El interesado, siempre que no haya operado la caducidad, podrá dirigir una solicitud a la Administración, en forma razonada, indicando la sentencia de unificación jurisprudencial que contenga el criterio a ser aplicado. Transcurridos treinta (30) días hábiles sin que se pronuncie la Administración o cuando deniegue la solicitud, podrá acudir al Consejo de Estado con el mismo propósito (artículo 269). De todos modos, para efectos de la caducidad, el trámite ante la Administración y el Consejo de Estado suspende el término fijado para ejercer el medio de control judicial correspondiente, hasta por el plazo que tienen aquellas para resolver.

En realidad, esta novedosa figura se estructura en tres partes: la primera, consiste en aquella obligación de las autoridades de tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado al momento de decidir los asuntos bajo su conocimiento, prevista en el artículo 10; la segunda, está referida a la facultad que tienen las personas de pedir a la Administración que le extienda los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial a un caso con iguales supuestos fácticos y jurídicos, establecida en el artículo 102 en comento, y la tercera, hace relación con la posibilidad de acudir ante el Consejo de Estado para que estudie dicha solicitud, en caso de renuencia de la Administración de extender los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 269.

Así las cosas, el precedente judicial unificado, esto es, el contenido en una categoría especial de sentencia definida en el artículo 270 del nuevo Código, se constituye en un parámetro a seguir para la definición de las reclamaciones en sede administrativa y judicial, como quiera que orienta las decisiones a tomar por parte de las autoridades y los jueces. Sin duda, esta importante figura representa un reconocimiento de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes, propende por una nueva cultura de gestión que busca precaver los litigios y contribuye a la seguridad jurídica y a la realización del derecho de igualdad de las personas ante la Administración. Además, su utilización evitará la congestión judicial, pues permitirá evacuar una gran cantidad de causas de reclamación ante la Administración con idéntica situación fáctica y jurídica a partir de decisiones jurisprudenciales unificadas en asuntos comparables, sin necesidad de que se ventilen mediante las acciones judiciales.

4.2. *El libro segundo*

La parte segunda regula la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y sus funciones jurisdiccional y consultiva (artículos 103 a 309).

El objetivo fundamental de la segunda parte es lograr la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, entendida, de un lado, como el derecho constitucional fundamental de toda persona a acudir a la Administración de Justicia y obtener de ella una respuesta de fondo motivada y adecuada a las fuentes del derecho y a las pretensiones formuladas, de manera autónoma, independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable; y de otro lado, como el deber del Estado de prestar un servicio público continuo, eficiente y eficaz en este ámbito⁸.

Para tal efecto, en el Código se garantizan en primer lugar los mecanismos necesarios para lograr el reconocimiento de los derechos de las personas en sede administrativa, y en caso de no lograrlo, se pone a disposición el derecho a accionar, traducido en la posibilidad de acudir al juez contencioso administrativo en busca del reconocimiento negado por la administración o de la protección del derecho vulnerado por esta.

Por lo demás, el nuevo Código define un control judicial pleno de la Administración y reposiciona al juez administrativo, que más que revisor de la legalidad es garante y protector de los derechos de las personas. Además, se garantiza la aplicación transversal del derecho a la igualdad, mediante el fortalecimiento de la unificación jurisprudencial y su extensión.

En fin, el propósito que tuvo la Comisión en la elaboración del Código no fue únicamente la descongestión en la Administración de Justicia, sino principalmente acompañar el Código Contencioso Administrativo, que data de 1984, con la Carta Política de 1991 y, en particular, con los principios fundamentales de la misma, privilegiando la tutela judicial efectiva y el acceso a la Administración de Justicia; en ese norte se diseñaron todas las normas de la parte segunda del código.

Bajo la anterior filosofía, los principales aspectos sobre los que gravita la segunda parte del código, son los siguientes:

8 Correa Palacio, Ruth Stella, ob. cit. p. 79.

4.2.1. Redefinición del objeto de la jurisdicción

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es una pieza fundamental de nuestro Estado social de derecho. Desde que fue instaurada⁹ ha dado muestras de sus virtudes y su legitimidad, en las tareas del control de legalidad de la actividad de la Administración y de garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la administración. Empero, como las otras instituciones, el régimen legal de la jurisdicción en materia del ámbito propio de acción, alcance y límites debió ser adecuado a la Constitución Política de 1991, para que respondiera a los retos que la misma impone.

En primer lugar, se adaptan las disposiciones del nuevo código a las previsiones adoptadas por la Constitución de 1991, en el sentido de que el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no solo comprende, desde la perspectiva de su finalidad, el control de legalidad de las actuaciones administrativas, sino también y fundamentalmente la protección efectiva de los derechos y libertades de los administrados (artículo 103).

En segundo lugar, se define el objeto de la jurisdicción, a partir del criterio material, de conformidad con el cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo, de suerte que se consolide el criterio de especialización de esta jurisdicción, disposición que

9 El origen del Consejo de Estado se remonta al año de 1817, cuando fue creado mediante decreto de 30 de octubre de ese año expedido por el Libertador Simón Bolívar, bajo la denominación de Consejo Provisional de Estado y concebido sólo para el cumplimiento de funciones consultivas y asesoras del gobierno, y con el fin de que ante él, cualquier ciudadano tuviera la posibilidad de proponer las providencias y reglamentos que considerara convenientes para el bien público, pero no se le otorgó competencia para dirimir asuntos litigiosos, es decir, jurisdicción contencioso administrativa. En la Constitución Política de 1886 (art. 141), al consagrarse nuevamente la institución, además de habersele asignado la función consultiva y la de preparar proyectos de ley y códigos, se le atribuyeron funciones jurisdiccionales, siempre que la ley estableciera una jurisdicción de lo contencioso administrativa, pero, como se sabe, la norma no tuvo desarrollo legal y, en cambio, por medio del acto legislativo No. 10 de 22 de abril de 1905, se dispuso suprimir el Consejo de Estado. Fue el Acto Legislativo No. 3 de 31 de octubre de 1910, el que sentó las bases para la existencia de Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, y luego el Acto Legislativo número 1 de 10 de septiembre de 1914 restauró al Consejo de Estado, como cabeza de esta jurisdicción, y a través de las leyes 130 de 1913 y 60 de 1914, se organizó para cumplir esa función de control.

resulta de vital importancia dentro del contexto de la reforma por sus repercusiones en la concepción del modelo de jurisdicción y de su competencia (cláusula general).

No obstante, se reconoce que en ocasiones se debe acudir al criterio orgánico, esto es, por la sola naturaleza pública de la entidad, u otros, para que el administrado tenga claridad frente a aquellos temas en los que podrían presentarse controversias sobre la jurisdicción competente, para lo cual se establecieron algunas excepciones en las que la jurisdicción de lo contencioso administrativo también conocerá de los siguientes procesos: i) los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea su régimen jurídico; ii) los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado; iii) los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes; iv) los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público; v) los que se originen en actos políticos o de gobierno; vi) los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades y vii) los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado (artículo 104).

Para tal efecto, se definió que por entidad pública se entiende todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50% (parágrafo del artículo 104).

De otra parte, con el fin de evitar confusiones acerca de los asuntos sobre los cuales debe conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se señalan expresamente algunas materias exceptuadas del radio de acción de esta jurisdicción, como son: i) las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas

entidades, incluyendo los procesos ejecutivos; ii) las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción; iii) las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley y iv) los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales (artículo. 105).

4.2.2. *Organización de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*

En cuanto a la organización de la jurisdicción, se realizan actualizaciones y ajustes que puntualizan y propenden por un correcto funcionamiento de la misma, asignación de las competencias de los niveles que la conforman (jueces, tribunales y Consejo de Estado) y para la dinámica de sus decisiones (artículos 106 y ss.).

En el Consejo de Estado se actualizan las competencias que le han sido atribuidas, para incluir las que le corresponden por disposición constitucional, como son aquellas en materia de elección de altos funcionarios o designación de integrantes de ternas. Igualmente, se modifica la creación de las Salas Especiales de Revisión en el Consejo de Estado, cuyo origen se remonta a la Ley 954 de 2005 y que han reportado amplios resultados, para que las mismas puedan asumir aquellos asuntos sometidos a la Sala Plena que ella le encomiende, lo que, sin duda, redundará en una mayor eficiencia en la gestión de la Corporación. Además, se incorporan normas relacionadas con los conjueces y su posesión, y la comisión para la práctica de diligencias y la posibilidad de delegar en los tribunales administrativos, a los jueces para la práctica de pruebas y de otros trámites para el ejercicio de sus funciones.

Se destaca también la posibilidad de que la Sala de lo Contencioso Administrativo dicte sentencia en los asuntos que de oficio decida asumir por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. Con similar filosofía, se consagra la función de dicha Sala de solicitar a los tribunales el envío de determinados asuntos que se encuentren conociendo en segunda instancia para fallo, y que por su importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de unificar jurisprudencia, deban ser resueltos por el Consejo de Estado a través de sus secciones o subsecciones.

En general las competencias se reforman en determinados aspectos, como es el caso de algunas cuantías, y se asignan nuevas de acuerdo con las figuras establecidas, entre otras las relativas a las modificaciones del objeto de la jurisdicción.

4.2.3. Fortalecimiento de la función consultiva

Hoy más que nunca se consolida la existencia de una función consultiva jurídica del Gobierno, independiente y autónoma, por la vocación y necesidad de que las políticas públicas y las actuaciones de las autoridades, cuenten con el apoyo y sustento jurídicos que garanticen los fines públicos perseguidos, y a la vez, respeten el ordenamiento constitucional y legal y los derechos y libertades de las personas. De ahí que su importancia no deja de crecer. En este marco, la función consultiva corresponde a una necesidad del Estado, y es una labor que constitucionalmente (artículo 237 C.P.) le ha sido asignada al Consejo de Estado, como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de administración.

Uno de los puntos esenciales del nuevo Código radica, precisamente, en el fortalecimiento de las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, como órgano autorizado constitucionalmente para orientar a la Administración en la aplicación de la ley, lo cual precave conflictos y contribuye a que no se trasladen a la jurisdicción. Entre las funciones a ella asignadas (artsículos 212 y 213) se destacan las de:

1. Absolver las consultas generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo.
2. Revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos.
3. Preparar a petición de la Sala Plena del Consejo de Estado o por iniciativa propia proyectos de acto legislativo y de ley.
4. Revisar a petición del Gobierno los proyectos de compilaciones de normas elaborados por éste para efectos de su divulgación.
5. Realizar los estudios que sobre temas de interés para la Administración Pública la Sala estime necesarios para proponer reformas normativas.
6. Conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política.

7. Emitir concepto a petición del Gobierno Nacional, en relación con las controversias que se presenten entre entidades del nivel nacional o entre éstas y entidades del nivel territorial, con el fin de precaver un eventual litigio.
8. Verificar, de conformidad con el Código Electoral, si cada candidato a la Presidencia de la República reúne o no los requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación.
9. Ejercer control previo de legalidad de los Convenios de Derecho Público Interno con las Iglesias, Confesiones y Denominaciones Religiosas, sus Federaciones y Confederaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley.
10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de éstas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.
11. Presentar anualmente un informe público de labores.
12. Ejercer las demás funciones que le prescriban la Constitución y la ley.

Se mantiene el carácter reservado de los conceptos, el cual es de seis meses, prorrogable hasta por cuatro años por el Gobierno Nacional. No obstante, si transcurridos seis meses el Gobierno Nacional no se ha pronunciado en ningún sentido, se levantará la reserva. En todo caso, el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo.

De otra parte, se estableció la posibilidad de invitar a la Sala a los ministros, jefes de departamento administrativo, y funcionarios que unos y otros requieran a las deliberaciones del Consejo de Estado cuando éste haya de ejercer su función consultiva.

Como puede apreciarse, el nuevo Código hizo especial énfasis en la labor de estudio y revisión de los textos normativos, proyectos de ley, reglamentos o compilación de normas, no limitada a la realización de meras observaciones sino extensiva a la elaboración del texto, lo que representará una mayor seguridad jurídica, respeto de jerarquía de normas, claridad y comprensión y cumplirá un papel preventivo respecto de la vía judicial, porque, aunque no elimina el riesgo de la anulación de los reglamentos y la inexecutablez de las normas legales, lo reduce considerablemente. Además, uno de

los aspectos más importantes de la labor consultiva, se desarrolla a propósito de las permanentes consultas que realiza el Gobierno sobre asuntos o cuestiones jurídicas derivadas del accionar de la administración en diversos ámbitos (contratación, servicio civil, tributario, en defensa y seguridad nacional, entre otras), cuyas respuestas se erigen en importantes orientaciones para la conducción de la acción pública. En estos casos, si bien no hay obligación para el Gobierno de seguir y acoger el dictamen del Consejo, pues los conceptos no son obligatorios excepto que la ley así lo disponga, es evidente que la existencia de un concepto implica que deba examinarlo con cuidado al momento de decidir el asunto sobre el cual versa. Es célebre la expresión incluida en un informe del Consejo de Estado de España, según la cual es preferible que sus dictámenes se acepten más por el peso de la razón, que por la fuerza de la ley¹⁰.

4.2.4. *Unificación de los medios de control judicial: acción única con multiplicidad de pretensiones*

Se eliminó el sistema anterior que partía de la existencia de una pluralidad de acciones, por considerar que el derecho a accionar es uno y único, y a través de él se puede acceder a la administración de justicia para solicitar diferentes pretensiones, tales como la de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, contractual, entre otras. De esta manera se evita que se haga nugatorio el acceso a la justicia por equivocaciones por parte de los demandantes en la selección de la acción idónea, pues la falta de acierto en la escogencia de esta y la imposibilidad de acumularlas, aparejaba la ineptitud sustancial de la demanda y, en consecuencia, generaba la expedición de un fallo inhibitorio.

Así, se suprimió la denominación de las antiguas acciones y se instituyó la de las pretensiones con los efectos jurídicos de esta institución procesal, recopilando en el Título III, artículos 135 a 148 de la parte segunda, las anteriores acciones ordinarias contencioso administrativas como las constitucionales, bajo la denominación de medios de control.

4.2.5. *Sistema procesal mixto: conjugación de lo oral y escrito, e introducción de los medios tecnológicos*

Se adoptó un modelo de proceso contencioso administrativo bajo un sistema mixto en el que se combina la estructura escrita actual con la posibi-

10 Consejo de Estado de España, Memoria de 1992, Madrid, 1993, pág. 89.

lidad de realización de audiencias de acuerdo con los nuevos principios de la oralidad, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1285 de 2009 (artículo 1), que modificó la Ley 270 de 1996 (artículo 4). Establecer la oralidad en la Ley 1437 de 2011 fue un tema muy discutido, pues algunos miembros de la comisión redactora defendían el sistema tradicional de prevalencia escrita y otros abogaban por la implementación de la oralidad; de allí el resultado de un proceso con ambas características.

Esta nueva concepción del proceso contencioso administrativo representa uno de los cambios trascendentales frente al régimen anterior, toda vez que de un proceso preponderantemente escrito, pasamos a uno fuertemente oral. En efecto, el proceso, salvo norma en contrario¹¹, se adelantará en dos fases, una escrita relativa a la demanda, la contestación de ésta y su admisión, y una segunda mediante la realización de tres audiencias orales, así: (i) una audiencia inicial en la cual se intentará la conciliación, se hará el saneamiento del proceso, la fijación del litigio, la decisión de excepciones previas y el decreto de pruebas; (ii) una audiencia para la práctica de pruebas, de la cual puede prescindirse cuando se trate de asuntos de puro derecho en los que no fuere necesario decretar pruebas, y (iii) una audiencia de alegaciones y juzgamiento en donde se oirán los alegatos de las partes y de ser posible se informará el sentido de la sentencia (artículos 179 a 183). El juez en este nuevo esquema se convierte en un verdadero director del proceso, con amplias facultades para controlarlo y desarrollarlo, con base en los principios de inmediatez, concentración, publicidad, contradicción, economía, eficacia y eficiencia.

Ante la falta del uso de tecnologías de información y comunicaciones (TIC) en las actuaciones judiciales, y fiel a la idea de modernizar el proceso, el legislador estableció la posibilidad de surtir las diversas actuaciones judiciales susceptibles de realizarse por escrito a través del uso de medios tecnológicos, siempre y cuando se garantice la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de la información. Para tal efecto, en un plazo no mayor de cinco años posteriores a la entrada en vigencia del código, se ordenó que se adoptarán las medidas para que sea implementado con todas las condiciones técnicas necesarias el expediente judicial electrónico, que consistirá en un conjunto de documentos electrónicos correspondientes a las actuaciones judiciales que puedan adelantarse en forma escrita dentro de un proceso. En el futuro tendrá plena validez el adelantamiento de todo tipo de actuaciones

11 Como por ejemplo el caso de los procesos con pretensiones de nulidad por inconstitucionalidad. Artículo 184.

en forma digital, como demandas judiciales, notificaciones, contestaciones de demanda, recursos e incidentes, entre otros.

Así mismo, se concibió un nuevo régimen de notificaciones judiciales (artículo. 196 y ss.) en virtud del cual las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibirlos. Los particulares inscritos en el registro mercantil, serán notificados por medio de la dirección electrónica por ellos dispuesta para recibir notificaciones judiciales. De todas formas se fijan reglas para aquellas personas de derecho privado que, por no estar inscritas en el registro mercantil, no tengan dirección electrónica.

Estas modificaciones del sistema del proceso, sin duda, agilizarán y modernizarán los procesos judiciales que se adelanten por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, una de las más congestionadas, en tanto la introducción de un esquema procesal mixto, que integra elementos escritos y orales, y la utilización de medios tecnológicos, imprimirán celeridad en la adopción de las decisiones para resolver los asuntos y controversias de que conoce dicha jurisdicción, mediante la simplificación de los trámites, de manera que permita a las personas contar con decisiones oportunas que resuelvan definitivamente sus controversias.

4.2.6. *Demanda, proceso contencioso y efectividad de las sentencias*

La regulación sobre demanda y proceso contencioso abarca todas las etapas del desarrollo de la actuación que deben adelantarse ante las distintas instancias de esta jurisdicción. Se destaca lo siguiente:

1. Se fijan las reglas sobre capacidad, representación y derecho de postulación, que establecen los parámetros que deben seguir las entidades públicas y privadas que cumplen funciones públicas, para ser partes del proceso (artículos 159 y 160).
2. Se establecen los requisitos de la demanda, y las reglas que fijan la oportunidad para su presentación (caducidad), atendiendo al tipo de pretensión y se permite su acumulación, así como la adecuación del trámite legal que le corresponda por parte del juez (artículos 161 y ss.).
3. Se morigeró el dogma revisor y de justicia rogada al introducir elementos que tienen como propósito lograr la tutela judicial efec-

tiva, tales como: complementación del *petitum* con los actos a través de los cuales se resolvieron los recursos por la Administración (artículo 163); otorgamiento de poderes al juez para encauzar la demanda hacia la pretensión que corresponde, según la actuación a enjuiciar (artículo 137); control oficioso de legalidad, en relación con normas no demandadas y frente a vicios no acusados en relación con el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad (artículo 135), y la aprehensión de oficio del acto administrativo para la revisión de su legalidad, tratándose del control inmediato de legalidad (artículo 136).

4. Se ordena ejercer por parte del juez el control de legalidad de las nulidades en cada etapa del proceso, de manera que se saneen los vicios que puedan acarrear nulidad (artículo 207).
5. Se relacionan en forma taxativa los asuntos que se pueden tramitar a través de incidente y su trámite, con el fin de evitar dilaciones en el proceso (artículos 209 y 210).
6. Se preserva en materia probatoria la regla general de remisión al Código de Procedimiento Civil para los aspectos no regulados, aunque se consagran reglas especiales relacionadas con las oportunidades que existen para aportar o solicitar pruebas en cualquiera de las instancias, la posibilidad de practicar pruebas de oficio, las consecuencias que acarrea la práctica de pruebas con violación del debido proceso, el valor probatorio que se le otorga a las copias, la posibilidad de utilizar medios electrónicos en materia probatoria, la regulación de las declaraciones de los representantes de las entidades públicas y el régimen aplicable a los peritajes que se practiquen en estos procesos (artículo 211 y ss).
7. Se instituye un tratamiento novedoso de la prueba pericial, para que un medio de convicción tan importante en el proceso contencioso y de suyo complejo por su naturaleza técnica, cuente con unas reglas coherentes, en cuanto a su oportunidad, debate y contradicción, en el marco de un sistema mixto de procedimiento, oral y escrito, de manera que no se limite la agilidad y celeridad del mismo. De ahí que pueda ser aportado por las partes con la demanda y en su contestación y debatido, previo su conocimiento, en las respectivas audiencias (artículo 218 y ss).
8. Se regula la intervención de terceros, modificándose el término para intervenir, en el sentido de que se podrá pedir hasta dentro

de la audiencia inicial, con el fin de agilizar el proceso, puesto que con el código derogado se podía pedir hasta el vencimiento del término de traslado para alegar en primera o en única instancia. Además, se hace la distinción en relación con la intervención de terceros en los procesos de simple nulidad y en los que se tramitan con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, señalando que en los primeros se puede presentar la coadyuvancia del demandante o del demandado, mientras que en los demás, cualquier persona que demuestre interés directo podrá pedir que se la tenga como coadyuvante o impugnadora, litisconsorte o como interviniente *ad excludendum* (artículo 223 y ss.)

9. Con el fin de optimizar el trámite de los recursos de apelación de los autos y las sentencias, es decir, la actuación en la segunda instancia, y de armonizarlo con los elementos de la actuación oral y escrita para adelantar el proceso contencioso, se readecuan los respectivos procedimientos (artículos 244 y 247).
10. Se elimina el grado jurisdiccional de consulta, el cual constituía un factor de congestión y de desigualdad de armas en el proceso contencioso administrativo.
11. Se establece, para el cumplimiento de las sentencias y conciliaciones, un novedoso sistema para el pago efectivo de las mismas, a través del Fondo de Contingencias de la Ley 448 de 1998, en el que se aprovisionarán por parte de las entidades públicas los recursos necesarios para atenderlas en tiempo oportuno, con lo cual se previenen las ejecuciones de las mismas y se garantiza su cabal cumplimiento (artículos 194 y 195). Este es un instrumento valioso para impactar de manera positiva el deterioro fiscal que genera la mora en el pago de las obligaciones derivadas de las providencias de la jurisdicción.

4.2.7. *Los nuevos poderes del juez: medidas cautelares*

Las medidas cautelares permiten garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues tienen como fin asegurar que el derecho material objeto de la controversia podrá ser realizable en el caso de prosperar el litigio y que no se verá menoscabado como consecuencia del tiempo que tarda en finalizar el proceso (el peligro de la mora).

Con antelación a la expedición del Código, hacer referencia a medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa se reducía a la cautela de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, pues a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento civil, que tradicionalmente ha consagrado una multiplicidad de ellas, ante esta jurisdicción únicamente ha existido dicha medida por violación manifiesta de la ley, la cual solo podía pedirse con la presentación de la demanda para ser adoptada al momento de admitirla, con la orden de suspensión de los efectos del acto impugnado hasta tanto se definiera su legalidad definitiva al dictar la sentencia.

Sin embargo, la jurisprudencia limitó en forma irrazonable esa medida, porque se entendió que para que se constatará la condición para su procedencia, esto es, la manifiesta violación a la ley, el juez debía hacer tan solo un simple cotejo en el que se vislumbrara, sin siquiera interpretar, una ilegalidad grosera, evidente o de bulto del acto administrativo frente a las normas que se invocaran como infringidas. Es decir, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos se convirtió en una medida irrealizable y poco eficaz, bien por falta de evidencias que la justificaran o bien por temor de los funcionarios judiciales de tomar una decisión con visos de prejuzgamiento.

Así las cosas, la creación de medidas cautelares diferentes a la de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, representa una de las principales transformaciones que introduce el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la regulación de los procesos declarativos, por cuanto implicó el tránsito de una normatividad (Decreto 01 de 1984) que solo reconoce la medida de suspensión provisional, orientada únicamente al control de los actos administrativos, mediante la revisión de su legalidad, a un conjunto de medidas cautelares a disposición del juez con miras a garantizar la efectividad de sus sentencias. Así mismo, nótese que se extendió el derecho de cautela a todas las modalidades de actuación de las autoridades, esto es, a los actos, hechos, omisiones, operaciones administrativas y contratos.

Por lo tanto, estos nuevos poderes del juez tienen como propósito garantizar la tutela judicial efectiva de las personas, afectada por la demora de los procesos judiciales y la congestión judicial, mediante el eficaz acceso a la Administración de Justicia, porque con las mismas se asegura el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia (artículo 229). Además de unificar y armonizar las facultades que tiene el juez contencioso administrativo ordinario en materia de medidas cautelares con las previstas cuando conoce las acciones constitucionales (populares y de grupo, tutela y cumplimiento), se actualizan los instrumentos judiciales y el proceso contencioso administrativo

de acuerdo con las nuevas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Política y la jurisprudencia. Por otra parte, la posibilidad de que el juez pueda adoptar este tipo de medidas cautelares seguramente estimulará a la Administración a erradicar prácticas frecuentes e irregulares de desconocimiento de derechos en espera que sea el juez que mucho tiempo después lo haga.

El artículo 230 del Código, contempla que las medidas cautelares ante esta jurisdicción podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda y, atendiendo a este criterio, señala que podrán ser las siguientes:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Se debe destacar que para hacer efectiva la medida cautelar de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, se introducen una serie de modificaciones fundamentales, tales como: i) la posibilidad de adoptarla en cualquier estado del proceso, con sustento en la demanda o en el escrito de solicitud si es separado; ii) la supresión de la calificación de la infracción, esto es, la expresión “manifiesta ilegalidad”, de manera que solo se exige que esta surja del simple cotejo entre el acto demandado y las normas superiores que se dicen vulneradas, las cuales bien pueden estar invocadas en el escrito de solicitud de la medida cautelar o en la demanda, iv) la pro-

cedencia de la medida cuando la violación a la ley surja incluso del análisis de las pruebas allegadas con la demanda; y v) el trámite previo a su adopción tendiente a oír al demandado, en este caso a la autoridad que expidió el acto, para que el juez tenga todos los elementos de juicio necesarios al momento de decidir (artículo 231 inciso 1). Por consiguiente, el Código mejora la figura, pues ya no se exige la manifiesta ilegalidad sino que esta simplemente se presente y ella se pueda deducir de la confrontación del acto censurado con las normas señaladas como violadas y con los documentos que se aduzcan con la demanda, lo cual tornará eficaz la figura.

Ahora bien, en aras de evitar el abuso del uso o petición de medidas cautelares distintas a las suspensión de los efectos de los actos administrativos, el Código establece una serie de exigencias que deben reunirse para su decreto acorde con los corrientes internacionales, esto es, la buena apariencia del derecho del demandante (*fumus bonis iuris*), o sea, la razonable expectativa de que las pretensiones del demandante prosperen, conforme a las pruebas que aporte con la demanda; el peligro de la mora del proceso (*periculum in mora*), es decir, la ineficacia de la decisión final por el transcurso del proceso; y la ponderación de los intereses involucrados, que permita concluir al juez que si no decreta la medida se afectará más el interés público que el interés particular.

En efecto, el artículo 231, exige: (i) que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; (ii) que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; (iii) que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla; (iv) que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable; o b) que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios y (v) que se preste caución, excepto en los procesos de derechos fundamentales o colectivos, o cuando el demandante sea una entidad pública o cuando se pida la suspensión de los efectos de los actos administrativos (artículos, 231 inciso 2 y 232).

4.2.8. Recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia

Debido a la entrada en funcionamiento de los juzgados, varios asuntos que conocía el Consejo de Estado en segunda instancia pasaron a ser de

conocimiento en último grado de los tribunales, situación que impuso la necesidad de crear un mecanismo jurídico, como el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, para evitar la disparidad de criterios. Este recurso fue concebido entonces para aplicar en forma uniforme la ley, proteger los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la sentencia recurrida y reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales (artículo 256 y ss.). Habrá lugar a interponer este recurso solamente cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado; únicamente procede contra providencias en firme dictadas por Tribunales Administrativos en única o segunda instancia, y será del conocimiento, según la naturaleza de la pretensión, de las distintas Secciones del Consejo de Estado. De esta manera se garantiza que el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (artículo 237 C.P.), cumpla la función de órgano de cierre en relación con las decisiones de sus inferiores funcionales.

Con el mismo propósito de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley y el derecho al debido proceso, se regula el mecanismo de revisión eventual en materia de procesos para la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de los daños causados a un grupo (artículo 272).

4.2.9. *La extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado*

En aras de brindar seguridad jurídica al ciudadano, así como una justicia oportuna y eficaz que proteja sus derechos y libertades y, en especial, la igualdad de trato, cuando se niegue la solicitud de extensión de los efectos de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a terceros por parte de la Administración, regulada en la Parte Primera, el interesado podrá formular petición en escrito razonado dirigido al Consejo de Estado, con el que se acompañará y ofrecerá la prueba que acredite su situación jurídica y de ella se decidirá, previo traslado a la entidad correspondiente para presentar los alegatos y ofrecer las pruebas pertinentes (artículo 269).

Como se trata de decisiones en las que se haya unificado jurisprudencia y para hacer operante el mecanismo, el Código establece de manera expresa las sentencias de unificación jurisprudencia que entran dentro de esa categoría y no son otras distintas que las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión

previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 (*artículo 270*).

La aplicación de este mecanismo, como se ha dicho, realza el valor del precedente judicial del Consejo de Estado y evita al ciudadano el dispendioso recorrido de un proceso judicial.

4.2.10. *Disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral*

El Código consagra un conjunto de disposiciones especiales para el trámite del juicio electoral (artículo 275 y ss.), con el fin de agilizar el proceso y ajustarlo al término previsto en la Constitución de 1991 para su resolución y a lo establecido en la reforma política prevista en el Acto Legislativo 1 de 2009.

Así, se establece el requisito de procedibilidad de la demanda para ciertas causales de anulación electoral, consistente en haber sido sometidas por cualquier persona, antes de la declaratoria de la elección, a examen de la autoridad electoral. Y con el fin de dar una mayor eficacia y celeridad al juicio electoral se regulan varios aspectos en materia de las causales de anulación electoral y el trámite del proceso, mediante el esquema que combina elementos escritos y orales para su desarrollo.

5. Retos de la implementación del código

Ante estos cambios tan profundos que se introdujeron con la reforma, acorde con las actuales realidades, la vigencia real del nuevo sistema se proyectó, según el artículo 308 del Código, para el dos de julio de 2012, es decir, transcurrido un término de dieciocho meses a partir de la expedición de la ley, a fin de que, entre tanto, se hicieran los ajustes presupuestales, estructurales, orgánicos, conceptuales, de pensamiento y de socialización para su debida implementación.

De otra parte, para dar solución efectiva a la congestión judicial que padece la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, por contera, garantizar la puesta en marcha de la reforma sin traumatismos y asegurar los resultados esperados, se estableció en el artículo 304 de la Ley 1437 un ambicioso Plan Especial de Descongestión, a elaborarse dentro del año siguiente a la expedición de la misma, por el Consejo Superior de la Judicatura con la participación del Consejo de Estado, con el objetivo de terminar todos los

procesos judiciales promovidos antes de la entrada en vigencia de la reforma y que se encontraran acumulados. Este Plan Especial de Descongestión se concibió en la ley para que fuera ejecutado con un grupo de despachos judiciales seleccionados para el efecto, de acuerdo con los volúmenes de negocios a evacuar, los cuales deben funcionar en forma paralela a los despachos designados para asumir las nuevas competencias y procedimientos dispuestos en el nuevo Código.

Igualmente, en el artículo 305 *ibídem*, con el fin de conseguir la transición hacia la implantación del nuevo régimen procesal y de competencias, se ordenó hacer los ajustes de personal correspondientes de acuerdo con las cargas esperadas de trabajo; la ejecución de planes de capacitación en el nuevo sistema a los jueces, magistrados y demás servidores judiciales; la definición y dotación de la infraestructura requerida para el normal funcionamiento de la jurisdicción bajo el nuevo régimen y, finalmente, el diseño y puesta en operación de sistemas de información dispuestos en la reforma y los demás necesarios para su desarrollo y la adecuada administración de justicia en lo contencioso administrativo. Adicionalmente, en el artículo 307, se previó que la implementación y desarrollo de la reforma se atendería con los recursos que debe asignar el Gobierno Nacional a la Rama Judicial.

El Plan de Descongestión y de Implantación del Nuevo Sistema fue elaborado y aprobado por el Consejo Superior de la Judicatura y se encuentra en ejecución. El Plan tiene un plazo fijado no mayor de 4 años y está dividido en dos fases: la primera de diagnóstico, que contempla un inventario real de los procesos acumulados en cada despacho; la clasificación técnica de los mismos, la elaboración del presupuesto y el análisis del mapa real de congestión y definición de las estrategias y medidas a tomar con base en los recursos humanos, financieros y de infraestructura física y tecnológica disponible; y la segunda, de ejecución, la cual prevé la capacitación de los funcionarios y empleados participantes; la entrega de los procesos clasificados a evacuar por cada despacho, y el señalamiento de metas concretas y cuantificables.

Ahora bien, como se explicó, la Ley 1437 de 2011 establece un procedimiento mixto, en el que se conjuga lo oral con lo escrito. Este sistema obedece a la tendencia moderna de los procedimientos judiciales y responde al mandato judicial de la Ley 270 de 1996 que señaló que los procesos judiciales en nuestro ordenamiento debían obedecer a los principios de la oralidad procesal. Empero, teniendo en cuenta la experiencia que han vivido otras jurisdicciones (por ejemplo la penal y la laboral), para que la oralidad funcione y cumpla con los objetivos propuestos con la adopción de este sistema de

proceso necesita de personal, pedagogía y adecuación de los medios administrativos, técnicos e informáticos. Por lo menos, requiere:

1. Aumentar el personal judicial

Es claro que este sistema requiere un mayor número de jueces contencioso administrativos, para que se asignen cargas de trabajo razonables, que permitan atender adecuadamente las nuevas cargas de trabajo. Y se requiere también el aumento de la planta de personal de los despachos judiciales, tanto jurídicos como de técnicos; los primeros porque serán el apoyo de los funcionarios judiciales y los segundos porque serán los operadores de los sistemas de sonido, grabación, filmación, entre otros, en los que deben quedar fijadas todas y cada una de las diligencias que tengan lugar en un proceso.

2. Suministrar los recursos físicos y tecnológicos

El sistema oral requiere de los medios económicos y tecnológicos que permitan estructurarlo e implementarlo adecuadamente en la Jurisdicción, esto es, contar con las salas de audiencia, sistemas de grabación, equipos de video, equipos de computación, etc., lo cual demanda una fuerte inversión que aún no ha sido aplicada y ejecutada en su totalidad en atención a las necesidades que requiere el cubrimiento total y adecuado de la jurisdicción. Si no se cuenta con los espacios físicos adecuados, como es el caso de las salas de audiencias, la oralidad será una quimera, y si no se tienen los medios técnicos y tecnológicos adecuados necesarios, como por ejemplo escáneres, micrófonos, cámaras y dispositivos de almacenamiento de información, es imposible hablar de procedimientos orales.

Igualmente, es necesario el desarrollo e implementación del expediente judicial electrónico y de los sistemas de información tecnológicos que establece el Código para agilizar la gestión judicial.

3. Cambiar la cultura judicial mediante capacitación

La oralidad requiere de un cambio cultural, que demanda una fuerte e intensa capacitación de jueces, magistrados, empleados y abogados para sintonizarlos y adiestrarlos académicamente en los principios, tareas y técnicas para la operación de este sistema, lo cual no es nada fácil ni de resultados inmediatos, por el apego y vínculo a un sistema escrito ya conocido y manejado por varios lustros.

No obstante que el Consejo de Estado en convenio con la Escuela Superior de Capacitación de la Administración Pública, ESAP, durante el transcurso del año 2011, y el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial, asumió la importante labor de divulgar por todo el país el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de presentar a la comunidad nacional y a los jueces los principales aspectos de este texto tan relevante, y de adiestrar a estos últimos en la ejecución de las nuevas disposiciones, aún se requiere de una mayor pedagogía sobre los cambios.

En fin, la oralidad exige la concurrencia de diversos factores para que no quede en letra muerta. El más importante de esos factores lo constituye la alta preparación académica de los funcionarios encargados de operar el sistema, puesto que al tomarse las decisiones en audiencia, esto es, en el mismo instante en que las partes concurren a determinada actuación judicial y además frente a ellos, se exigen mayores capacidades para decidir.

Además, es necesario que las facultades de derecho de las universidades contemplen en sus programas de formación la enseñanza del juicio oral, de manera que se capacite teóricamente y en la práctica a los nuevos abogados litigantes y a los futuros jueces.

4. Reducir la congestión judicial

Con el objeto de que la reforma al sistema de justicia contencioso administrativo obtenga los resultados deseados, resulta imperioso que, además de la adopción de una normativa procesal como la prevista en la Ley 1437 de 2011, se descongestione el aparato judicial o, por lo menos, se reduzca a términos que resulten manejables y se asignen cargas de trabajo razonables a los mismos jueces que atienden el nuevo sistema.

En efecto, el importante avance que introdujo la Constitución Política de 1991 en materia de derechos y de instrumentos para su protección que en un alto índice son competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se tradujo en un aumento de la demanda de justicia ante esta Jurisdicción.

No obstante lo anterior, el sistema oral hoy en día es una realidad. Si bien en vísperas de la entrada en vigencia del código aún se presentan dificultades, específicamente en la construcción de las salas de audiencia y en los mecanismos de comunicación expeditos para el desarrollo adecuado de la

ley, especialmente en los lugares más alejados, la Ley 1437 de 2011 entró en vigencia en su totalidad y hoy se está aplicando en todos los circuitos judiciales del territorio nacional.

Cabe resaltar la actitud de los jueces y magistrados de esta jurisdicción, que se dieron a la tarea de capacitarse y gestionar ante el órgano de administración de la Rama Judicial todos los elementos requeridos para poner a funcionar a plenitud el sistema oral, y los esfuerzos en procura de adecuar su gestión a los propósitos del nuevo Código.

No olvidemos que un proceso ante esta jurisdicción, bajo el anterior sistema procesal, estaba tardando entre 5 y 10 años, lo cual a simple vista constituye una limitación al derecho a la tutela efectiva de las personas que acuden a esta en procura de resolver sus conflictos y de que se les restablezcan los derechos lesionados por la acción u omisión de las autoridades y se les indemnicen los daños que se les infieran. Por eso, la producción de fallos antes del transcurso de un año, contado a partir de su interposición, resulta alentadora en términos de concepción de la reforma. Asimismo, en asuntos en donde se debaten cuestiones de puro derecho o en donde la carga de la prueba recae en alguna de las partes y con la contestación no la aducen, se observa ya la adopción de decisiones que ponen fin a los procesos en la audiencia inicial, esto es, a más tardar dentro de los cuatro meses después de la radicación o interposición de la demanda, lo cual también se percibe en forma positiva.

De otro lado, la implementación adecuada del Código exige otras labores y actividades, tales como:

I. La identificación de las sentencias de unificación jurisprudencial

El Consejo de Estado debe identificar las decisiones que constituyan sentencias de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 270 del Código, para que opere adecuadamente el mecanismo de extensión de jurisprudencia. Nótese como el Código hace énfasis en la unificación jurisprudencial como mandato constitucional. La función de la jurisprudencia como herramienta para la vigencia y aplicación del derechos a la igualdad de trato en sede administrativa y judicial atraviesa transversalmente las disposiciones del nuevo Código, pues de otra forma no se entiende la consagración de la obligación de las autoridades de aplicar oficiosamente la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado en los asuntos bajo su conocimiento; el establecimiento del mecanismo de extensión de la jurisprudencia unificada del

Consejo de Estado por petición ante la Administración y, en caso de negativa, ante la citada corporación judicial, así como el recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia. Es decir, la nueva normativa privilegia el derecho a la igualdad en las decisiones administrativas y judiciales, esto es, a ser tratado de la misma forma en que se resolvieron otros casos iguales.

2. El cambio de cultura y actitud de la Administración

La Administración debe resolver las peticiones de las personas en sede administrativa, de acuerdo con los instrumentos que crea el nuevo Código, lo cual implica un cambio de actitud de la administración y de respeto a los usuarios, comenzando por acatar las jurisprudencias de unificación del Consejo de Estado al resolver sus asuntos, para que los jueces no terminen tomando las decisiones que debía tomar aquella.

3. La consecución de los recursos necesarios

El Consejo Superior de la Judicatura y los Ministerios de Justicia y de Hacienda, deben adelantar una tarea conjunta para obtener los recursos requeridos para el cabal desarrollo del Código, pues sin los mismos o sin voluntad no sería posible la implementación y financiamiento de la reforma.

6. Conclusión

De cuanto antecede, se concluye que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es una normativa moderna, avanzada, garantista, a tono con la realidad social y jurídica, y permeada por la Constitución Política de 1991, en la que se confiere a los ciudadanos una carta de derechos dotados de una serie de mecanismos para su efectiva protección, a la vez que proporciona a la Administración y a los jueces administrativos las herramientas para cumplir las funciones asignadas constitucional y legalmente y, por esa vía, garantizar los derechos y las libertades de las personas.

Para terminar, es evidente que alcanzar los objetivos de la reforma depende del compromiso de la Administración y de los jueces para transformar la cultura administrativa y judicial, porque la Ley 1437 de 2011 es una innovadora normativa, cuyo cumplimiento exige cambiar radicalmente la forma de actuar de la Administración Pública, las relaciones entre administradores y administrados y las actuaciones de todos ellos ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así como su dinámica y funcionamiento. Hay que confiar en sus buenos resultados.

El procesal laboral de la primera década del siglo XXI

Eduardo López Villegas

Asesor jurídico, docente universitario y Magistrado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 2002 a 2010

La institucionalidad judicial laboral que a mediados de siglo pasado era una adelantada para su tiempo, a finales acusaba rezagos, no tanto por su diseño, sino por vicios de ejecución. De hecho, las reformas que se introdujeron en la década reciente, se encaminaron a hacer efectivo el modelo procesal de 1948.

La primera de las reformas, en este periodo, se acometió con la ley 712 de 2003, que tuvo como propósito central imprimir celeridad al proceso; propender a la eficacia de la etapa conciliatoria; anticipar la resolución de excepciones de fondo; restringir la posibilidad de suspender audiencias; crear mecanismos para sanear el proceso y evitar nulidades; y allanar dificultades en el terreno probatorio, exigiendo la presentación de las pruebas que tuvieran las partes al demandar o contestar la demanda.

Naturalmente, la Ley 712 tuvo otros alcances, los que permitía una regla acordada: sólo se introducirían las reformas que de manera unánime aceptara la comisión redactora. Así por lo tanto, se introdujo una norma de incidencia mayor: la unificación de la jurisdicción en materia de seguridad social. La nueva norma, explícita y omnicomprendensiva permitía resolver controversias en seguridad social, cualquiera que fueran las partes o la naturaleza de la relación jurídica entre estas o la naturaleza del acto jurídico controvertido.

También ha de mencionarse la regulación que se hizo de los recursos, al precisar la apelación, la limitación por cuantía del extraordinario de casación, el recurso de anulación en lugar del de homologación de laudos arbitrales; y como cosecha propia del Gobierno, se introdujo el recurso de revisión, con el fin de hacer frente a las decisiones judiciales con las que por medios fructíferos se obtenían pensiones.

Para mediados de la década, algunos elementos confluyeron para impulsar una reforma, curiosamente de menor dimensión pero con vocación a tener gran impacto, la que quedó plasmada en la Ley 1149 de 2007, con el propósito central de darle impulso a una oralidad efectiva, tal como se había bosquejado cincuenta años atrás

A la ley de impulso a la oralidad en el proceso laboral y de la seguridad social le precedieron foros a los que asistió la comunidad jurídica en todo el país; hubo coincidencia nacional en que el camino del mejoramiento de la administración de justicia era la oralidad y la controversia se limitó a precisar las formas de cumplir con ella.

Esta ley procesal tuvo su origen e impulso en la Sala Laboral de la Corte Suprema Justicia, y halló campo propicio en una confluencia de circunstancias: la distensión de las relaciones con el Gobierno y el movimiento sindical, materializada en el acuerdo de buscar solución directa a los problemas sindicales como condición para sacar a Colombia de la Comisión de Normas de la OIT, lo que jugó un papel decisivo, pues la reforma no habría salido adelante si no contaba, como contó, con el apoyo de los trabajadores; y los requerimientos del Gobierno de los Estados Unidos en materia laboral como condición previa de aprobación del Tratado de Libre Comercio.

Se suponía que con la modificación a las normas procesales se daba el primer paso hacia una meta más ambiciosa: una oralidad bien entendida tal como lo señaló la Comisión en su informe final:

La oralidad del proceso que se persigue no es la de una simple superación de lo escrito, ni el tránsito de una forma de registro, del que se hace a mano al de los de los (*sic*) medios electrónicos, sino el de una verdadera cultura jurídica, de un juez que administra justicia públicamente, dando la cara a la sociedad, no aislado de ella, con poderes para dirigir y presenciar efectivamente el proceso, de unas partes y terceros que tienen relación directa e inmediata con el juez, de abogados que coadyuvan a la administración de justicia.

La oralidad exige además entorno completo; sólo funciona si simultáneamente con ella se satisfacen los principios de la publicidad, de la intermediación y de la concentración.

La Ley cumplió con lo suyo, pues le otorgó poderes al juez como director del proceso, en materia de decreto de pruebas, para distribuir carga probatoria, para efectos de acumulación de procesos, y de manera principalísima, para tomar medidas en defensa de los derechos fundamentales.

La Ley 1149 de 2001, dice: “Artículo 48. El juez director del proceso. El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, y la agilidad y rapidez en su trámite.”

En este artículo, piedra angular de la reforma, se encierra la teleología del proceso, condición especial que lo sitúa en un rango superior a las de las otras normas del mismo estatuto; erige la figura del juez como director del proceso, y le instruye sobre las finalidades cardinales que ha de perseguir en esa su función y a la luz de las cuales se deben leer y entender las demás normas del estatuto procesal y enderezar sus actuaciones procesales.

Las normas que se introdujeron en la Ley 1149 fueron pocas y no exhaustivas, pues se pretendía rescatar el espíritu original del derecho laboral enmohecido por influencia del civil, que se hizo intensa por la autorización de integración prevista en el artículo 145, a costa de sacrificar la sabia previsión del artículo 40 del CPL que consagra la libertad de formas probatorias para cuando las leyes no prescriban una forma determinada. El juez, en su condición de director del proceso, es el que debe adoptar las medidas necesarias para hacer realidad un proceso celere en dos audiencias.

La nueva ley procesal hizo el diseño de un proceso con un actividad concentrada en dos audiencias, con el mandato perentorio de no superar este límite; trámite plano con eliminación de incidentes; términos preclusivos; y preclusión de la prueba testimonial por inasistencia de los testigos.

Con la Ley 1149 de 2007 se propende a la intermediación probatoria, la concentración de las actuaciones y la inmediatez del fallo, todas medidas que apuntan a la economía de tiempo y a evitar duplicaciones.

Punto de especial controversia constituyó optar por el que la sentencia deba dictarse dentro de la misma audiencia de pruebas. En este detalle radicaba una de las intenciones de la reforma. Modificar la añosa e ineficiente forma de trabajo del juez, de asumir el estudio del expediente para cuando se cerraba el periodo probatorio. A contrario, lo que exige la 1149 es que el juez tenga el mejor conocimiento de la controversia desde el inicio procesal, que prefigure cual ha de ser la resolución de su determinación, y bajo ese supuesto estar en condiciones de cumplir eficientemente su papel de director del proceso. Desde esa perspectiva está en capacidad de exigir las pruebas adecuadas y pertinentes y desechar cúmulos de pruebas basura que

se suelen arrumar en los expedientes, y prevenir el repentismo en la decisión final. La unidad de audiencia para pruebas y fallo obra como mecanismo de racionalización metodológica del trabajo del juez

¿Cómo ha respondido la Administración de Justicia, a la intención del legislador de implantar la efectiva oralidad?

De manera básica y elemental. Con recursos pobres ha diseñado una justicia para pobres. La oralidad laboral es sinónimo de grabadora de voz –administrículo ya desaparecido-. La posibilidad de todo ciudadano de tener al alcance de su mano medios para obtener, grabar y reproducir imágenes, acceder a ellas en línea, en cualquier parte del mundo en que se produzcan, se desestimó como supuesto para la rama laboral; los jueces del trabajo están confinados a la voz registrada en CD's que pronto desaparecerán del mercado.

Y esto no es asunto de poca monta. El binomio oralidad–celeridad está hecho trizas. ¿Cómo se puede pretender hablar de avances y progreso, si para el juez, el magistrado y el abogado, el tiempo de revisión de un expediente se ha triplicado?

El precio en ineficiencia de la administración de justicia por cuenta de una oralidad mal dotada en infraestructura es tan inmenso como el esfuerzo que ha hecho el Estado para ampliar la planta de jueces y magistrados en los últimos años. Si los procesos avanzan en audiencias orales, y las audiencias en salas, ¿qué hace un juez o un magistrado si no tiene acceso a una sala sino una vez a la semana?

Todo proceso de reforma debe tener acompañamiento. Sería bueno conocer cuales han sido las acciones de la Sala Administrativa evaluando la marcha de la oralidad, el diagnóstico de la situación y la propuesta de solución.

La respuesta jurisdiccional propiamente dicha es coja y dispar. En unas ciudades se respira satisfacción generalizada; en algunos despachos hacen despliegue del proceso dinámico y dialogal. En otros, la oralidad es un diálogo de sordos; la sentencia escrita antes de los alegatos espera ser leída; los magistrados desesperan con la intervención de los abogados, y antes de oírlos les imponen silencio para cuando transcurran cinco minutos; abogados que en los alegatos repiten la demanda. Orondamente magistrados consideran que esa, que es su principal labor, la que se desarrolla en audiencia, es una perdedera de tiempo.

La oralidad a medias nos deja los vicios de los dos mundos. Naufragan las virtudes de la escritura, decisiones completas y bien redactadas; y se apoderan de la sentencia la liviandad de las palabras, como licencia para la falta de hondura en las argumentaciones, y la prisa de la dicción, como razón para despachar con luces a medias tintas las decisiones.

El detonador sempiterno de la urgencia de reformas ha sido la congestión. Para el 2006 un proceso ordinario laboral de dos instancias tomaba en promedio un poco menos de cinco años; y el recurso extraordinario de casación alrededor de seis meses. ¿Cuáles fueron los efectos de la reforma 1149 de 2007?. Como acontece con las medidas sin previsión, con la solución del prolema del día. El proceso de dos instancias de cinco años, fue disminuido en muchos distritos a un año. Pero ¡oh sorpresa! todos esos procesos llegaron a la Corte Suprema de Justicia, sin que se hubiera barrutando solución. Y hoy el problema es igual al que motivó la reforma: el trabajador retirado con una expectativa de vida de doce años, tiene que dedicar diez de ellos a pleitear por su pensión.

El problema judicial laboral dejó de ser problema de congestión . Debe ser asumido como estructural, con suficiencia de recursos físicos, dotando a todo juez y magistrado de su sala de audiencias e incrementado el número de jueces y magistrados. La Sala Laboral, y así deben entederlo las salas civil y penal para que acompañan a aquella en una propuesta de reforma, debe estar integrada por nueve magistrados, organizados como ellos dispongan, por ejemplo en tres sub salas- para que puedan dispensar justicia a los doce mil expedientes y miles de trabajadores y pensionados que esperan se le reconozcan su derechos.

En los estándares internacionales no tener el Estado capacidad de responder la reclamación de las prestaciones de seguridad social en diez años, contados desde el momento en el que se hace la solictud administrativa, es un violación a los derechos humanos, al de acceso a la administración de justicia.

Y una tercera reforma a la jurisdcción laboral y de la seguridad social vino de la mano del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que deshizo lo que hizo la ley 712 de 2003. La pretensión de unificar jurisdiccionalmente la seguridad social se hizo pedazos. Instauró para un mismo sistema normativo doble jurisdicción, la ordinaria y la contenciosa administrativa. El sentido de esta última es aplicar las regulaciones especiales que rigen las relaciones del Estado con los particulares, las que no existen en

la seguridad social, por cuanto es indiferente para el régimen general de pensiones -con la salvedad de las transiciones en vía de extinción- la categoría de empleado público o de trabajador particular. Es de augurar enormes dificultades para las administradoras de pensiones, estar atendiendo a dos señores supremos interpretando las normas del sistema pensional.

Sobre otros aspectos de la reforma de la justicia

Las relaciones entre los poderes públicos, la función de los jueces y la independencia judicial: análisis para una propuesta de reforma a la justicia

Jaime Alberto Arrubla Paucar

Gobierno, administración y presupuesto de la justicia

Hernando Torres Corredor

Los MASC: ¿una forma alternativa de acceder a la justicia?

Rafael Bernal Gutiérrez

La geografía de la justicia - Una mirada local al funcionamiento de la justicia en Colombia

Mauricio García Villegas y José Rafael Espinosa

Corte Constitucional y reforma judicial: apuntes sobre la jurisprudencia en materia de justicia durante el período 2000-2012

Humberto Antonio Sierra Porto

Reflexiones generales en torno a la formación jurídica en Colombia (1980-2013)

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Hernando Gutiérrez Prieto

Reflexiones sobre el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias

Hernando Herrera Mercado

Las relaciones entre los poderes públicos, la función de los jueces y la independencia judicial: análisis para una propuesta de reforma a la justicia

Jaime Alberto Arrubla Paucar

Profesor universitario y Presidente de la Corte Suprema de Justicia entre 2010 y 2011

I. Introducción

La historia reciente de nuestro país señala claramente la gran cantidad de deficiencias que arroja nuestro sistema democrático. Con el menor ánimo de volver a activar choques añejos entre poderes públicos, sí es necesario realizar un examen detenido de lo sucedido y sus consecuencias institucionales, a fin de que la experiencia nos indique el camino que debe trasegarse para futuras enmiendas en nuestro sistema que aseguren no volver a repetir tales perturbaciones.

Sin duda, la historia reciente con relación al poder judicial en Colombia y el mundo entero, se caracteriza por la permanente lucha para defender su autonomía frente a las demás ramas del poder público y frente a la sociedad misma en general, al punto de ser calificada la necesidad de dicha autonomía como una condición *sine qua non* para la existencia de una democracia.

Podría pensarse que se trata de un tema lo suficientemente decantado y superado en el momento actual, donde reina un Estado constitucional de derecho, basado en principios generales, que garantiza la independencia del poder judicial frente a las otras ramas del poder público. Lamentablemente no es así. Si bien ya no se trata, como en antaño, de elaborar el principio para

superar el control de la función del poder de los monarcas absolutos, se torna necesario en épocas contemporáneas mantener una revisión permanente sobre el tema, pues aparecen sofisticadas maneras de socavar la independencia de los jueces en la postmodernidad.

No faltan los argumentos críticos sobre que la independencia sólo existe en el papel, que se trata de un “ente fantástico”, de un “asunto péfido”, de “nuevos ropajes del emperador”, significando que no existen los jueces independientes; o por otro lado, se señala que se vive en una sociedad caracterizada por la dictadura de los jueces.

Pero, ¿de dónde viene y qué cambios ha experimentado la idea que tenemos en la actualidad sobre lo que debe ser el papel de los jueces en la administración de la justicia ordinaria? La respuesta puede acercarnos a la problemática que hoy concierne a la independencia de los jueces.

Con la incursión del racionalismo y las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX se consideró que el papel de los jueces estaba completamente decantado: eran voceros de la voluntad del legislador, por ello se les consideraba como la boca que pronuncia las palabras de la ley. El juez no podía oponerse a la voluntad soberana, a la voz racional del pueblo que se manifestaba por los parlamentos a través de su gran instrumento, la ley. El productor de esas leyes estaba idealizado y equiparado a la divinidad y no le era posible al juez revelarse contra ella¹.

En una dinámica hegeliana toda la evolución histórica apuntaba a la personificación de la inteligencia, para hacerla manifestar por medio de las leyes². La voluntad del legislador es la voluntad racional del pueblo y el juez, simple mortal, no puede rebelarse contra ella³. La razón se convierte en una divinidad, y así I entroniza nada más y nada menos que el incorruptible Robespierre en Notre Dame, su pontífice mayor; los jueces, oficiarán su culto, como sus fieles y leales sacerdotes.

Así podemos entender el papel que se asigna a los jueces; frente a una ley, producto de la razón y de la voluntad popular, no tiene otra función que

1 Plácido Fernández-Viagas Bartolomé. ¿Independencia judicial?. Aranzadi, Pamplona, 2006. Pág. 1.

2 *Ibidem*

3 *Ibidem*. Pág. 2.

aplicarla tal cual se le presenta, con un proceso cognoscitivo de estricta lógica silogística, donde la ley es la premisa mayor, el caso en debate la menor y la decisión judicial la conclusión. Tenemos al juez como un operador jurídico, aplicando un proceso de subsunción, con precisión casi que matemática, en el cual se limita a ser la boca inanimada de la ley.

Con esta idea mítica se presenta la función del juez en los tiempos del modernismo y en cierta manera, así sea por inercia, se mantiene en nuestro tiempo. Pero los tiempos cambian y los modelos legados por la ilustración comienzan a ser recogidos y sustituidos por otros, que pretenden dar respuesta a las nuevas necesidades sociales; es imposible que alguien razonable, por jacobino que se considere, continúe en la presunción de racionalidad y sabiduría del legislador, sin embargo la estructura se mantiene, porque es que tampoco se ha presentado una mejor concepción; los legados de la revolución liberal, al menos le pusieron *sindéresis* a situaciones que antes dominaba la arbitrariedad y encontrar el sustituto no es tarea fácil. Otras ideas irrumpen en la contemporaneidad con el neoconstitucionalismo, como adelante lo señalaremos, cosas buenas, regulares y malas, por lo pronto se llega a la misma presunción de racionalidad pero frente al constituyente, de quién la sabiduría se presume y pasó a ser la divinidad entronizada de la razón, incapaz de falta o equivocación alguna, a quién hay que atender por encima de todas las posibilidades.

Lo que corresponde a los jueces en esta concepción de su tarea es precisamente aplicar la ley con inteligencia, el derecho con prudencia, es lo que hará jurisprudencia. El poder radica en el pueblo y en ejercicio del voto popular elige a sus gobernantes, al poder ejecutivo, no a los jueces, que son un poder menos democrático en la medida en que en su elección no interviene directamente el pueblo; pero como lo que se requiere es inteligencia, a los puestos judiciales deberán llegar los más competentes, para poner su inteligencia al servicio de la ley. Así, los sistemas de elección o designación de jueces deberán cuidarse de buscar los mejores juristas, por métodos de concurso de méritos, logrando de contera, mantener la independencia del poder judicial frente a los demás poderes públicos.

Observamos que la legitimación de los poderes públicos, abrevia en fuentes distintas⁴; la del poder ejecutivo y el legislativo, en la democracia, la elección popular, la práctica política por la consecución del poder; mientras la judicial, en la sabiduría y prudencia para aplicar la ley, de forma indepen-

4 *Ibidem*. Pág. 3.

diente, atendiendo a la razón que ella encierra y desdeñando todo tipo de influencias externas.

Los tiempos cambian, la separación de poderes, gran sueño ideal del liberalismo, no deja de ser un hecho del pasado, si es que alguna vez se presentó. El contrapeso de poderes del ejecutivo y el legislativo, no existe, se cambió por la coalición de gobierno, que los confunde en el propósito político del gobernante de turno⁵. La confianza en la objetividad de los congresos como órganos independientes desaparece⁶.

Ahora, miremos que sucede entonces con la Justicia. Al parecer mantiene la concepción que se le quiso dar en la ilustración y no podía ser diferente, no puede correr el riesgo social, de que los jueces no sean independientes, pero día a día se socaba más ese andamiaje; el ejecutivo se ufana de su sabor popular y lo invoca incluso para amedrentar a los jueces e insinuarles de qué manera deben producir sus fallos, so pena de acudir al pueblo, para recortar sus funciones⁷. Se invoca al pueblo para ufanarse de un poder con legitimación de mejor categoría y linaje que el del juez. Pero por otro lado, el papel del juez como vocero de la ley se revienta, ya la ley no tiene la presunción de sabiduría, pues es producto de no muy bien integrados congresos, en los cuales predomina el entorno político y el interés que de él emana, por encima del bien público. Ya lo sabio, racional y justo es la Constitución y en ese altar deben oficiar todos los jueces, la cual está cargada de principios, más que de normas y le corresponde al juez interpretarlos y medir su alcance. Sobre este tema bien llega una cita del profesor de Derecho Público de Heidelberg Ernest Forsthoff⁸ que advierte:

(...) hoy en día es el propio juez quién decide, apoyándose en el Derecho, sobre cuando está él mismo sujeto a la ley y cuando deja de estarlo. Y no es esto lo más grave, al fin y al cabo el problema de las fuentes a utilizar por el juez constituye una cuestión técnica cuya

5 *Ibidem*.

6 Hernández Martín, Valeriano. *Independencia del Juez y desorganización*. Civitas, Madrid, 1991. Pág. 98.

7 En países como Bolivia, el poder ejecutivo, para cambiar la composición de la Corte Suprema de Justicia, acudió al expediente de rebajar considerablemente los sueldos, para obligarlos a dejar sus cargos. En Colombia, frente a una decisión de la Corte Suprema que consideró que los políticos aliados con grupos al margen de la ley, incurrieran en concierto para delinquir y no en rebelión como quería el gobierno para indultarlos, amenazó el ejecutivo, con acudir al pueblo para lograr apoyo. Todo Esto ocurre en los años 2005, 2006 y 2007.

8 Bachoff, Otto. *Jueces y Constitución*. Taurus, Madrid, 1963. Pág. 16.

resolución, sea la que fuere, podrá ser admisible siempre que se haga con rigor y con los instrumentos de racionamiento del propio sistema. En nuestra opinión, el problema se planteará en su estricta gravedad cuando los criterios de derecho sean sustituidos por la pura y simple irracionalidad y la búsqueda del espectáculo, lo que ha dejado de ser demasiado extraño.

Son los tiempos del neoconstitucionalismo, diríamos nosotros.

Grave el momento en que la justicia comienza a ser un espectáculo y el juez su protagonista principal. El juez movido por el protagonismo se deja llevar a decir lo que la sociedad de masas quiere escuchar. El juez aspira al favor popular, tiene atracción por el poder público y hoy, en un puesto de privilegio como la magistratura, puede caer en la tentación de utilizarlo como trampolín para llegar a un puesto en otra de las ramas del poder público.

Bueno, se dice entonces que lo que corresponde al juez hoy en día es interpretar. ¿Qué es eso de interpretar?; le corresponde al juez, indagar sobre el verdadero alcance del precepto jurídico. ¿Ella es posible?. Decía Ortega y Gasset, *“temerario proyecto de interpretar plenamente un texto”, no solo por culpa del intérprete, sino del mismo texto, porque siempre “quedará un residuo ilegible” susceptible de comprenderse desde los más contradictorios y diversos sentidos*; ¿qué garantía entonces de que el legislador se respete en su primitiva voluntad?. Allí es donde los jueces comienzan a ser mirados como objeto de expresión política. El gobierno de turno, los grupos políticos de oposición, los medios de comunicación, los sectores marginados, quieren llegar a ellos para lograr la interpretación que favorezca sus intereses y están dispuestos a formar el espectáculo que seduzca al juez en su protagonismo.

Para darnos una idea de la contaminación que puede significar la injerencia de la política en el poder judicial, vale una cita de un columnista aparecida en el diario El País de España, hace algunos años. Dice:

(...) el poder añadido que ha ido asumiendo la justicia desde que los partidos políticos encontraron en la vía judicial el camino definitivo para derrotar a sus adversarios, lo que no solo expresa una indeseable mutación de los equilibrios del sistema de poderes, sino que tiene consecuencias graves para la propia justicia, porque, en la medida de que el eje del conflicto político se desplaza del parlamento a los juzgados, los partidos políticos se lanzan a la conquista de posiciones y mayorías en los órganos judiciales, con lo cual el zafarrancho es catastrófico”⁹.

9 Ramoneda, Josep. *“Justicia, política, sociedad”*. Diario el País, Artículo. Citado por Plácido Fernández-Viagas Bartolomé. Ob. Cit. Pág. 3..

El juez ha comenzado a desconfiar de la racionalidad de la ley; pero el político, también desconfía de la racionalidad del juez.

En Colombia los grupos paramilitares permearon la política y realizaron alianzas con muchos políticos que llegaron al Congreso; según opinión de algunos, alcanzaron a ser en el año 2006 el 40% de la Corporación¹⁰. Un apoyo en la respectiva zona, garantizando la exclusiva en el activismo regional, a cuenta de contarlos como apoyo para deferentes intereses que tuviese que reglamentar en el legislativo, llegando incluso a firmar pactos misionales. No se contaba con que ello podía salir a flote y se subestimó que los miembros del congreso tenían, de conformidad con la Constitución Nacional, fuero especial para la investigación y el juzgamiento de los eventuales delitos que cometieran en ejercicio de sus funciones en la Corte Suprema de Justicia.

Con este marco introductorio sobre la cuestión, procedo a analizar algunos temas que me conducirán a un examen crítico sobre la independencia judicial, con un especial énfasis en Colombia, que es mi país, en el que me desempeño, al que mejor conozco y que está viviendo unas muy particulares circunstancias por la judicialización a la que los jueces han sometido a los grandes grupos armados y a los políticos que se inclinaron ante ellos para perpetuar su poder o llegar a él.

1.1. *El concepto de independencia del juez*

¿Que se espera con la independencia del juez? Lo primero es advertir que se trata de una expectativa de la sociedad, un derecho de los sujetos habitantes de un territorio, para que aquellas personas investidas del poder jurisdiccional, encargadas de dirimir las controversias que surjan entre ellos, lo hagan atendiendo nada más que a su inteligencia sobre el caso y sujetos a la ley que los gobierna, es decir, con imparcialidad. Desde esa óptica, la independencia del juez hace parte de la garantía fundamental de los ciudadanos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. La legitimidad de un sistema de justicia puede perfectamente evaluarse por la capacidad de ser imparcial, de ser autónomo, de no ser susceptible a presiones de ninguna clase. Pero no se trata de una conducta esperada de quienes fungen como jueces solamente; el mismo diseño del sistema debe ser permeable a la imparcialidad.

10 El Sr. Mancuso lo dijo a los medios de Comunicación y en diligencia judicial rendida ante la Corte Suprema.

La forma de designar los jueces, dando posibilidad de intervención a los políticos, puede atentar contra dicha imparcialidad. El diseño de gobierno de la rama jurisdiccional también puede afirmar o contrariar dicha independencia. La posibilidad de que jueces de origen político intervengan en decisiones de otros jueces que no tienen esa procedencia, pone en el filo de la navaja la independencia del sistema. Señala Cox, refiriéndose a la independencia del poder judicial, que esta consiste en *“La imparcialidad y la independencia y la libertad de los jueces respecto a cualquier forma de instrucciones o de intereses propios”*.

Para Laurenz, la imparcialidad de los jueces “es un principio de derecho justo” y para Bobbio equivale a una suma de virtudes en el juez. Para Vigo¹¹, Lo cierto es que una de las razones principales que brinda al juez autoridad y legitimidad es precisamente, el estar como un tercero frente a las partes dispuesto a descubrir la verdad y a imponer la respuesta jurídica correcta. En opinión de Grunhut, *“entre todas las instituciones de nuestra vida jurídica, la idea del Estado de Derecho celebra su máximo triunfo con la independencia de la decisión del Juez”*.

A pesar de los cambios actuales en la concepción de la ley, sigue pesando como criterio definitivo para darnos una idea de cómo debe entenderse la independencia judicial, precisamente el sometimiento del juez al derecho para la toma de cualquier decisión que le competa. A propósito, observa un profesor de la Universidad de Navarra que *“Esta independencia, como se ha dicho, consiste en la ausencia de vínculos de dependencia o, lo que es igual, en la absoluta soberanía que tiene cada órgano jurisdiccional en el ejercicio de su oficio de aplicación del Derecho. Al ejercer la jurisdicción, los órganos jurisdiccionales únicamente están sometidos al derecho”*¹²

Desde 1985, las Naciones Unidas, en el séptimo congreso, sancionaron Los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura¹³ y constituyen el primer ordenamiento jurídico internacional en el que se formulan estándares de comportamiento ético para jueces. El documento contiene los principios para la promoción y aseguramiento de la independencia judicial,

11 Vigo, Rodolfo Luis. *La ley al derecho*. Ed. Purrúa, Mexico. 2003. Pag. 219.

12 Muerza Esparza, Julio J. *Independencia judicial y dependencia jerárquica*. Actualidad <jurídica Aranzadi, 656. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2005. Westlaw.ES.

13 Sancionados en el congreso sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente, ratificado por la Asamblea General en Septiembre de 1.985.

dirigidos a los estados miembros de las Naciones Unidas. De estas formulaciones merecen destacarse los siguientes principios:

- La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
- La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.
- No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los Tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.
- El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.
- Cada Estado miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

1.2. *Manifestaciones contra la independencia de los jueces*

Compete a toda la sociedad y al Estado mismo garantizar la independencia de sus jueces a fin de que puedan cumplir su labor. Pero no solo en los textos, sino también en la actitud de los gobiernos para crear confianza en los jueces. Al fin y al cabo la imparcialidad de los jueces descansa en la confianza que la sociedad tenga sobre la libertad que tienen para producir sus fallos. La confianza es una actitud psicológica de la población, que se consigue y se defiende con el respeto de los demás poderes públicos, que se encuentran institucionalmente obligados a respaldarla. Si los titulares de los demás poderes públicos se convierten en críticos de la actividad de los jueces e invitan a desconocerla, estarían nada más y nada menos que creando un ambiente de desinstitucionalización nocivo para la democracia.

Se pueden señalar muchos aspectos de donde se mide la garantía de dicha independencia en el actual momento, y en el pasado reciente, observemos algunos de ellos:

1.2.1. *Con relación a los demás poderes públicos*

Independencia institucional de poder a poder en materia jurisdiccional, de manera tal que a la decisión del juez no puedan influirla desde otros poderes, que no lo atemoricen, ni pretendan congraciarse con ellos, ni permita que se le impartan instrucciones.

No es extraño a nuestro entorno que se presenten incursiones del ejecutivo que pongan en entredicho la independencia de los jueces. Se pretendió inicialmente que la Sala Penal de la Corte Suprema cambiara su calificación en unas investigaciones, auto de 13 de julio de 2007¹⁴, pasando de concierto para delinquir, a simples rebeliones a propósito de la ley de Justicia y Paz¹⁵. Digamos que este momento coincide con el inicio de un gran enfrentamiento entre el poder judicial y el ejecutivo que vivió Colombia entre los años 2006 y 2010, que se había desatado a raíz de un cambio de postura del ejecutivo para la reforma constitucional a la acción de tutela, al parecer para no perturbar a la Corte Constitucional, que andaba en la revisión del acto legislativo que dio paso a la reelección presidencial.

Se amenaza a la independencia judicial cuando desde el poder ejecutivo se califica la labor de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, con comentarios en los que se les tilda de prevaricadores, de golpistas, de tener un “sesgo ideológico”, de comparar sus decisiones con “pescas milagrosas” y de señalarlos de “cohonestadores del terrorismo” y de calificar sus actuaciones como el “coletazo agónico del terrorismo”¹⁶.

Pero los calificativos no se atenuaron por aquella época, por el contrario crecieron en calibre y atropello. Desde el ejecutivo se llamó a los magistrados “sepulcros blanqueados”¹⁷, que según la previsión bíblica en San Mateo, son aquellos que por fuera parecen bonitos pero por dentro están llenos de huesos de muertos y de toda inmundicia. Qué puede pensarse de una

14 Ponentes los Magistrados Yesid Ramirez Bastidas y Julio Socha Salamanca.

15 Esto desató críticas desde la Casa de Nariño, al punto que un asesor presidencial así lo dice en un medio de comunicación.

16 Expresiones encomilladas tomadas de diferentes alocuciones del Sr. Presidente de la República, entre los años 2006 y primer semestre de 2010.

17 En discurso Público del Presidente de la República en el segundo semestre de 2009.

democracia donde uno de los poderes públicos se refiere con tal metáfora respecto a quienes representan la dignidad de la justicia, para no entrar en otras calificaciones que constituyen un verdadero desafuero de los deberes de los funcionarios públicos y el respeto, si no por las personas, sí por la dignidad que ellas representan, que no es otra distinta a la misma dignidad de la nación colombiana.

Pero el tono ya venía alto cuando en enero de 2008, el Presidente de la República denuncia penalmente al Presidente de Corte Suprema, Cesar Julio Valencia Copete, acusándolo de calumnia; se refiere constantemente al ex presidente Yesid Ramírez Bastidas en términos desobligantes y por comunicados de prensa, que son documentos oficiales, llama mentiroso al presidente Augusto Ibáñez a finales de octubre de 2009.

Los funcionarios públicos no pueden referirse en estos términos a los jueces, se incurre en falta disciplinaria grave; pero al Sr. Presidente de la República lo controla disciplinariamente el Congreso de la República, que controla la coalición de gobierno; hasta allí llega la queja. Mejor sería que de una vez la Constitución dijese que es irresponsable.

Pero Colombia es plétórica en ejemplos de ataques del poder ejecutivo hacia el judicial; por los años 2007, 2008 y 2009, se efectuaron todo tipo de interceptaciones a los teléfonos particulares y oficiales de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a los de su familia; incluso se instalaron grabadoras en sus sitios de audiencia, corrompiendo al personal de la misma Corte, para que participaran en tales episodios; se investigaron financieramente sus cuentas y transacciones; los resultados de la investigación que adelantó la Fiscalía arrojaron como comprometidos en tales hechos delictivos a funcionarios de agencias gubernamentales como el DAS y la UIAF, procesos que en este momento adelantan los jueces competentes. A tal punto llegó el asombro internacional sobre lo que estaba pasando en Colombia con el poder judicial, que la Comisión de la Naciones Unidas, lo calificó como tortura.

Observamos en el pasado reciente, como el mismo Presidente de la República recomienda a personas de su gobierno que son objeto de investigación criminal, que salgan del país y soliciten asilo en otros países, para evadir la acción de la justicia, en una clara descalificación del poder judicial, creando de contera una desconfianza sobre el mismo¹⁸.

18 Caso concreto de María del Pilar Hurtado en el año 2010, ex directora del DAS involucrada en las investigaciones sobre interceptaciones ilegales a Magistrados, Políticos de la oposición, sindicalistas, etc. Ella atiende el consejo y se asila en Panamá.

Independencia no significa que no se pueda colaborar con las demás ramas en conseguir los fines del Estado como ordena la Constitución, pero de allí, a realizar actos o asumir posturas que comprometan la independencia, hay un imposible institucional y democrático.

Pero para comparar, observemos en otro lado del Atlántico, y para comprender la incidencia del principio entre las relaciones de los poderes públicos, el significativo episodio que vivió España, cuando la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados citó al Presidente del Consejo General de Poder Judicial a fin de que explicara la aplicación de la ley en cumplimiento de penas por el delito de terrorismo. El Presidente se excusa de asistir señalando, entre otras cosas:

Pese a mi respeto máximo a ese Congreso de los Diputados en el que reside la Representación del Pueblo Español, lo cierto es que mi deber constitucional de defensa de la independencia judicial, plasmado en la Norma Suprema por el acto constituyente en el que se expresa la soberanía, me impide finalmente, fuera cual fuese mi deseo personal, comparecer ante la Cámara. Dicho esto debo añadir que, en mi opinión, como lógica consecuencia de la garantía constitucional de la independencia judicial que la propia Constitución recoge como pilar básico de nuestro sistema de convivencia, no se ha articulado cause (*sic*) alguno en el ordenamiento jurídico español para exigir la comparecencia de este Presidente ante el Congreso de los Diputados fuera de la periódica presentación de la Memoria Anual prevista en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y precisamente, ese cause (*sic*) no ha sido articulado porque el Constituyente ha querido que el poder Judicial permaneciera al margen del debate político como garantía de la sujeción única al imperio de la ley por Jueces y Magistrados que el artículo 117 de la Constitución también establece.”¹⁹

1.2.2. *Con relación a los grupos de presión*

Los grandes grupos delincuenciales han actuado en Colombia socavando la independencia judicial.

19 Muy discutida la posición del Presidente del Tribunal Supremo, incluso en fallo del Tribunal Constitucional que atendió demanda de varios Diputados contra la decisión de citar al Presidente aludido. Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno. #. 108, de 29 de Julio de 1986.

Se cumplen 27 años de la toma del palacio de justicia por el M-19 y la brutal arremetida de la fuerza pública para su desalojo que condujo a la muerte de 11 magistrados y de un centenar de personas ya la destrucción del edificio; tanta reacción brutal en aras de salvar las instituciones.

Pero se pensaría que por el tiempo transcurrido se trata de un asunto superado. No es así. Actualmente se amenaza a los jueces y magistrados, contra su vida y las de sus familias, se les persigue, les envían sufragios, se obstruye su desplazamiento, se sabotean sus vehículos, se amedrenta a sus hijos, etc.

1.2.3. *Con relación a los medios de comunicación*

Los medios de comunicación exageran en su deber de dar información, entorpecen la marcha de las investigaciones y definen responsabilidades previamente.

1.2.4. *Con relación a la misma Rama*

Se trata del examen de la independencia desde la perspectiva interna. Es la independencia frente al interior del propio cuerpo judicial y de la administración o gobierno del poder judicial.

La idea de un gobierno independiente de la rama judicial surgió como reacción a la situación de miseria presupuestal y de recursos que se tenían, cuando todo lo relacionado con el gasto se manejaba en antaño desde el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, además de evidentes ausencias de gerencia y administración que mostraba el funcionamiento de la misma. Don Hernán Echavarría Olózaga fue uno de los abanderados en el país para crear un cuerpo gerencial de la rama judicial el cual quedó incrustado en la reforma constitucional de 1991, con algunos antecedentes.

El actual sistema no ha funcionado adecuadamente. El Consejo Superior de la Judicatura reclama autonomía frente a las demás Cortes y actúa de manera desarticulada; el órgano encargado de la coordinación que es la Comisión Interinstitucional donde acuden todos los presidentes de las demás cortes, no es el escenario adecuado, pues tienen voz pero sus opiniones no son vinculantes y a situación se presta para incoherencias y desencantos.

Para la elección de jueces y magistrados debe haber mecanismos donde no interfiera lo político. Por eso se pensó en un sistema combinado donde el

Consejo Superior elabora unas listas, que pasa a las Cortes y de ellas, se elige la vacante. El clientelismo judicial se ha apoderado del sistema, en esas listas no necesariamente llegan los mejores como debería de ser, sino los amigos de algunos magistrados que han logrado colocar en el Consejo a quién atiende sus favores.

Recientemente²⁰ vimos la elección de Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Sala Disciplinaria, por el Congreso de la República, en un procedimiento lamentable, desde la integración de ternas por factores políticos, hasta su designación repartida entre los partidos que componen la coalición de gobierno. Si el equilibrio de pesos y contrapesos entre el ejecutivo y el legislativo, es cosa del pasado debido a las coaliciones políticas, la situación empeora en el momento en que a ese contubernio, le introducen un Tribunal, así sea el disciplinario. Tal ha sido el criterio político que ha imperado para la integración de este Tribunal, que las malas prácticas políticas se les contagiaron y varios de sus miembros están implicados en lo que se conoce como el carrusel de pensiones; por ejemplo en octubre de 2008 se eligió para ocupar una plaza de auxiliar, una persona pensionada como juez en Antioquia, y estuvo hasta diciembre de ese mismo año, por cuyo efecto paso el valor de su pensión de cuatro a doce millones de pesos.

Y resulta que estos jueces luego van a pretender revisar vía tutela, las decisiones de la justicia ordinaria. Es nada más y nada menos que introducir la actividad política en la decisión judicial.

Además, se suprimen juzgados y plazas de magistratura en los diferentes distritos judiciales de manera inconsulta con la respectiva jurisdicción.

1.2.5. *Con relación al tema presupuestario*

La rama debe disponer de recursos adecuados para su correcto funcionamiento. La remuneración de los jueces debe ser adecuada, no pueden tener salarios de miseria. El juez que no tiene la tranquilidad de asignación para procurarse una vida digna, no goza de la adecuada independencia. Con el 1.2.% de participación en el presupuesto nacional, poco podemos hacer porque exista un verdadero acceso a la justicia. Todavía se mantiene una inaceptable brecha entre las asignaciones de los Jueces y las de los magistrados que ya es hora de eliminar.

20 Por la misma época de 2006 al 2010.

Otra forma de socavar la independencia judicial va de la mano con la sobrecarga de trabajo al juez, lo que atenta contra su salud psicológica al mantenerlo bajo presión y obligarlo con ello a tomar decisiones de carrera.

Con esto quiero decir que las interceptaciones ilegales a las comunicaciones y reuniones de la Corte Suprema, son agresiones que afectan nuestra independencia, pero también la afecta una inadecuada participación en el presupuesto nacional, que impide que la rama crezca a la medida de las exigencias de los tiempos, del aumento de la población y de la conflictividad de los ciudadanos.

Sobre la independencia judicial, señala el Tribunal Constitucional español:

Naturalmente, la independencia judicial ha de ser respetada tanto al interior de la organización judicial como por “todos”. La misma constitución prevé diversas garantías para asegurar esa independencia. En primer término la inamovilidad, que es su garantía esencial, pero también la reserva de la ley orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los jueces y tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados, y su régimen de incompatibilidades. (...) aunque conviene señalar que esa independencia tiene como contrapeso la responsabilidad y estricto acantonamiento de los jueces y magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por la ley en defensa de cualquier derecho (art.117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes.²¹

1.3. La reforma constitucional de 1991 en Colombia y la independencia de los jueces

Advierte claramente el artículo 228 de la C. N. “*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*”

En esta norma se presenta claramente la aplicación del principio de la autonomía de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de su función y se

21 Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno. #. 108, de 29 de Julio de 1986.

complementa con el artículo 234 de la misma Constitución Política cuando advierte que “La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria”, queriendo decir indudablemente que toda decisión de la justicia ordinaria termina inexorablemente dentro de la Rama.

1.4. Acción de tutela: sus bondades y su incidencia en la independencia judicial

No se ponen en duda las grandes bondades de la acción de tutela²² como instrumento de amparo de los derechos fundamentales ni la gran revolución que ha motivado para acercar la justicia al ciudadano. La acción de tutela se encausa en el país gracias a la labor que realizan principalmente todos los jueces que componen la justicia ordinaria.

Pero tampoco cabe duda que tratándose de tutela contra sentencias y decisiones de órgano límite, el tema pone a temblar en el filo del cuchillo el principio de autonomía del poder judicial.

Pero no se trata de que miremos cómo otras cortes y jurisdicciones se quieren entrometer en las funciones de la justicia ordinaria, si tienen o no fundamento y si la competencia para introducirse en otras competencias las pueden derivar del consabido principio de la guarda íntegra de la constitución que les justifique la ruptura de las especialidades incluyendo el proceso mismo y que las lleve hoy a querer introducir en el sistema jurídico una suprajurisdicción que quieren llamar constitucional.

Se trata más de examinar qué es lo que ha pasado en la justicia ordinaria, que viene cediendo espacios que le son propios frente a otras autoridades judiciales extrañas a la jurisdicción ordinaria.

1.5. La falta de “conciencia constitucional”

En el mundo entero se ha criticado a los jueces de la jurisdicción ordinaria de una falta de “conciencia constitucional”. Existe la necesidad de que el juez penetre más en la interpretación constitucional y que el proceso se vuelva permeable a la garantía del derecho fundamental.

22 En otros países se conoce como derecho de amparo o simplemente amparo (México).

No deben los jueces ceder su competencia como jueces constitucionales dentro del proceso, ni tampoco permitir que el examen de la constitucionalidad se realice al margen de la actuación procesal.

El proceso es la máxima garantía para la tutela de los derechos fundamentales. Si no está cumpliendo su función, debe cambiarse el proceso, volverse permeable al examen de constitucionalidad, pero de ninguna manera puede tolerarse que se imponga un tercero para que realice el examen constitucional por encima del proceso, afectando gravemente el sentido de especialidad; ello equivaldría a socavar la competencia del juez y restarle autonomía a la decisión judicial.

Mientras más demoremos en asumir la conciencia constitucional e involucrarla al proceso, será mayor el espacio cedido de la competencia de los jueces, en aras de la incursión extraña en la actividad procesal.

1.6. La cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia inmediata de la revaluación de las fuentes del derecho

La Constitución es una norma jurídica. El sometimiento del Juez es a la Constitución y a la ley; en ese orden, a pesar de la no especificidad del artículo 230 de la C.N., que refiere en términos genéricos al imperio de la ley.

Debe tenerse por tanto por ley, no solamente esta categoría formal de fuente de producción del derecho, sino también la norma constitucional²³.

La constitución es la cúspide del ordenamiento, “la norma *normarum*, la fuente de fuentes” y el problema de la obligatoriedad de la norma jurídica, en opinión de Zagrebelsky, no es otro que el de la existencia de mecanismos de reacción eficaces para el caso de su violación.

1.7. La cuestión constitucional como garantía de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el proceso judicial

Sujetar al poder judicial a la Constitución, es sujetar a los ciudadanos y a los poderes públicos²⁴. La función judicial al sentir de Chiovenda, tiene la cua-

23 Marin Pageo, Encarnación. *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*. Madrid. Civitas. 1989. Pág. 65.

24 *Ibidem*. Pág. 71.

lidad de ser una función sustitutiva, en el sentido que mediante ella se realiza aquello que debía haber hecho *motu proprio* un sujeto y que por no haberlo hecho, el Estado, lo sustituye a ruego de otro.

Todo instrumento jurisdiccional que pretende el cumplimiento de la legalidad, sirve mediatamente al cumplimiento de la Constitución. Como la ley debe ser conforme con aquella, los jueces cumplen la Constitución cuando actúan las leyes procesales, penales, civiles, laborales, etc.

El poder judicial cumple la Constitución aplicando la ley en cualquier clase de procesos; aunque la protección de la Constitución tiene dos ópticas: una, protegerla como norma jurídica, tutelando su prevalencia respecto de las demás fuentes de derecho; otra, protegiendo las relaciones jurídicas que la dinámica de la Constitución en el ordenamiento jurídico produce.

Puesto que toda ley debe ser conforme a la Constitución, la defensa de esa ley confirma y contribuye a la defensa de la Constitución. Defendiendo la ley se defiende la Constitución.

El poder judicial es el máximo garante de la Constitución; en el supuesto que las leyes que aplique sean conformes con la misma. Si las normas que tiene que aplicar van en contra de la Constitución, también el poder judicial sería uno de sus mayores trasgresores.

En consecuencia, afirmar que existe el control de la constitucionalidad de las leyes, sin afirmar que ese control es jurisdiccional y le compete a la justicia ordinaria por intermedio de todos los jueces que la componen, carece de sentido.

Como dijera Calamandrei, la jurisdicción es la necesaria prosecución de la legalidad, esa ayuda que la legalidad necesita de la jurisdicción, debe conllevar el control de la constitucionalidad de la legalidad a fin de que el sistema sea perfecto.

Por más que cueste aceptarlo, cualquier especie de limitación que se establezca en detrimento de un poder constitucionalmente legítimo, sobre todo si la limitación se establece en beneficio de otro poder, así sea dentro de los otros órganos de la misma rama - me refiero concretamente a la Corte Constitucional en su revisión de decisiones de tutela contra providencias judiciales y a las actuaciones del Consejo Superior de la Judicatura en su sala disciplinaria-, atenta contra el contrapeso de poderes que sustenta la democracia.

Tan importantes efectos implica la sujeción del poder judicial a la Constitución, que aunque no se hubiere creado la Corte Constitucional, con base en el deber de observancia de la Constitución por el poder judicial, se podría afirmar que existe el control de constitucionalidad. No se olvide que así nació el control, si una norma es contraria a la Constitución, el órgano judicial debe solucionar la contradicción para poder decidir el proceso que está conociendo.

Si la norma es contraria a la Constitución el órgano judicial sabe qué debe hacer. Ese interrogante y su respuesta, es el fundamento del control constitucional, que nació cuando en Estados Unidos de Norte América el Juez MARSHALL en el caso MARBURY U. MADISON se encontró con la disyuntiva de tener que inaplicar la ley Federal por contrariar a la Constitución.

Es el origen del *judicial review* o revisión judicial de normas.

De allí podemos afirmar en materia de control a la Constitución, que nuestro sistema es mixto, en el que alterna el control abstracto con el control concreto.

El poder judicial, por tanto, hoy no solamente es el vocero de la ley, sino que además de aplicarla y respetarla, la controla.

2. La función del juez y su independencia en el Estado constitucional de derecho

En la sociedad contemporánea, el juez es destinatario de una cantidad de exigencias sociales frente a un Estado democrático que las viene postergando o que simplemente es incapaz de satisfacerlas en los campos de la salud, del bienestar de la vivienda, del empleo y en general de toda la conflictividad que genera la sociedad de consumo. La ciudadanía aspira, por ejemplo, a que sus necesidades lleguen a convertirse en derechos y a que sus tragedias sean eficientemente investigadas y decididas por la justicia. Por eso, los derechos fundamentales se constituyen en la parte esencial de todo régimen democrático, en la medida en que tratan de necesidades primarias que, como las señaladas anteriormente, están estrechamente vinculadas con la dignidad humana.²⁵

25 Presidente de la Corte Suprema, Discurso Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria, Cartagena 2008.

En el fondo, la esencia de toda democracia se reduce al hecho de gobernar con el apoyo de los gobernados, desarrollando su actividad de tal forma, que atienda las demandas de la mayoría sin desmedro de los derechos de la minoría. Y, en ese contexto, es posible desvelar el significado de la independencia judicial en el momento actual, que tiene que entenderse como la facultad de los jueces para proferir sus fallos desde el derecho, en el marco de sus poderes y sus deberes. En ese sentido, el juez que juzga desde el derecho es un juez independiente²⁶.

3. Las consecuencias del neoconstitucionalismo en la actividad judicial

Nuestra Constitución aparecida en las postrimerías del siglo XX marca el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional, o mejor, en opinión de Ferrajoli, el paso del Estado de Derecho “débil” al estado de Derecho “fuerte”. Los jueces, a partir de esta Constitución, ya no estarán limitados a ser “la boca inanimada de la ley”, sino que se les reclamará, que asuman la constitución y la principalística que ella contiene, incluso para hacer juicios de valor a las leyes preexistentes y post constitución. A partir de entonces el control constitucional jurisdiccional no será lo que Kelsen llamó el legislador negativo, sino que se dinamizará sobre el contenido material o sustancial de las leyes, el cual debe interpretarse con la Constitución como faro fundamental.

Se presentan grandes cambios en la teoría jurídica siguiendo los trazos de los países europeos, en atención a lo que se denomina la constitucionalización del derecho, destacándose ante todo la ruptura de las convicciones del positivismo jurídico, para ofrecer visiones de un sistema, más realista, con propuestas más acordes con los nuevos lineamientos de la Constitución, la cual desborda a los constitucionalistas y se refleja en todos los juristas, a quienes llena de expectativas y perplejidades con nuevas propuestas para el sistema legal. Es lo que se ha dado en llamar el neoconstitucionalismo, como una nueva teoría del derecho encargada de respaldar el proceso de constitucionalización del derecho vigente, dejando rezagado el iuspositivismo o estado débil del derecho, que servía de sostén al viejo sistema, fundamentado en la concepción liberal de la sociedad decimonónica²⁷.

26 *Ibidem.*

27 Vigo, Rodolfo Luis. *El neoconstitucionalismo y la función judicial: Límites, Riesgos y perspectivas*. La Protección de los Derechos Fundamentales y La Jurisdicción Ordinaria. Autores Varios. Ed- Corte Suprema de Justicia. Bogotá. 2007. Pág. 187-188.

Como rasgos centrales del neoconstitucionalismo²⁸ que impactan el sistema jurídico colombiano podemos señalar:

- El derecho deja de ser un conjunto sistemático de normas para comprender valores y principios, que se encuentran utilizables para las resoluciones jurídicas que deben dictar los jueces.
- Respecto a la epistemología jurídica, ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizado (racionalista) sino que se reclama prescripción y valoración.
- El derecho se judicializa en cierta medida superando la distinción entre la creación y la aplicación
- El examen de la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos constitucionales, que aumentan el papel del poder judicial
- Se quiebra la distinción entre moral y derecho y el juez debe afrontar exigencias de moral crítica.

Ahora, se trata de analizar qué impactos tiene todo este proceso en la labor que cumple el juez y en la independencia que debe tener para cumplir con su función de administrar justicia.

Es de esperarse que el sistema legal que comprende los códigos de derecho privado y leyes que los desarrollan y complementan, se encuentre acorde con la Constitución, como norma superior y fundamental y que precisamente, esos códigos y leyes tengan como función primordial realizar la Constitución. De otro lado, la interpretación de ese derecho positivo vigente debe hacerse de acuerdo con los cánones constitucionales.

De otra parte es imprescindible definir de manera estable los campos de la desconstitucionalización, es decir, en definitiva, qué aspectos del derecho no deben continuar al vaivén del examen de constitucionalidad, pues además de incrementar la litigiosidad y de la definición de los conflictos jurídicos con graves consecuencias para la congestión judicial, desalienta la inversión y el desarrollo económico, debido a la inseguridad jurídica que ocasiona.

28 *Ibidem.*

Pero además, se presenta un gran impacto en la independencia de los jueces ordinarios que cada vez encuentran una mayor invasión de sus espacios, so pretexto del examen de los de los derechos fundamentales.

Por todo ello, se previene sobre serios problemas que puede plantear el proceso de constitucionalización y del neo constitucionalismo.

Compartimos muchas de las tesis neo constitucionalistas y somos partidarios del proceso de constitucionalización del derecho en general, pero no podemos dejar de advertir de algunos peligros posibles y reales que se vienen presentando en Colombia y en el mundo entero a consecuencia de este proceso y su impacto en la función judicial²⁹. Observemos algunos de ellos:

1. Sobre interpretación de la Constitución. Ya hemos advertido que el proceso de constitucionalización del orden jurídico supone reconocer el efecto resplandeciente de la Constitución sobre todo el orden jurídico y por ende, el derecho queda impregnado del aroma de aquella; la sobre interpretación, es pretender que en la Constitución están todas las soluciones jurídicas y se impone su aplicación, sin dejar espacio para otras normas. Algunos juristas contemporáneos llegan incluso a sostener que en la Constitución está todo y es suficiente y por ende, se puede prescindir de los códigos y las leyes y de contera de las Cortes de Casación, cuyo papel se limita a la defensa de la ley. El mismo Alexy advierte sobre el peligro que puede significar una infra constitucionalización o sobre constitucionalización y propone mejor llegar a un constitucionalismo moderado.
2. El debilitamiento del poder legislativo y de la ley. La revolución liberal acuñó un modelo de Estado que le reconoce un papel preponderante a la ley y al poder legislativo, que son producto de la razón y entrañan la soberanía popular. Se decía en esa época que solo a la ley le debe el hombre la justicia y la libertad. Es evidente que en el marco de un Estado neo constitucional entran en crisis la ley y el órgano que la produce y es el mismo Kelsen quien se expresa crítico a una Constitución cargada de valores indeterminados pues genera el riesgo de desbalancear al juego de poderes a favor del Tribunal Constitucional.

29 Vigo, Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 190.

3. El oscurecimiento democrático. No hay duda de que en la conformación del poder legislativo interviene ampliamente la población por vía directa, el voto popular. No sucede lo mismo con los jueces, como advertimos en la introducción; la rama judicial es la menos democrática en la medida que en su composición no interviene el voto del pueblo. Por ello, Gargarella advertía sobre la usurpación judicial de la voluntad popular bajo el ropaje de la interpretación constitucional.
4. El *iuspositivismo* ideológico constitucional. La ley, señalábamos, se concebía como el producto de la razón, oficiada en el templo de la sabiduría que era el parlamento. Bobbio entendía el *iuspositivismo* ideológico como aquella verdad que se predica en todo juicio axiológico favorable de toda norma jurídica positiva que conlleva al operador a entenderla dogmáticamente sin realizar sobre ella ninguna reflexión crítica sobre los valores que la misma contiene, es decir, se aceptaba como justo y razonable lo que la ley disponía. No le estaba permitido al juez cosa distinta que aplicarla, ser su vocero y aceptarla como fuera. El neo constitucionalismo encierra otro peligro, que es tener como bueno o justo todo lo que señala la norma constitucional; es decir, la “presunción del legislador racional” que se critica a la ley ahora se predica del constituyente, de tal manera que se advierte que todo lo dispuesto por este, es coherente, justo, útil, completo, etc. Es lo que Aragón refiere como el “fetichismo constitucional”, la palabra del constituyente es una palabra revelada y todos los jueces constitucionales, son los encargados de administrar la palabra y officiar el culto en que deben creer todos los juristas, independientemente de la especialidad que tengan. Es en opinión de Zagrebelsky, el paso de la “soberanía de los Estados” a la “soberanía de la Constitución”.
5. La desnormatización del derecho. Es incuestionable labor del neo constitucionalismo la sublimación de los principios generales que contienen las constituciones contemporáneas. Le da vía libre a la propuesta de Dworkin de pasar del modelo de reglas hartiano al modelo de principios. Zagrebelsky advierte que distinguir los principios de las reglas, equivale a diferenciar la Constitución de las leyes. Ello era necesario, pero tanto entusiasmo y fervor por los principios, puede conllevar a arrinconar las normas y si el jurista se limita a ello, cada vez sabrá menos derecho y tendrá menos conocimiento sobre ellas. El proceso de desnormatización se aúna

al de descodificación y la principalización del derecho; volvemos al particularismo jurídico que desesperó a los humanistas del siglo XVIII y defendieron como un derecho elemental del ser humano, el poder conocer en forma clara y precisa la norma jurídica que debían respetar.

6. La hipermoralización del derecho. Kelsen propuso la teoría pura del derecho, explicando el derecho desde el derecho, prescindiendo de la idea moral. Se consideró la moral como el triángulo de las Bermudas del derecho, queriendo significar con ello, el espacio gris donde se perdía toda *sindéresis*. Dworkin propone leer la Constitución moralmente. Con esta propuesta neo constitucional, también necesaria, no hay discusión, se corre el riesgo de que la moral desborde el derecho mismo, nos vamos a un extremo diferente para reaccionar contra la pureza del imposible sueño kelseniano.
7. La prescindencia del silogismo deductivo judicial. La principalística que pregona el neo constitucionalismo nos conduce a reemplazar los procesos lógicos deductivos que impone el racionalismo por la teoría de la argumentación, para realizar un proceso valorativo de los diferentes argumentos, marginando las estructuras que controlan formalmente al razonamiento. Nos despedimos del racionalismo y su producto principal, el silogismo.
8. La despedida de la seguridad jurídica. Este valor que algunos ya lo observan como decimonónico, pasa a ser cosa del pasado y en el neo constitucionalismo es sustituido por el principio de la equidad. Se confía en el operador judicial como capaz de armonizar los principios y valores en tensión y de lograr la armonización que conducen a la correcta solución judicial del caso; se confía en la razón justa del juzgador por encima de la seguridad jurídica. El trono de sabiduría se desplaza de los congresos que producen las leyes a los jueces que las critican, valoran y aplican.
9. El problema de fuentes. Se desenvuelve este tema dentro del debate planteado a partir de la Constitución de 1991, que mejor se podría llamar crisis del sistema de fuentes en el derecho colombiano. A lo anterior se agrega la tensión que el proceso de adaptación produce en la sociedad misma y en las relaciones entre los poderes públicos y entre las mismas cortes del sistema de justicia nacional. Para muchos neo constitucionalistas en la Constitución

está todo el derecho y la jurisprudencia constitucional es la primigenia fuente del derecho, las demás fuentes son apenas proyectos de derecho, condicionadas a la confirmación o rectificación que efectúen los jueces constitucionales.

10. La politización del poder judicial. Se ha dicho que los jueces encargados del control de la Constitución deben tener una visión de Estado, que supere la de los simples burócratas judiciales. De allí podría imponerse que un Tribunal Constitucional encargado del control constitucional directo, fuera electo por el congreso y respondiera a una génesis política indiscutible, con una composición que refleje el pluralismo de la vida social y política. Pero de allí, pasar a admitir que sea el idóneo, bajo el pretexto de defender la garantía fundamental del debido proceso, para producir la decisión de cierre en las causas de la justicia ordinaria, es un verdadero exabrupto.

La tutela contra providencias judiciales es actualmente la vía que encontraron la clase política y otros grupos de interés, para penetrar en las decisiones de la justicia, aprovechando la permeabilidad de los tribunales ávidos de tutela, a los contactos y la composición política.

La función que por antonomasia correspondía a la jurisdicción ordinaria y contenciosa viene cada vez en caída, por la incursión de otros poderes públicos.

A la pregunta de si debe haber tutela contra decisiones judiciales, la misma Corte Constitucional dio una respuesta negativa en sus iniciales providencias. Pero si hoy en día, por el fulgor popular que se le ha dado al tema por el juez político, es necesario mantener la tutela contra sentencias, su decisión final no puede salir de la rama, de la jurisdicción ordinaria, so pena minar el principio de autonomía judicial.

Resulta paradójico, que en un momento de la historia, donde los jueces aparecen con un mayor poder frente a las otras ramas del poder público, se presente entre ellos el mayor desconocimiento a la independencia judicial so pretexto de garantizar la defensa de los derechos fundamentales, como si ese no fuese precisamente el papel de todos los jueces sin distingo alguno.

Es la jurisdicción ordinaria, como poder judicial, quién debe reaccionar para defender su función y sus sentencias, asumiendo a plenitud su tarea de aplicar la ley y la Constitución y no permitiendo que su autonomía se vea amenazada por nadie y mucho menos por la misma Rama.

- II. El poder judicial como poder administrador. Se ha dicho que para que verdaderamente el poder judicial sea independiente, debe auto gobernarse. Sin embargo, las cosas se han ido a otro extremo, no solo se gobierna así mismo, sino que quiere gobernar el Estado. El protagonismo judicial no solamente afecta el poder legislativo, sino que se extiende al poder ejecutivo, que se ve interferido por las decisiones constitucionales, que modifican presupuestos, ordenan obras, infraestructura y coberturas a veces imposibles de atender.

Ahora, la reflexión obligada. Frente al cambio que experimenta la sociedad entera y los sistemas jurídicos en particular, ¿cuál debe ser el perfil del juez que se requiere en tiempos contemporáneos y como debe ser vista la independencia judicial?.

4. La reforma a la justicia

Por todo lo anteriormente analizado, es evidente que la cuestión judicial necesita una revisión de fondo en Colombia. La justicia en Colombia requiere de una transformación profunda y generalizada, la cual no puede ser llevada a cabo únicamente a través de normas jurídicas, sino que para ello es necesario invitar a toda la comunidad a participar de manera activa y comprometida, en su calidad de usuaria y veedora de la misma.

¿Por qué es menester darle al tema de la justicia, prioridad en la agenda nacional?

Porque no se pueden concebir la paz ni la seguridad ciudadana, el progreso del pueblo, su bienestar y su inclusión en un mundo globalizado, sino mediante una justicia sólida, autónoma e independiente, plural, solidaria, organizada, moderna, cumplida, sintonizada con las necesidades de los justiciables y con las exigencias del tráfico contemporáneo.

El proceso que comenzó por iniciativa del Gobierno Nacional, en la conformación de una comisión de expertos que, después de varios meses, arro-

jó importantes reflexiones acerca de la necesidad de una política de Estado sobre el tema de la justicia y la necesidad de un acuerdo nacional alrededor de la misma. Así mismo, sobre la propuesta que presentó el Gobierno a las Cortes y que llevó al Congreso de la República, donde fue distorsionada con cambios de última hora que condujeron a su fracaso.

El problema de la justicia debe dejar de ser contemplado parcialmente como si todo se redujera a un tema de congestión judicial o de impunidad, por relevantes que sean estos temas, para contemplar otros de acentuada significación que deben tenerse en cuenta en el planteamiento de las soluciones.

El cambio estructural que necesita la justicia en el país no se reduce únicamente a agilizar procesos, sin dejar de lado su importancia. Los cimientos de la propuesta radican en la necesidad de dar respuesta efectiva a toda la problemática que aqueja a la justicia, mediante una reforma normativa de la Rama Judicial, acompañada de recomendaciones puntuales, que faciliten la adopción de medidas urgentes y ordinarias que solucionen en breve tiempo y generen las condiciones idóneas para el adecuado desarrollo de la Rama. La competitividad del país está estrechamente ligada a la eficiencia de la justicia.

De allí la necesidad de que la política de justicia, además de oportuna y eficaz, sea una prioridad para el Estado, pues con ella se contribuye no solo a la unidad nacional, sino a la pacificación que precisa la República.

Convertir la justicia en prioridad del Estado, de un lado reconoce la necesidad de consolidar la seguridad jurídica, de solucionar los grandes problemas nacionales, como son la corrupción, la criminalidad organizada, el narcotráfico, el paramilitarismo, etc.; y, de otro, siendo prioridad será una directriz que persuada a todos los sectores del país al apoyo y mejoramiento de la justicia, incluyendo a los sectores empresariales nacionales e internacionales que requieren, además de seguridad jurídica para sus inversiones y negocios, una pronta y debida justicia cuando la requieran.

El sector debe mantenerse en permanente revisión, para que los colombianos puedan encontrar las bondades de una sociedad en la cual impere la justicia. Pero precisamos de una reforma que apunte precisamente a mejorarla, a buscar un mejor acceso para los habitantes, a librarla de congestiones y a hacerla más eficiente y autónoma.

Sobre la temática en reflexión en la mesa de justicia

Muchos son los temas que deben replantearse y ya están debidamente identificados desde el trabajo que realizó la comisión de expertos. Algunos serían:

4.1. *En materia de Tutela*

Considera que no debe haber tutela contra decisiones de cierre de la Corte Suprema ni del Consejo de Estado, habida cuenta de que el control que se ejerce a través del recurso de casación comprende la tutela de los derechos fundamentales y del sistema jurídico en su integridad.

En la hipótesis de que tuviera que abrirse el campo a la tutela contra decisiones de órgano límite, ésta debería ser conocida por la sala plena de cada órgano sin lugar a revisión de la Corte Constitucional.

En el caso colombiano, lo primero que debe reflexionar el país para una reforma a la justicia, es volver a la independencia del juez para fallar los casos de la justicia ordinaria y contenciosa. Dejar al Juez constitucional en su función sagrada de ser el juez de las leyes, pero no permitir la incursión en los fallos de otras cortes.

4.2. *Precedente judicial*

En cuanto al precedente judicial obligatorio, en nuestra opinión, la jurisprudencia debe ser vinculante pero debe permitir a su vez, que si llegaren a existir razones suficientes, el juez pueda apartarse de ella, habida cuenta de que nuestro sistema logra la coherencia y la unidad con el recurso de casación y la existencia de un órgano de cierre como lo es la Corte Suprema.

4.3. *Funciones jurisdiccionales*

En aras de la independencia que debe tener aquel que cumple funciones jurisdiccionales, no parece conveniente disponer que esta función la cumplan funcionarios administrativos o notarios en forma permanente. Tampoco temporal. Las actividades de descongestión deben obedecer a planes debidamente elaborados y a cargo de los jueces. Si hacen falta jueces se deben crear las plazas respectivas, pero no tiene sentido alguno atomizar la función en funcionarios administrativos sujetos al vaivén político, sería una afrenta a la independencia judicial.

4.4. **Gobierno de la Rama**

En cuanto al gobierno de la Rama, éste debe ser un gobierno autónomo e independiente de los demás poderes públicos. Volver al sistema anterior a la Constitución de 1991, no tiene presentación. Hay que tomar las cosas buenas generadas en los últimos 20 años, como el manejo de la carrera, la Escuela Judicial y la autonomía presupuestal. La jurisdicción ordinaria y contenciosa debe incluirse en el gobierno de la Rama para que participe de forma efectiva en la formulación de políticas y programas, así como en la formulación del presupuesto.

4.5. **El periodo de los magistrados y su forma de elección**

Se ha pensado en las conveniencias de extender el periodo de los magistrados a doce años, en muchos países son inamovibles, para darle estabilidad a la jurisprudencia; pero de ninguna manera puede ello cobijar a los actuales³⁰. También habría que pensar en modificar los mecanismos de elección para evitar el clientelismo judicial que se ha entrometido en las Cortes.

La discusión de la pasada reforma a la justicia que fracasó luego de su trámite en el Congreso, dejó varias enseñanzas que aprehender. Algunos miembros del poder legislativo, al parecer, se apoderaron de la reforma, no para satisfacer el interés general, sino para lograr algunos beneficios particulares que interesaban a los vinculados a procesos penales por la parapolítica. Al final se incluyeron temas que no fueron aprobados ni discutidos en comisión y menos en plenaria. La Corte Suprema investiga si se cometieron delitos de extralimitación de funciones. Dice el auto que abre investigación: *“las actuaciones que se les atribuye hacen referencia a supuestos pactos realizados con ex congresistas y congresistas privados de libertad, para favorecerlos con la introducción de normas no aprobadas durante el trámite del proyecto, y cuya finalidad no era otra que dejar sin vigencia los procesos penales adelantados en su contra”*³¹. Se eliminaba la competencia del Fiscal General de la Nación y

30 Como presidente de la Corte Suprema en el congreso de Jurisdicción Ordinaria llevado a cabo en Santa Marta, en Octubre de 2010, en el discurso de instalación, advertí expresamente que la ampliación de periodos no debería cobijar a los actuales magistrados. Lo mismo se sostuvo en la comisión de expertos y ante la Sala Plena de la Corte.

31 Tomado de Revista Semana, lunes 10 de Diciembre de 2012, artículo: Reforma a la Justicia: ¿se pactó con parapolíticos?.

sus delegados ante la Corte Suprema de Justicia para investigar y acusar a funcionarios con fuero y ello “dejaba en el aire las investigaciones de funcionarios aforados que actualmente llevaba la fiscalía”. Otras normas le otorgaban fuero a los secretarios del congreso y eliminaba el régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura para los congresistas.

5. Conclusión

Superado el escozor que arrojó la fracasada reforma por las razones que expusimos anteriormente, es momento de volver a plantear la necesidad de la misma, pero hacerla de tal manera que se blinde frente a las ambiciones que afloraron con la pasada discusión.

Una principalística muy clara y precisa debe inspirar cualquier reforma, a saber:

- Independencia judicial, frente a los demás poderes públicos y dentro de la misma Rama.
- Acceso de los colombianos a la justicia.
- Autonomía en el gobierno de la Rama y manejo presupuestal.
- Justicia pronta y eficaz.
- Al poder judicial deben llegar los mejores juristas.

Gobierno, administración y presupuesto de la justicia

Hernando Torres Corredor

Ex Magistrado Consejo Superior de la Judicatura- Profesor Asociado
Universidad Nacional de Colombia.

I. El gobierno de la justicia

I.1. *Un asunto constitucional*

La construcción del Estado de Derecho, en el escenario de la modernidad, ha sido un proceso de largo aliento, de múltiples mutaciones que han permitido dejar atrás el Estado absolutista en los países de occidente; la secularización y la racionalidad han sido las guías para estructurar políticas públicas, gobiernos y la institucionalidad jurídica.

En expresión de García- Pelayo “*en nuestro tiempo, el concepto y la praxis del Estado de Derecho se plantea en nuevos términos. En primer lugar, ya no es sólo una construcción teórica conformada por los juristas, sino que ha pasado a formar parte del Derecho Constitucional positivo, en algunos países- como la República Federal Alemana y en España- de modo patente y expreso; en otros no tan expreso pero no por eso menos sustancial*”¹. Y agrega el autor, que la Constitución, en tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluido el parlamento y que, por tanto, la Ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que estos arrancan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Tal es lo que configura la esencia del Estado Constitucional de Derecho frente al mero Estado de Derecho, bien entendido que el primero no es la negación sino el perfeccionamiento del segundo.

1 García- Pelayo, Manuel. “El estatus del Tribunal Constitucional”. Revista Española de Derecho Constitucional. Vol I, Num 1. 1981.

Bajo estas consideraciones el Estado Constitucional como se ha reflejado en la Carta Política colombiana, ha de establecer la primacía del derecho, bajo los parámetros de la Constitución (artículo 4); ella, es el referente de las leyes, pero igualmente de los poderes públicos y de sus relaciones con los ciudadanos.

Esta afirmación de la primacía de la Constitución, como guía y norte de la configuración del Estado, ha de fundamentar los rasgos del Gobierno, de los diferentes gobiernos que la misma carta ha depositado en los órganos que la configuran; cada uno de ellos ha sido diseñado, por el constituyente para que desempeñe un papel dentro de la organización estatal; a cada uno de ellos se les ha dotado de atributos para que faciliten la materialización de los fines del Estado.

Colombia, a finales del siglo XX, consagra en la norma superior, el Estado Social y, también, democrático de derecho; y señala los articulantes básicos del gobierno de cada una de las ramas del poder público y entre ellas las potestades que cada órgano constitucional debe cumplir con el propósito de que las instituciones garanticen la efectividad de los derechos, libertades y deberes de los ciudadanos; el Estado y quienes lo gobiernan deben cumplir con unos deberes para con los asociados.

El Estado Constitucional, no es una sumatoria, ni un agregado de entidades; se concibe en la formulación y puesta en marcha de un conjunto de políticas públicas en ejercicio de las potestades gubernativas; los diferentes órganos constitucionales: Congreso, entes del Ejecutivo, aparatos estatales de justicia, instituciones de control, en los escenarios de sus autonomías, deben confluir a la estructuración de respuestas materiales de cara a las necesidades y demandas de los ciudadanos: trátense de coordinación horizontal de los poderes de similar jerarquía constitucional o de órganos centrales y sus correspondientes descentralizados; pero se ha advertido que, además, el Estado se configura como democrático, lo que significa articular en los derroteros de la actividad pública, las expectativas de la sociedad civil en la formulación de la política pública.

El profesor Luigi Ferrajoli² al señalar la concepción ampliamente dominante de Democracia, afirmó *“(l)a democracia consiste en un método de formación de las decisiones públicas: y precisamente en el conjunto de las reglas*

2 Ferrajoli, Luigi. “Principia iuris. Teoría del Derecho y la Democracia”. Editorial Trotta.

que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de los miembros, el poder directo o mediante representantes de asumir tales decisiones” y agrega el mismo autor, que conforme a ella, la fuente de legitimación del poder es la autonomía, esto es, la libertad positiva, consistente en “gobernarse por sí mismos” y “de no hacer depender a nadie más que uno mismo la regulación de la propia conducta”, en el análisis que realiza a este método como democracia procedimental la califica de insuficiente de cara a las contemporáneas concepciones del Estado; por ello avanza hacia la incorporación de elementos sustantivos o de contenido para que se pudiera enfrentar con los paradigmas de la democracia constitucional.

Hacer democrático el Estado, bajo la órbita de la Constitución, implica que sus expresiones de decisiones públicas no estén centradas en un solo órgano, lo cual denota que la efectividad de la política pública debe gozar de un alto nivel de coordinación y de integración en el desarrollo de sus atributos; la administración de justicia en su sentido más amplio, está conformada por varios órganos constitucionales con diferentes funciones. Pero su actuar y el desarrollo de sus competencias ha de dirigirse a materializar los propósitos del Estado Constitucional y a soportar los fundamentos de la convivencia de los asociados: la justicia.

1.2. Una especificidad de la justicia

Ahora bien, en tratándose del Gobierno de la Justicia o en su forma más restringida, de la Rama Judicial, es preciso en todo caso, referenciarla en los escenarios del Estado Constitucional; en efecto, el diseño original de los constituyentes del 91, haciendo gala de las corrientes surgidas en los países de occidente después de la segunda guerra mundial, hicieron de cara a la antigua Constitución una ruptura radical, al generar nuevos órganos e independizarlos de la tradicional dependencia y subordinación del Ejecutivo Nacional; una nueva organización de los poderes públicos, nuevos roles en sede de los órganos constitucionales de la justicia; el Estado se volvió más complejo dados los nuevos escenarios de balances y controles que generó la carta política; y el ejercicio del gobierno del Estado tomó la ruta de las autonomías, de las responsabilidades institucionales, que no de los aislamientos. Un ejercicio de mayor racionalidad e integración de políticas públicas. No entendido el gobierno como un solo ejercicio de autoridad, de mandato, de órdenes, de jerarquías; el gobierno a la luz de la Constitución ha de estructurarse bajo los parámetros de las garantías, de los argumentos, de las expectativas y necesidades ciudadanas, de las razones y también de las restricciones, de la par-

ticipación, de la concurrencia y la cooperación y de las responsabilidades; el gobierno se expresa en decisiones de políticas públicas; y si ello corresponde a la administración de la Rama Judicial, en decisiones, controles y evaluaciones que contribuyen a formar una política pública de justicia.

A este respecto, es oportuno referenciar nuevamente las palabras de García- Pelayo³: *“una característica esencial de los órganos constitucionales es su participación en la división política del Estado, en “la formación de la voluntad del Estado”, en “la dirección del poder supremos del Estado”, en “las funciones de dirección y estructuración políticas” en el indirizzo político generali, o dicho en términos de Santi Romano en “la soberanía a la que está confiada la actividad directa del Estado”.* Así pues, los órganos constitucionales tienen vocación y deben participar en la formulación de la política pública.

El gobierno de la justicia y en su especificidad la Rama Judicial, se enmarca en este proceso de construcción de la política pública para democratizar y facilitar el acceso de los ciudadanos a los aparatos estatales de justicia, de cara a la violación, no cumplimiento, desconocimiento, o conculcación de sus derechos y en especial si se trata de derechos constitucionales fundamentales.

En la Constitución de 1991 se establecieron dos vertientes en la Rama Judicial: la Fiscalía General de la Nación como órgano de investigación, de persecución del delito y de acusación y, el Instituto Nacional de Medicina Legal; y de otra parte, el sector jurisdiccional propiamente dicho, conformado por jueces, magistrados de tribunales y de altas Cortes. Pero en tratándose del ejercicio del gobierno, en la especificidad de la Rama Judicial, hemos de señalar que la vocación para contribuir a la construcción de la política pública de justicia se expresa en dos dimensiones:

i) La primera referida a los contenidos que emergen de las decisiones de los órganos constitucionales de la justicia que afectan la vida colectiva, los límites del Estado y de sus poderes, las reglas de convivencia, las finanzas públicas, la familia, la seguridad social en salud y pensiones, las normas de competencia y los escenarios de competitividad entre muchas otras; ellos surgen o bien de controles de constitucionalidad o de impugnación de las normas o bien, de providencias que excluyen normas del ordenamiento jurídico, o bien de tachas a los actos, operaciones u omisiones de la administración pública provenientes, ora de la Corte Constitucional, ora de la Corte Suprema de Justicia, ora del Consejo de Estado o del Consejo Superior de la Judicatura.

3 García- Pelayo. Op. Cit.

Pero a más de los contenidos materiales de los pronunciamiento de las altas Corporaciones que afectan derechos, libertades y deberes, los órganos constitucionales del Justicia tienen atribuciones que van dirigidas a balancear y a armonizar no sólo el funcionamiento de los Aparatos del Estado, sino al equilibrio de los poderes públicos de cara a la democracia constitucional.

(ii) Como segunda dimensión, en sentido específico, se puede hablar del gobierno de los aparatos de Justicia, en cuanto a la formulación de políticas y estrategias de gestión de la administración, el control y el seguimiento; para tal efecto el órgano constitucional creado en la carta política del 91 fue el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa; si el enunciado de derechos, libertades y deberes organizados en sistemas jurídicos ha correspondido a la parte dogmática de la carta; lo referido a la parte orgánica está estructurado en la conformación de los aparatos, los instrumentos, la formación, la infraestructura, las tecnologías, la planeación y la presupuestación, que han de ser objeto de decisiones administrativas; esta dimensión del gobierno de los aparatos estatales de justicia, independizándolo del Ejecutivo y del Legislador, la complementó el Constituyente con la creación de una sala con potestades disciplinarias para los jueces, fiscales y profesionales del derecho en la misma entidad.

Es evidente, que en el marco constitucional, cada órgano ejerce de forma autónoma las competencias que le asignó la norma superior; sin embargo, en el caso de la administración de justicia es conveniente precisar que estamos analizando una estructura compleja, no sólo por la diversidad de procedimientos, la pluralidad de tópicos jurisdiccionales y la permanente producción y actualización de leyes y regulaciones, sino por las dificultades y tropiezos que se presentan entre los mismos órganos del Estado; en muchas ocasiones no se logran acuerdos sobre la financiación pública de la justicia, ni sobre las estrategias de acciones para controlar la creciente demanda de justicia por parte de los ciudadanos; mientras unas áreas de la jurisdicción -civil y comercial- son criticadas por su lenta respuesta por parte de organismos internacionales y de usuarios de esa justicia, la justicia constitucional que ha permanecido al día desde su nacimiento, no es valorada en toda su dimensión por el trabajo realizado por todos los jueces de la República.

Este déficit de coordinación entre los órganos constitucionales: el legislador, los órganos de planeación, finanzas y tecnología y el déficit de desconfianza en las estructuras públicas y entre ellas y las instituciones de la justicia, son objeto de permanentes críticas y propuestas de reestructuración. Vale la pena subrayar que en plena era de la civilización de las comunicaciones y la

información los funcionarios judiciales y los administradores de los aparatos de justicia no cuenten con canales permanentes de comunicación con los asociados para hacer conocer las decisiones y para que sirvan de estímulos positivos o negativos para las actuaciones de los ciudadanos.

En estos escenarios habría que interrogarse si las evaluaciones- positivas y negativas- realizadas sobre las formas de gobierno, corresponden, o bien a las atribuciones otorgadas por los Constituyentes a la Rama Judicial, o bien al diseño mismo de los aparatos de gobierno.

El proceso de aprendizaje y construcción colectiva de las instituciones de justicia han señalado de forma crítica hacia donde es preciso direccionar las políticas y las estrategias del gobierno. Seguirá siendo el centro de atención, el ciudadano, a quien se debe el Estado Constitucional de Derecho; el Constituyente al articular con las tendencias contemporáneas del derecho constitucional, bien hizo al otorgar a la Rama judicial el autogobierno y las competencias para hacer efectivos los derechos ciudadanos, cuando ello se requiera a través de los aparatos estatales de justicia; un aprendizaje de dos décadas ha indicado que esta configuración del Gobierno debe –bajo el principio de coordinación con otros órganos constitucionales- estructurar instrumentos más solventes y suficientes con las organizaciones estatales que afectan la justicia, v.gr. Ministerio de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de las TIC's. De otra parte, y dada la complejidad de los aparatos de justicia y los niveles de especificidad jurisdiccional no sería entendible un cuerpo de construcción de política pública en justicia que no fuera colegiado, ora con la participación de otros órganos de la administración de justicia, ora con los agentes involucrados en la marcha de los procesos y en las ejecutorias de las decisiones judiciales, ora con los estamentos de la administración, ora con una posible combinación entre ellos. Pero lo que se buscaría, sería fortalecer la confianza en la formulación de la política pública de justicia en el Estado y en el marco de una democracia constitucional; ello debe, necesariamente, complementarse con instituciones que ejecuten esas formulaciones y esas estrategias y que les hagan control y seguimiento; amén de continuar con el necesario proceso de selección e incorporación del talento humano y de su formación permanente para que los ciudadanos esperen una adecuada definición de sus expectativas y demandas en justicia.

1.3. *La centralidad del juez y la organización judicial*

El Estado constitucional de Derecho supone la separación de los poderes dentro del Estado, el imperio de la Constitución y la ley como expresión

de la soberanía popular, el sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento constitucional; en este escenario del imperio de la Ley, el modelo jurisdiccional iría dirigido específicamente a que las decisiones judiciales sean la particularización de la ley en un caso concreto. La doctrina indica que en este escenario clásico, la interpretación del ordenamiento no resulta posible dentro de la función de administrar justicia “(...) el razonamiento del juez quedaría configurado como una simple inferencia deductiva (...) si se exige al juez que se ajuste al modelo de función jurisdiccional que se acaba de describir es porque se supone que el legislador ha puesto en sus manos la clase de material normativo con el que resultará posible hacerlo (...)”⁴. Concluye Bayón que el ideal clásico del imperio de la ley y el modelo “deductivista” de la jurisdicción requeriría de un derecho compuesto sólo de “reglas”.

En un escenario del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en el que la garantía judicial efectiva de los derechos y libertades fundamentales es un propósito definitorio, encontramos principios que expresan las condiciones esenciales de ese Estado, los cuales son presupuestos de validez y elementos de interpretación de la legislación; en este escenario surge una serie de corrientes teóricas para comprender el rol del juez, y así mismo el del legislador, en un Estado Constitucional y vincula obviamente, la independencia del primero para definir sus decisiones, así como el alcance de las mismas.

Entonces, se parte de la base de que los organismos constitucionales de la justicia tienen, en la independencia de los jueces y en la autonomía de la Rama Judicial el supuesto básico de su actuación; la independencia de la judicatura comprende el sometimiento exclusivo de los magistrados y jueces al imperio de la Constitución y la Ley, es decir, al ordenamiento jurídico. La estructura institucional debe garantizar la independencia de los jueces y magistrados, protegiéndolos de las interferencias y presiones externas y dentro de la misma organización judicial respecto al ejercicio de proveer justicia.

La elevada misión que cumplen los jueces, en un Estado Constitucional, a través de sus decisiones, explica la extraordinaria importancia que tiene una adecuada regulación del estatuto jurídico de la Rama Judicial, concretamente en aquellos escenarios más estrechamente vinculados a la noción de auto-

4 Bayón, Juan Carlos. “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional”. Intervención en el Seminario “Política y Derecho: una tensión necesaria”. Universidad Complutense de Madrid.

mía: forma de ingreso y permanencia en el servicio judicial, plan de formación, control del rendimiento y resultados y régimen disciplinario. Ello explica que múltiples constituciones europeas de posguerra y constituciones latinoamericanas incluyan referencias explícitas a esta cuestión. En este contexto se expresa el Presidente de la Corte de Casación Civil de París, Guy Canivet:

(...) así, la legitimidad del juez no reside solamente en un poder, en una soberanía de la cual es el delegatario, ni siquiera se refiere al dominio de un saber por grande que él sea, sino que ella se fundamenta en una vigilancia particular, en un cuidado del prójimo, en una disponibilidad para escuchar, una humildad que el público le prescribe para imponerse así mismo. Es pues más allá de la calificación técnica, por la competencia profesional, que esa disciplina del corazón y del espíritu indispensable para el ejercicio de toda función es adquirida y conservada”.⁵

Ese camino de la legitimidad y de la independencia respecto a los órganos del Ejecutivo y del Legislativo y la potestad de autogobierno, encuentran su origen en modelos democráticos surgidos en Europa y Latinoamérica⁶ establecidos para superar los gobiernos totalitarios; ello es indispensable para lograr la eficacia de la autonomía judicial. La independencia de la actividad judicial y la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, requiere de la existencia de una organización que asegure la eficiencia y la calidad en la administración de justicia. Desde esta perspectiva, la justicia puede ser analizada como una función/servicio que el Estado debe ejercer/proveer, lo cual requiere una organización estable que acredite las condiciones personales y materiales adecuadas para atender las demandas de los ciudadanos.

En desarrollo de la autonomía, funciones como la planeación, la organización territorial, la incorporación de tecnología y comunicaciones a la justicia, la arquitectura judicial, los modelos de gestión judicial, la política y programas de formación judicial, la administración del sistema de carrera judicial, la gestión del talento humano, la formulación del presupuesto y la inversión, constituyen materias objeto de la competencia de los órganos de

5 Canivet, Guy. “Nous rendons justice les mains tremblantes”. *Le Monde*, Janvier, 2006.

6 Por ejemplo, se ha adoptado el esquema de Consejos de la Judicatura, de la Magistratura, o del Poder Judicial, para efectos de autogobierno en los casos de Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, España, Francia, Italia, México, Paraguay y Portugal, entre otros países.

autogobierno de los aparatos estatales de justicia, acciones que deben estar dirigidas a generar una respuesta de la justicia oportuna y de alta calidad, con eficiencia en la aplicación de recursos, generalmente, escasos.

En este escenario, y en términos de organización, el sistema de justicia en Colombia se expresa en el sistema jurídico y en los aparatos estatales de justicia. Los sistemas jurídicos involucran las normas y códigos, las instituciones jurídicas sustanciales y procesales, el *saber jurídico*, la parte dogmática.

Los aparatos de justicia son de carácter estatal, facilitan y materializan las decisiones de los jueces y permiten la “puesta en escena” del sistema jurídico, esto es, el *hacer jurídico*.

El sistema jurídico, es especial; en lo relativo al catálogo de derechos y garantías muchas veces desborda la estructura y capacidad institucional para darles respuesta en los diferentes poderes públicos, proveniente de la inclusión de contenidos jurídicos provenientes de la normatividad internacional, originada en una recomposición de las fuentes del derecho prevista en la misma Constitución Política, en la incorporación de nuevas formas de gestión de las funciones públicas y de la prestación de los servicios públicos y la consiguiente exigencia a las estructuras estatales para proveer la regulación e inspección necesarias. Esto ha llevado a que, en ejercicio especialmente de las acciones constitucionales, los jueces deban asumir la tarea de hacer efectivo el acceso a los servicios públicos y tomar medidas para lograr la eficacia de los derechos consagrados en la Constitución.

Vale la pena señalar lo que el profesor Sierra Porto *expresa*, haciendo referencia a la labor de control de constitucionalidad:

(...) Es cada vez más frecuente encontrar normas de rango constitucional o legal que obedecen a una lógica o técnica de redacción que impone criterios de eficacia o eficiencia como elementos para determinar la corrección de las actuaciones de los funcionarios públicos... de manera tal que la Corte, para decidir si las leyes que reglamentan o establecen los mecanismos y las instituciones... debe no sólo utilizar criterios teleológicos o materiales (lo que es propio de las normas programáticas y del Estado Social de Derecho), sino que ahora se introduce a estas normas abiertas de cometidos que exigen una corrección propia no de un juicio de validez tradicional, esto es si las normas de inferior jerarquía no desconocen los requisitos formales y materiales de la superior, sino que se debe enjuiciar las leyes, en este caso con criterios o elementos propios de la sociología y la economía,

con lo cual parece que se está desbordando el alcance del método jurídico y las técnicas hermenéuticas clásicas (...) ⁷

Pero estas nuevas exigencias pueden predicarse no sólo de la Corte Constitucional en el ejercicio del examen de constitucionalidad, sino en general, de los jueces tanto en acciones constitucionales como en los procesos ordinarios. De hecho, la constitucionalización del Derecho exige a los jueces, por ejemplo, la utilización de nuevas técnicas de interpretación a efectos de dar cuenta de la serie de principios y del contenido axiológico de la Carta Política y de la eficacia real del derecho material. Agrega el profesor Sierra:

(...) Las transformaciones de nuestro Estado Social de Derecho y en particular de las tradicionales formas de asignar funciones y competencias en las ramas del poder público, hacen necesarios que los jueces y en general los funcionarios judiciales entiendan (y actúen en consecuencia) que la función judicial no es una actividad que pueda realizarse en “abstracto” esto es, sin tener presente además, el alcance de sus decisiones. Para esto debemos hacer un esfuerzo para comprender el contexto y las implicaciones que para la estructura del Estado en su conjunto tiene la actividad judicial (...) El cambio de modelo hace que el Estado, para que sea viable, integre jueces responsables. Los retos para los jueces son de gran envergadura: todos los operadores jurídicos deben ser juristas, en el sentido amplio de la expresión, detentadores de una visión, una idea del conjunto de la sociedad y del Estado. No es posible hablar de transformaciones en la administración de Justicia que no pasen primero por transformaciones en la formación de los jueces (...) ⁸

Estas condiciones de la organización judicial generan los espacios para que los jueces, de cara al Estado Constitucional y a su democracia, adquieran los nuevos perfiles que el ciudadano demanda de ellos, como ejes de lo justiciable: La independencia y la neutralidad, como garantías ciudadanas; un mínimo de discernimiento, en su conciencia y en su saber frente a cada caso concreto, sobre lo que es verdadero y equitativo; el carácter pedagógico hacia los ciudadanos y el convencimiento de que el juez busca con sus decisiones la justicia deseable para el justiciable, así le sea adversa la decisión.

7 Sierra Porto, Humberto. “La administración de justicia en el Estado Social de Derecho Colombiano”. Ponencia presentada en el IV Encuentro del Consejo Superior de la Judicatura”.

8 Sierra Porto. Op Cit.

2. Diferentes modelos de gobierno de la Rama Judicial

Existen diferentes modelos de gobierno de los aparatos estatales de justicia que podrían clasificarse de la siguiente manera: (1) sistema tradicional: dependencia orgánica del Poder Ejecutivo; (2) separación radical de poderes: el modelo americano; (3) los Consejos de la Magistratura.

2.1. Sistema Tradicional

El sistema tradicional, imperante hasta hace pocas décadas en los países de Europa occidental, se caracteriza por la dependencia orgánica de la Rama Judicial del Poder Ejecutivo y es consecuencia y continuación de la organización de la justicia en el antiguo régimen. La ruptura que la Revolución Francesa supuso incluyó la proclamación del principio de separación de poderes y de la independencia judicial, pero no se tradujo en la configuración administrativa de la Rama Judicial como organización separada del tronco central de la Administración Pública dirigida por el Gobierno, ni la ruptura de la vinculación orgánica entre el juez y el Poder Ejecutivo. Los jueces quedaron integrados en los aparatos administrativos del Estado, siendo su régimen en materia de selección, permanencia y promoción muy semejante al del resto de funcionarios del Estado. Así mismo, es el Gobierno quien elabora el presupuesto de la Justicia y quien asume todas las competencias en materia de medios materiales y personales (locales para sedes judiciales, retribuciones del personal judicial y no judicial al servicio de la Administración de Justicia, medios técnicos, etc.). En resumen, la organización de la Administración de Justicia es parte natural del Poder Ejecutivo, apareciendo los Ministerios de Justicia como instituciones claves del sector.

2.2. Sistema Americano

El denominado modelo americano se caracteriza por la separación radical de poderes y por la asignación, en consecuencia, del papel directivo de la Administración de Justicia a los órganos judiciales del Estado y especialmente a las Cortes y Tribunales Supremos, quedando excluida la Rama Ejecutiva de la gestión de los aparatos estatales de justicia. Las Cortes Supremas gozan de competencias jurisdiccionales y administrativas; en éstas últimas destacan la designación y remoción de los jueces de los niveles jurisdiccionales inferiores; la inspección y régimen disciplinario del personal judicial; el nombramiento y gestión del personal auxiliar; la preparación y ejecución del presupuesto; y

de manera genérica, la gestión de los medios económicos y materiales de la Administración de Justicia. El problema en este esquema radica en que las ocupaciones propias como administradores de justicia, como gestores, les impide asumir con la dedicación requerida los temas de la administración del aparato judicial del Estado, de manera que en la práctica estas decisiones terminan siendo asumidas por algún funcionario de la estructura administrativa.

2.3. *Consejos de la Judicatura o la Magistratura*

Los Consejos de la Judicatura, tal y como se indicó, son órganos de carácter colegiado concebidos al margen de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, a los que se otorgan trascendentales atribuciones en la administración del aparato de Justicia, con la convicción de que una mayor autonomía de las instituciones que gobiernan la Rama Judicial ha de repercutir favorablemente en la garantía, tanto de la independencia de los jueces en el desempeño de la actividad judicial, como de la tutela judicial efectiva de las libertades y derechos de los ciudadanos.

La razón de ser de esta figura, en los ordenamientos constitucionales, radica en las desventajas de los dos modelos anteriores. Por un lado, el sistema tradicional se consideraba incompatible con la independencia judicial al atribuir al Poder Ejecutivo competencias en materias directamente vinculadas con el estatuto del juez. Por otro lado, el modelo de radical separación de poderes tampoco se consideraba satisfactorio por tres razones básicas: (a) confusión del papel jurisdiccional (máxima instancia judicial) y gubernativo (tarea inspectora y sancionadora) de las Cortes Supremas, con el consiguiente peligro para la independencia de los órganos judiciales inferiores; (b) sobrecarga de trabajo en las Cortes Supremas; (c) falta de formación de los magistrados de las Cortes Supremas para llevar a cabo tareas de gobierno y administración.

En este contexto surgen los Consejos de la Judicatura o de la Magistratura, concebidos como órganos de carácter colegiado al margen de la estructura de los órganos del Ejecutivo y del Legislativo del Estado, con independencia de ellos en materia de regulación y autogobierno de la Rama Judicial y cuyo propósito central es brindar las garantías para que la gestión judicial y el juez en particular gocen de toda la independencia y neutralidad como lo exigen los nuevos estatutos constitucionales.

3. El modelo colombiano

En el diseño de la Carta Política de 1991, el órgano constitucional encargado de administrar los aparatos estatales de justicia y de disponer y adecuar dichos aparatos para lograr la efectividad del ordenamiento jurídico, es la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; esta Sala fue concebida por el Constituyente de 1991 como una empresa, orientada a racionalizar la organización de la justicia y a impulsar la modernización de las instituciones de apoyo del sistema judicial. En su condición de administradores, manifestaba Álvaro Gómez Hurtado, “los miembros de la Sala Administrativa obrarán como miembros de una junta directiva; es ésta una concepción nueva de la concepción de Magistrado, que los aparta de la estricta función procedimental que hoy los caracteriza”.

Es necesario resaltar que la función de este órgano constitucional -Sala Administrativa- se centra en el gobierno y administración de los aparatos estatales de justicia de todos los niveles; por ello sus tareas no son meramente instrumentales, de asignación y suministro de insumos, como suele interpretarse por diferentes instancias; su labor es estratégica por cuanto se encarga de que los aparatos judiciales respondan a los cambios y orientaciones del sistema jurídico, para lo cual el modelo constitucional adoptado por el constituyente en 1991 y desarrollado por el legislador estatuario (Ley 270 de 1996 y Ley 1285 de 2000), definió diferentes herramientas de carácter jurídico- administrativo, las cuales se desarrollan en diferentes ejes, que a continuación se examinan.

No sobra recordar en este punto que el diseño constitucional anterior a la Constitución de 1991 admitía la dispersión de funciones de la administración de la Rama Judicial en diversas entidades de los otros poderes públicos, manteniendo a la justicia en una situación de subordinación. Así, el Ministerio de Hacienda elaboraba el presupuesto de la Justicia y asumía la función de pagaduría; el Ministerio de Justicia a través del Fondo Rotatorio, se ocupaba de la infraestructura, y demás medios materiales y personales; y el Congreso determinaba la creación de Despachos Judiciales y demás cargos, así como el reordenamiento de las Corporaciones de la Rama judicial.

Con la creación de la Sala Administrativa se produjo una ruptura con relación al diseño constitucional anterior a la constitución de 1991, y se dio inicio al modelo de Gobierno Autónomo de la Justicia, otorgándole entre las principales funciones la formulación del Plan Sectorial de Desarrollo, la formulación del Plan de Inversiones y la elaboración del proyecto de presupuesto.

La introducción de esta novedosa figura en la estructura institucional del Estado supuso un fuerte y resistido revolcón en la función pública de la administración de justicia, al disminuir el poder de influencia del poder ejecutivo, privándolo de importantes competencias como el manejo del presupuesto – el cual sigue permaneciendo sujeto a las directrices del Ministerio de Hacienda y del Departamento Nacional de Planeación –, la formulación del Plan Sectorial de Desarrollo, y la estructuración del plan de formación de todos los servidores judiciales.

Las Altas Corporaciones de la rama jurisdiccional también se vieron afectadas al sentirse despojadas de su tradicional capacidad nominadora, particularmente la establecida en la tradicional figura de la cooptación que facilitaba la postulación para ser Miembro de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; de la misma manera se ven restringidas al no participar en la dirección de la carrera judicial, institución concebida para medir el desempeño de los servidores judiciales de la Rama, así como para fijar los parámetros para el acceso, permanencia, ascenso y retiro de los cargos de empleados, jueces y magistrados hasta el nivel de los Tribunales de Distrito.

Los sistemas para proveer los cargos y para efectuar los ascensos –*manifestaba la Constituyente María Teresa Garcés Lloreda con ocasión de las discusiones de la reforma a la administración de Justicia en la Asamblea Constituyente*– carecen de insuficiente racionalidad, por no estar generalizada la carrera judicial, y por el contrario, encontrarse limitado en los estrechos marcos de la paridad y la cooptación en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado (...).

La creación de la Sala Administrativa, considerada por el Constituyente de 1991 como una solución racional a los tradicionales problemas de una justicia extremadamente lenta y una administración de justicia organizacionalmente dispersa y dependiente de otros poderes, es hoy objeto de críticas que, fundadas en la congestión de los despachos judiciales y en la percepción de que la formulación de políticas públicas judiciales es lejana a las Corporaciones que la conforman, ponen en tela de juicio el modelo de Gobierno Autónomo, para darle nuevamente paso al modelo americano ya aquí referenciado como se manifestara en el reciente proyecto fallido de Reforma a la Administración de Justicia.

3.1. Administración de los aparatos estatales de justicia

La administración de justicia está avocada a vivir en la sociedad del conocimiento, de los intercambios entre sistemas económicos, de la globaliza-

ción de los derechos humanos, de las transformaciones del Estado; en una sociedad donde se entronizó la información y se abrió camino la competitividad; pero, donde también se viven los rezagos y las exclusiones de la sociedad industrial; y la justicia está inmersa en ella y ha de esforzarse por atender las múltiples exigencias de la sociedad. La justicia tiene que empoderarse de esos entornos para responder, y responder con la mejor alternativa, más con el sentido de nuestro tiempo.

El entorno en el que se desarrollan los aparatos estatales de justicia en su relación con el ordenamiento jurídico, se caracteriza principalmente por:

- Una sociedad civil con profundos desequilibrios e inequidades en su interior
- Cambios muy significativos en la economía y en los mercados
- Entorno enmarcado en la cuarta revolución industrial: auge de la información y las comunicaciones.
- Modificación de las estructuras estatales con mayor colaboración de los agentes privados.
- Incorporación masiva de tecnologías en las organizaciones privadas y públicas.
- Consecuencias del nuevo orden Constitucional: han cambiado los enfoques del derecho, desplazamiento de la primacía de la Ley hacia la primacía de la Constitución, “Constitucionalización del derecho”.
- El surgimiento de un nuevo perfil de juez; un juez más universal.

Todo ello ¿Por qué se tiene en cuenta?

- Hoy en día los ciudadanos están interesados en participar y conocer: (i) ¿Cómo se hace justicia?, (ii) ¿Cómo se argumenta en sede judicial?, (iii) ¿Cómo se toman las decisiones? y (iv) ¿Cómo se ejecutan las decisiones?

3.2. El marco de la institucionalidad

La justicia tiene unos atributos definitorios, para que las valoraciones de las demandas ciudadanas, en un contexto jurídico, **gocen de toda su con-**

fianza. Se predica su autonomía y su independencia que tienen como correlato, ora el aumento de las garantías procesales, ora mayor responsabilidad de parte de los jueces. **La esencia o misión de la justicia es garantizar la efectividad de los derechos y libertades ciudadanas**, individuales o colectivas, ante lo cual, en caso de conflicto, asigna derechos a quienes corresponda; todo ello lo hace el juzgador bajo las reglas de los sistemas jurídicos. Sin embargo el derecho, el saber jurídico, **solo**, no produce nada por sí mismo. **Este debe integrarse a una tarea, a un proceso: el proceso judicial**; y la construcción de las bases de ese proceso judicial, por especialidades y jurisdicciones, está a cargo del **sistema de gestión**; que no es otra cosa que el escenario articulador entre el juez, la información, los instrumentos, los insumos, las instituciones y los ciudadanos. Es el escenario que facilita a la jurisdicción el paso del Saber jurídico, al Hacer jurídico, no solo de la decisión, sino de la ejecución.

En este contexto, la justicia en un Estado Constitucional de Derecho tiene como sus referentes esenciales: el sistema jurídico y el sistema de gestión.

3.3. Sistema Jurídico y Sistema de gestión

La esencia o misión de la justicia es ser garante de los derechos ciudadanos y juzgar. La gestión por su parte, es el escenario donde se preparan y ejecutan las decisiones de los jueces, facilita el acto de juzgar y permite la ejecución efectiva de la decisión.

El sistema jurídico comprende las normas sustantivas, los procedimientos y la doctrina jurisprudencial.

El sistema de gestión, que gobierna los aparatos estatales de justicia, permite la puesta en marcha del sistema jurídico para la sociedad. Ello implica materializar la aplicación de las normas y de los procesos judiciales teniendo como referentes de la judicatura: la universalidad en el acceso, la calidad de las decisiones y la eficiencia en las respuestas de la justicia, elementos estos, esenciales de la judicatura.

Así pues las fuentes del ordenamiento jurídico deben convocar a las corporaciones de justicia para crear normas o transformarlas, de cara a la democratización y acceso a los aparatos de justicia; y los sistemas de gestión deben contribuir a la formulación de la política pública en justicia, de forma tal que permita lograr los propósitos establecidos en la Constitución.

La universalidad de la justicia: no debe generar exclusiones, por el contrario, sus estrategias deben ser incluyentes.

La eficiencia: es administrativa y es jurisdiccional. La eficiencia administrativa se ve reflejada en el uso adecuado de los recursos destinados a la Rama Judicial. La eficiencia jurisdiccional se logra a través de procedimientos expeditos y adecuados que ha proporcionado el Congreso; y de la articulación con los organismos constitucionales del Ejecutivo para incorporar tecnologías e información jurídica en los procesos judiciales.

La calidad de la justicia, se refleja en decisiones que satisfacen a los ciudadanos, pues aunque una decisión no sea favorable a los intereses de una de las partes, ellas deben obtener el **convencimiento** de que el juez otorgó el máximo de garantías y de sus conocimientos.

El procedimiento ha de ser equitativo, público y la decisión ha de ser adoptada en un término razonable; así mismo, los interesados podrán conocer sobre el desarrollo de los procedimientos, su duración, los costos y principalmente la forma cómo el juez decide y cómo las partes e intervinientes actúan en el proceso, ya que la acción de los abogados de parte, tiene alto impacto en la eficiencia y calidad del servicio de justicia.

La calidad es un requerimiento de los ciudadanos, para lo cual son indispensables (i) un sistema de carrera que permita que el ingreso y la permanencia en el servicio público se funde en el mérito y en los resultados del desempeño judicial; (ii) sistemas de información jurídica y estadística completa y confiable; (iii) garantías de asesoría técnica e interdisciplinaria a los funcionarios; (iv) canales de comunicación entre la Rama Judicial y la sociedad para lograr una justicia más visible; y, (v) un sistema de formación que garantice un juez con suficiencia jurídica.

En este punto, es pertinente referir el concepto del Juez Huber Dalle, Presidente del Tribunal de Gran Instancia de Evry- Francia:

La calidad de la justicia puede dirigirse a la accesibilidad de los edificios, la seguridad de los usuarios, la entrega de información, la orientación, la gestión de las esperas y del tiempo...la transparencia y la comprensión de la justicia por el ciudadano...**Sería artificioso separar la administración y la actividad judicial**, en tanto que la calidad de la segunda puede estar dependiendo de la primera; por tanto la finalidad de la actividad jurisdiccional la diferencia de otros servicios públicos (...)

Señala el mismo autor, que la justicia “es más que un servicio público, es un sistema de regulación de conflictos y litigios, produce normas y es garante de derechos (...) y que preciso aprehender la justicia como una autoridad, como una autoridad pública”.

Igualmente, la intervención de la administración de justicia, desde la óptica disciplinaria, posibilita el logro efectivo de los propósitos del ordenamiento constitucional.

La administración de la Rama Judicial dista mucho, positivamente, de la existente antes de la Constitución Política de 1991. Se ha logrado una estructura más eficiente, fundamentada en los modernos principios de la planeación y de la administración, en la cual todos los procedimientos de carácter administrativo responden a unos objetivos y a una forma de trabajo racional de la gerencia pública; pero, aún hay distancias importantes para consolidar esta tendencia y crear no solamente instrumentos más eficaces, sino una nueva cultura jurídica que respalde los requerimientos de una democracia constitucional.

Igualmente, la posibilidad de que la normatividad, expresión de cambios y ajustes permanentes en el ordenamiento jurídico, no sea letra muerta sino que pueda implementarse y lograr los objetivos que el legislador busca, se lograría a través de procesos de implementación que incluyan los trámites judiciales y administrativos, las estructuras organizacionales de los despachos judiciales, la estructura física y tecnológica, posible sólo a partir de las herramientas con las que cuenta el órgano de gobierno del aparato judicial, estructura independiente del poder ejecutivo, con origen en los mismos órganos de gobierno de la justicia y con funcionarios dedicados exclusivamente a la ardua tarea de administrar la compleja y gran empresa que es la Rama Judicial.

La permanente representación de la Rama Judicial en escenarios como los presupuestales, planes de desarrollo, la construcción de un modelo de formación judicial posicionado internacionalmente, de una sistema de carrera judicial sólido que buscan emular diferentes Estados de Hispanoamérica, son sólo algunos ejemplos de la necesidad de contar con estructuras y funcionarios públicos, profesionalizados, dedicados con exclusividad a estos procesos.

De ahí la pertinencia de que participen los órganos constitucionales de la justicia, particularmente las Altas Corporaciones, en la definición de la formulación de la política pública de la administración de justicia; que fijen parámetros y criterios generales relativos al autogobierno y administración de la Rama Judicial y se logre una coordinación con los otros órganos constitu-

cionales del Ejecutivo y del Legislador para la consecución de los propósitos establecidos en la Constitución.

4. Administración de la Rama Judicial

Las decisiones de los órganos constitucionales con competencia para construir la política pública de Justicia se han de materializar en las estructuras y mecanismos de la administración; bien sea del conjunto de la Rama o, de sus diversos tópicos jurisdiccionales. El marco legal de la administración de Justicia está consignado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia: “parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”⁹ **El poder judicial** influye a través del ejercicio de sus funciones en el diseño, desarrollo y puesta en funcionamiento de **políticas públicas**, soportando con ellas los procesos de crecimiento económico, el desarrollo social y la estabilidad política.

Bajo el principio de la coordinación, de los órganos constitucionales, la justicia debe ser concebida como una organización interconectada, según una concepción científica, no sólo en sus subsistemas de aparatos estatales de justicia y de administración, sino con los otros órganos de poder del ejecutivo y del legislativo, así como con la sociedad en su conjunto. En este sentido, el sistema judicial debe tener una ruta permanente hacia la consecución de elementos de eficiencia, eficacia y transparencia, en un escenario de independencia de los órganos donde reposan los poderes del Estado, en el entendido de que el autogobierno no es aislamiento, sino coordinación.

El Sistema Judicial, en el sentido más estricto, constituye una *organización compleja*, conformada por recursos: humanos, técnicos, de infraestructura, de conocimiento, que presta una función de servicio público, de asignación y regulación de derechos, limitación de actuaciones de las autoridades y de resolución de conflictos en la sociedad.

El modelo de administración del sistema judicial en Colombia, posee una función principal que es el gobierno de los aparatos de justicia, en procura de alcanzar la efectiva articulación de la ecuación conformada por la política pública de los aparatos estatales de justicia y el componente dogmático de la

9 Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, Título Primero, Principios de la Administración de Justicia, Artículo Primero.

ecuación del sistema; es decir, la materialización de los derechos, libertades y deberes de los ciudadanos, en el marco de la concepción de la administración de Fayol; es decir en un ejercicio de prever, organizar, ordenar, coordinar y controlar, en un desarrollo permanente de sus principios: la planeación sobre el diagnóstico permanente del sistema y la definición del estado de cosas futura, la organización, como elemento de preparación, la dirección del recurso humano para lograr los mejores resultados en su gestión, la coordinación como principio para integrar esfuerzos, asegurar la comunicación efectiva y resolver problemas y, finalmente el control como herramienta para garantizar que los resultados se den de conformidad con lo planeado, todo dentro de un círculo virtuoso que permita la autoevaluación y mejora permanente del proceso de administración del sistema judicial.

De acuerdo con los modelos de justicia vistos anteriormente en este artículo, se observan algunas coincidencias en factores de atribuciones y funciones como la administración de la carrera judicial, como mecanismo para el ingreso y permanencia en el sistema judicial, la evaluación y control de jueces y empleados, la formación de los servidores judiciales y la administración de los recursos técnicos, de infraestructura y financieros, necesarios para el funcionamiento del sistema, así como la regulación de trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los asuntos no previstos por el legislador¹⁰. También se evidencian algunas diferencias, sobre todo en el ejercicio de ciertas responsabilidades y roles del sistema judicial, por parte del aparato de gobierno de la Rama judicial.

Este modelo de organización y de administración, se basa en la búsqueda de la optimización del **servicio público de justicia**, y de **mayores rendimientos** o “productividad” del sistema judicial a través de la garantía de los principios constitucionales de la administración de justicia. Más y mejores resultados en estos campos, están relacionados con el éxito y oportunidad de políticas, estrategias y acciones desplegadas en la administración del sistema, de tal manera que se logre un mayor beneficio en la sociedad con una relación eficiente de costos en la generación de los mismos.

En el caso colombiano, en el conjunto de evaluaciones, como veremos en los párrafos siguientes, se han reflejado signos positivos y debilidades que contrastan con el ejercicio adelantado por entidades internacionales sobre la administración de justicia en varios países.

10 Ley 270 de 1996, Artículo 85. Funciones Administrativas. Numeral 41.

Estos indicadores están referidos bajo los tópicos de i) **competitividad**, donde se miden de manera homogénea los aparatos de justicia de todos los países, escenario que no incluye la especificidad de cada país, ii) **particularización de la especialidad comercial**, sin evaluar otras ramas de la administración de justicia como la constitucional, la administrativa, la penal, de adolescentes o de familia, lo cual genera distorsiones de las evaluaciones iii) **no inclusión del análisis de uso de recursos** empleados para generar los resultados en el servicio de justicia ni iv) **condiciones propias de la demanda de justicia** en cada país evaluado. Sin embargo, en sí mismo, constituyen un referente y, sólo un referente, para orientar el mejoramiento del sistema de administración de justicia.

Indicadores de Doing Bussines¹¹ en Colombia

En la encuesta de Doing Bussines -Banco Mundial- que mide la facilidad de hacer negocios, Colombia ocupa, según las últimas evaluaciones, años 2010 a 2012, el puesto 154 entre un total de 185 países en el indicador de **cumplimiento de contratos**, que mide el tiempo, número de procedimientos y costos en la resolución de un conflicto de carácter comercial. En este indicador, de percepción, Colombia presenta un atraso importante frente a otros países de América Latina y el Caribe y países de la OECD¹².

Colombia, de conformidad con la percepción de los usuarios, en promedio, invierte en un proceso comercial 1346 días, tiempo superior a los 727 días registrados por los países de América Latina y el Caribe y los 510 días demandados por países de la OECD.¹³ Así mismo los costos como porcentaje de la demanda, en Colombia alcanzan el 47,9%, frente al 30,8% para los países de América Latina y el Caribe y el 20,1% que registran los países miembros de la OECD¹⁴.

11 En cumplimiento de contratos Doing Business analiza la eficiencia del sistema judicial en la resolución de una disputa comercial, siguiendo todos los pasos de la evolución de una controversia comercial de compraventa. Estudia el tiempo, el costo y el número de procedimientos que tienen lugar desde la presentación de la demanda, hasta la decisión y la sentencia y el posterior pago efectivo mediante una subasta pública de los bienes muebles del demandado.

12 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

13 Doing Bussines 2012, Banco Mundial

14 Doing Bussines 2013. The World Bank.

Es importante señalar que un hallazgo de *Doing Bussines 2004* referencia que la “*celeridad para forzar el cumplimiento de contratos se asocia a la percepción de una mejor administración de justicia, sugiriendo así que la justicia postergada es justicia denegada*”¹⁵.

Este concepto, ya tradicional, guarda plena coherencia con los principios de la administración de justicia, incluidos en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y que de manera específica hacen referencia a: acceso a la justicia, derecho de defensa, celeridad, autonomía e independencia de la Rama Judicial, gratuidad, eficiencia, alternatividad, respeto de los derechos y administración de justicia, este último como parte de la función pública que cumple el Estado constitucional para hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en la Constitución Política y la Ley, con el propósito de hacer efectiva la convivencia social y mantener la concordia de la nación¹⁶.

Sin embargo, si observamos el desarrollo de la Ley 906 de 2004, Sistema Penal Acusatorio, a título de ilustración, se contempla otra dimensión del comportamiento de los aparatos estatales de justicia en donde se evidencia una reducción de tiempos procesales del 73%, frente a los alcanzados en el sistema escritural¹⁷ y por ende una disminución significativa de costos para el ciudadano, al tiempo de lograr una mayor efectividad en el servicio de justicia, en sede judicial, pues, también es evidente que pese a las mejoras en la gestión judicial, se presenta una gran acumulación de casos en entes de investigación y acusación, por lo cual, necesariamente induce la realización de ajustes que permitan garantizar la parte dogmática de la estructura constitucional; en este sentido, un primer análisis, basado en la inercia de los resultados de indicadores que miden y comparan a Colombia internacionalmente, orienta la priorización de aspectos tales como:

- **La articulación de la planeación con las posibilidades presupuestales del sistema judicial**, en los planes de desarrollo del Sector Jurisdiccional de la Rama Judicial, no han tenido la financiación suficiente, de manera que las políticas, estrategias y proyectos puedan desarrollarse adecuadamente y hacerlas soste-

15 Doing Bussines en Colombia 2010. Comparando la Regulación en 21 ciudades y 183 Economías. Banco Mundial y Corporación Financiera Internacional. 2010. Banco Internacional para la reconstrucción y el Desarrollo / Banco Mundial. Página 3.

16 Artículo Primero Ley 270 de 1996.

17 Informe al Congreso de la República 2011. Pág 32. Mayo de 2012

nibles en el tiempo. En el Informe al Congreso de la República del año 2012, se señala: “*La Rama Judicial viene arrastrando desde el año 2001 hasta el año 2011, en promedio, un déficit presupuestal de 17%, y en especial la cuenta de gastos de inversión alcanza un rezago del 57%*”¹⁸

- **Implementación de TIC (tecnologías de la información y comunicación):** La gestión judicial debe contar con las modernas tecnologías de la información y comunicación, articuladas con la modernización de la gestión judicial y administrativa, en los nuevos escenarios de los procesos orales; esta aplicación de la informática y las comunicaciones debe facilitar el acceso a la administración de justicia, a través de procesos virtuales, la consulta de información sobre la gestión de los procesos, el control de términos, la actividad procesal interna en los distintos despachos judiciales y la rendición de cuentas a la comunidad como actividad que garantiza la transparencia y la honestidad del servidor judicial, tal como se refleja en la normativa que desarrolla el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011.
- **El fortalecimiento de la formación:** Existen debilidades en las instituciones de educación superior que forman los profesionales del derecho pero no funcionarios judiciales, por lo que es necesario complementar y fortalecer, desde el gobierno de los aparatos estatales de justicia, la formación de funcionarios y empleados para lograr una mayor solvencia de los mismos y de la comunidad en general para generar círculos virtuosos que permitan acelerar el trámite de procesos y mitigar efectos externos al sistema, que impiden la realización de metas en la oportunidad requerida.
- **El fortalecimiento de los mecanismos de gobierno y control judicial:** es necesario revisar el sistema de carrera judicial, el cual, si bien ha sido exitoso en el ingreso, pues se han logrado niveles superiores al 97% de cubrimiento en los distintos niveles de los despachos judiciales, en cuanto a la evaluación de la gestión, aún persisten debilidades, en relación con la capacidad real de cada despacho y los resultados programados en cada año judicial. Incluso, sobre el particular, se han planteado algunos escenarios de

18 Informe al Congreso de la República 2011. Pág 89. Mayo de 2012.

afectación salarial, a manera de estímulos, que bien vale la pena estudiar en procura de elevar la productividad de sistema judicial, como mecanismo para reducir los inventarios, reducir los tiempos procesales y disminuir los costos de transacción, tanto para el ciudadano como para el Estado.

- **Nuevo enfoque de las reformas judiciales:** En Colombia, como en otros países, en las últimas décadas se han adelantado numerosas reformas al ordenamiento jurídico y al sistema judicial, incluida la última fallida reforma a la administración de justicia, cuyo trámite culminó a mediados del año 2012, con enfoques basados principalmente en elementos jurídicos, descuidando aspectos de gerencia que concatenen efectivamente los cambios con la necesidad de mejorar el servicio al ciudadano y los indicadores de resultado, que en últimas afectan la percepción de los mismos sobre el servicio público de justicia.

5. Estructura y gestión de la Rama Judicial

La oferta de servicios de justicia en Colombia es gestionada hoy en día, por 4.894 funcionarios y 19.198 empleados, sin incluir cargos de descongestión, distribuidos en todo el territorio nacional.

La oferta de jueces en Colombia es de 10,01 por cada 100.000 habitantes, cifra que se justifica de acuerdo a la evolución incremental de la demanda de justicia y el aumento en la productividad de la administración de justicia en los últimos años, debida a la modernización normativa impulsada por los órganos constitucionales del Ejecutivo y el Legislativo, la incorporación de tecnología, la formación de los funcionarios judiciales, el desarrollo de la oralidad en algunas especialidades y jurisdicciones y el aumento de la demanda de justicia, aspecto último que no ha permitido, en el corto tiempo, poner la justicia al día y lograr los niveles de eficiencia en una combinación armónica de productividad, respuesta oportuna, y calidad de la decisión que espera el justiciable.

En efecto, la demanda de justicia, desde el año 2007, sólo para analizar los últimos 4 años, ha registrado un aumento del orden del 15%. Sin embargo, se destaca que el índice de evacuación parcial asciende al 119%, escenario que ha permitido la evacuación adicional de procesos represados.

Así, de conformidad con el Informe al Congreso de la República, presentado por el Consejo Superior de la Judicatura¹⁹, en el año 2011 ingresaron 2.281.402 y se evacuaron 2.711.840 procesos, situación que generó una reducción del inventario en 366.168 procesos al pasar de 2.637.548 procesos en 2010 a 2.271.380 procesos a finales del año 2012. Esto corresponde al 16% de impacto sobre los inventarios de procesos.

Estos desequilibrios exigen dedicar recursos extras para superar las asimetrías entre las partes dogmática (derechos, libertades y deberes) y orgánica (aparatos estatales de justicia), al tiempo de alcanzar un nivel de eficiencia que permita hacer sostenible el sistema sobre los pilares de productividad y calidad.

Es pertinente recordar que, en dos décadas de vigencia de la justicia constitucional- vía acción de tutela- la Rama Judicial ha atendido cerca de 3.5 millones de acciones, cerca de 500 mil de ellas en el año 2011, de las cuales aproximadamente el 30% corresponden a temas de salud, seguidas de pensiones, trabajo y adultos mayores, como las superiores causas de litigio expresados en esta acción constitucional.

De esta manera, la labor jurisdiccional y los recursos que se han invertido para mejorar el acceso y la respuesta de justicia, muestran en primer lugar un punto de quiebre en la acumulación histórica de inventarios, sumada al aumento de la capacidad de producción de los jueces y la reducción, en consecuencia, de los tiempos procesales. Un segundo esfuerzo debe afianzar esta variable y sumarle mejores resultados en materia de calidad de las decisiones.

Dividir el inventario actual entre el número de despachos, evidencia un promedio de procesos por despacho judicial, de 464 procesos, cifra que permite mirar con optimismo el futuro de los aparatos estatales de justicia, siempre y cuando se modernice el sistema y se implementen los nuevos estatutos jurídicos para mejorar la administración de justicia como el recién expedido Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

19 Consejo Superior de la Judicatura. Informe al Congreso de la República. 2012.

Número de despachos judiciales y productividad - resultados

En efecto, mientras en 1997 la Rama Judicial en su conjunto producía 1.308.756 procesos, en el año 2011 se alcanzó la cifra record de 2.403.364 procesos. En ese mismo período el número de despachos judiciales aumentó de 3.685 despachos a 4.076 despachos, es decir que mientras la productividad aumentó en cerca del 66%, el número de despachos apenas creció en un 11%.

De esta manera, la capacidad anual de un despacho judicial, para referir solamente los egresos, pasó de 355 procesos en el año 1997 a 589 procesos en el año 2011. Con una producción diaria del sistema judicial de 9,499 procesos, aproximadamente²⁰.

6. Presupuesto en el sistema judicial – recursos financieros

La Rama Judicial en Colombia, y tradicionalmente como se percibe por el ciudadano el poder judicial, está constituida por el Sector Jurisdiccional (jueces y magistrados), la Fiscalía General de la Nación y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. El presupuesto, de estas instituciones, en el año 2012, ascendió a \$4,2 billones²¹, que corresponde al 2,59% del PGN y al 0,77% del PIB. Sin embargo, cuando se habla de la función pública desplegada por los aparatos estatales de justicia para hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en la Constitución Política y la Ley y para los efectos de este artículo, es necesario suscribir el análisis a jueces y magistrados, es decir al sector jurisdiccional de la Rama Judicial, compuesto por las altas cortes, tribunales y juzgados.

Así, el análisis debe partir de la estructura, comportamiento y tendencia presupuestal de este sector y del mismo, frente a otros sectores de trascendencia en la administración del Estado.

20 Cálculo obtenido descontando la vacancia judicial y asumiendo, en general 22 días hábiles al mes.

21 Presupuesto Total Fiscalía \$1,7 billones, Medicina Legal \$151.379 millones, Sector Jurisdiccional \$2,3 billones. Ley de Presupuesto año 2012. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Sector Jurisdiccional de la Rama Judicial (compuesto por los órganos constitucionales: altas cortes, tribunales y juzgados), en la última década ha tenido una participación en el Presupuesto General de la Nación en promedio del 1,6% y del 0,32% frente al Producto Interno Bruto. Así, en Colombia, en el último año (2012), de cada \$100 pesos del presupuesto, se destinaron al funcionamiento de la administración de justicia – sector jurisdiccional - , no más de \$1,45. Así mismo, en relación con el presupuesto de inversión, que cubre, esencialmente, aspectos de mejoramiento de infraestructura física, tecnologías de la información y comunicación, capacitación y construcción de conocimiento, de cada \$100 del presupuesto, se destinan sólo \$0,55 al Sector Jurisdiccional de la Rama Judicial.

Tabla 1. Presupuesto del sector jurisdiccional frente al presupuesto general de la Nación y el producto interno bruto (millones de pesos corrientes)

Año	Presupuesto asignado – PSJ	Presupuesto general de la nación – PGN	Producto interno bruto - PIB	PSJ/PGN	PSJ/PIB
2003	777.794	71.744.098	263.887.767	1,08%	0,29%
2004	795.925	81.707.136	299.066.590	0,97%	0,27%
2005	929.687	93.475.168	335.546.939	0,99%	0,28%
2006	1.160.047	105.923.012	383.322.872	1,10%	0,30%
2007	1.260.405	117.594.234	431.839.018	1,07%	0,29%
2008	1.413.671	125.715.234	478.359.984	1,12%	0,30%
2009	1.579.005	139.056.788	494.377.456	1,14%	0,32%
2010	1.832.228	148.292.623	521.163.744	1,24%	0,35%
2011	2.109.659	147.255.252	539.404.475	1,43%	0,39%
2012	2.397.266	165.276.318	559.362.441 ²²	1,45%	0,43%

Fuente: Ministerio de Hacienda, Leyes de Presupuesto. Banco de la República

6.1. Gasto per cápita en justicia

El gasto general per cápita en justicia en Colombia, evaluadas las cifras presupuestales del año 2012, corresponde a \$55,750 anuales por habitante, es decir \$4,646 mensuales por habitante y tan sólo \$155 diarios. En cuanto al

22 “El rango de pronóstico del crecimiento del PIB para 2012 está entre 3.7% y 4.9%, con 4.3% como la cifra mas probable”. Banco de la República.

presupuesto de inversión, necesario para proyectar de manera consistente el desarrollo de la administración de justicia, el guarismo se reduce a \$4,676 anuales, \$390 mensuales y \$13 diarios.

Este indicador, frente a las necesidades de la administración de justicia, se encuentra significativamente distanciado, pues sumado a un rezago histórico, marcado por el escaso crecimiento de los recursos, que apenas alcanzan a financiar el crecimiento vegetativo de los gastos de funcionamiento, permanece la necesidad de modernización del sistema judicial apoyado en las TIC, la dotación de infraestructura física, la capacitación del talento humano y modernización de los modelos de gestión de la administración de justicia.

6.2. Gastos de justicia relacionados con otros sectores

Un análisis de la vigencia presupuestal de 2012, permite evidenciar la brecha significativa en materia de recursos, existente entre el sector jurisdiccional y otros sectores de los órganos constitucionales del Ejecutivo en Colombia. Los resultados, frente a las necesidades de gobierno y administración de los aparatos estatales de justicia, para obtener mejores resultados y permitir el acercamiento de los principios de la administración de justicia a la sociedad, señalan necesariamente un camino de mayor interés y ajustes por el sector justicia, de tal manera que la planeación, como primer elemento de la administración encuentre un verdadero rumbo hacia la solución de los problemas de la administración de justicia.

Corresponde a una tendencia generalizada que los recursos presupuestales asignados al Sector Justicia y en particular al Sector Jurisdiccional de la Rama Judicial, como relación del Presupuesto General de la Nación son significativamente menores, respecto a entidades del sector social, del sector de infraestructura y de entidades del sector defensa y seguridad. En este sentido, una reforma en la administración del sistema judicial ha de compadecerse con un aumento de recursos destinados al sector jurisdiccional, en un modelo de rendición de cuentas, de evaluación de resultados, que involucre los despachos de jueces y magistrados, en todo el territorio nacional.

Tabla 2. Recursos presupuestales asignados a distintas entidades – secciones 2012 (millones de pesos corrientes)

Sección – entidad	Presupuesto asignado	% del PGN
Sector Jurisdiccional Rama Judicial	2.397.266	1,45%
Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional - Acción Social	4.322.954	2,62%
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	9.304.856	5,63%
Ministerio de Defensa	11.035.519	6,68%
Policía Nacional	6.652.133	4,02%
Ministerio de Minas y Energía	2.063.544	1,25%
Ministerio de Educación Nacional	23.092.798	13,97%
Instituto Nacional de Vías	3.193.763	1,93%
Organismos de Control	1.140.763	0,69%
Procuraduría General de la Nación	413.944	0,25%
Contraloría General de la República	387.122	0,23%
Defensoría del Pueblo	304.216	0,18%
Contaduría General de la Nación	13.973	0,01%
Auditoría General de la República	21.508	0,01%
Fiscalía General de la Nación	1.731.194	1,05%
Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA	2.225.561	1,35%
Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF	3.944.176	2,39%
Instituto Nacional de Concesiones - INCO	3.782.862	2,29%

Fuente: Ley 1485 de 2011²³

Es conveniente recordar que en la fallida reforma a la justicia, se preveía como mecanismo para superar las necesidades y rezagos presupuestales históricos de la Rama Judicial –Sector Jurisdiccional, una asignación adicional en el presupuesto de \$2 billones de pesos, en los próximos 6 años, cerca de \$330 mil millones anuales, con un incremento adicional de 2 puntos porcentuales adicionales al IPC²⁴. Sin embargo, este esfuerzo es desconocido en el proyecto de presupuesto que se presentó a consideración del Congreso para la vigencia presupuestal de 2013.

23 Ley 1485 del 14 de diciembre de 2011, “por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2012”.

24 Índice de Precios al Consumidor

Si bien, la cifra contenida en la reforma recoge aspiraciones del gobierno y de la administración de justicia, es necesario profundizar en el análisis y establecer los ajustes necesarios para garantizar la real autonomía de los órganos de gobierno de la administración de justicia, que no esté sujeta a los vaivenes de las posibilidades y restricciones, marcados de manera general por otros organismos del Estado. Es imperioso fortalecer el Gobierno, y los instrumentos de los aparatos de justicia para garantizar los principios constitucionales que soportan el sistema judicial, lo cual significa hacer más eficiente el principio de coordinación de los órganos del Estado. Es urgente modernizar su administración dotándola de modelos de gestión eficientes y presupuestos adecuados para poner en funcionamiento los estatutos y procedimientos, bajo el marco de las tecnologías de la información y comunicación, la rendición de cuentas, el acercamiento al ciudadano, la materialización del acceso a la administración de justicia y la comunicación de las decisiones al ciudadano.

Para gobernar, no es suficiente contar con las competencias constitucionales, si no se cuenta con los recursos técnicos, financieros y el talento humano que materialice la parte orgánica de la Constitución y supere esta asimetría. Es preciso, entonces, consensuar una ecuación que dé cuenta de los resultados de la gestión pública de la justicia, de cara a la asignación de los recursos; la garantía para continuar la construcción de un Estado Constitucional está signada por las prioridades de la política pública que le otorguen no solo los órganos de gobierno, sino el conjunto de poderes, autónomos, que reposan en la Constitución.

Los MASC: ¿una forma alternativa de acceder a la justicia?¹

Rafael Bernal Gutiérrez

Docente universitario y Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Uno de los derechos hoy conocidos como fundamentales del individuo, lo constituye el acceso a la justicia y es deber ineludible del Estado proporcionar las condiciones necesarias para lograr que éste sea una realidad.

Tradicionalmente, se ha venido considerando que dicho “acceso” se refiere exclusivamente al poder judicial y, por ello, las preocupaciones alrededor de la “justicia” se traducen todas en constantes reformas a los códigos de procedimiento y al incremento de la planta del personal que atiende lo que se suele llamar la “administración de justicia”, como si justicia y jueces fueran lo mismo, equívoco generalizado y garrafal que olvida el verdadero sentido que tiene el vocablo y por ende, ha dejado de lado un trabajo coordinado y centrado en una verdadera estrategia integral en la materia.

La justicia, como derecho del ciudadano, supone en términos generales la posibilidad que tiene éste de lograr que sus derechos sean reconocidos y respetados y, como requisito previo, que tenga acceso a los mecanismos necesarios orientados a lograr este objetivo. Eso, ciertamente, deberían lograrlo los jueces pero no necesariamente sólo ellos, en tanto existe una serie amplia de herramientas que no sólo permiten un mayor nivel de acceso sino que ponen, en tiempo real, este derecho ilusorio al alcance de las manos de todos, sin distinción de ninguna clase.

¹ Las opiniones vertidas en este documento son de la exclusiva responsabilidad del autor y no comprometen en forma alguna la posición de la Cámara de Comercio de Bogotá ni del Centro de Arbitraje y Conciliación de esa entidad.

De otro lado, tenemos que aceptar, por la fuerza de los hechos, que los métodos lógicos y naturales, han terminado siendo denominados como alternativos, en tanto el verdadero método alternativo, se convirtió en el canal natural y único para obtener “justicia” a partir de la intervención de los jueces. La lógica elemental, señala todo lo contrario; en la escala de las soluciones, luego de superar los siglos de barbarie en la administración de justicia, el método natural y original para resolver las controversias es el arreglo directo entre los ciudadanos y, a partir de este, todos aquellos en que la autonomía de la voluntad le permiten lograr, sin mayores barreras, la solución directa o asistida de sus diferencias y sólo en la parte alta de la escala, se encuentra el juez, donde mayor número de barreras y dificultades existen y en donde poco o nada puede hacer el ciudadano para lograr lo que los doctrinantes han siempre puesto como aspiración generalizada y es la de obtener “pronta y cumplida justicia” que, si bien lo hacen al hablar de la actividad judicial, es un aforismo que va mucho más allá cuando se entiende correctamente, como ya se indicó, que debe entenderse por “justicia”.

Es en este contexto y bajo estos supuestos, que trataremos de dar una visión panorámica del tema para llegar al estado del arte y formular algunas hipótesis sobre lo que se ve en el horizonte próximo, alrededor de los que tendremos que llamar, a fuerza, como los métodos alternativos de solución de controversias; es decir, los métodos alternativos para lograr justicia, al lado del método principal que es el juez.

Dentro de este contexto, tendremos que ubicar tanto los métodos directos –o de auto composición- como los indirectos –o de heterocomposición-, por supuesto, excluyendo de éstos últimos al juez.

Colombia es un país de amplia tradición legislativa en materia de métodos alternativos de solución de controversias y, en algunos aspectos, aventajado en la utilización de los mismos frente a un entorno en el cual, en buena medida, la situación no es diferente al panorama que hemos descrito como imperante entre nosotros. Si bien, no hay abogado que no responda y se proclame un fanático cultor de los arreglos entre las partes, lo cierto es que la cultura del país ha estado bien distante de la práctica legislativa y, a pesar de lo que se ha hecho e intentado, aún estamos muy lejos de un escenario siquiera razonable en estas materias como trataremos de mostrarlo a continuación.

Hasta hace no muy poco, tuvimos una tradición donde el peso de la palabra y el cumplimiento de los acuerdos era algo respetado y valioso. No obstante, la modernidad no viene sola y el auge y la incidencia de la profesión

del derecho, centrada integralmente en una visión miope e incompleta de la razón de ser del abogado, llevó a que sin pausa se fuera deteriorando esta cultura para darle paso a la contraria. Un deterioro gradual en los valores, el irrespeto de los derechos del otro, la inobservancia de la buena fe, fueron sustituyéndola y para salirle al paso, la respuesta, de la mano de los abogados, era el proceso como camino único para ello. Las facultades de derecho y sus programas, se volvieron un intensivo culto al proceso, por encima de otros aspectos, y la parte fundamental de la profesión, a saber, la del abogado como activo protagonista de la prevención de los conflictos o como gestor de soluciones directas, rápidas y acordes con los intereses de las partes, cedieron su lugar a la práctica generalizada del proceso y al imperio, desde entonces imbatible, de los códigos de procedimiento como el manual de cabecera tanto de quienes buscan el cumplimiento de sus derechos como de quienes buscan eludirlo.

No quiere ello decir que el sistema legal colombiano no hubiera considerado para nada alternativas diferentes; simplemente retrató de cuerpo entero una sociedad propensa al litigio y la diferencia más que al acuerdo y la convivencia, a lo que se unió el interés del gremio litigante por conservar su protagonismo como la única receta para estos efectos. Quedaron atrás legislaciones seculares, algunas aún plenamente vigentes aunque ignoradas, como lo el contrato de transacción, inmerso dentro del Código civil de 1.886, que da las bases para el método directo de solución de controversias a partir del arreglo entre partes y al que la Corte Suprema de Justicia, en momentos de alta recordación, perfiló y delimitó en numerosos momentos. Más antiguo aún –sin referirnos a legislación previa a la República-, fue la normatividad expedida por el General Santander en 1.825 y 1.829, en la que se reguló el arbitraje e igualmente se habló de la conciliación, incluida la previa al proceso, que hoy algunos siguen pensando es una novedad ingeniosa de hace pocos años. Otros, aún añoran dicha legislación.

Si bien en cuanto a conciliación se expidieron ulteriormente algunas normas, especialmente en casos de familia y se utilizó algo que se bautizó así pero distó de serlo, en materia laboral, poco desarrollo tuvo ninguna de estas ancestrales figuras que con la mejor intención pero muy poca suerte, el legislador nos dejó sobre la mesa para que los ciudadanos logremos “justicia”.

Se pregunta por la razón de esta circunstancia y, creo que, como aún nos sigue pasando, la actitud frente a las diferencias y su forma de resolverlas, machista y cavernaria o civilizada, deriva de la forma en que los ciudadanos somos formados, en últimas, es un tema cultural. Las normas, muchas o po-

cas, de mayor o menor rango, nada tienen que hacer si no se logra conocerlas, entenderlas, asimilarlas, aceptarlas y aplicarlas. Eso, no se produce por generación espontánea, sino que son el resultado de la formación que se recibe. Así pues, nunca bastaron y, como ocurrió con la conciliación hacia los años 70 y luego se viene repitiendo hasta nuestros días, se la vio como algo “extraño” al proceso, “alternativo” e inútil, salvo cuando se trataba y/o se trata de dilatar y diferir, caso en el cual se aprovechan los espacios y las oportunidades sin una intención real de llegar a acuerdos.

El contrato de transacción, por su ubicación, no era ni es usualmente enseñado en la facultad de derecho. Está de último y hay otros más importantes. No falta quien, además, considere que es un tema procesal y por ello lo deja para los encargados de la materia. El profesor de procesal, a su turno, tiene mucho que enseñar sobre los vericuetos de la vía judicial y deja de lado estos métodos “alternativos” que, como el desistimiento, dan fin a la herramienta maestra y, además, considera que es un tema de contratos y, tampoco lo enseña. Como resultado final, el contrato que privilegia el método natural de solución de controversias es más o menos ignorado y desconocido de manera generalizada y de allí no puede esperarse sino su pobre utilización al no tener en cuenta toda su potencialidad y sus ventajas.

La conciliación, hasta hace muy poco, se consideró como “un paso dentro del proceso” y no como una alternativa para solucionar las controversias y como tal se le señalaba ceremoniosamente –para evitar la nulidad del proceso, no por otra cosa- y se despachaba menos ceremoniosamente, normalmente por algún auxiliar del despacho ya que, por regla general, nadie tenía interés en lograrla y muchos desconocían, así se predicaban partidarios del arreglo, las ventajas del método. Era más provechoso, como muchos aún lo consideran, transitar por los tortuosos, inciertos e indeterminados caminos del proceso.

Del arbitraje, nadie se ocupaba, salvo los códigos; era algo muy poco conocido y quienes de una u otra forma incursionaban en él no compartían su secreto, en la medida en que ese monopolio del conocimiento generaba ingentes beneficios.

Ese fue el estado del arte hasta comienzos de los años 80 cuando, por enésima vez, se aborda una reforma integral al tema de la justicia –jueces- para tratar de lograr “descongestionar” un aparato judicial totalmente inundado de causas, con bajos niveles de eficiencia, pobres resultados en la asertividad y serias dudas derivadas de la falta de transparencia que comen-

zaba a sentirse en el sistema. Estas, son fruto de la constante generalizada cuando las cosas no funcionan y se precisa de intermediarios y de operaciones extralegales, bien para acelerar o desacelerar, el ritmo de las cosas.

Se produce entonces la ley 30 de 1.987, de facultades extraordinarias, y se señala un plazo de dos años para que en ese interregno, se produzcan las reformas necesarias en códigos y legislación a fin de atacar la congestión, modernizar el sistema judicial y tratar de proyectar una aproximación diferente frente a la solución de las diferencias.

Para esa época, la transacción seguía vigente, las pocas normas sobre conciliación igualmente y el régimen del arbitraje se había modificado al incluir una nueva legislación en los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil expedidos a comienzos de los años 70. Curiosamente, por razones que no son claras y que apuntan a diversas motivaciones, en ambos códigos se incluyó el mismo capítulo para regular la materia, lo que forma parte de la paradoja legislativa colombiana en estas y en otras materias. El resultado, muy cerca, hacia el año 1976, fue que la visión e interpretación dada por los jueces y los doctrinantes del derecho procesal, en una materia regida por el orden público y la intangibilidad de sus textos, terminó primando por sobre la que anima al Código de Comercio –aún vigente-, donde la autonomía de la voluntad y la flexibilidad son el principio rector, lo que llevó a una visión única, toda de tinte y estirpe procesal, dejando de lado toda otra consideración, como aún es hoy una corriente altamente nutrida de partidarios que, a pesar de los cambios, entienden el arbitraje únicamente como un proceso judicial con un juez particular.

Debe resaltarse cómo, en esa época, nace otro método alternativo para resolver las controversias: el peritazgo. En efecto, el Código de Comercio incluye un capítulo sobre lo que llamó “Regulación por Expertos o peritos” –está vigente-. No obstante, poco o ningún favor ha logrado cosechar y se prefieren largos y tediosos pleitos a solicitar un dictamen que, de manera breve, asertiva y usualmente menos costosa y más eficaz, puede dar término a numerosas controversias, incluidas todas las que, el mismo Código, defirió al juicio de dichos expertos o peritos. El tema cultural siguió pesando como ocurrió con todas y cada una de las figuras anteriores y la dosis de códigos procesales nuevos y más jueces, siguió campeando, sin resultados concretos frente al ciudadano del común, ni impacto de ninguna clase frente al “acceso a la justicia”, declaración romántica de un derecho fundamental pero históricamente incumplido por el Estado.

Por otra parte, aunque menos notorio pero ciertamente de alta incidencia en la historia del tema, el Código de Comercio, en la regulación correspondiente a las cámaras de comercio, les señala dentro de sus facultades la de servir de árbitros y trabajar por la solución de las controversias entre comerciantes, lo que las cámaras de comercio, a partir de 1.983, vienen cumpliendo a través de la fundación del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, al cual siguieron otras ciudades del país y que hoy tienen amplia vigencia al interior de las mismas.

Como resultado de las reformas del año 1.989, no sólo se modifica el Código de Procedimiento Civil, sino que se expide el decreto 2279 de 1.989 que deroga el régimen dual del arbitraje en Colombia, establecido en el Código de Comercio y el Código de Procedimiento Civil; trae algunos principios básicos sobre la conciliación y alguna norma aislada sobre la llamada “amigable composición”, nueva figura, como tal, que hace su debut dentro del ya variado escenario de los métodos alternativos de solución de conflictos colombianos. Infortunadamente, un número importante de equivocaciones en el decreto, derivados de tratar de atender a todos, lo que siempre concluye en no atender a nadie, hizo preciso que rápidamente se presentara un proyecto de ley que, tramitado durante la legislatura de 1.990, se convirtió en la ley 23 de 1.991.

Aquí, el cambio es drástico y de amplio espectro. Se corrigen los errores del decreto citado, se da piso generalizado a la creación de los centros de conciliación y de arbitraje, basados en el precedente de los ya establecidos por esa época en las cámaras de comercio del país, se profundiza de manera drástica y total en la aplicación de la conciliación, la cual se vuelve un requisito inmerso en los inicios mismos de los procesos en la totalidad de las ramas del derecho y se hacen ajustes a la amigable composición. De esta visión, vale la pena resaltar, no sólo el papel de los centros de conciliación, que se establecen en la misma, sino el de los jueces, que pasan de ser la figura tradicional que imparte justicia a ser quienes también, tienen como misión la de propiciar arreglos como conciliadores al interior del proceso. Tema debatido y criticado pero que produjo resultados importantes, si bien el “entusiasmo” cedió, como suele ocurrir, cuando no hay políticas públicas sino políticas de gobierno o de momento, por otros caminos y otras prioridades.

También, merece atención la obligación consagrada para todas las facultades de derecho de contar, al lado de los consultorios jurídicos, con centros gratuitos de conciliación donde no sólo se tratara de preparar y formar abogados integrales, duchos en lo procesal, sino también de no perder de vista su

papel de componedores, en beneficio de un amplio margen de la población, usuarios de los consultorios, personas carentes de “acceso a la justicia”.

Como algo relevante, dentro de la extendida aplicación de la conciliación, se incluyó la posibilidad para el Estado de solucionar sus controversias por esta vía, acudiendo, entre otros, a los centros de conciliación que estuvieran habilitados para el efecto.

Por último, da vida a la figura de la “conciliación en equidad” que, tratando de involucrar a los miembros de la comunidad en la solución de sus propias controversias, toma de la mejor práctica del barrio, la vecindad y la vereda, los elementos necesarios para reconocer el trabajo de esos líderes naturales, servidores de sus conciudadanos en la solución de sus controversias, figura de creciente desarrollo y aceptación que quizás, está madura para ser objeto de ajuste y revisión, preparándola para mayores y mejores logros.

En el año de 1.991 el país expide la Constitución Política. En ella se incluye, en el artículo 116, la autorización a los particulares para ejercer de manera temporal la función jurisdiccional, como árbitros o conciliadores habilitados por las partes para resolver sus diferencias, en los términos establecidos en la ley. Salimos así de la época de las demandas de inconstitucionalidad del arbitraje ante la Corte Suprema de Justicia para entrar a las de la constitucionalidad del arbitraje ante la Corte Constitucional. Este artículo tiene un craso error, al catalogar la función del conciliador como ejercicio de la función jurisdiccional, cuando la realidad es que el conciliador no toma ninguna decisión frente al conflicto de las partes. No obstante, nunca se logró convencer a los constituyentes de tal equivocación y a pesar de las diversas decisiones de la Corte Constitucional aclarando el concepto, el texto no deja de invitar a la confusión, de la que esporádicamente hacen uso quienes así se lo proponen.

La Constitución Política da lugar a dos disposiciones de particular interés en las materias que nos ocupan. En primer lugar, a la expedición del Decreto 2651 de 1.991, expedido en desarrollo de particulares facultades otorgadas por la Carta, a fin de que, con carácter temporal, se expidieran una serie de medidas y habida cuenta del resultado de su aplicación, se expidiera un estatuto integrado de los Métodos Alternativos de Solución de controversias. En segundo lugar, a la expedición de la Ley Estatutaria de la Justicia, Ley 270 de 1.996.

De la Ley Estatutaria, más allá de reiterar los principios a que se refiere el texto constitucional, en cuanto a la naturaleza y opciones del arbitraje y la conciliación como métodos alternativos para la solución de las controversias,

vale la pena llamar la atención sobre el hecho, explícito en dicha norma, de que al lado de estos métodos, de corte jurisdiccional, el legislador bien puede establecer y validar otros métodos, no jurisdiccionales, orientados a la solución de las controversias. Esto último, como lo hemos venido relatando, ya lo había hecho el legislador de tiempo atrás, con la amigable composición y el peritazgo y ahora, reciben el espaldarazo con esta disposición (artículos 8 y 13). Dicha norma, se mantuvo integralmente vigente hasta la modificación sufrida por medio de la Ley 1285 de 2.009 que elimina la necesidad de la materia transigible como supuesto para llegar al arbitraje, que la primera ley había incluido, y enfáticamente establece la posibilidad de elaborar procedimientos por los particulares o por los centros de arbitraje.(artículos 3 y 8).

Más allá de la normatividad antes reseñada, resulta trascendente la jurisprudencia surgida alrededor de la misma. En efecto, en el pronunciamiento de control previo de la Corte Constitucional alrededor de la Ley 270 de 1996² y con relación a la potencialidad, allí no muy enfáticamente enunciada, de diseñar procedimientos por los particulares, la Corte dejó sembradas más dudas que certezas al sugerir la imposibilidad de hacerlo, haciendo decir al texto todo lo contrario a lo señalado por nuestro legislador y dejando en manos de los particulares solamente el poder residual para hacerlo. En el segundo texto legal, frente a un artículo claro, concreto y enfático, la Corte Constitucional³, luego de reiterar insistentemente en la posibilidad de que el procedimiento fuera elaborado por los particulares o referido al elaborado por los centros, dio al traste con todo lo dicho, al indicar, “de salida” que todo debería hacerse “de acuerdo con la ley”, lo que fue interpretado al absurdo, sugiriendo que la Corte había prohibido tales posibilidades, con lo cual se prolongó un debate que sólo se da en este país en el mundo.

El Decreto 2651 de 1991, por su parte, se vuelve en un instrumento de particular importancia y trascendencia, por las materias que aborda y la forma y el alcance que les da. De dicha norma, se destaca la inclusión de la conciliación en el arbitraje, la reglamentación de la conocida desde entonces como la “etapa prearbitral” dándole un tinte netamente procesal y consagrando un papel activo, dentro de la misma, a los centros de arbitraje y a sus directores. Abre la puerta a la utilización de métodos técnicos en el trámite y

2 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

3 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

en la práctica de pruebas por las partes. Dicha normatividad, que luego evoluciona como veremos, se mantiene vigente hasta nuestra época, con excepción de diversos aspectos, en particular la supresión de la participación de los centros y los directores, derivada de la Sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional, que definió la etapa previa como jurisdiccional e inescindible de la propiamente arbitral, bajo el supuesto de que ni estos ni aquellos, tienen ni ejercen funciones jurisdiccionales sino de mero apoyo al trámite arbitral. Sobre estos temas volveremos más adelante.

Si bien desde los años sesenta, los estatutos de contratación del país⁴, venían registrando la posibilidad delimitada y particular de que se acudiera al arbitraje, tan solo se consideraba la opción para contratos de empréstito y, se dejaba, en general, el ejercicio de los poderes extraordinarios del Estado por fuera de toda posibilidad de ser sometidos al arbitraje, en particular en todo lo que tuviera que ver con la aplicación de la caducidad. En este estado se llega a la expedición de la Ley 80 de 1993 que, dentro de un capítulo dedicado a la solución de controversias estatales, señala como principio rector, el que estas deben ser solucionadas de manera eficiente y directa y, en caso de no lograrlo, que deben acudir a la conciliación, la amigable composición o también al arbitraje. Se siguen dejando a salvo las facultades exorbitantes del Estado como materias excluidas de los métodos y se establecen algunas particularidades para el tema arbitral, especialmente en cuanto a la obligación de utilizar solamente los procedimientos de ley, la decisión en derecho y establece sólo cinco causas taxativas de anulación del laudo arbitral, sin incluir algunas de las establecidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989, aspecto este último que posteriormente se elimina al unificar la materia en la Ley 1150 de 2007.

Finalmente, frente a una política, errónea y persistente, de prohibir la utilización de los métodos y, en particular, del arbitraje, la Ley 80 de 1993 prohíbe prohibir su utilización, para salirle al paso a la política de algunas entidades del Estado, propósito que no se cumplió y no se cumple en la actualidad.

De singular importancia, la definición de la Corte Constitucional⁵ sobre la materia arbitrable para señalar la imposibilidad de llevar a este mecanismo

4 Artículos 13 de la Ley 4 de 1964, 66 del Decreto 150 de 1976 y 76 Decreto 222 de 1983.

5 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias; C-1436 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra, y SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

cualquiera de las facultades excepcionales del Estado y limitar, hasta donde ello es dable, la utilización de esta herramienta para los temas netamente económicos derivados de la actividad contractual del Estado, al declarar la constitucionalidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la ley. Línea gris que, sin duda, dificulta y limita el campo de acción del arbitraje y ha dado lugar a diversos pronunciamientos posteriores que lo han reiterado, a excepción de la salvedad hecha en jurisprudencia posterior por el Consejo de Estado⁶, según la cual, los árbitros tendrían competencia para conocer de la legalidad de los demás actos administrativos contractuales que no se encuentren en el conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, sobre facultades exorbitantes; en esos casos, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión del tribunal arbitral, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia C-1436 de 2000 de la Corte Constitucional y en relación con los mismos ni la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.

Aparece luego en el escenario la Ley 315 de 1.996, primera que intenta regular el arbitraje internacional, al cual tan sólo una aislada mención en la Ley 2 de 1.938, que dio vida a la cláusula compromisoria en Colombia, había hecho alusión. La ley, breve e incompleta, tiene no obstante los elementos básicos en la materia: la preeminencia de los tratados por sobre la ley local; la exclusión, dentro de ese contexto, del Código de Procedimiento Civil; la facultad de las partes para acordar la sede, el idioma, las reglas de procedimiento y las de fondo. No obstante, bien por su recortado alcance o bien por la existencia de jurisprudencias negativas, construidas alrededor del reconocimiento de los laudos internacionales o la misma situación de seguridad en el país, no fue ciertamente esta ley una herramienta que hubiera servido al objetivo planteado de darle impulso al arbitraje internacional en Colombia.

Como antes se mencionó, el Decreto 2651 de 1.991 establecía un plazo para lograr elaborar un estatuto para los métodos, el cual, reiteradamente se venció y sólo vino a concretarse, de manera muy parcial, en la ley 446 de 1.998, que solo en parte reguló los métodos, agregando una norma más a la ya interminable lista de disposiciones y se centró en las definiciones y las clasificaciones por doquier. De igual manera, de forma totalmente errática, otorgó facultades para “compilar” en un solo texto y sin modificar la numeración ni ningún elemento, toda la legislación vigente, lo que dio lugar al Decre-

6 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252 Consorcio Porvenir contra Incoder, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

to 1818 de 1998, al que haremos referencia más adelante. Dicha ley, regula de manera minuciosa lo atinente a la conciliación, diferencia entre la judicial y extrajudicial y, dentro de ésta, involucra nuevos actores ya no sólo del sector privado sino también del sector público, abriendo la puerta a la creación de centros de este sector, lo que luego, en la Ley 55 de 1.999 se extiende en particular a un buen número de las superintendencias que, actualmente, cuentan con ellos. En materia arbitral, hace algunas precisiones y acotaciones, mantiene con algunos pequeños retoques la capacidad de los centros y los directores de manejar la etapa prearbitral, normas éstas que, como se indicó anteriormente, fueron declaradas no ajustadas a la Constitución mediante la sentencia C- 1038 de 2.002.

Con base en la ley citada, se expide una muy compleja disposición, mutilada por las facultades otorgadas para hacerla: el Decreto 1818 de 1.998. Dicha norma, que incluyó disposiciones no vigentes y excluyó otras que si lo estaban, se constituye, en lo que a conciliación y arbitraje se refiere, en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, proyectado desde 1.991 en la Constitución Política. Esta disposición, hoy día, tan sólo conserva vigencia en lo relativo a la conciliación, dado que las demás materias, han sido objeto de reciente regulación que sustrajo de allí toda la temática arbitral y la amigable composición.

Si bien el derecho y la práctica colombiana se habían centrado en un modelo basado en la gestión a partir de los centros, originalmente tan solo privados, esta estrategia se ve abruptamente modificada en diversos sentidos. En primer lugar, con la creciente creación de centros en las entidades públicas con el significativo atractivo de ser gratuitos lo que, para quienes no tienen ninguna intención de conciliar sino cumplir con el “requisito” resulta llamativo, así desplace en su utilización a quienes verdaderamente requieren de ese apoyo del Estado y, en segundo lugar, en la competencia en algunos centros públicos con los privados en franca desventaja en tanto desde lo público, se direccionan de manera exclusiva temas y tópicos a dichos centros sin justificación de ninguna clase. En segundo lugar, con la prohibición, a veces legal, la mayoría de las veces jurisprudencial, de limitar el campo de acción de los centros privados, como en los casos de las materias atinentes a la contratación del Estado, los servicios públicos o todo lo que sea de competencia del juez laboral, así se trate de contratos mercantiles de prestación de servicios (!); por último, dentro de este contexto, se “importa” la experiencia de la conciliación como requisito de procedibilidad tomada del sistema argentino habilitando a conciliadores “independientes” aparentemente pero “vinculados” a Centros para ejercer la labor lo que, ciertamente, contribuye a drenar

el campo de acción de quienes, desde lo privado, contribuyen y participan en la prestación del servicio, en detrimento de las posibilidades reales de avanzar en la estrategia de difusión y aplicación de los métodos.

Es la Ley 640 de 2001 la que establece la idea de la conciliación como requisito de procedibilidad que, si bien fue concebida de una manera amplia se reduce en virtud de decisiones de la Corte Constitucional al campo civil y, dentro de éste se llega, a partir de una aplicación gradual, a extenderla a los procesos sustancialmente de orden declarativo, dejando entre otras de lado los procesos ejecutivos que, por esencia, son aquellos que, si la estrategia se considerara adecuada, son los que normalmente representan la mayoría y el mejor terreno para los acuerdos negociados.

Si bien el objetivo resultaba loable: tratar de lograr descongestionar los despachos judiciales propiciando los acuerdos, lo cierto es que toda la infraestructura necesaria para lograrlo; el número de conciliadores preparados para el efecto –inmenso- contra el bajo beneficio logrado, resulta, sin mayor esfuerzo, concluir que puede menos de catalogarse de fracaso. A este, contribuye sin duda, la baja gestión de un importante número de abogados, más interesados en el manejo del proceso que en una pronta solución que normalmente afecta su ingreso, que en llevar rápida y eficientemente a su cliente a un arreglo favorable; también nuestra cultura litigiosa y la no muy eficiente información y difusión sobre la materia, unida a una baja gestión de parte de los centros y los conciliadores.

Un hito que no puede dejarse de lado, es el que se produce con la expedición del nuevo estatuto penal, Ley 906 de 2004 – hoy modificado en diversas oportunidades, en particular la Ley 1453 de 2011. El Código, introduce en el sistema legal colombiano, un tema de mayor trascendencia, la institución de los mecanismos alternativos de solución de conflictos desde una perspectiva de justicia restaurativa, abriendo espacios a encuentros entre víctimas y agresores, con el fin de que ellas mismas gestionen y resuelvan las consecuencias originadas por el delito, mediante la utilización de las figuras de la conciliación y de la mediación, la que, sustancialmente –como ocurre en el mundo- , no difiere de la figura de la conciliación ya existente incluso desde 1.991, cuando en la Ley 23 se le dio vida para alguna clase de delitos. Aparece entonces, una nueva opción, la mediación, que aunque circunscrita a los temas regulados por la ley no es ajena a otros ámbitos de la actividad en nuestro país, en particular en Bogotá, donde se establecieron algún tiempo hace, centros de mediación en lugar de los de conciliación a que se refiere la Ley 60 de 1.993, de un, lamentablemente, pobre desarrollo, que ancla en

los municipios el establecimiento de “centros de conciliación municipal”. Esta iniciativa surge con mucha fuerza. La fiscalía construye una unidad multidisciplinaria que establece un sistema de altísima calidad y profesionalismo, cuyos resultados no tardan en verse. No obstante, la intermitencia de las “políticas” y los grados de congestión, han venido desarticulando ese esfuerzo y hoy, no es lo que parecía hubiera sido una excelente oportunidad.

De otro lado, se volvió costumbre en nuestro país que todo lo que no funciona hay que repararlo construyendo nuevos tipos penales, en lugar de tratar de que lo que ya está diseñado y construido para el efecto, opere como debe ser. Es así como, esa manía de penalizar todo, ante el fracaso de la “justicia formal” –jueces- se trata de suplir llevando todo el sistema penal a un grado de congestión sin límite, para atender temas y materias que bien podrían estar bien lejos de allí. El efecto intimidador de lo penal, ayuda a ese ambiente favorable, pero destruye buenas iniciativas como la mencionada y, a la larga, tampoco logra efectos distintos que el de atorar sin ninguna opción un promisorio sistema que hoy tiene que anunciar una “justicia selectiva”, ante la imposibilidad de salir adelante con sus cometidos por falta de los recursos necesarios para ello.

Por último, no puede dejarse de lado, la Ley 1563 de 2012, nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional que deroga toda la legislación anterior en estas materias –no sólo la incluida en el 1818- y abre un nuevo espacio a la amigable composición tratando de subsanar las inquietudes surgidas respecto del alcance de su vigencia.

A partir de allí, más que registrarse la aparición de nuevas figuras dentro del campo de los métodos alternativos, lo que aparecen son nuevos campos de acción que traen nuevos retos: el estatuto del consumidor, expedido mediante la Ley 1480 de 2011, que privilegia la fórmula de la solución ante las autoridades administrativas y la vía conciliatoria y declara como cláusula abusiva e ineficaz la inclusión obligatoria de la justicia arbitral; la Ley 1676 de 2013 que establece las garantías mobiliarias y la solución de las controversias por medios virtuales para ellas y, por último, el Decreto 1879 de 2013, de muy reciente expedición que, como novedad, incluye un “arbitraje virtual”, no obligatorio para contratos de adhesión y en general, acudiendo a la forma del contrato de opción, consagrada en la legislación colombiana desde la Ley 51 de 1.918 artículo 23.

Cuando uno repara en esta prolífica historia- que no pretende ser exhaustiva-, se confirma, en abundancia, la afirmación inicial, en el sentido de

que si algo no falta en Colombia –quizás sobra-, es legislación sobre la materia y opciones. Contamos con: transacción, conciliación, mediación, amigable composición, peritazgo y arbitraje. Pocos países, en América Latina y, aún, en el mundo, pueden lucir un complejo tan amplio.

Se cuenta con numerosos escenarios para acceder a tales métodos, tampoco es pues, la falta de estos o de operadores, la que impide su utilización. En algunos campos, estamos incluso sobredimensionados en el número de operadores. Probablemente, falta aún trabajar bastante en cobertura, que bien puede lograrse invirtiendo en los centros municipales de conciliación, a los que debería dedicarse recursos suficientes, por parte de cada uno de los municipios y el apoyo del gobierno central, comenzando por todos aquellos en que no existe ninguna opción de “acceso a la justicia” o cuentan con limitadísimos escenarios, ineficientes o llenos de barreras de acceso. Igualmente una mejor coordinación entre lo público y lo privado para, en lugar de dividir y competir, sumar. Igualmente, devolver al campo privado el acceso a temas que, aunque regidos por el derecho privado, le han sido sustraídos con argumentos jurídicos restrictivos, que lejos de beneficiar el derecho de la comunidad a la justicia, lo restringen y lejos de aportar a la descongestión la incrementan, sin razón ni justificación alguna, diferente a darle satisfacción a mantener, a toda costa, el monopolio de lo judicial por sobre la justicia, a la que se supone, todos tenemos derecho.

La pregunta aquí, es la obvia, frente a esta realidad normativa y la aparente suficiencia de la capacidad instalada, ¿cuáles son los resultados de toda esta larga, costosa y dolorosa tarea?

De manera sintética y sin duda recabando tan solo en las grandes líneas⁷, el estudio de las necesidades jurídicas insatisfechas y los métodos alternativos de solución de conflictos en el país, contratado por el Ministerio de Justicia y del Derecho y auspiciado con recursos del Banco Mundial, recientemente entregado por la Cámara de Comercio de Bogotá, señala algunas sugerencias

7 Este estudio, que se funda en una gran encuesta nacional de necesidades jurídicas, realizada en 14 ciudades (Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Cartagena, Pasto, Montería, Tunja, Neiva, Pereira, Villavicencio, Florencia y Quibdó), permite por primera vez, una evaluación estadísticamente representativa, de la situación de las necesidades jurídicas a nivel urbano, haciendo énfasis en poblaciones en situaciones de vulnerabilidad, como las personas en extrema pobreza o con discapacidades. El detalle de los resultados de la encuesta nacional y del estudio pueden ser consultados en la página web: <http://www.encuestaminjusticia.co/>

cias de particular importancia que orientan una respuesta y muestran unos caminos a recorrer.

Omitiendo lo relativo a lo judicial, que, como desde un comienzo lo precisé, no es el objeto de este comentario, el estudio, realizado en 14 capitales de departamento, donde se hicieron 5.866 encuestas y confrontó población en general, población en extrema pobreza, población en situación de discapacidad, usuarios de la conciliación extrajudicial en derecho y empresarios, arroja muchas oportunidades y luces, pero también genera preocupaciones.

Lo primero, dramático, es observar que los afectados de una parte muy significativa de la conflictividad nacional toman la decisión de renunciar explícitamente al reclamo o se resignan a “no hacer nada”; en la población general (51.9%), en poblaciones en extrema pobreza el porcentaje es el (59.2%) o en situación de discapacidad es del (61.6%), lo que demuestra que el acceso a la justicia es ciertamente bajo. Otro tema que sale del estudio dramático, es que es particularmente baja la cantidad de casos que termina ante los jueces si se le compara con la masa total de problemas jurídicos que tuvo la población y con la masa total de casos en los que la gente “hizo algo” en procura de su solución.

Igualmente es bajo el porcentaje de la masa total de conflictos que llega a los métodos alternativos de solución de conflictos en Colombia. La impresión general que dan los datos de la encuesta es que el sistema nacional de métodos alternativos de solución de conflictos, público y privado, está siendo subutilizado, a pesar de que el sistema judicial parece estar altamente congestionado. Pero cuando la gente acude a este tipo de mecanismos, están satisfechos con el servicio y dispuestos a recomendarlos a otros.

Para los métodos alternativos de solución de conflictos existe una oferta pública (Comisarías de Familia, Fiscalía, ICBF, Superintendencias, Ministerio Público) y una oferta privada (centros de conciliación, notarías, consultorios jurídicos, oficinas de quejas y reclamos).

Los porcentajes de personas que, ante un conflicto, decidieron acudir a un centro de conciliación son bajos frente al volumen de conflictos que podrían ser resueltos a través de estos mecanismos, en población general, 2.9%; en población en extrema pobreza 0.9%; población en situación de discapacidad, 7.1%; población empresas, 1.5%; población usuaria de la conciliación en derecho, 14.3%.

La encuesta genera reflexión sobre el reconocimiento institucional de los centros de conciliación: la gente dice conocerlos, pero acude muy poco a ellos especialmente la población en situación de pobreza. Estos son los porcentajes de las personas que afirmaron conocer los centros de conciliación: población general, 71.4%; población extrema pobreza, 50.8%; población en situación de discapacidad, 73.1%; población empresas, 40.4%; población usuaria de la conciliación en derecho, 76.4%. La conciliación comunitaria (aquella hecha por conciliadores “naturales” es sus propios espacios comunitarios) es numéricamente mucho más importante que las de los centros de conciliación y que parece ser una opción legítima.

Llama la atención, ver que una causa importante que determina esta circunstancia, tiene relación con la falta de información y de conocimiento del grueso de la base consultada sobre la existencia y las posibilidades de los MASC.

Sorprende, como dato valioso que configura un gran reto y una magnífica oportunidad, el que el 26% de la muestra, arregla de manera directa sus diferencias, logra acuerdos, los respeta y se siente satisfecha. Esta conclusión, que vuelve por los orígenes de nuestra sociedad en la etapa previa a la modernidad, a la que hice alusión al comienzo de esta relación, muestra que existe un filón que debe soportarse y ampliarse hasta llegar a los niveles que en países fuertes en esta opción, asciende a una cifra que ronda el 40%. Habida cuenta de que se trata de una herramienta que surge de una actitud cultural, precisa de un muy intenso trabajo concertado y mancomunado para desde la educación, a todo nivel, incluido el núcleo familiar, se estructure un programa de trabajo que nos lleve a aproximarnos a un mejor resultado. Ello, se vuelve crítico, si tenemos en cuenta que, al tener que trabajar en una mejor información alrededor de los derechos de los ciudadanos habrá una presión mayor de “justicia” y de no contrarrestarse con una mayor y mejor capacidad para utilizar el “canal natural” de solución de controversias, podríamos llegar a una situación de crisis mayor que la que actualmente registramos.

Resulta indispensable poder aproximarnos más asertivamente y con una mejor pedagogía a la comunidad en todo lo que tiene que ver con la información y formación en lo que a MASC se refiere. No es sólo la falta de ellos de lo que padecemos sino que la divulgación que se hace no tiene en cuenta la población objeto de la misma que no se encuentra “retratada” dentro de la casuística que se muestra como modelo invitando a la utilización de dichos métodos.

La “autoridad” y “conocimiento” son dos valores muy apreciados entre los encuestados que los llevan a preferir los escenarios públicos de los privados. El trabajo, allí, ha de enfocarse en poder brindar ambos elementos sin demérito de lo público pero potenciando lo privado para poder sumar y no desgastar el esfuerzo que desde este ultimo escenario se viene haciendo.

Un elemento valioso para la comunidad, lo representan los escenarios donde, más que un método para solucionar su problema, obtenga información, fácil, asequible y actualizada respecto de dudas, inquietudes o controversias. Las “ventanillas” se aprecian como otra fortaleza de lo público, frente a un sector privado que no suele usar esta práctica lo que sugiere una revisión de la forma de operación y quizás, acudiendo a la informática, poder contar con mapas y registros actualizados de operadores en todos los campos que de alguna u otra manera son requeridos por la comunidad.

En últimas, lo que se demanda es un sistema que ataque de fondo el ingreso de causas a los canales de “acceso a la justicia”, por la vía de potenciar los canales naturales y de optimizar la información y la operación coordinada, de los diversos actores que ofrecen “justicia” de manera amplia, con respaldo legal, transparencia, eficacia y eficiencia pero que no hemos logrado hacer visibles y al alcance de todos los ciudadanos.

Nos sobra tanta “juridicidad”, entendida como la maraña incoherente e innecesaria que limita y restringe el acceso del ciudadano del común al derecho fundamental de “justicia” que se sacrifica por la forma y la complejidad sin la cual, pareciera ser, que somos incapaces de encontrar el camino. Pasar de la simplicidad de la conciliación, eficiente por naturaleza, a contar con un “Código” donde hay que refugiar una jungla de normas casuísticas que lo simple lo tornan en complejo, inaccesible y distante, sólo nos ocurre dentro de ese escenario de lo jurídico en la forma en que se vive y se practica. Lo peor, sin resultados o al menos, sin mejores resultados que si no tuviéramos tanta parafernalia legal.

Nos falta solidaridad. De lo más representativo y dicente del estudio es la que francamente podemos llamar “displigencia” del sector empresarial en lo que a “justicia” se refiere y la ausencia de interés por la misma. Como si no se tratara de un valor fundamental, piedra angular de un estado de derecho, de ayer, de hoy y de siempre. Es un tema que a todos concierne y como tal, es preciso participar y aportar, aún a los empresarios.

Desde esta perspectiva, es preciso articular una verdadera y sólida alianza público privada que tanto se pregona por estos días para objetivos loables, necesarios e indispensables para que el país tenga un mejor destino; pero, si ello es así, no menos importante lo es el que logremos, si queremos tener un mejor país, involucrarnos de lleno en un mayor y mejor acceso a una “justicia” al alcance de todos, sin distingo y sin barreras que, como hoy sucede, parten fundamentalmente de la baja educación que se tiene en la materia y el exagerado arraigo en métodos que han demostrado no ser los adecuados ni los que pueden solventar el problema ni hoy ni en el futuro. No puede haber ni en lo penal, ni para la paz, ni para ningún otro escenario, justicia “selectiva” por falta de capacidad para atender a todo aquel que lo requiera. Frente a esto, tenemos, como se ha visto, sinnúmero de opciones y de oportunidades, probablemente más de las necesarias. Nos toca, difundirlas y conocerlas mejor para que cumplan con su misión natural y dejen espacio para que el juez, parte del mundo de la justicia y del acceso a la misma, haga el papel protagónico que se requiere y se espera de él.

La geografía de la justicia

Una mirada local al funcionamiento de la justicia en Colombia¹

Mauricio García Villegas
José Rafael Espinosa

Investigadores, docentes universitarios y columnista de opinión

Estudiar el desempeño de la justicia a nivel local es importante por varias razones. En primer lugar, porque la justicia es un componente central del Estado y del poder político, así como un factor esencial en la definición y solución de los conflictos sociales e institucionales. En Colombia esto es aún más relevante debido a la creciente judicialización de la protección de los derechos de las personas, producto de la promulgación de la Constitución de 1991. En segundo lugar, porque la justicia es parte esencial del *imperium* estatal, es decir de la capacidad del Estado para someter a los actores que lo desafían. En aquellos territorios en donde la justicia opera y los jueces (sobre todo los jueces penales) apoyados por la Fiscalía, son capaces de judicializar no solo a los actores de las organizaciones delincuenciales (guerrilla, paramilitares, bacrim, etc.) sino también a los llamados “hombres fuertes” (gamonales, terratenientes, palmeros, caciques políticos, etc.) que cometen delitos, existen buenas razones para pensar que existe en una institucionalidad estatal operante.²

1 Este texto es parte de un libro titulado *El derecho al Estado*, que será publicado en breve y que corresponde a una investigación hecha por los autores en el Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (Dejusticia). Agradecemos la enorme ayuda de Felipe Jiménez, quien nos apoyó en el manejo y análisis de los datos. Agradecemos también los invaluable comentarios y sugerencias de Claudia López y Francisco Gutiérrez así como de nuestros colegas en Dejusticia.

2 Un ejemplo paradigmático de sometimiento de las élites locales al Estado central se puede ver en la historia de la Revolución Francesa (Furet & Richet, 1973)

Finalmente, el estudio de la justicia también es importante porque en Colombia parece existir una relación fuerte entre la provisión de justicia y los niveles de violencia y criminalidad. Así lo ha mostrado una amplia literatura judicial destinada a criticar la idea de que la violencia se origina en la pobreza, en la falta de apertura política del régimen, o en la existencia de una supuesta cultura belicosa de los colombianos. Allí se muestra cómo la debilidad de la respuesta institucional de la justicia es un incentivo para el crimen (Echeverri & Partow, 1998; Gaviria, 2000; Montenegro, Posada, & Piraquive, 2000; Sánchez, 2006). Mauricio Rubio, por ejemplo, sostiene que la falta de una justicia penal eficiente y capaz de disuadir a los delincuentes fue un factor multiplicador de la extraordinaria reproducción del crimen que tuvo lugar en Colombia a finales del siglo XX (Rubio, 1996, 1999).³

Por todo lo anterior, el fortalecimiento de la justicia debería ser una prioridad del Estado; solo así se puede garantizar la protección de los derechos y reducir la criminalidad y la violencia. Estudiar con detalle cómo opera la justicia a nivel local permite entonces tener información esencial para diseñar políticas públicas que conduzcan al fortalecimiento de la justicia en el territorio.

En este documento presentamos una versión resumida de una investigación en la que hemos trabajado durante varios años sobre la evaluación del sistema de justicia a nivel local⁴. Específicamente, aquí medimos el desempeño de la justicia y lo hacemos de dos diferentes formas: en primer lugar, a través de la presencia de funcionarios judiciales en el territorio y, en segundo lugar, a través de la eficacia del sistema en la persecución de homicidios. Al final del texto agregamos estas dos mediciones y presentamos un indicador global de justicia local.

Para mostrar la distribución del desempeño de la justicia (evaluado a partir de estas tres mediciones: presencia, eficacia y el indicador global de justicia local) en el territorio, utilizamos dos tipos de herramientas. En primer lugar, mapas que muestran visualmente la distribución de las diferentes

3 Además, desde una perspectiva interdisciplinar, una investigación más reciente complementa esta literatura y muestra que en los lugares en donde hay mayor violencia de los grupos armados hay también una menor provisión de justicia (García Villegas, 2008).

4 Para una versión más amplia y precisa de esta investigación, en la que se discuten las implicaciones jurídicas y políticas de esta geografía, ver *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia* (García Villegas & Espinosa, 2013).

variables a nivel municipal. Los mapas son útiles para ilustrar gráficamente los patrones de distribución espacial; sin embargo, son insuficientes para obtener conclusiones sólidas sobre la distribución espacial de la fortaleza institucional. Por esta razón, en segundo lugar, utilizamos un coeficiente estadístico—llamado índice de Moran global— que permite hacer un análisis de autocorrelación (o dependencia) espacial para cada variable. Este análisis mide, de una forma general, qué tanto se parecen los municipios a sus vecinos. A partir de la agregación estadística de las comparaciones entre vecinos, el coeficiente permite establecer si la distribución de una variable en el territorio -en este caso la fortaleza institucional- sigue o no algún patrón geográfico. Y en caso de que exista, el índice indica si es un patrón de dispersión (como un tablero de ajedrez, en el que los cuadros negros están sistemáticamente dispersos sobre el tablero), o es un patrón de concentración (como el color amarillo en la bandera de Colombia, que se concentra en un extremo de la bandera)⁵. En síntesis, este índice nos sirve para evaluar qué tanto los municipios con bajo desempeño están agrupados en zonas específicas del territorio. Estas dos herramientas -los mapas y el índice- se complementan y permiten hacer un análisis más completo y provechoso.

El texto está dividido en cinco partes. En primer lugar una evaluación de la presencia (1) y la eficacia (2) del sistema de justicia, en el que se describe la metodología utilizada y se muestran los resultados. Luego, un indicador de justicia local que agrega estas dos diferentes mediciones (3). Enseguida, algunas relaciones que existen entre este desempeño y otras variables relevantes que también se ajustan a algunos patrones geográficos, como la pertenencia étnica de la población, la existencia de cultivos ilícitos, el número de personas desplazadas o la dependencia económica del municipio (4). Finalmente, unas conclusiones y recomendaciones (5).

5 Al índice se le llama de “autocorrelación” porque no se comparan dos variables distintas, sino la misma variable para “espacios” diferentes. El índice va de -1 a +1: a medida que el puntaje se acerca a +1 hay un patrón de *concentración*, mientras que a medida que se acerca a -1 hay un patrón de *dispersión*. Para más información sobre la construcción del índice, ver Moran (1950). Para explicaciones más detalladas y precisas, ver Anselin (1993, 2005) y Moreno y Vaya (2000). La entrada en Wikipedia (http://en.wikipedia.org/wiki/Moran%27s_I) no es nada mala.

I. Presencia de funcionarios judiciales

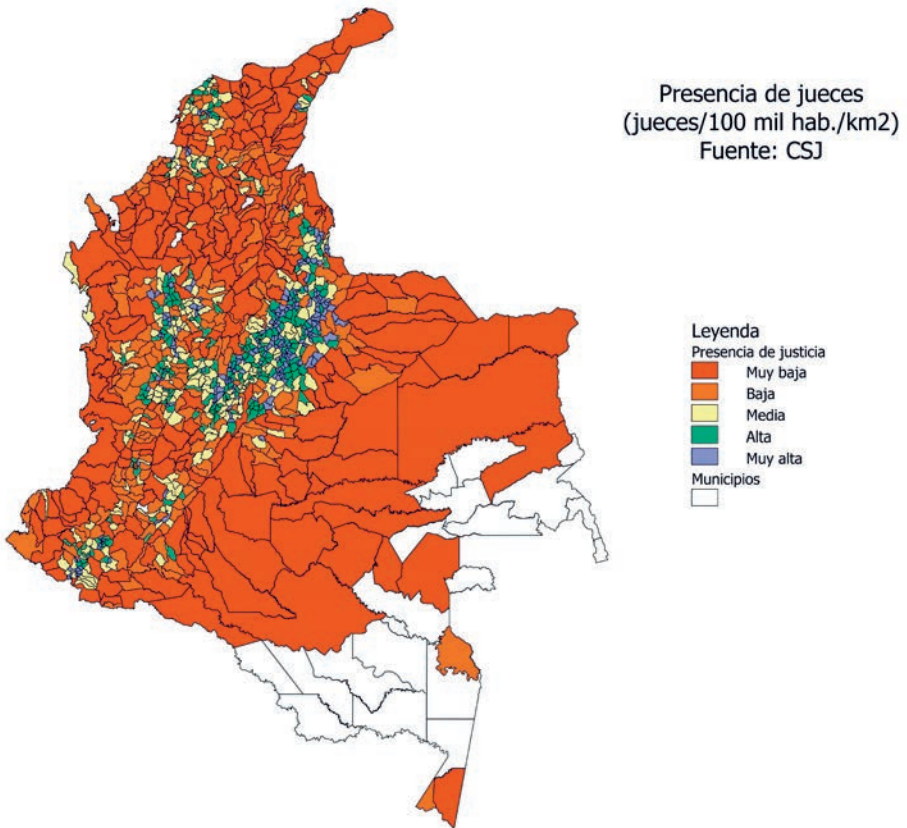
En esta primera sección se evalúa la *presencia* de funcionarios judiciales en el territorio colombiano. Se trata de una medición formal, que solo tiene en cuenta la presencia de funcionarios judiciales en el territorio y que da una idea de la distribución geográfica de los jueces en Colombia pero, por supuesto, no dice nada sobre qué tan eficaz o eficiente es su presencia.

El mapa que sigue muestra la distribución de la presencia de jueces en el territorio colombiano a julio de 2012, teniendo en cuenta la población y el tamaño del municipio⁶. Para enfrentar la dispersión de los datos, agrupamos los municipios en función de su diferencia con respecto al promedio nacional. Así, los municipios con presencia muy baja de jueces son aquellos que se encuentran más al extremo negativo del promedio nacional, mientras los municipios con presencia muy alta son los que se encuentran más al extremo positivo del promedio nacional. Esta medida tiene la ventaja de utilizar, como criterio para la agrupación, el mismo estándar de presencia de jueces en los municipios del país⁷. Los municipios “sin datos” son aquellos para los cuales no pudimos obtener información sobre presencia de jueces. En este caso, esa falta de información se debe a que los territorios en blanco corresponden a territorios no municipalizados, cuya jurisdicción está a cargo de municipios vecinos para los cuales sí existen datos.

6 No es lo mismo que haya dos jueces en un municipio de 10,000 personas que en uno de 1,000,000, o que en uno de 50 km² que en uno de 10,000 km². Por esa razón debimos controlar por población y territorio, y para hacerlo calculamos un indicador de presencia igualando a los municipios, asumiendo que todos son de 100 mil habitantes y de 100 km². Para hacer comparables los municipios pequeños con los grandes, nos concentramos en los tipos de jueces de menor jerarquía, aquellos que deberían tener presencia en todo el territorio del país sin importar el tamaño del municipio: penales municipales, penales municipales para adolescentes –control de garantías-, penales municipales ambulantes –Bacrim, control de garantías-, jueces civiles de pequeñas causas, jueces laborales de pequeñas causas, jueces civiles municipales, jueces promiscuos municipales y jueces promiscuos del circuito.

7 Construimos categorías a partir de la *media* y de distancias respecto de la media en unidades de desviaciones estándar, y fue a partir de esas categorías que agrupamos los municipios. Esto permite identificar cuáles son los municipios más “alejados” del promedio nacional. Otras formas de agrupar los datos, como los cuantiles por ejemplo, se limitan a identificar cuáles son los municipios con los puntajes más bajos, pero no dicen mucho sobre qué tan mal están esos municipios respecto de la media nacional. Para información más detallada sobre la forma en que se construyeron estas categorías, ver el anexo al final del capítulo.

Mapa N° 1



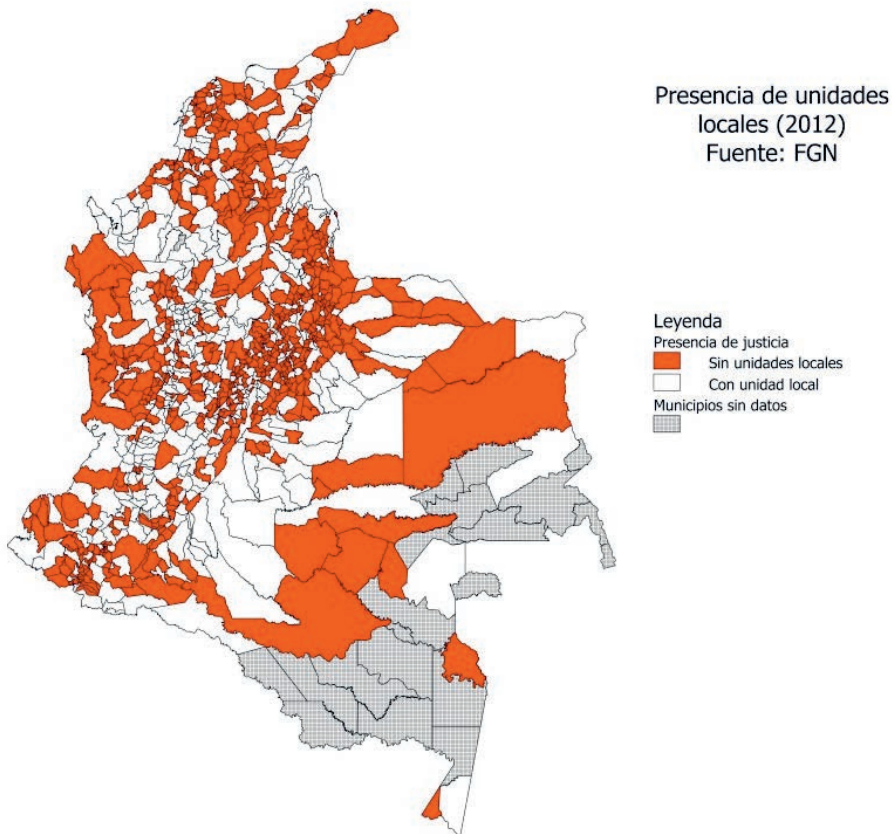
Como muestra el mapa, la presencia de jueces se concentra en el centro del país. A esto se le podrían sumar dos pequeños nichos al norte, alrededor de Cartagena y Barranquilla, y al sur, en Pasto y en sus alrededores.

Este patrón de concentración también se comprueba a través del análisis de autocorrelación espacial. Se obtuvo un coeficiente de Moran de 0.225738 significativo al 99%, que indica que en material de presencia de jueces existe un patrón de concentración⁸. En otras palabras, existe menos de 1% de probabilidad de que la distribución geográfica de la presencia de jueces sea aleatoria.

8 El análisis es significativo al 99%, es decir, hay menos de 1% de probabilidad de que el patrón sea aleatorio, de que no obedezca a un patrón. El puntaje z fue 58.523703. Al ser positivo es indicativo de un patrón de concentración y no de dispersión.

El siguiente mapa muestra la existencia de unidades locales de la Fiscalía en los municipios. Los municipios en rojo son aquellos que no tienen unidad local con operaciones fijas en el territorio. Esta falta de presencia fija no significa que no existan fiscales locales competentes. Los fiscales locales competentes en estos municipios son fiscales con sede en otros municipios que se deben trasladar hasta allí para investigar y si es el caso para actuar judicialmente. Sin embargo, como hemos podido comprobar en diferentes entrevistas y visitas, la falta de operaciones fijas en un territorio significa en la práctica, con mucha frecuencia, la inoperancia de la Fiscalía en ese municipio.

Mapa N° 2



Si bien los contrastes son aquí menos fuertes, este mapa muestra un patrón similar al mapa de presencia de jueces. Las zonas sin presencia de unidades locales tienden a coincidir con algunos municipios del oriente de Boyacá,

Norte de Santander en el oriente; el sur de Bolívar, Magdalena, y parte de Cesar en el Caribe; Caquetá, Vichada y Guaviare en el suroriente; Putumayo, Nariño y Cauca en el suroccidente; y Chocó en el pacífico.

Como en el caso anterior, estos resultados que muestra el mapa están respaldados por el análisis de autocorrelación espacial. El coeficiente de Moran obtenido fue de 0.065497, significativo al 99%⁹.

De otra parte, la presencia de funcionarios judiciales no solo debe ser analizada a partir de la cantidad, sino también de su calidad. La forma que el Estado colombiano ha diseñado para garantizar la calidad de los funcionarios judiciales es la carrera judicial, mediante la cual se busca garantizar el mérito en la administración de justicia. Así, en teoría, se pretende que solo los mejores (aquellos que han superado algunas pruebas estandarizadas y han obtenido los mejores resultados) sean los que ocupen los cargos públicos y solo en algunos casos (licencias temporales o periodos de celebración de concurso) los despachos deben ser ocupados por jueces en provisionalidad. La carrera judicial es un mecanismo que, además, sirve para garantizar la independencia de los jueces respecto de personajes políticos y de otros jueces, y ello debido a que los funcionarios provisionales son nombrados directamente por los magistrados del respectivo tribunal superior jerárquico¹⁰.

La carrera judicial –como muchas políticas públicas- ha tenido un impacto diferenciado en el territorio. A partir de la sistematización de la información enviada por las salas administrativas de los consejos seccionales de la judicatura, construimos una base de datos sobre los niveles de provisionalidad de los despachos judiciales del país¹¹.

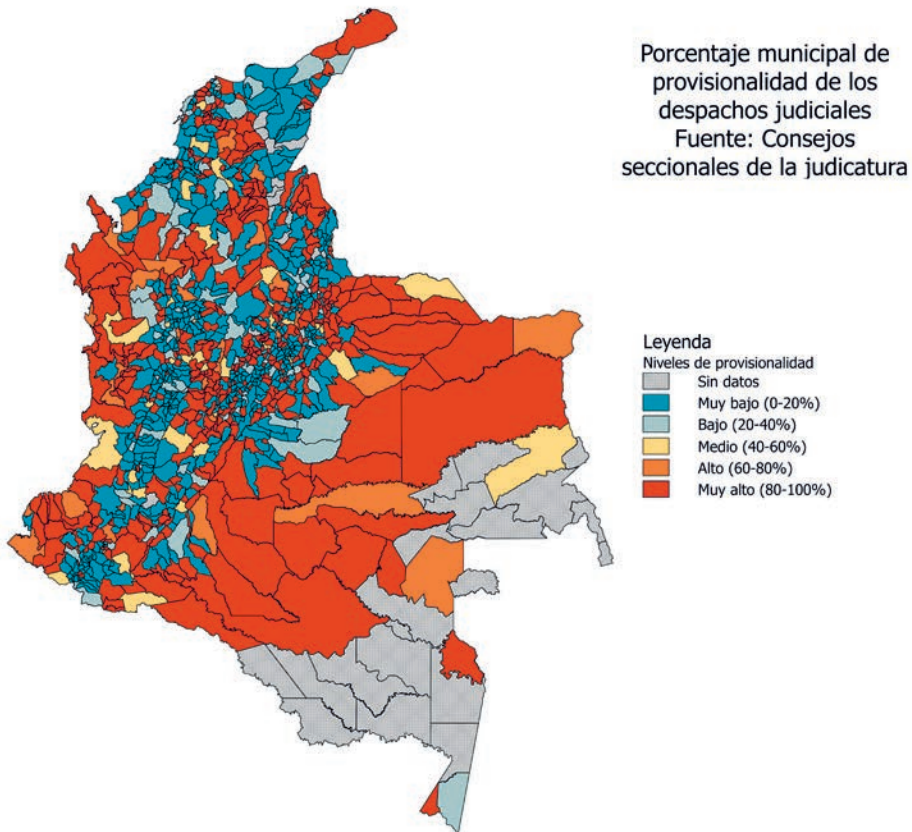
9 El puntaje z fue de 16.604906. En tanto es positivo, el resultado indica un patrón de concentración y no de dispersión.

10 Aquí es importante tener en cuenta una variable de diseño institucional. El sistema de elección de magistrados favorece, además de la falta de rendición de cuentas, la formación de “roscas” al interior de la rama judicial. Los magistrados de los tribunales son elegidos por los magistrados de las respectivas altas cortes de listas elaboradas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (cuyos miembros son elegidos, a su vez, por las altas cortes). Este “roscograma” se reproduce a nivel local y ello se debe, en parte, a la provisionalidad. En la medida en que son los magistrados de tribunales quienes deben nombrar directamente a los jueces en provisionalidad, es natural que en aquellos lugares con altas tasas de provisionalidad exista un mayor riesgo de que se reproduzca dicho roscograma.

11 Entendimos como provisional todo despacho judicial que –por diferentes razones- no estuviera ocupado por un funcionario asignado a ese despacho en virtud de la carrera judicial. No incluimos los despachos de descongestión pues, por definición,

El mapa que sigue ilustra cómo está distribuida la provisionalidad a lo largo del país.

Mapa N° 3



tienden a ser ocupados por funcionarios en provisionalidad y estos despachos no existen en todo el país. Es llamativo, desafortunado y elocuente que el Consejo Superior de la Judicatura no cuente con esta información. Para recolectarla tuvimos que enviar solicitudes de información a cada una de las 24 seccionales para que nos dieran las respectivas cifras sobre provisionalidad. Luego agregamos y sistematizamos la información.

Este mapa muestra dos aspectos llamativos de la forma como opera la carrera judicial en el país. Primero, la carrera judicial es inoperante en una buena parte del territorio. De acuerdo con la información suministrada por los consejos seccionales de la judicatura, el 31% de los despachos judiciales están ocupados por jueces en provisionalidad¹². En términos de territorio, en 425 municipios el porcentaje de jueces en provisionalidad respecto del total de jueces es igual o mayor al 80%. Segundo, el mapa muestra que la provisionalidad no está distribuida aleatoriamente a lo largo del país. Como en los mapas anteriores, la provisionalidad –asociada tanto a la falta de mérito como a los riesgos del clientelismo– tiende a concentrarse en municipios periféricos del país.

Esta conclusión es respaldada por el análisis de autocorrelación espacial. Se obtuvo un coeficiente de Moran de 0.3042 significativo al 99%, que indica que existe un patrón de concentración de la capacidad de investigación en el territorio¹³. Es decir, existe menos de 1% de probabilidad de que la distribución geográfica de los altos niveles de provisionalidad sea aleatoria; de acuerdo con el indicador, esa provisionalidad se tiende a concentrar en ciertas regiones.

2. Eficacia del sistema judicial

En segundo lugar, medimos la *eficacia* del sistema judicial en el territorio, entendida como la capacidad del sistema para alcanzar los objetivos esperados. Nos limitamos a la eficacia del sistema penal, y ello por dos razones: primero, porque la eficacia de la justicia penal (a diferencia de la justicia civil o de la justicia laboral) es un buen indicador de la capacidad del Estado para imponerse frente a otros actores sociales que compiten por el monopolio del uso de la fuerza (García Villegas, 2008). En segundo lugar, porque el sistema penal es el único sistema procesal en Colombia que ofrece un mínimo de información confiable sobre su gestión.¹⁴

12 Si se incluye el número de despachos de descongestión la cifra es aún más alarmante, pues el porcentaje de despachos judiciales en provisionalidad a nivel nacional aumenta a 39%.

13 El análisis es significativo al 99%, es decir, hay menos de 1% de probabilidad de que el patrón sea aleatorio, de que no obedezca a un patrón. El puntaje z fue 76.395737. Al ser positivo es indicativo de un patrón de concentración y no de dispersión.

14 Una primera etapa de esta investigación consistió en la recopilación de toda la información estadística disponible y una primera indagación sobre cómo se recolecta

Adicionalmente, solo nos ocupamos de la eficacia del sistema judicial para sancionar los homicidios ocurridos en cada municipio. ¿Por qué exclusivamente en los homicidios? Por tres razones. Primero, porque son de los delitos más graves y por lo tanto deberían ser prioritarios en la gestión judicial. Segundo, porque los homicidios son los delitos que tienen un menor subregistro (es más difícil que pase desapercibido un homicidio a que lo haga una estafa, por ejemplo). Y, tercero, porque al limitarnos al homicidio esquivamos algunas objeciones que podrían formularse a los indicadores que vamos a presentar a continuación. Veamos primero los indicadores y luego abordamos la objeción.

Para medir la eficacia del sistema judicial dividimos el proceso judicial penal en dos partes: en la investigación, que va desde el ingreso del caso al sistema hasta la formulación de imputación, y en el juzgamiento, que va desde la formulación de la imputación hasta la sentencia.¹⁵ Para cada una de estas dos partes se desarrolla una medida de eficacia en la cual se evalúa qué tanto se alcanzan los resultados esperados de esa etapa, y luego se construye un indicador general que abarca todo el proceso penal. Así, para la etapa de

y se sistematiza la información en las diferentes entidades de la Rama Judicial. Desafortunadamente, al final de esta primera etapa llegamos a la conclusión de que no podíamos utilizar la información del Consejo Superior de la Judicatura sobre ingresos y salidas para los diferentes tipos de procesos (administrativos, ordinarios, penales, disciplinarios) pues la manera como se recogen los datos es poco confiable. Por esa razón, optamos por utilizar la información del SPOA, el sistema de información de la Fiscalía General de la Nación que, aunque también tiene fallas, es el menos problemático de todos. Tener información precisa, completa y consistente sobre su funcionamiento es, sin duda, una de las grandes tareas pendientes de la agenda de modernización del aparato judicial. Para una discusión que sigue vigente sobre el problema de las cifras de la justicia, ver Uprimny, Rodríguez y García Villegas (2006).

- 15 Aquí entendemos “juzgamiento” en sentido amplio y no en sentido estricto, que sería equivalente a “juicio”. De acuerdo con el procedimiento del sistema acusatorio, se le llama juicio a una etapa procesal específica, en la que las partes presentan oralmente sus alegatos y pruebas y el juez profiere una sentencia. Aquí entendemos “juzgamiento” de una forma más amplia, pues incluye decisiones judiciales que no necesariamente se toman en el marco de un juicio oral. Así, por ejemplo, tenemos en cuenta las decisiones condenatorias que profieren los jueces con base en preacuerdos realizados entre la Fiscalía y la parte procesada. Algo similar podríamos decir de la noción de proceso penal de la que partimos aquí. En estricto sentido, es un error decir que la etapa de investigación es una primera etapa del proceso penal, pues de acuerdo con la ley el proceso penal solo comienza a partir de la formulación de imputación. Sin embargo, aquí nos referimos al proceso en un sentido amplio, que abarca tanto la etapa de investigación como de juzgamiento.

investigación se mide qué tantas imputaciones se logran respecto del total de ingresos al sistema (tasa de imputaciones = $\text{imputaciones/ingresos}$), y para la etapa de juzgamiento, se mide qué tantas condenas –que son el objetivo de la Fiscalía- se logran respecto del total de imputaciones (tasa de condenas = $\text{condenas/imputaciones}$). Aquí suponemos que los resultados esperados son, en el caso de la investigación, una formulación de imputación, en la que la Fiscalía gracias a su labor de investigación concluye quién podría ser la persona responsable del delito y por eso decide imputarle los cargos y, en el caso del juzgamiento, la condena.

Ahora el tema de la objeción. ¿Acaso los resultados deseables son siempre la formulación de imputación y la condena? Es cierto que esto no es válido para todos los delitos. Desde un punto de vista de gestión judicial (e incluso de política criminal y filosofía del derecho, pero esto es otro tema) en un contexto de recursos escasos a veces es deseable no investigar a fondo algunos delitos que no son tan prioritarios para la sociedad y así poder concentrar esos recursos en la investigación de delitos más relevantes. Podría decirse, por ejemplo, que es deseable que un fiscal archive una investigación o que un juez declare la preclusión de un proceso que se siga por el robo de una caja de leche en un supermercado, para que dedique su tiempo y el de otros funcionarios a la investigación de delitos más graves, como un homicidio, por ejemplo. Este enfoque, por supuesto, podría ser criticado desde un punto de vista liberal clásico como una renuncia a la vigencia del Estado de derecho. Pues bien, en el caso de los homicidios no existe ese problema dado que, en términos generales, por su gravedad, el fiscal no puede dejar de formular una imputación y el juez una condena. Más allá de si resulta ser Juan o Pedro, por cada homicidio el sistema judicial debe producir una formulación de imputación y una sentencia condenatoria.

Con la división del proceso en estas dos etapas medimos dos dimensiones distintas del proceso, con sus actores y dinámicas propias.

El primer indicador (tasa de imputaciones) mide qué tan eficaz es el sistema judicial –específicamente la Fiscalía y los órganos de investigación- en adelantar la investigación necesaria para formular una imputación. La imputación es el momento procesal en el cual el fiscal considera que las pruebas recolectadas hasta el momento le permiten afirmar que la persona procesada sí habría cometido un delito y, por eso mismo, decide comunicarle a la persona

que va a ser juzgada¹⁶. Por esta razón, lo que este primer indicador mide es la capacidad investigativa del sistema judicial penal.

El segundo indicador (tasa de condenas) mide la capacidad del aparato de justicia penal –fiscalía y juez- para producir condenas en relación con el número de imputaciones. Esta medición, por lo tanto, se concentra en mostrar la capacidad del sistema para traducir lo investigado en una condena efectiva. La capacidad para traducir investigaciones en condenas habla bien del juez por su diligencia en la dirección del proceso, y del fiscal porque no sólo hizo su aporte a la agilidad del proceso, sino que convenció al juez y logró que se condenara a la persona acusada.

Esta distinción entre los dos indicadores permite descomponer el proceso judicial y evaluar en cuáles partes se presentan los mayores cuellos de botella. Asimismo, permite mostrar cómo los municipios varían según tengan una capacidad alta o baja tanto en materia de investigación como de condenas.

Estos son indicadores para cada una de las etapas (investigación y juzgamiento). Pues bien, a estos dos indicadores se suma un tercero, que agrega estas dos etapas y que por esa razón puede entenderse como una medida de todo el proceso judicial. Este tercer indicador lo llamamos “tasa de eficacia general”, dado que evalúa para cuántos de los homicidios que ingresaron al sistema se produjo una condena penal (condenas de homicidios/ingresos de homicidios). Este indicador es el reverso de lo que usualmente se entiende

16 La otra posibilidad con la que cuenta el Fiscal (en lugar de formular imputación) es archivar la investigación. El archivo procede, bajo el sistema acusatorio de la ley 906 de 2004: i) en los casos de extinción penal cuando no se haya formulado imputación (muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley; art. 77), ii) cuando la Fiscalía conozca un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal (art. 79). En este caso, sin embargo, si surgen nuevos elementos probatorios, la indagación debe reanudarse mientras no se haya extinguido la acción penal, iii) cuando fruto de una conciliación preprocesal las partes concilien (art. 522). Creemos que los escenarios dos y tres, sin embargo, no son aplicables para el delito de homicidio, pues el delito no es querellable. Esto significa que, primero, sí existen motivos o circunstancias que permiten la caracterización como delito (escenario dos) y, segundo, no son conciliables (escenario tres). Respecto del escenario uno, las causales del artículo 77 que sí son aplicables al homicidio (no se le aplican todas) son menores en comparación con el total de delitos, e incluso en algunos casos podrían ser una muestra de ineficacia (como en el caso de la prescripción).

como tasa de impunidad: mientras que la tasa de eficacia indica cuánto se condenó del total de ingresos, la tasa de impunidad indica cuánto se dejó de condenar.

En cuarto lugar, se incluye un indicador que hemos llamado “tasa de eficacia corregida”. Este indicador mide también la eficacia general del sistema pero tiene una precisión adicional: al valorar el número de condenas respecto del total de ingresos tiene en cuenta la magnitud de la demanda de justicia del municipio¹⁷. He aquí un ejemplo. Supongamos que dos municipios tienen una tasa de eficacia general cercana al 15%, es decir, producen condenas para el 15% de los delitos que ingresan. Sin embargo, los dos municipios son distintos: uno es Bogotá, que debe procesar alrededor de 1654 homicidios al año, mientras que otro es El Retorno (Guaviare), que registró seis homicidios en 2011¹⁸. Para llegar a la tasa de 15% Bogotá debió producir más de 248 condenas, mientras que el municipio de Vichada solo debió producir una condena. Este cuarto indicador corregido tiene en cuenta estas diferencias y es entonces sensible no solo a las diferencias en las cargas de trabajo de un municipio, sino también a la capacidad de evitar fenómenos criminales en el territorio¹⁹.

En resumen, entonces, presentaremos cuatro indicadores: un indicador sobre la etapa de investigaciones (tasa de imputaciones), un indicador sobre la etapa de juicio (tasa de condenas) y dos indicadores sobre la eficacia del municipio para sancionar los homicidios: una tasa de eficacia general y una tasa de eficacia corregida.

17 La fórmula que utilizamos fue la siguiente:

$$\frac{\text{Total de condenas}_i - (\text{Total de ingresos}_i - \text{Total de condenas}_i)}{\text{Total de ingresos}_i}$$

Esta ecuación arroja como resultado un conjunto de valores en una escala de -1 a 1, en la que -1 representa los municipios en los que no se produjo ni una sola condena para todos los casos que ingresaron; 1 representa los municipios en los que hubo condenas para todos los ingresos y 0 representa aquellos municipios en los que se produjeron condenas para la mitad de los casos que ingresaron. Para más información sobre la construcción del indicador se sugiere ver el trabajo de Leopoldo Fergusson, Juan Fernando Vargas y Mauricio Vela, de donde tomamos la idea sobre su formulación (Fergusson, Vargas, & Vela, 2013).

18 Esta información corresponde a la base de datos de la Policía Nacional para el año 2011 (Ricaurte Villota, 2012).

19 Es cierto que este indicador es más preciso y riguroso que la tasa de eficacia general. Sin embargo, decidimos mantener ambos pues este último indicador tiene la misma lógica de los indicadores sobre la etapa de investigación y juicio, y en ese sentido permite ver la evolución de la eficacia a medida que evoluciona el proceso.

Tres aclaraciones metodológicas antes de pasar a los resultados.

Primero, del total de municipios, se excluyeron aquellos para los cuales no había información completa (número de ingresos, de formulaciones de imputación y de sentencias condenatorias) o cuya información sugería que había un error (v.gr., que hubiera más sentencias que imputaciones o que ingresos). Esto nos redujo el universo de municipios de 1103 a 848²⁰.

Segundo, por razones de disponibilidad y calidad de la información, nos limitamos exclusivamente a los procesos penales surtidos bajo el sistema penal acusatorio (ley 906 de 2004). Para cada municipio, agregamos la información existente relacionada con ese sistema para los años de vigencia, y es a partir de la información de cada municipio que se hace el análisis de eficacia²¹.

Tercero, aquí medimos el nivel de eficacia en la sanción de homicidios que tienen lugar en un municipio determinado. Sin embargo, esto no necesariamente significa que el proceso penal haya tenido lugar en ese municipio. La competencia para juzgar los homicidios en primera instancia corresponde, por razones de gravedad del delito, a los jueces del circuito, o incluso a

20 Esto pone de presente, de nuevo, las dificultades de hacer una investigación sistemática para todos los municipios, pues la falta o la precariedad de la información lleva a excluir a un número considerable de ellos. A pesar de que excluimos estos municipios, creemos que este problema de la información es un síntoma de debilidad institucional y que, como dijimos antes, un plan de fortalecimiento institucional debe empezar por desarrollar sistemas de información confiables y sistemáticos que brinde información de buena calidad para todos los municipios.

21 Esto nos permite controlar el hecho de que el sistema penal acusatorio haya entrado en vigencia gradualmente a lo largo del territorio. Es irrelevante si el sistema entró en vigencia en Cali años después de que lo hiciera en Manizales, pues cada municipio se analiza a partir de sus ingresos al sistema. Un posible riesgo de esta decisión metodológica consiste en darle una cierta ventaja a los municipios en los que entró en vigencia antes el sistema penal acusatorio (siguiendo con el ejemplo, darle una ventaja a Manizales sobre Cali) pues han tenido más tiempo para realizar las investigaciones que han entrado a lo largo de los años. Así, mientras que en Manizales el sistema judicial ha tenido siete años para investigar y condenar por un hecho cualquiera, Cali solo ha tenido cuatro años. Sin embargo, consideramos que este periodo de tiempo de cuatro años es suficiente pues –teniendo en cuenta la duración promedio de un proceso penal– las investigaciones que entraron al sistema en Cali en 2008 ya debieron tener una actuación de egreso (archivo o condena). El problema de esta decisión radica, sin embargo, en que no es posible hacer análisis longitudinales en el tiempo. Desafortunadamente, la información disponible en la Fiscalía no nos permitió construir indicadores anuales de eficacia.

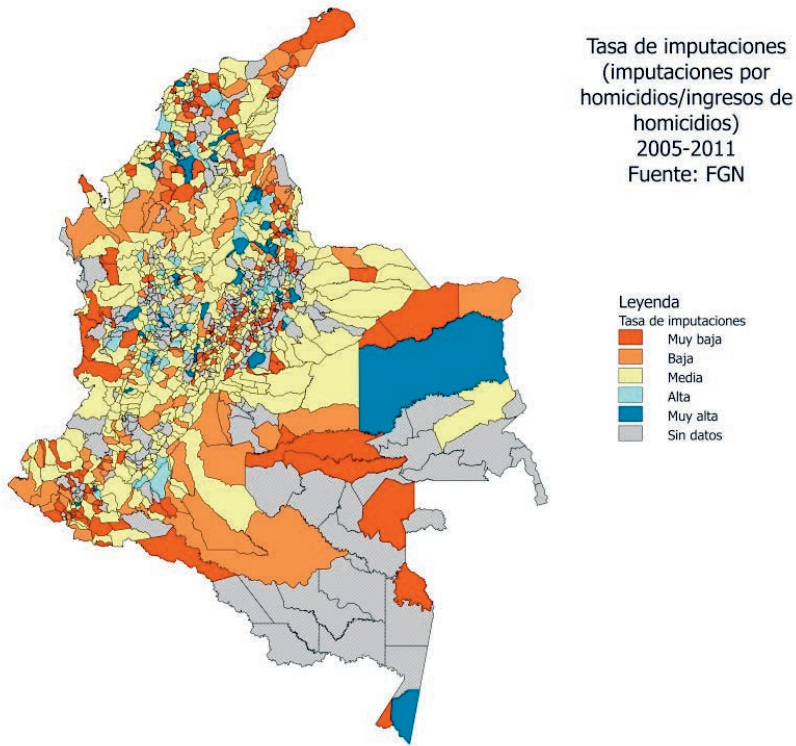
jueces especializados, y no a los jueces municipales. No sobra agregar que no en todos los municipios hay jueces del circuito. Las fiscalías encargadas de actuar ante los jueces del circuito no son las locales sino las seccionales, que aunque no necesariamente tienen operaciones fijas en cada municipio, sí tienen competencia en todo el territorio. Esto significa, entonces, que aquí no estamos midiendo la justicia que opera físicamente sino la que es efectivamente aplicada en un territorio.

Esto no representa un problema para la investigación que aquí adelantamos; más que la presencia física de las instituciones en el territorio, lo que nos interesa en este punto es medir qué tanto el sistema cumple con su finalidad. En otras palabras, aquí nos interesa más la institucionalidad real que la nominal. Claro, como dijimos anteriormente, hay una relación entre la presencia y la eficacia, y por eso en un apartado anterior presentamos indicadores de presencia de jueces y fiscales en el territorio. Estas medidas de presencia las retomaremos más adelante para construir el indicador global de desempeño de la justicia local.

2.1. Tasa de imputaciones

Pasemos ahora a los resultados. El mapa N° 4 muestra cómo está distribuida la eficacia en la investigación (tasa de imputaciones). En este caso, como en el de presencia de jueces, también agrupamos los municipios en función de qué tan distintos son respecto del promedio nacional²².

22 Como en el caso de la presencia de jueces, los municipios con indicadores más bajos son los más distintos en sentido negativo frente a los del promedio, mientras que los municipios con indicadores más altos son los más diferentes en sentido positivo frente a los del promedio. Para más información ver el anexo al final del capítulo.

Mapa N° 4

El mapa muestra un patrón geográfico de eficacia en la investigación a lo largo del país. Los municipios con eficacia “muy alta” tienden a concentrarse en el centro del país, específicamente en Cundinamarca, Boyacá, Santander, Norte de Santander y Tolima. Algunos municipios de la periferia geográfica se destacan por su buena eficacia: Cumaribo, en Vichada (al oriente del país, en azul), y Leticia, en Amazonas. Los municipios con eficacia “muy baja”, coinciden en su mayoría con la periferia geográfica del país, abarcando en términos generales las zonas descritas para el mapa anterior: Chocó, Cauca, Nariño y Putumayo en el pacífico y suroccidente del país; Sucre, Córdoba, Bolívar, Atlántico, Magdalena, La Guajira y Cesar, en el Caribe; Norte de Santander, una parte de Santander y el oriente de Boyacá en el oriente del país; y Guaviare, Meta, Vichada (con la notable excepción de Cumaribo), Vaupés y Amazonas, en el suroriente del país. Sin embargo, también en el centro del país hay municipios con eficacia “muy baja”, especialmente en algunos municipios pequeños de Cundinamarca y Boyacá.

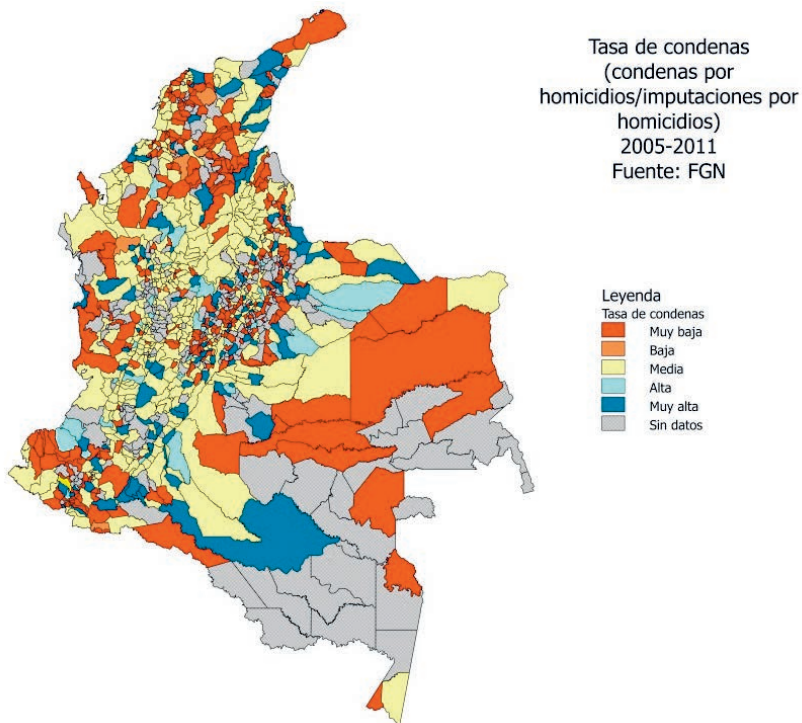
Esta conclusión es respaldada por el análisis de autocorrelación espacial. Se obtuvo un coeficiente de Moran de 0.0518 significativo al 99%, que indica

que existe un patrón de concentración de la capacidad de investigación en el territorio²³.

2.2. Tasa de condenas

El siguiente mapa (N° 5) muestra la distribución de la tasa de condenas (condenas por homicidios/imputaciones por homicidios) en el territorio colombiano. Como en los casos anteriores, agrupamos los municipios en función de qué tan distintos son respecto del promedio nacional²⁴.

Mapa N° 5



Este mapa muestra resultados que en parte se alejan del patrón anterior y en parte lo confirman. Por un lado, se alejan, pues los municipios con tasa

23 El análisis es significativo al 99%, es decir, hay menos de 1% de probabilidad de que el patrón sea aleatorio, de que no obedezca a un patrón. El puntaje z fue 11,1806. Al ser positivo es indicativo de un patrón de concentración y no de dispersión.

24 Recuerde: si le interesa conocer en detalle cómo fueron construidas estas categorías, puede consultar el anexo al final del capítulo.

de condenas “muy alta” no se concentran en el centro del país; parecieran estar dispersos a lo largo de todo el territorio, tal vez con excepción de la región ubicada en el extremo suroriental. Pero, por el otro los confirman, pues el patrón de distribución de los municipios con tasa de condenas “muy baja” se ajusta al de los mapas anteriores: el peor desempeño se concentra en algunos municipios en el centro del país (algunos municipios del norte de Cundinamarca y de Boyacá) y, de resto, en la periferia geográfica del país.

La diferencia de este mapa con respecto al anterior parece sugerir que entre los municipios existe una mayor disparidad en materia de investigación que en materia de juzgamiento. En ese sentido, en los municipios habría un mayor cuello de botella en materia de capacidad de investigación que en capacidad de juzgamiento. Esta conclusión es respaldada por otras investigaciones adelantadas en Dejusticia, que aunque no hacen análisis locales, sí muestran la tendencia nacional y la diferencia entre estas dos etapas (La Rota & Bernal, 2013).

El análisis de autocorrelación espacial también apunta en la misma dirección de los casos anteriores. Se obtuvo un coeficiente de Moran de 0.0466, estadísticamente significativo e indicativo de un patrón de concentración²⁵.

2.3. Tasa de eficacia general

En tercer lugar, medimos la eficacia para todo el proceso penal, y no solo por etapas, a partir de la relación entre el número de condenas por homicidios y el número total de homicidios ingresados al sistema (noticia *criminalis*). En otras palabras, medimos qué tanta impunidad en materia de homicidios existe en el municipio.

Antes de mostrar los resultados municipales, miremos los datos nacionales para tener una idea general del fenómeno. De acuerdo con la información suministrada por la FGN, solo el 5,1% de los homicidios dolosos que han ingresado al sistema entre 2005 y 2011 han tenido como resultado una condena, que es la salida esperada²⁶. Este porcentaje es alto en comparación con

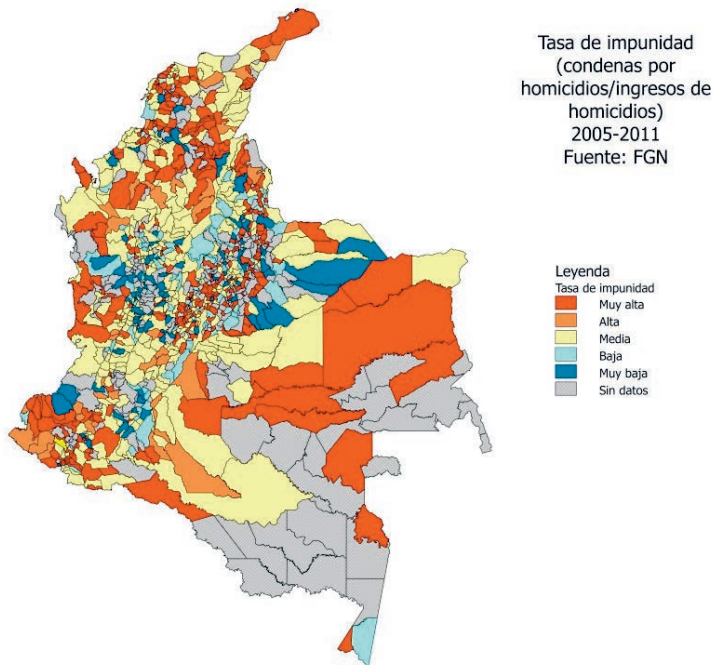
25 Es significativo al 99% (nivel 0.01). El puntaje z fue positivo (9.9879) y por lo tanto es indicativo de un patrón de agrupación o concentración.

26 Esta tasa coincide en términos generales con las evaluaciones históricas anteriores sobre la impunidad en Colombia. Ver por ejemplo Rubio (2001). Sin embargo, estas evaluaciones se enfrentan a los problemas de las cifras de la justicia a los que nos referimos anteriormente. Para una discusión extendida y aún relevante, ver Uprimny, Rodríguez y García Villegas (2006).

otros delitos, como por ejemplo lesiones personales (0,6%), acoso sexual (0,2%), delitos contra la administración pública (0,6%) o terrorismo (1,9%). Sin embargo, la tasa es baja en comparación con otros delitos como porte y tráfico de estupefacientes (25,9%), porte de armas (32%) o secuestro extorsivo (10,1%). Estas diferencias se explican por muchos factores, que tienen que ver en términos generales tanto con la frecuencia y la gravedad del delito como con la complejidad en la investigación que se necesita para probarlo²⁷.

Este 5,1% de eficacia total del sistema para sancionar homicidios, sin embargo, no está distribuido de forma homogénea a lo largo del territorio. El mapa que sigue a continuación muestra esa disparidad. Al igual que en los mapas anteriores, agrupamos los municipios en función de qué tan distintos son respecto del promedio nacional (es decir, los municipios en los extremos, los que tienen impunidad muy alta y muy baja, son los “más distintos” a la media).

Mapa N° 6



27 Para un análisis más amplio y detallado de la sanción y la investigación de homicidios en Colombia, ver La Rota y Bernal (2013). Esa investigación reciente hace uso de la misma base de datos que utilizamos en este libro pero tomando los datos nacionales y no municipales. A partir de ella compara la sanción del homicidio con la de otros delitos y muestra los principales obstáculos en la etapa de investigación.

Este mapa muestra una distribución de la impunidad que se ajusta al patrón que hemos venido describiendo. Los 326 municipios con impunidad “muy alta” se concentran, en términos generales, en la periferia geográfica del país y en algunas partes de los departamentos de Cundinamarca y Boyacá en el centro. La impunidad alta se concentra en el Caribe, en parte del Chocó, en Nariño, Cauca, Putumayo, Meta, Guaviare, Vaupés, Vichada, Arauca y Norte de Santander. Los municipios críticos de estas zonas, además, tienden a estar rodeados de municipios con tasas de impunidad “alta” y “media”, y no de municipios con tasas “baja” y “muy baja”. Por el contrario, la impunidad “baja” y “muy baja” tiende a estar concentrada en el centro del país, salvo algunas pocas excepciones que se destacan: Casanare, en el oriente del país, Guapi y Timbiquí, en el Cauca, y algunos municipios del Caribe, como Magangué, en Bolívar, tienen indicadores muy positivos en materia de impunidad.

Estos resultados coinciden con el análisis de autocorrelación espacial: se obtuvo un coeficiente de Moran de 0,1596, significativo al 99%, que indica un patrón de concentración en la distribución espacial de la eficacia (y, por lo tanto, de la impunidad en materia de homicidios)²⁸.

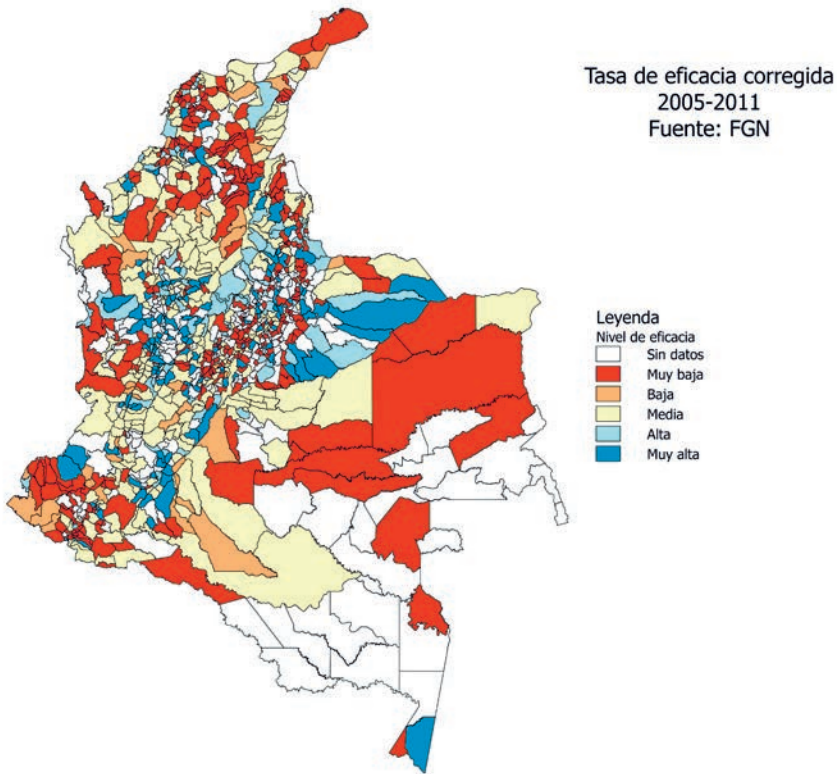
2.4. Tasa de eficacia corregida

El mapa N° 7 muestra la distribución espacial del indicador que aquí hemos llamado “tasa de eficacia corregida”. Como explicamos antes, este indicador también evalúa la capacidad del sistema penal para producir condenas respecto del total de entradas, pero es sensible a las diferencias relativas a las necesidades de justicia en diferentes municipios²⁹.

28 El puntaje z fue igual a 33.64 y por lo tanto indica un patrón de concentración.

29 Una precisión importante sobre este punto. Las categorías que utilizamos para agrupar los municipios fueron construidas a partir de los resultados que los mismos municipios obtuvieron en el indicador, no a partir de los máximos resultados posibles. Es decir, los municipios con desempeño muy alto fueron los que mayor puntaje obtuvieron, pero eso no significa que hayan tenido una eficacia absoluta muy alta pues ninguno de los municipios obtuvo un puntaje superior al 40%. En otras palabras, en ninguno de los municipios de Colombia se condenó entre 2005 y 2011 más del 40% de los casos que ingresaron.

Mapa N° 7



Este mapa, que muestra el indicador agregado y corregido de eficacia, es el más preciso para evaluar la distribución de la eficacia del sistema judicial en el territorio. Como muestra el mapa, la eficacia alta y muy alta tiende a concentrarse en los departamentos de Huila, Casanare, Tolima, el eje cafetero, en menor medida en los departamentos de Antioquia, Cundinamarca, Boyacá, Santander y en pocos municipios de Bolívar y Atlántico. Mientras que la eficacia baja y muy baja se concentra en Nariño, Putumayo, Casanare, Meta, Vichada, Chocó, el sur de Córdoba, El Catatumbo, el sur de Bolívar y La Guajira.

La mayoría de municipios con eficacia baja y muy baja se sitúan en corredores que comparten varios fenómenos entre los cuales se encuentran: i) presencia de grupos armados, ii) zonas de cultivos de uso ilícito, iii) zonas de transporte de insumos para la producción de coca, iv) presencia de minería ilegal y v) baja calidad en las instituciones. Lo llamativo de este mapa es precisamente que estos factores operan bajo un escenario de ineficacia judicial

a nivel local lo que permite la ejecución de estas actividades a un muy bajo costo en materia de exposición penal.

Ahora bien, estos mapas no siempre permiten hacer juicios definitivos sobre la capacidad institucional de un municipio. Hay situaciones en las cuales los indicadores de justicia y de gobierno municipal son muy buenos; sin embargo, un análisis más detallado del contexto, de la historia del municipio y de sus relaciones internas de poder, muestra que el poder institucional solo es fuerte en apariencia. Esta es la sospecha que se tiene al observar, por ejemplo, lo que ocurre en el departamento de Casanare. A pesar de los escándalos de corrupción y de la infiltración demostrada de poderes ilegales en los asuntos públicos, este departamento obtiene resultados muy positivos en los indicadores estudiados. ¿Qué explica esa disonancia? ¿Es problema de los indicadores o la realidad de los municipios, a pesar de la corrupción y la captura, es así de positiva? Hay otros casos: en cuanto a Guapi y Timbiquí, ¿por qué obtienen resultados tan positivos estos municipios que están en una de las zonas en las que las Farc tienen tanta presencia? ¿Por qué Magangué, un enclave del paramilitarismo y del chance mafioso de “La Gata”, obtiene tan buenos resultados? Esto, sin duda, hace necesario que se hagan análisis regionales más detallados, con un enfoque cuantitativo y cualitativo, que permitan evaluar tanto la calidad de los indicadores como la situación concreta del municipio. Un enfoque detallado en el departamento del Casanare, por ejemplo, muestra que entre 2007 y 2011 la tasa de homicidios ha sufrido una reducción de los homicidios tan pronunciada (de 90 homicidios por cien mil habitantes a 31) que resulta algo sospechosa³⁰.

30 Un enfoque detallado en el departamento del Casanare, por ejemplo, muestra que entre 2007 y 2011 la tasa de homicidios ha sufrido una reducción tan pronunciada (de 90 homicidios por cien mil habitantes a 31) que resulta algo sospechosa. En Casanare la reducción de homicidios entre 2007 y 2011 fue de 65%, mientras que a nivel nacional esta reducción fue de 38%. Fuente: Vicepresidencia de la República, 2012. Los resultados positivos arrojados en Casanare pueden obedecer a que las instituciones de justicia han venido, año tras año, enfrentándose a menos homicidios, una situación que incide en un aumento tanto de la tasa de imputaciones, sentencias y eficacia general. Un ejemplo práctico que ayuda a ilustrar es el siguiente: supongamos que en 2005 Casanare tuvo 10 ingresos por homicidio y 3 condenas, lo que arrojaría una tasa de eficacia general de 0,3; si en el año de 2011 en Casanare no ingresaron 10 casos sino 6 y se profirieron las mismas 3 condenas, la tasa de eficacia general aumentaría a 0,5. En este escenario, el incremento de la tasa de eficacia general no se da por un aumento de la capacidad institucional para resolver procesos de homicidios sino simplemente por la reducción del denominador.

Como en los casos anteriores, esta lectura de los mapas coincide con los resultados del análisis de autocorrelación espacial. Se obtuvo un indicador de 0,05992, significativo al 99%³¹.

2.5. El problema de la captura

Los indicadores utilizados en este estudio, y en general la mayoría de indicadores producidos por agencias estatales, pueden ocultar realidades profundas de tipo social o político. Más concretamente, pueden ocultar fenómenos de gran importancia en nuestro medio, como son la captura institucional o peor aún la llamada “reconfiguración cooptada del Estado”, la cual consiste en la apropiación del aparato institucional del Estado por parte de una organización criminal (Garay, De León, & Salcedo, 2010; García Villegas & Revelo Rebolledo, 2010; Hellman, Jones, & Kaufmann, 2000). Esto ocurre sobre todo cuando poderes mafiosos o alianzas entre políticos tradicionales y mafiosos no solo logran pacificar los territorios donde operan e impulsar cierto desarrollo económico sino que hacen todo eso a través del derecho y con todos los visos de legalidad requeridos. Es solo cuando se hace investigación social más profunda que se aprecia cómo la paz, el desarrollo y la legalidad conseguidos obedecen a los intereses criminales y mafiosos o a las alianzas entre estos y los poderes políticos o económicos tradicionales. Se descubre entonces la existencia de un “orden social paradójico”, en donde la paz ciudadana convive con el imperio del crimen. Esto es probablemente lo que ocurre en algunos municipios que presentan altos índices de desempeño institucional pero en donde hay razones fundadas para sospechar de la captura del Estado por parte de organizaciones criminales. Este podría ser el caso de algunos municipios de los departamentos de Casanare, Valle del Cauca, Meta y Bolívar, entre otros (Garay, Salcedo, & De León, 2010; Romero, 2007).

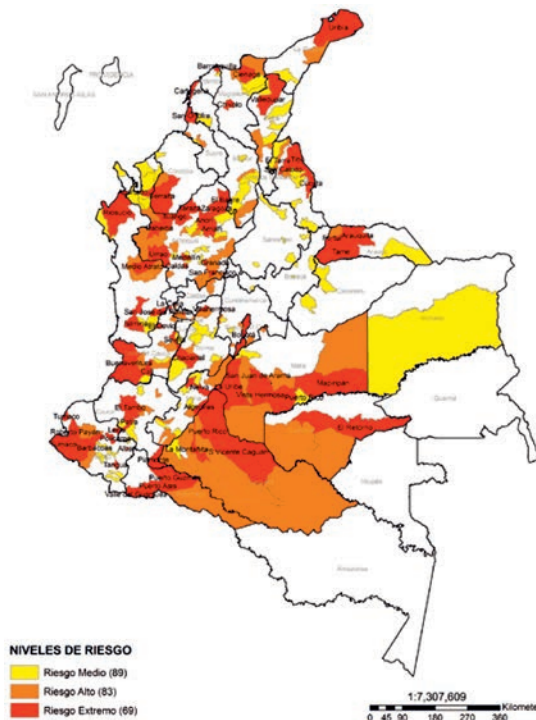
Lo anterior pone de manifiesto la necesidad de hacer investigación más profunda que permita develar los fenómenos de la captura y de la reconfiguración cooptada del Estado. Ya se han hecho cosas importantes en este sentido, como las publicadas por instituciones como Arco Iris y la Misión de Observación Electoral, por el portal Verdad Abierta y por investigadores

31 El puntaje z fue 15.214662. En la medida que es positivo, indica un patrón de concentración y no de dispersión.

como Luis Jorge Garay y Claudia López.³² Sin embargo, es mucho lo que debemos avanzar en este terreno: es necesario producir más y mejores indicadores; que midan el impacto de la captura política en la justicia local, que sean más sistemáticas (no solo para algunas regiones del país) y que en lo posible midan más directamente el fenómeno local (por ejemplo, que no consista en extrapolar los procesos de captura en el Congreso a las entidades locales).

Un esfuerzo preliminar pero importante para develar el fenómeno de la captura ha sido hecho por la MOE, a través de sus mapas de riesgo electoral para las elecciones de 2011. Esta medida del riesgo tiene en cuenta tanto los riesgos derivados de factores de violencia (desplazamiento, violencia política, acciones armadas guerrilleras, acciones armadas paramilitares, violaciones a la libertad de prensa, etc.) como de factores electorales (tarjetas no marcadas, votaciones atípicas, denuncias delitos, etc.).

Mapa N° 8



(Jiménez, 2011)

32 Ver también nuestro aporte en relación con el fenómeno de la captura de la justicia en el libro “Y refundaron la patria” (López, 2010) y en otras publicaciones hechas en Dejusticia (García Villegas & Revelo Rebolledo, 2009, 2010).

Como ya advertimos, esta no es una medida perfecta, pues no documenta casos efectivos de captura. Sin embargo, el mapa da una muestra interesante del funcionamiento del sistema político en municipios dominados por actores armados.

3. Índice de desempeño de la justicia local

Hasta el momento se ha visto cómo están distribuidas espacialmente la presencia del sistema judicial y la eficacia en la persecución de homicidios. Pues bien, a partir de allí, construimos un indicador global de desempeño de la justicia local que tiene en cuenta estas dos dimensiones. El indicador está compuesto por dos variables: la presencia de jueces controlada por población y territorio y la tasa de eficacia general para cada municipio. Escogimos estas dos variables por la siguiente razón. En materia de presencia, nos limitamos a la variable de jueces, pues es más completa y precisa y tiene mayor variación que la variable de unidades locales de la fiscalía. Y en materia de eficacia, nos limitamos a la tasa de eficacia corregida pues ella está compuesta por las otras dos variables (tasa de imputaciones y tasa de condenas y es sensible a las diferencias de necesidades de justicia en los diferentes municipios).

El indicador consiste en una escala de 0 a 100, en donde 100 corresponde al puntaje más alto y el 0 al más bajo. Este puntaje se obtuvo a partir de la ponderación de las calificaciones obtenidas en los dos componentes del índice³³, asignándole un peso del 60% a la eficacia y del 40% a la presencia. Tomamos esta decisión metodológica pues si bien creemos que la presencia es una dimensión importante de la justicia, en muchos municipios esta presencia es más nominal que real: que haya un juez en un municipio no significa que efectivamente ese juez imparta justicia. Esta fue, precisamente, una de las conclusiones de *Jueces sin Estado* (2008). En ese sentido, sería preferible un municipio en el que haya menos jueces pero que sean más eficaces a otro en el que haya más jueces que sean menos eficaces.

33 La fórmula que utilizamos fue la siguiente:

$$\left(\frac{\text{Total de condenas}_i - (\text{Total de ingresos}_i - \text{Total de condenas}_i)}{\text{Total de ingresos}_i} \right) * 0.60 + \left(\left(\frac{\text{Número de jueces}_i \times 100.000}{\text{Población total}} \right) / \text{Extensión} \right) * 0.40$$

El indicador de presencia lo normalizamos y redefinimos en una escala de 0 a 100. El indicador de eficacia corregido, que iba de -1 a 1, también lo recodificamos en una escala de 0 a 100.

Los diferentes posibles puntajes del índice los agrupamos en cinco categorías, que corresponden a los cinco niveles de desempeño de justicia local (ver anexo I). El cuadro que sigue a continuación presenta cómo están distribuidos los municipios en los diferentes niveles del índice.

Tabla I. Municipios por niveles de desempeño de la justicia local

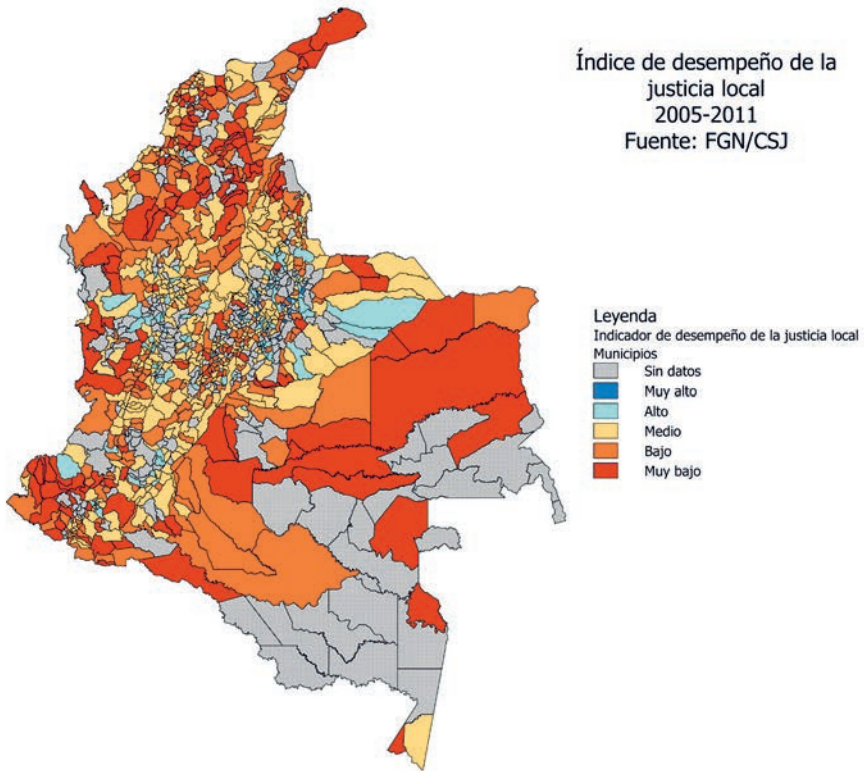
Nivel	Nº Municipios	% Municipios
Muy bajo	136	16%
Bajo	239	28%
Medio	356	42%
Alto	97	11 %
Muy alto	20	2 %
Total	848	100 %

Como muestra la tabla, la mayoría de los municipios (356) se ubican en el nivel medio desempeño de la justicia local³⁴. La categoría más baja está compuesta por 136 municipios, un número mayor al de las dos categorías más altas sumadas: 97 municipios se ubican en la categoría “Alto” mientras que 20 en la categoría “Muy alto”. La tabla también muestra un resultado llamativo: en relación con el promedio nacional, más de un tercio de los municipios del país (375 de 848) tiene un desempeño bajo o muy bajo.

Por su parte, el mapa que sigue muestra estos municipios por categorías, pero distribuidos espacialmente.

34 Esto se debe, por supuesto, a la forma en que construimos el indicador, que agrupa a los municipios en función de qué tan distintos son de la media.

Mapa N° 9



Este mapa cristaliza un poco más los patrones vistos en los mapas anteriores. Los municipios con un desempeño de justicia medio, alto y muy alto se encuentran principalmente en el centro del país y en menor medida en la costa Caribe, en el Valle del Cauca y en los departamentos de Meta y Casanare. Por otro lado, los municipios con un desempeño de justicia bajo o muy bajo tienden a localizarse en las periferias, especialmente en los departamentos de Nariño, Chocó, Putumayo, Caquetá y Vichada. En Córdoba, Magdalena, Atlántico y Sucre, el bajo y muy bajo desempeño de la justicia coincide con las zonas más sureñas de los departamentos, que se caracterizan por ser territorios de difícil acceso, donde las inundaciones y las vías de comunicación aíslan a los municipios de los centros regionales de dichas zonas.

En este caso el análisis de autocorrelación espacial también arrojó resultados significativos. El índice obtenido fue de 0.073055, significativo al 99%³⁵.

35 El puntaje z obtenido fue 19,49, e indica un patrón de concentración.

4. Las diferentes expresiones del desempeño de la justicia local en el territorio

La justicia no opera de forma aislada en un municipio. Por el contrario, su desempeño está relacionado con el contexto en el que ocurren las cotidianidades del sistema judicial. En esta sección analizamos las relaciones que existen entre el indicador de desempeño judicial a nivel local y algunas variables de tipo electoral, socioeconómico y de violencia que nos parecen relevantes. Nos interesa identificar las diferencias que resultan cuando se compara el indicador de justicia con estas otras variables en las distintas categorías de municipios. De esta manera, se observa si los municipios con un bajo o muy bajo desempeño de la justicia a nivel local presentan comportamientos similares en otras dimensiones de la institucionalidad.

Para tal fin, el indicador de justicia se comparó con 13 variables agrupadas³⁶ en tres categorías: i) electoral (nivel de participación electoral, votaciones atípicas en alcaldías, riesgos electorales identificados por la MOE), 2) conflicto (presencia de grupos ilegales, cultivos de coca, minería ilegal,

36 Las variables de cultivos de coca, desplazamiento forzado y dependencia económica dan cuenta del promedio municipal de cada una de las variables entre los años de 2005 y 2011 con el fin de hacer la comparación homogénea con el indicador de justicia. La fuente de cultivos de coca es el registro que lleva anualmente la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) a través del Sistema Integrado de Monitoreo de Cultivos Ilícitos – SIMCI. Los datos de desplazamiento provienen de la bitácora de la Vicepresidencia de la República y corresponden al número de desplazados de acuerdo con el municipio de expulsión. La dependencia económica proviene de las mediciones anuales realizadas por el DNP para construir el indicador de desempeño fiscal (DNP, 2010). Los riesgos electorales de la MOE hacen referencia a los municipios en donde existió una probabilidad de la ocurrencia de delitos e irregularidades electorales durante las elecciones de 2011. La participación electoral y votaciones atípicas dan cuenta de la dinámica electoral en las elecciones locales de 2007 y 2011. La fuente de estas variables es la Registraduría Nacional del Estado Civil y la MOE (Misión de Observación Electoral, 2011). La presencia de grupos ilegales proviene de la base elaborada por el Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos (CERAC) (Restrepo, Spagat, & Vargas, 2006). El periodo de la variable es de 2000 a 2012. Para la presencia de paramilitares y Bacrim se analizaron dos periodos diferentes: para los paramilitares del 2000 al 2006 y para las Bacrim del 2007 al 2012. Los datos de minería ilegal son producto de una investigación de la Defensoría del Pueblo de hace tres años (2010). Los datos de indígenas y afrocolombianos provienen del censo de 2005 elaborado por el DANE. Los datos sobre el estado de actualización catastral a nivel municipal corresponde a información del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

desplazamiento forzado) y iii) socioeconómica (dependencia socioeconómica de los municipios frente a la Nación, porcentaje de la población municipal afrocolombiana, porcentaje de la población municipal indígena, estado de la actualización catastral a nivel municipal y porcentaje de necesidades básicas insatisfechas a nivel municipal).

Los cruces entre estas variables arrojan tres tipos de resultados. Primero, las variables relacionadas con el proceso electoral (participación electoral, votaciones atípicas y riesgos electorales) y con dependencia económica del municipio presentan una distribución homogénea en cada una de las cinco categorías del indicador de justicia³⁷. Dicho de otra manera, no existen diferencias significativas entre las categorías del indicador de justicia en materia de dependencia económica y participación electoral, riesgos electorales y votaciones atípicas. Esto puede reflejar una independencia entre el desempeño judicial a nivel local, por un lado, y los procesos electorales y la dependencia económica, por el otro; los municipios con altos o bajos niveles de participación o con votaciones atípicas o con altos niveles de dependencia económica no tienden a concentrarse en alguna de las cinco categorías del indicador de justicia local; por lo contrario, se distribuyen de manera indistinta entre las cinco categorías.

Segundo, las variables de cultivos de coca, desplazamiento forzado, presencia de grupos armados, porcentaje de afrocolombianos en el municipio y porcentaje de indígenas en el municipio presentan diferencias significativas entre las categorías del indicador de justicia y más específicamente en la categoría de *muy bajo desempeño de la justicia*. Veamos.

La gráfica I expone la relación entre la densidad promedio de cultivos de coca en un grupo de municipios y el desempeño de la justicia local³⁸. La diferencia de cultivos entre las cinco categorías del desempeño de la justicia local (muy alto, alto...etc.) es bastante llamativa. Los municipios catalogados con un desempeño bajo y muy bajo en materia de justicia local cuentan, en

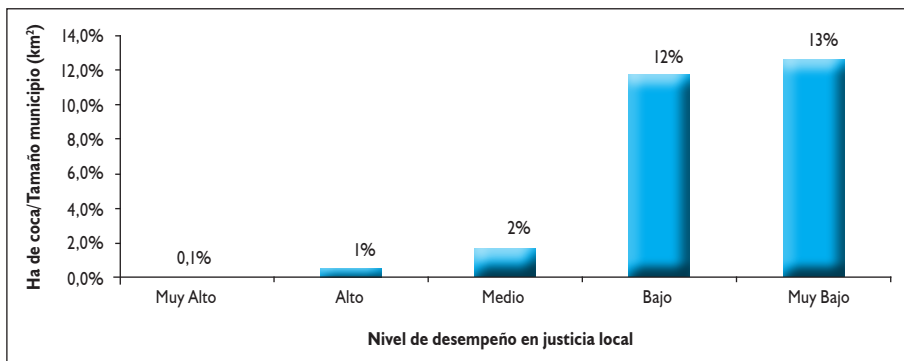
37 La dependencia económica mide la proporción de ingresos del municipio que provienen de transferencias de la nación. A una mayor proporción existe más dependencia y viceversa,

38 Para calcular la cantidad de cultivos ilícitos en un municipio se tomaron los valores de los años 2005 a 2011 y se halló el promedio. La densidad corresponde a la relación de las hectáreas cultivadas con coca por kilómetro cuadrado. Un valor de densidad de cultivo de 12 hectáreas por kilómetro cuadrado significa que en ese territorio el 12% de cada kilómetro cuadrado está dedicado al cultivo de coca.

promedio, con una densidad de cultivos de 12% y 13% respectivamente (es decir, en promedio, el 12 y 13 % de cada kilómetro cuadrado de esos municipios está dedicado a cultivos de coca), mientras que en los demás municipios la densidad no supera el 2%. Allí donde el desempeño de la justicia local es muy débil, la densidad de cultivos de coca es mayor.

Gráfica I

Densidad de cultivos y niveles de desempeño de la justicia local



Fuente: SIMCI. Cálculos propios. 2012.

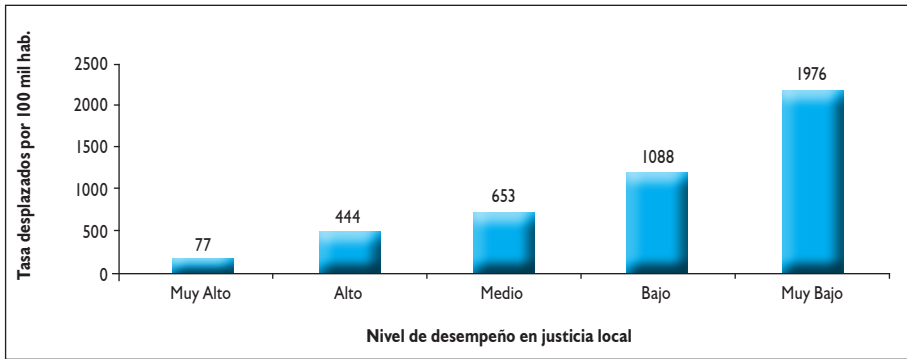
Esto no necesariamente significa que en los municipios con desempeño muy bajo haya más “narcotráfico” que en los demás municipios. Hay, simplemente, más cultivos. En otro texto proponemos una mirada más amplia del fenómeno del narcotráfico y mostramos cómo las capacidades institucionales son dispares tanto desde un punto de vista geográfico como desde un punto de vista de los diferentes eslabones (y delitos) de la cadena (García Villegas, Espinosa, & Jiménez, 2013).

Las diferencias en desplazamiento forzado³⁹ entre las diferentes categorías de justicia también son bastante grandes. Los municipios con un muy bajo desempeño en materia de justicia local cuentan con más del doble de tasa de desplazados frente a los municipios clasificados en las otras cuatro categorías. Los resultados estadísticos permiten concluir que a menor desempeño de la justicia local es esperable una mayor cantidad de desplazados.

39 Se tomó como referencia la tasa de desplazados por cada 100.000 habitantes en el periodo 2005 – 2011.

Gráfica 2

Tasa de desplazados promedio por categorías de desempeño de la justicia local



Fuente: Vicepresidencia de la República. Cálculos propios.

Los resultados encontrados en relación con la dinámica de cultivos de coca y desplazados son bastante contundentes y además revelan dos facetas del conflicto armado colombiano. Por un lado, permiten identificar una de las mayores fuentes económicas de los grupos ilegales y, por otro, reflejan los efectos y la vulnerabilidad que en materia de derechos genera el conflicto. Trágicamente, la justicia local es más débil en aquellos territorios en donde más cultivos de coca existen y donde las tasas de desplazamiento son mayores.

Los cruces arrojaron resultados llamativos. Los municipios con desempeño alto y muy alto en materia de justicia tuvieron una menor presencia de grupos armados en general. En efecto, en los municipios con desempeño muy alto no hubo presencia paramilitar y de Bacrim entre 2000 y 2012, y la presencia de guerrillas fue casi la cuarta parte de la de los municipios del medio y casi la quinta parte de la de los municipios con desempeño bajo y muy bajo. En materia de presencia guerrillera hay una clara relación negativa: a mayor desempeño de la justicia local, menor número de años de presencia guerrillera. En materia de presencia paramilitar y de Bacrim el resultado es distinto, pues aquí los municipios con justicia más débil no son los que tuvieron mayor número de años de presencia. Salvo para los municipios con justicia muy alta, los paramilitares y las Bacrim lograron hacer presencia sin distinciones de capacidad institucional en materia de justicia: su presencia fue relativamente similar en los diferentes tipos de municipios. Esto coincide con otras investigaciones en donde se hacen evidentes las diferencias en las estrategias entre los paramilitares y las guerrillas: en términos generales, mientras

que las guerrillas buscan luchar contra el Estado, los paramilitares se apropian o utilizan estratégicamente el Estado (García Villegas & Revelo Rebolledo, 2010; López, 2010; Romero, 2003, 2007). Llama también la atención que la presencia de las Bacrim sea mayor que la registrada para los paramilitares, lo que indicaría que el proceso de desmovilización no logró reducir, sino aumentar, los niveles de presencia de estos grupos en los municipios.

Tabla 2. Número de años con presencia de ilegales entre el 2000 y el 2012

Categoría de justicia	Número de años con presencia		
	2000-2012		
	Guerrilla	Paramilitares	Bacrim
		(2000-2006)	(2007-2012)
Muy alta	1,3	0	0
Alta	2,9	1,03	1,8
Media	4,2	1,68	2,69
Baja	5,3	1,66	2,3
Muy Baja	5,1	1,4	2,3

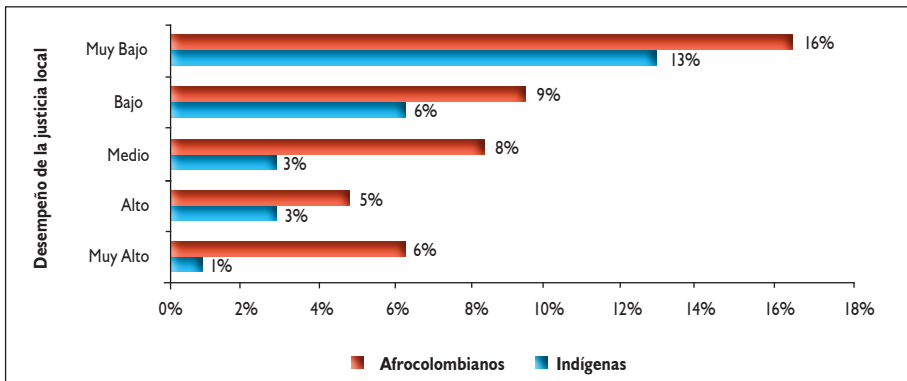
Estos dos resultados permiten argumentar que la presencia de la guerrilla está más sesgada hacia aquellos municipios con una justicia más débil, mientras que los paramilitares y las Bacrim tienen una presencia más homogénea en municipios tanto con desempeño judicial alto como bajo. Esto coincide con los resultados mostrados en investigaciones anteriores de Dejusticia (García Villegas, 2008).

El sesgo que existe en la presencia guerrillera y la relativa homogeneidad en la presencia de paramilitares y Bacrim es una característica que permite abordar los procesos de captura. Las guerrillas se han replegado a la periferia del país, allí donde las instituciones son más débiles, mientras que los paramilitares han logrado permanecer en zonas urbanas importantes en donde han podido instrumentalizar la justicia para lograr sus objetivos militares y económicos.

En materia de composición étnica, específicamente, existen diferencias importantes entre las cinco categorías del índice de justicia local. Los municipios con un muy bajo desempeño en justicia cuentan con una mayor

proporción de indígenas y afros. El gráfico 3 muestra que aquellos municipios ubicados en la categoría más baja de justicia tienen en promedio un 16% y 13% de su población afro e indígena, mientras que en las otras categorías de justicia la población no supera el 9% y el 6% de la población, respectivamente.

Gráfica 3
Porcentaje de afros e indígenas por municipio por categorías de desempeño de la justicia local



Fuente: Dane (2012). Cálculos propios

En síntesis, los municipios con un muy bajo desempeño de justicia cuentan con mayores tasas de desplazados, mayor densidad de hectáreas de coca sembradas y cuentan con mayor cantidad de indígenas y afros al interior de su población. Algo similar ocurre en materia de presencia de la guerrilla, que ha sido menor en municipios con desempeño alto y muy alto en materia de justicia. En la medida en que el bajo nivel de desempeño institucional se expresa de muchas formas diferentes, es de esperar entonces que un bajo desempeño de una institución esté acompañado de niveles similares en otras instituciones.

Finalmente, en tercer lugar, se hicieron cruces similares con variables sobre el estado de la actualización catastral, la ocurrencia de minería ilegal y el porcentaje de necesidades básicas insatisfechas. Si bien esos cruces no arrojan resultados concluyentes como los anteriores, dan luces de dinámicas adicionales que suceden en municipios con un desempeño muy bajo en justicia local.

En lo relacionado con minería ilegal, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo existen en Colombia 308 municipios con reportes de minas ilegales. De estos, el 30% cuenta con niveles bajo o muy bajo de desempeño de la justicia local. Si bien este porcentaje no es alto en comparación con los de los demás municipios, sí debe ser motivo de alarma, pues allí la capacidad institucional para responder a la minería ilegal sería menor. En cuanto a la actualización catastral, el 51% y 54% de los municipios con desempeño muy bajo en justicia cuentan con un catastro no actualizado o sin formar en la zona urbana y rural respectivamente. Estos porcentajes no difieren mucho respecto de las otras categorías del indicador de justicia. Sin embargo, aquellos municipios con desempeño muy bajo en la justicia y con serios atrasos en la construcción catastral podrían estar afrontando procesos de captura relacionados con el mercado y adjudicación de tierras. Dada la complejidad de estos procesos, la existencia de un bajo desempeño de la justicia sería un incentivo para la ocurrencia de actividades ilegales relacionadas con los temas antes descritos.

5. Conclusiones y recomendaciones

En este texto hemos hecho una evaluación del sistema de justicia desde una perspectiva local. Para ese propósito recolectamos información tanto del Consejo Superior de la Judicatura como de la Fiscalía General de la Nación y con base en ella construimos un indicador del desempeño de la justicia local.

El indicador lo analizamos de dos formas distintas. Primero, desde una mirada geográfica (a través de los mapas y de los análisis de autocorrelación espacial) encontramos un patrón de disparidad regional en el funcionamiento del sistema de justicia. En el centro del país la presencia de funcionarios judiciales es mayor, las tasas de provisionalidad son menores y la eficacia también es mayor que en la periferia. Los mapas permiten además reconocer regiones o nichos específicos de buen o mal desempeño institucional. En materia de eficacia, específicamente, los mapas muestran que la brecha regional se produce especialmente en la etapa de investigación de los procesos penales y no necesariamente en la etapa de juzgamiento.

En segundo lugar, relacionamos el indicador de desempeño de la justicia local con otras variables que nos parecen relevantes para evaluar el contexto de los municipios. Estos análisis muestran que los municipios con un muy bajo desempeño de justicia cuentan con mayores tasas de desplazados, mayores hectáreas de coca sembradas, son proporcionalmente más dependientes de las transferencias de la Nación y cuentan con mayor cantidad de indígenas y

afros al interior de su población. Algo similar ocurre en materia de presencia de la guerrilla, que ha sido menor en municipios con desempeño alto y muy alto en materia de justicia. En la medida en que el bajo nivel de desempeño institucional se expresa de muchas formas diferentes, es de esperar entonces que un bajo desempeño de una institución esté acompañado de niveles similares en otras instituciones.

A partir de estas conclusiones generales, formulamos las siguientes recomendaciones de política pública.

En primer lugar, es necesario diseñar una política pública judicial dirigida a cerrar la brecha regional en materia de eficacia de la justicia. Es conveniente que las diferentes entidades involucradas en el funcionamiento del sistema de justicia (al menos Consejo Superior de la Judicatura, Ministerio de Justicia, Ministerio de Hacienda, Fiscalía, Policía – DIJIN) diseñen y ejecuten un plan coordinado, con enfoque regional, dirigido a fortalecer las capacidades institucionales de los municipios periféricos. Esta política pública debería estar dirigida no solo a aumentar la presencia de funcionarios judiciales en el territorio, sino a aumentar la meritocracia en la asignación de funcionarios y, teniendo en cuenta que es aquí donde se producen los mayores cuellos de botella, a fortalecer las capacidades investigativas en el sistema penal. Esta política pública, además de i) crear nuevas plazas de jueces, funcionarios, investigadores del CTI y de la SIJIN, ii) aumentar la capacitación y iii) dotar de la infraestructura necesaria y adecuada a los funcionarios, debería apuntar a iv) reformar la carrera judicial y la carrera administrativa de la fiscalía para implementar un sistema de incentivos que atraiga a funcionarios idóneos (y se reduzca el riesgo de clientelismo judicial) hacia las zonas periféricas del territorio nacional.

Dos comentarios sobre la presencia y la meritocracia en el sistema judicial.

Primero, sobre la presencia. El mapa N° 2, en el que se muestra la presencia de jueces (controlando por población y territorio) muestra una concentración dramática de la oferta judicial en el país. Esta concentración es aún más grave si se tiene en cuenta que los datos utilizados incluyen los juzgados que fueron creados recientemente por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. La Sala ordenó la creación de juzgados promiscuos en aquellos municipios en los que hasta hace unos meses no había juzgados, para que así existiera al menos un juzgado en todos los municipios del país. Sin embargo, como muestra el mapa, estos nuevos juzgados no resolverán el

problema. *Para que exista una convergencia entre los municipios con alta y baja presencia de jueces es necesario adoptar indicadores de presencia que incorporen criterios de población y territorio, como lo hemos hecho aquí, pues eso permite hacer comparaciones adecuadas –bajo el mismo lenguaje– entre los diferentes municipios del país. Ello implica aumentar la presencia de jueces en los municipios periféricos del país, especialmente en algunas regiones específicas (ver más adelante).*

Pero los problemas de presencia no se limitan a los jueces. La cobertura de unidades locales de la Fiscalía es también bastante baja. Como señalamos anteriormente, esto no significa que en los municipios en los que no hay unidades locales no opere la Fiscalía. Lo que significa es que en esos municipios la capacidad de la fiscalía es menor. *Por esa razón, es conveniente crear unidades locales en los municipios en los que no hay, para así fortalecer y ampliar el rango de acción de la Fiscalía en el territorio del país.* Esto permitiría que un juez de un municipio como Sipí (Chocó), por ejemplo, en el que no existe una unidad local de la Fiscalía, no tenga que ordenar la libertad de un capturado porque no se le pudo llevar a Istmina para hacer la audiencia de legalización de captura. Con un fiscal en Sipí la audiencia se podría hacer allí mismo, el traslado se evitaría y no habría orden de libertad (al menos no por esa razón).

Segundo, sobre la carrera judicial. Es importante no solo tener en cuenta la presencia numérica de funcionarios sino su calidad. Por esta razón es necesario hacer una evaluación detallada del funcionamiento de la carrera judicial en los municipios periféricos del país. Los datos que presentamos aquí sobre la distribución de las tasas de provisionalidad son elocuentes. De acuerdo con la investigación cualitativa que hemos hecho a lo largo de varios años y territorios, esta diferencia se explicaría por el hecho de que los municipios periféricos son menos atractivos para los concursantes, quienes prefieren ocupar cargos en municipios institucionalmente más fuertes. *Por esa razón, recomendamos incorporar a los sistemas de ascenso de las diferentes instituciones involucradas en el sistema judicial (al menos las principales, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación, DIJIN de la Policía Nacional) incentivos (económicos o de otro tipo) para que quienes ganan el concurso de méritos decidan ocupar plazas en municipios periféricos del país.*

Tanto los mapas como los análisis estadísticos muestran que existen patrones de concentración del bajo desempeño institucional. Esto representa un problema para el funcionamiento del sistema judicial, pero al mismo tiempo una oportunidad para el diseño de una política pública que busque responder al problema. Aquí es donde tiene sentido el enfoque regional al que nos

referimos anteriormente. En la medida en que existen patrones regionales de bajo desempeño en materia de justicia –patrones que están relacionados con patrones de otros tipos de desempeño institucional- el plan coordinado puede focalizarse en regiones específicas que sean institucionalmente débiles.

En segundo lugar, es importante medir adecuadamente la eficiencia y eficacia de los jueces. Hay que superar la visión formal de las instituciones y complementarla con el estudio de los impactos reales que dichas instituciones tienen. Más que la presencia y las rutinas formales de la justicia, se debe medir el grado de control social que logra el Estado con el aparato de justicia en las regiones. *Por esa razón, es conveniente construir indicadores de evaluación de la justicia a nivel local.* Es necesario incorporar indicadores de oferta, de demanda, de eficiencia, de eficacia, de calidad y de legitimidad (percepción). En este documento hicimos un esfuerzo por proponer nuevos indicadores en materia de oferta (presencia controlada por población y territorio), eficiencia (en investigación, tasa de imputaciones; en condenas, tasa de condenas), eficacia (para homicidios, condenas/homicidios) y calidad y riesgo de clientelismo judicial (a través de la tasa de provisionalidad). Estos indicadores pueden servir como punto de partida; sin embargo, se quedan cortos frente a las diferentes necesidades de información que requiere una política adecuada de gestión del sistema de justicia a nivel local. Esta idea está relacionada con el siguiente punto.

En tercer lugar, a partir de las respuestas recibidas a las solicitudes de información que presentamos a las diferentes entidades, de nuestras entrevistas y conversaciones con funcionarios, de nuestras visitas a juzgados y sedes de la rama judicial, pudimos observar que el Consejo Superior de la Judicatura (y en menor grado la Fiscalía) no cuenta con un sistema de información adecuado que permita diagnosticar, diseñar, ejecutar y evaluar de forma amplia y precisa las diferentes políticas públicas en materia de justicia. *Por esta razón, es necesario construir un sistema que permita obtener información detallada y precisa –y en lo posible en tiempo real- del funcionamiento de la justicia a nivel local.*

En sintonía con las recomendaciones anteriores, creemos que -con el objeto de darle visibilidad y hacerle seguimiento al propósito de fortalecer las capacidades institucionales de los municipios periféricos- sería conveniente, que las diferentes entidades involucradas incorporaran en sus informes periódicos de gestión un aparte dedicado a dar a conocer las acciones y los resultados relacionados con este propósito.

Referencias bibliográficas

Anselin, L. (1993). *Exploratory Spatial Data Analysis and Geographic Information Systems*. Santa Barbara: National Center for Geographic Information and Analysis.

Anselin, L. (2005). *Interactive Techniques and Exploratory Spatial Data Analysis*. En P. Longley, M. Goodchild, D. Maguire, & D. Rhind (Eds.), *Geographical Information Systems: Principles, Techniques, Management and Applications (Second Edition)*. New York: Wiley.

Defensoría del Pueblo. (2010). *La minería de hecho en Colombia*. Bogotá: Defensoría del Pueblo. Recuperado a partir de <http://www.defensoria.org.co/red/anejos/publicaciones/mineriaColombia.pdf>

DNP. (2010). *Desempeño fiscal de los departamentos y municipios 2009*. Bogotá: DNP. Recuperado a partir de http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/LinkClick.aspx?fileticket=uNUiDsiG_bQ%3d&tabid=386

Echeverri, J. C., & Partow, Z. (1998). *¿Por qué la justicia no responde al crimen?: el caso de la cocaína en Colombia*. En M. Cárdenas & R. Steiner (Eds.), *Corrupción, crimen y justicia, una perspectiva económica*. Bogotá D.C.: Tercer Mundo Editoriales - LACEA.

Fergusson, L., Vargas, J. F., & Vela, M. (2013). *Sunlight Disinfects? Free Media in Weak Democracies*. Bogotá: Uniandes.

Furet, F., & Richet, D. (1973). *La Revolution Française (Vol. Marabaut)*. Paris.

Garay, L. J., De León, I., & Salcedo, E. (2010). *Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Guatemala, México y Colombia. Análisis conceptual de las memorias de la Primera Discusión Internacional sobre Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado*. Bogotá: Grupo Método.

Garay, L. J., Salcedo, E., & De León, I. (2010). *Redes de Poder en Casanare y la Costa Atlántica*. En C. López (Ed.), *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Corporación Nuevo Arcoiris, Congreso Visible, Dejusticia, Grupo Método y MOE.

García Villegas, M. (2008). *Jueces sin Estado*. Bogotá: Siglo del Hombre - Dejusticia.

García Villegas, M., & Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

García Villegas, M., Espinosa, J. R., & Jiménez, F. (2013). *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

García Villegas, M., & Revelo Rebolledo, J. (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

García Villegas, M., & Revelo Rebolledo, J. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

Gaviria, A. (2000). Increasing Returns and the Evolution of Violent Crime: the Case of Colombia. *Journal of Development Economics*, 61(1), 1-25.

Hellman, J., Jones, G., & Kaufmann, D. (2000). *Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition* by Joel Hellman, Geraint Jones, Daniel Kaufmann. Washington D.C.: The World Bank. Recuperado a partir de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=240555

Jiménez, F. (2011). *Riesgo final por coincidencia de factores de violencia y factores electorales*. Bogotá: MOE-Observatorio de la democracia. Recuperado a partir de http://moe.org.co/home/doc/moe_mre/2011/mre2011/03_RiesgoFinalViolencia-yElectorales.pdf

La Rota, M., & Bernal, C. (2013). *Investigación penal de delitos graves y difíciles. El delito de homicidio en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

López, C. (Ed.). (2010). *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Corporación Nuevo Arcoiris, Congreso Visible, Dejusticia, Grupo Método y MOE.

Misión de Observación Electoral. (2011). *Mapas y factores de riesgo electoral. Elecciones de autoridades locales Colombia 2011*. Bogotá: MOE.

Montenegro, A., Posada, C., & Piraquive, G. (2000). Violencia, criminalidad y justicia: otra mirada desde la economía. *Coyuntura Económica*, 30(2), 85-132.

Moran, P. (1950). Notes on Continuous Stochastic Phenomena. *Biometrika*, 37(1-2), 17-23.

Moreno, R., & Vaya, E. (2000). *Técnicas econométricas en el tratamiento de datos espaciales: la econometría espacial*. Barcelona: Edicions Universitat Barcelona.

PNUD. (2011). *Colombia rural. Razones para la esperanza. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011*. Bogotá D.C.: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

Restrepo, J., Spagat, M., & Vargas, J. F. (2006). The Severity of the Colombian Conflict: Cross-Country Datasets versus New Micro-Data. *Journal of Peace Research*, 43(1), 99-115.

Ricarte Villota, A. I. (2012). Comportamiento del homicidio. Colombia, 2011. *Forensis*, 13(1), 66-100.

Romero, M. (2003). Paramilitares y autodefensas 1982 - 2003. Bogotá: IEPRI.

Romero, M. (Ed.). (2007). La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos. Bogotá: Cerec - Corporación Nuevo Arco Iris.

Rubio, M. (1996). Crimen sin sumario. Universidad de los Andes, Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico (CEDE).

Rubio, M. (1999). Crimen e Impunidad. Precisiones sobre la violencia. Bogotá: Tercer Mundo.

Rubio, M. (2001). Anexo capítulo X (La justicia Penal). En El Caleidoscopio de las justicias en Colombia (Vol. I). Bogotá: Uniandes -Siglo del Hombre.

Sánchez, F. (2006). Las cuentas de la violencia. Bogotá: Editorial Norma.

Uprimny, R., Rodríguez, C. A., & García Villegas, M. (2006). Las cifras de la justicia. En ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma.

Corte Constitucional y reforma judicial: apuntes sobre la jurisprudencia en materia de justicia durante el período 2000-2012

Humberto Antonio Sierra Porto'

Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Catedrático en derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia.
Magistrado de la Corte Constitucional en el período 2004-2012.

I. Introducción y objeto

El diseño de la administración de justicia en la Constitución de 1991 le otorga un papel relevante a la Corte Constitucional. No sólo porque es una Corporación que hace parte de la Rama, cabeza de la jurisdicción constitucional cuya función es la guarda de la supremacía de la Constitución, sino también porque tiene una trascendental participación en el trámite de las leyes estatutarias de administración de justicia. Si bien la cláusula general de competencia legislativa está en cabeza del legislador estatutario, dicho procedimiento legislativo tiene la especificidad de un control de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional (un control previo, automático, integral, definitivo y participativo²). Todo esto con el propósito que la ley que regula los aspectos neurálgicos de la administración de justicia en Colombia sea expedida en concordancia con los principios constitucionales, en particular con la garantía de la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa, el debido proceso, la celeridad, la gratuidad, la autonomía e inde-

-
- 1 Agradezco la colaboración en la elaboración de este escrito de la Dra. Floralba Padrón Pardo, docente-investigadora del Departamento de derecho constitucional de la Universidad Externado.
 - 2 Por todas véase la Sentencia C-1153 de 2005.

pendencia de la Rama Judicial y, en últimas se mantenga la integridad de la Constitución. En virtud del control previo de constitucionalidad, la Corte ha tenido un papel relevante en determinar la interpretación ajustada de la Ley Estatutaria 270 de 1996, de administración de justicia, y sus posteriores modificaciones –Leyes 585 de 2000, 771 de 2002 y 1285 de 2009-; asimismo de las otras modificaciones al marco normativo judicial, como las reformas a las leyes del código procesal civil –Ley 1564 de 2012-; en las reformas al código contencioso y de procedimiento administrativo –Ley 1437 de 2011- y, a las reformas al sistema penal –leyes 600 de 2000 y 906 de 2004-, así como las leyes modificatorias del régimen laboral de los funcionarios de la rama judicial-ley 771 de 2002 ; y, la implementación del principio de la sostenibilidad fiscal por el Acto Legislativo 3 de 2011 que debe ser tenido en cuenta por todos los operadores jurídicos y, expresamente por las Altas Cortes cuando expidan Sentencias (Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura (artículo 334, 339 y 346 constitucionales)³.

En la Constitución de 1991, la Corte constitucional representa uno de los cambios e hitos de la Rama Judicial en Colombia. La creación de un tribunal constitucional cuya función principal es la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución ha constituido uno de los aportes, quizá el más importante, en la estructura de la Rama Judicial en particular y, en el ordenamiento jurídico colombiano en general. La tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte

3 Las leyes y acto legislativo expuestos en el texto no han sido las únicas estudiadas por la Corte constitucional. En el período comprendido entre la legislatura 2002-2003 (Primer Gobierno de Álvaro Uribe Vélez) y la legislatura 2012- 2012 (Gobierno de Juan Manuel Santos) en la Cámara de representantes se han presentado: 181 proyectos de ley/ proyectos de actos legislativos sobre aspectos de la justicia y todas las jurisdicciones; 22 reformas al Código de procedimiento penal; 2 proyectos de pequeñas causas; 2 proyectos de acusador privado; 1 proyecto de Código procedimiento administrativo y contencioso administrativo; y, 1 proyecto de carrera administrativa y carrera de los empleados de la Rama Judicial (fuente de la información Comisión I de Cámara. 14 diciembre de 2012). En el Senado, se han presentado 369 proyectos en materia de administración de justicia y todas las cuestiones relacionadas con las jurisdicciones; 1 acto legislativo del sistema penal acusatorio; 4 proyectos sobre pequeñas causas; 20 proyectos de reformas al código de procedimiento penal; 14 proyectos de reforma al código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo; 1 proyecto de reforma al régimen administrativo y carrera de los empleados de la Rama Judicial; y 1 proyecto de ley sobre acusación privado (fuente de la información Comisión I Senado. 14 diciembre de 2012).

han significado un gran avance en la construcción de ciudadanía en Colombia (avance en la igualdad entre hombres y mujeres, defensa de las minorías, regulación del aborto, derechos de las parejas del mismo sexo, delimitación del contenido de la cláusula general de libertad, los sujetos de especial protección, dignidad humana, mínimo vital y la relación entre el derecho interno con el derecho internacional, entre otros). En su labor, la Corte ha contribuido a materializar la cláusula del Estado social y con ello a una mejor administración de justicia en Colombia a través de su jurisprudencia sobre delimitación y contenido de los derechos fundamentales⁴, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales⁵, la extensión de la tutela como mecanismo de protección de los derechos sociales⁶, la construcción de la figura de estado de cosas inconstitucional⁷, el papel de los jueces, el valor y la importancia de las sentencias y el precedente constitucional⁸. Todos estos temas han constituido grandes avances en materia de justicia en estos 20 años largos de vigencia de la Constitución de 1991 y no es posible comprender la historia de nuestra Rama Judicial por fuera de este contexto.

Escapa del propósito del presente escrito tratar a profundidad cada uno de los temas expuestos. El objeto de este documento es mostrar el impacto de la Corte Constitucional y su jurisprudencia en relación con temas de la justicia en Colombia. Para lograr este objetivo primero haremos un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el período 2000-2012 en relación con las leyes sobre reformas judiciales en Colombia: nos referiremos a los principales aspectos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con las leyes estatutarias de administración de justicia; en segundo lugar, a las sentencias sobre el Código General del Proceso; en tercer lugar, a las decisiones sobre el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y, en cuarto lugar a la sentencia que estudió la constitucionalidad de la introducción del principio de sostenibilidad fiscal en la

4 Véase por todas la Sentencia C-406 de 1992 y, Alexei Julio Estrada, “Los derechos fundamentales como objeto protegido de la acción de tutela. Una aproximación a la luz de la jurisprudencia constitucional colombiana”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004. Documento inédito

5 Véase por todas la Sentencia C-590 de 2005.

6 Véase las Sentencias T. 859 de 2003 y T-860 de 2003.

7 Véase las Sentencias T-025 de 2004 y T-760 de 2008

8 Véase Carlos Bernal, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en Colombia en: Alexei Julio Estrada (coord.), Teoría constitucional y políticas públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp.375-425.

Constitución⁹. La segunda parte la dedicaremos a una breve reflexión sobre el proceso de transformación que se ha producido en todos los poderes del Estado y el alcance de sus competencias como consecuencia de la jurisprudencia de la Corte. Qué es, cómo funciona, cuáles son las características y tendencias evolutivas de nuestra administración de justicia, son preguntas y temas que se explican en buena parte por la jurisprudencia constitucional, o más precisamente, por la vis expansiva de ésta.

2. La jurisprudencia de la Corte constitucional en el período 2000-2012 en relación con las leyes sobre reformas judiciales en Colombia

2.1. Los pronunciamientos sobre la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (LEAJ)¹⁰

La norma básica en materia de administración judicial es la Ley Estatutaria de Administración de Justicia –LEAJ- y la temática en torno a la cual se desarrolla (principios de la administración de justicia, estructura general de la administración de justicia, las corporaciones y despachos judiciales y, la administración, gestión y control de la Rama Judicial) es muy amplia; sin embargo para efectos de apreciar el impacto que esta ley y la jurisprudencia constitucional que se ha pronunciado con ocasión de su estudio de validez vamos a referirnos a dos aspectos: la temática de la reserva de ley y los principios o directrices que deben seguir las autoridades para su ejercicio.

El problema de la reserva de ley estatutaria es desde la perspectiva de la delimitación de competencias (¿qué se puede hacer? y ¿quién puede hacer reformas a la justicia?) el aspecto que más dificultades ha planteado a la jurisprudencia y al ejercicio de competencias por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. La Corte Constitucional, desde la

9 Por la extensión de este escrito no podremos relacionar otros temas trascendentales que han sido estudiados por la Corte Constitucional, como lo son las sentencias relacionados con la implementación del sistema penal acusatorio, al respecto pueden consultarse las Sentencias: C-760 de 2001 y C-672 de 2005. Asimismo, la sentencia C-187 de 2006 (Habeas corpus), la sentencia C-473 de 2005 (búsqueda urgente) y las sentencias sobre la carrera administrativa de la Rama Judicial o régimen laboral de los funcionarios de la Rama y los Jueces, C-295 de 2002.

10 Ley 270 de 1996 y las posteriores leyes modificatorias (Sentencias C-037 de 1996; C-393 de 2000; C-334 de 2005; C-713 de 2008).

Sentencia C-037 de 1996, por medio de la cual se revisó la constitucionalidad del procedimiento legislativo de la Ley 270 de 1996 y, más recientemente en la Sentencia C-713 de 2008, por medio de la cual se revisó previamente la actual Ley 1285 de 2009, ha establecido que una ley estatutaria tiene como reserva “(...) la estructura general de la administración de justicia y sobre los principios sustanciales y procesales que deben guiar a los jueces en su función de dirimir los diferentes conflictos o asuntos que se someten a su conocimiento”. De esta forma queda circunscrita la competencia del legislador estatutario, quien no puede válidamente invadir la competencia del legislador ordinario. Así las cosas, si por técnica legislativa se decide incluir en el texto de una LEAJ temas que no están dentro de la reserva estatutaria, dicho tema seguirá siendo competencia de modificación a través del procedimiento legislativo ordinario¹¹.

En relación con la estructura de la administración de justicia, la LEAJ puede crear o habilitar la existencia de juzgados y/o tribunales nuevos en el territorio nacional. Lo que no puede hacer la LEAJ es crear juzgados especializados única y exclusivamente en una parte del territorio nacional.

Un problema básico derivado del alcance de la reserva de ley estatutaria es el de precisar qué órganos y jurisdicciones hacen parte de la Rama Judicial. En concordancia con el Título VIII de la Constitución, la estructura orgánica de la Rama está compuesta por: la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción contencioso administrativa, la jurisdicción constitucional (Corte Constitucional), los jueces de paz, la Fiscalía general de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura. Al respecto, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes aclaraciones interpretativas: los jueces cuando fallan casos de tutela hacen parte de la jurisdicción constitucional desde el punto de vista funcional, pero no desde el punto de vista orgánico. Asimismo, las autoridades indígenas tienen una jurisdicción especial para administrar justicia, pero no hacen parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial, es decir, ejercen función jurisdiccional pero no hacen parte de la rama judicial¹². De igual manera, la justicia penal militar no hace parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial. Los jueces de descongestión no hacen parte de la estructura orgánica de la Rama, se pueden crear con el fin de buscar una mayor eficacia de la administración

11 La Corte Constitucional ha establecido que no toda modificación a la administración de justicia tiene que ser sometida al procedimiento de una ley estatutaria, Véase las Sentencias C-1233 de 2005, C-126 de 2006 y C-180 de 2006.

12 Véase las Sentencia C-037 de 1996 , C-1092 de 2003 y, T-945 de 2007.

de justicia, pero en su establecimiento se debe respetar el principio del juez natural y de sujeción a las leyes preexistentes.

La creación de salas y secciones en las Altas Cortes es una materia reservada al legislador. Éste es quien debe determinar los parámetros y objetivos para su funcionamiento, de tal manera que no es constitucionalmente permitido que el legislador delegue en otra autoridad –Consejo Superior de la Judicatura o las mismas altas Corporaciones- la determinación de una sala de decisión¹³.

El establecimiento de planes de descongestión en la LEAJ es viable constitucionalmente, siempre y cuando tenga un carácter transitorio y se asegure a los ciudadanos una pronta y efectiva administración de justicia. Razón por la cual se permiten todas las medidas, entre las que se destacan los jueces itinerantes creados a partir de la LEAJ, con todas las facultades plenas para administrar justicia: desde dirigir el asunto hasta proferir un fallo. Los jueces y/o magistrados de descongestión serán nombrados por la Sala administrativa del Consejo Superior en atención a la lista de elegibles, méritos y de acuerdo con los procedimientos legales para ello.

En atención a los principios que rigen la administración de justicia de celeridad y oralidad, la Corte en la Sentencia C-037 de 1996 ha expuesto que hace parte del contenido del derecho al debido proceso y del derecho a acceder a la administración de justicia, el tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos. En la C-713 DE 2008, los postulados de una justicia pronta y eficaz introducidos por la reforma a la LEAJ están acordes con los principios constitucionales que orientan la administración de justicia, en el entendido que los jueces no sólo deben cumplir los términos procesales sino que están obligados a dar una solución de fondo al litigio, a administrar justicia y otorgarle certeza a los ciudadanos y a la sociedad en la solución de las controversias.

La implementación de la oralidad se entiende como una medida que persigue materializar la celeridad en la justicia y, disminuir la congestión en los despachos judiciales. Sin embargo, la oralidad solo será exigible en atención a las reglas procedimentales que en cada proceso judicial establezca el legislador. De tal manera, en la sentencia C-713 de 2008 se expuso que el principio de oralidad establecido en la LEAJ no constituye un parámetro de constitucionalidad para examinar las leyes que regulen los procesos judiciales. En vir-

13 Véase las Sentencias C-162 de 1999 y, C-713 de 2008.

tud de que la oralidad está establecida bajo la forma de principio, el legislador será el encargado de definir cómo se desarrollará e implementará en cada procedimiento judicial dependiendo de sus características y necesidades¹⁴.

La Corte encontró ajustado el mandato del legislador de establecer una partida en el presupuesto nacional equivalente al 0.5 % del PIB para realizar la introducción de medidas que permitan la materialización del principio de la oralidad en los procesos judiciales y medidas de descongestión judicial, como lo es la implementación de medios electrónicos en los procesos.

Sobre otro principio de la administración de justicia, la gratuidad¹⁵, le corresponde al legislador la imposición de cualquier arancel o tasa en los procesos judiciales y, deberá ser establecido con claridad y determinación el valor, quiénes están obligados, en qué etapa procesal y en cuáles procesos. El legislador debe establecer: sujeto activo, sujeto pasivo, hecho generador, base gravable y tarifa. La determinación del cobro de una tasa o arancel judicial como la exclusión de su pago le corresponde al Congreso de la República son materias reservadas a la ley, razón por la cual no puede delegarle esta regulación a cualquier otra entidad, como al Consejo Superior de la Judicatura; y si delega, el Congreso debe fijar el sistema y el método para definir costos y beneficios cumpliendo con las exigencias del artículo 338 constitucional. El segundo inciso del artículo 2 de la LEAJ 1285 de 2009 determina los procesos que están exentos de pago de arancel de la siguiente manera: *“no podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal, laboral, contencioso-laboral, de familia, de menores, en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales”*.

14 Al respecto se puede mencionar que el legislador ha venido implementando gradualmente la oralidad en cada una de las reformas a los códigos de procedimiento realizadas con posterioridad a la LEAJ: así en el artículo 3 de la ley 1564 de 2012 (Código general del proceso) que expresa: “Proceso oral y por audiencias. Las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva”; y, el mismo sentido el artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 (Código de procedimiento administrativo) dispone: “Trámite de la actuación y audiencias. Los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en este Código o la ley.” (Resaltado fuera del texto). Antes de la modificación de la LEAJ, la oralidad se había implementado en el procedimiento penal en el artículo 9 de la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal).

15 Véase las Sentencias C- 713 de 2008, C-155 de 2003 y, C-455 de 2004.

2.2. Sentencias sobre el Código general del Proceso¹⁶

Una línea de sentencias muy importante para generar coherencia y coordinación entre las decisiones y actuaciones de las distintas autoridades judiciales son aquellas dirigidas a precisar el alcance del precedente y en particular de las sentencias de la Corte Constitucional. En la Sentencia C-539 de 2011, la Corte concluyó que el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, por medio de la cual se establecen medidas de descongestión judicial, incurría en una omisión legislativa relativa, al no mencionar la jurisprudencia constitucional como una de las fuentes a las que se encuentran vinculadas las autoridades administrativas para resolver los asuntos descritos dicho artículo. El artículo 114 establecía:

Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

La Corte entonces emitió una sentencia interpretativa-aditiva, en la que al tenor literal del artículo de la ley 1437 de 2011, se debe entender que las autoridades también están obligadas a seguir como precedente jurisprudencial, las decisiones de la Corte Constitucional, es decir, el carácter vinculante y obligatorio de los precedentes constitucionales.

Sólo así se ajusta a los artículos 4 y 230 constitucional, esto es, se respeta la supremacía constitucional. A pesar de que el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 fue derogado por la ley 1437 de 2011, en el artículo 10 de esta última se incurre en la misma omisión legislativa, que igualmente es interpretada mediante la Corte Constitucional en la sentencia C-634 de 2011.

En la misma sentencia C-539 de 2011, se establecen las reglas sobre la vinculación y obligatoriedad del precedente de las Altas Cortes, que por su importancia las transcribimos:

16 Véase las Sentencias C-1186 de 2008; C-543 de 2011; C-470 de 2011; C-372 de 2011; C-203 de 2011; C-598 de 2011; C-540 de 2011, C-250 de 2011; C-542 de 2011.

1. Todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las altas cortes.
2. El entendimiento del concepto “imperio de la ley”, al que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe comprenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales.
3. Todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley.
4. El mandato constitucional reseñado implica que las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las altas cortes o los fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos.
5. El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (i) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa (artículos 29, 121 y 122 C.P.); (ii) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad, implica la responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6 y 90 C.P.); y (v) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley (artículo 13 C.P.).
6. En caso de concurrencia de una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es aplicable el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces.

7. Inclusive en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las Altas Cortes.
8. Ante la falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia. Del mismo modo, si se está ante la presencia de diversos criterios jurisprudenciales existentes sobre una misma materia, las autoridades públicas administrativas están llamadas a evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso en concreto.
9. Los fallos de la Corte Constitucional, tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, tanto en su parte resolutive (*erga omnes* en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e *inter partes* para los fallos de revisión de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la *ratio decidendi*, tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas. Esto en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del texto superior.
10. El desconocimiento del precedente judicial de las altas cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades

administrativas; y (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela, contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.

2.3. Las sentencias sobre el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo¹⁷

El mismo tema, el valor del precedente y la manera en que las decisiones judiciales deben ser entendidas por la administración de más sectores del Estado, es objeto de precisiones judiciales a propósito de las demandas de inconstitucionalidad del Código Administrativo. Dentro de las modificaciones introducidas a la normativa de procedimiento administrativo y contencioso administrativo por la ley 1437 de 2011, destacamos dos relacionadas con medidas que persiguen una coordinación de las autoridades administrativas con las judiciales y con los cuales se lograría una gran descongestión judicial. Las medidas son las introducidas en los artículos 10 y 102 de la ley 1437¹⁸.

Estas medidas le imponen un deber de publicidad oportuna y de calidad a las Altas Cortes (Consejo de Estado y Corte Constitucional) de las sentencias. Asimismo la obligación a las autoridades de mantenerse informadas de las novedades jurisprudenciales en materia de unificación jurisprudencial y de precedentes judiciales. Las Altas Cortes deberán implementar sistemas de sistematización y relatoría ágil para el manejo y publicidad de los fallos. Por otro lado, obliga al Consejo de Estado a manejar las técnicas del precedente judicial, que ha venido perfilando con altibajos la Corte constitucional. Y esto es importante en la medida en que lo vinculante y obligatorio no es todo el

17 Véase las Sentencias C-818 de 2011 y C-875 de 2011.

18 El artículo 10 establece: “Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.” El artículo 102 establece: “Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado.”

texto de la sentencia sino las razones que justifican la decisión expuestas en la parte motiva (*ratio decidendi*) y la decisión puntual (parte resolutive).

Estas medidas contribuyen a la descongestión judicial, por cuanto la gran mayoría de los casos que atiborran los despachos judiciales son problemas que no han sido resueltos de manera diligente por la administración pública. La escasa resolución de los problemas que presentan los ciudadanos a la administración de manera efectiva es uno de los grandes focos de congestión judicial: el no reconocimiento de pensiones, de prestaciones laborales y de contenidos derivados del derecho a la salud, entre otros. También otro gran foco son las tutelas (más de 2000 sentencias de tutela llegan a la Corte Constitucional para ser revisadas) y las demandas de inconstitucionalidad por vicios en el procedimiento legislativo.

Sin embargo, no podemos desconocer que los problemas jurídicos que se pueden presentar ante las autoridades administrativas son de muy variada índole: desde el reconocimiento de una pensión, la indemnización de un daño antijurídico o bien la concesión de una licencia urbanística. Lo que resulta en la práctica dispendioso para las autoridades y, que requieren un mayor cuidado y atención para poder establecer la igualdad y/o similitud de los casos objeto de estudio.

Como ya se dijo, en relación con las medidas establecidas en los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, en Sentencia C-634 de 2011 la Corte reiteró los argumentos expuestos en la Sentencia C-539 de 2011 sobre la obligación de las autoridades administrativas de aplicar las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 regula el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Así, determina que las autoridades, al resolver los asuntos de su competencia, aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Hasta aquí, el precepto no hace nada distinto que reiterar los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, que implican la obligación de fundar las actuaciones del Estado en las fuentes de derecho preexistentes y bajo el mandato de prodigar idéntico tratamiento ante supuestos jurídicos y fácticos análogos.

El precepto contiene una segunda prescripción, la cual prevé que para cumplir con las obligaciones constitucionales aludidas, las autoridades deberán “tener en cuenta” las sentencias de unificación jurisprudencial que adopte

el Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. Este precepto reconoce una fuente de derecho particular, que debe hacer parte del análisis para la adopción de decisiones. A esa fuente el legislador le reconoce carácter vinculante más no obligatorio, pues la disposición alude a que el precedente debe ser consultado, más no aplicado coactivamente.

En la sentencia C-539/11, la Corte asumió tres niveles de análisis diferenciados, a saber (i) el carácter vinculante reforzado que tienen los precedentes de las altas cortes para las autoridades administrativas; (ii) el papel de la jurisprudencia constitucional en el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho; y (iii) las cargas que deben cumplir las normas legales que reconocen ese carácter vinculante para las autoridades administrativas de los precedentes jurisprudenciales. Para asumir el primero de los aspectos citados, la Corte partió de la reconceptualización del principio de legalidad, al cual se encuentra sometida la actuación de los servidores públicos, la cual vincula el concepto “ley” u “orden jurídico” a la jurisprudencia como fuente formal de derecho. Para esa postura, en tanto diversas normas constitucionales obligan a que la actuación de las autoridades administrativas esté sometida al imperio de la ley, ello significa que dichos funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial, según se explicó en precedencia.

La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos. Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comentario en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para que, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados.

No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido de que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administra-

ción¹⁹. (Véase T-439 de 2000). Adicionalmente, la sentencia C-539 de 2011 aclara que ese deber de acatamiento del precedente cobra mayor intensidad cuando se trata de la jurisprudencia constitucional.

2.4. El principio de sostenibilidad fiscal establecido en el acto legislativo 3 de 2011

Una de las temáticas más interesantes relativas a la administración de justicia fue la expedición del acto legislativo sobre sostenibilidad fiscal. Se trata de una norma que tiene un doble propósito: establecer un principio sustancial de prudencia, y limitación de las decisiones judiciales cuando impongan condenas económicas de gran magnitud, y en segundo lugar establecer un “incidente” procesal dirigido a que los jueces puedan reconsiderar la forma de pago para evitar un trastorno en las finanzas públicas. Esta medida constitucional que podría ser apreciada como expresión de una reacción de los demás poderes al ejercicio y alcance de la manera en que se ejercen las competencias judiciales, sin embargo, y en virtud del control de constitucionalidad, se ha entendido, por el contrario, como un mecanismo más de empoderamiento judicial.

El acto legislativo 3 de 2011 introduce el principio de sostenibilidad fiscal dentro del título XII del régimen económico y de la hacienda pública de la Constitución Política. El artículo 334 expresa:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá (...) en un marco de sostenibilidad fiscal (...). Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como un instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho (...). La sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias. (...)

El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad

19 Véase la Sentencia T-439 de 2000.

fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.”

La idea que da origen al proyecto de reforma que contiene el principio de sostenibilidad fiscal introducido por este acto legislativo, como hemos señalado, perseguía limitar la intervención de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en temas económicos. Sin embargo, una interpretación de los preceptos de la reforma constitucional nos conducen a afirmar que lo que se ha logrado justamente es constitucionalizar la injerencia de las Altas Cortes (no sólo de la Corte Constitucional) en la economía y, con ello la posibilidad de materializar el Estado social de derecho en el país. Como ha quedado redactado el principio de sostenibilidad fiscal, se le dan herramientas a la Corte Constitucional para emitir fallos relacionados con la economía y con ello se le quita fuerza al debate sobre si los jueces pueden o no pueden intervenir en la economía.

El acto legislativo fue demandado con el argumento de que con el establecimiento del principio de sostenibilidad fiscal se desmontaba la cláusula del Estado Social de Derecho, que se iba a producir una regresión en la protección de los DESC (derechos económicos, sociales y culturales), puesto que al establecer un carácter económico para reconocer DESC se desconoce la cláusula del Estado social. Asimismo, se decía que se atentaba contra la efectividad de la acción de tutela. El principio de sostenibilidad fiscal, se afirmaba por los demandantes, se convertía en un requisito de procedibilidad para admitir y para conceder una tutela.

Sin embargo, el acto legislativo 3 de 2011 acoge un criterio que se venía adoptando en la jurisprudencia; la Corte Constitucional había afirmado que el criterio económico es un límite al principio de no regresión en casos donde se había estudiado que el reconocimiento de un derecho a una persona podría suponer la desmejora del derecho de más ciudadanos²⁰. En la sentencia C-332 de 2012, se puede deducir que el principio de sostenibilidad fiscal es un mandato de actuación coordinada de todos los actores del poder público. Cobija a todas las actividades con implicaciones económicas. La norma parece que va dirigida solo a los jueces y, a los de las altas cortes, pero no solo es a ellos. Una cosa es la posibilidad de solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal, una vez proferida una sentencia por cualquiera de las máximas

20 Al respecto puede consultarse las Sentencias sobre no regresión en materia de Derechos sociales.

corporaciones judiciales y, otra cosa es a quién cobija o quién está obligado a sujetar su actividad al principio de sostenibilidad fiscal.

En atención a que este principio ha sido ubicado en el título de la Constitución económica podemos afirmar que la sostenibilidad fiscal es un principio que obliga a todos los operadores jurídicos: administración pública, jueces y legislador. Así como a los particulares cuando ejercen funciones públicas. Los alcaldes cuando realizan su plan de desarrollo local, el legislador al hacer las leyes y los jueces cuando profieran sus fallos están obligados a tener en cuenta la sostenibilidad fiscal.

Ahora bien, las sentencias proferidas por las máximas corporaciones judiciales, pueden originar una solicitud de apertura de un incidente de impacto fiscal por el Procurador o por cualquier ministro del Despacho. Este incidente de impacto fiscal supone una nueva forma de entender la cosa juzgada y la seguridad jurídica. El efecto de cosa juzgada se modifica con el incidente de impacto fiscal al no tener término para presentarse. Parecería generarse una cierta precariedad en el efecto de cosa juzgada de los fallos de las Altas Cortes.

A los criterios ya establecidos en la sentencia de control de constitucionalidad sobre el contenido del acto legislativo, queda por complementar las precisiones que se hagan en la ley, actualmente en trámite parlamentario y las directrices que indique la Corte Constitucional.

3. La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el equilibrio de poderes y en particular en la administración de justicia y en la congestión judicial

La actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de reformas a la justicia, como hemos visto, se centra en la decisión sobre las leyes que han tenido como propósito introducir variantes en la aplicación del Derecho que se han estimado como determinantes para hacer que la justicia sea más ágil y eficaz. En este sentido la jurisprudencia se ha centrado en determinar la validez constitucional de las políticas legislativas establecidas por el Gobierno y el Congreso. Y si bien han sido importantes las decisiones, sobre el alcance del principio de gratuidad, en tanto ha permitido que se impongan, con ciertas condiciones, aranceles judiciales y de esta forma una lógica de financiación diferente; o sobre el precedente jurisprudencial, su alcance y la posibilidad de hacerlo obligatorio en determinados aspectos; y,

recientemente, sobre el principio y el incidente de sostenibilidad económica, que nos genera preocupaciones de involución de la jurisprudencia e incluso de la forma de decidir por parte de los jueces; en líneas generales debemos concluir que las sentencias sobre las leyes de reforma judicial no son el instrumento idóneo para apreciar y comprender el aporte y la incidencia de la Corte Constitucional en la estructura y funcionamiento de nuestra administración de justicia.

El recuento que acabamos de realizar nos muestra con detalle las sentencias de constitucionalidad, inconstitucionalidad, interpretativas, aditivas y demás variantes que permiten comprender el sentido de las leyes que regulan la administración de justicia. Sin embargo algunas de las principales líneas de evolución y las características mismas de nuestro aparato judicial son, en buena parte, expresión y consecuencia de las sentencias de la Corte Constitucional, pero no de una sentencia en particular, no solo a propósito de las leyes que versan sobre temáticas judiciales, sino esencialmente a través de la extensión en cantidad y calidad de las órdenes dictadas a los demás órganos de poder. Son las numerosas sentencias de tutela y las decisiones sobre reparación integral y garantías de no repetición, las que han generado un replanteamiento del papel del juez y, desde una perspectiva más amplia, del principio de separación de poderes.

En efecto, las deficiencias en la actividad de las empresas privadas que tienen responsabilidades de prestar servicios públicos o derechos prestacionales y las deficiencias del Estado en estas materias y en el ejercicio adecuado de controles y sanciones al sector privado genera un importante cúmulo de asuntos litigiosos, de procesos, que al no ser resueltos en sede administrativa terminan siendo objeto de litigio ante la administración de justicia. Los vacíos o deficiencias en la protección de los derechos y principalmente de los derechos prestacionales, hace que la ausencia de respuestas de la administración pública sea suplida en todo o en parte por decisiones judiciales, produciéndose de esta forma el principal factor de transformación en la comprensión y alcance de las competencias judiciales.

Para apreciar la entidad de las transformaciones utilizaremos la casuística, y para esto los ejemplos más claros se presentan en nuestra acción de tutela. Qué es lo que se decide, lo que se ordena mediante nuestro amparo, la acción de tutela? En su mayor parte los jueces resuelven los conflictos originados por deficiencias en materia de derechos prestacionales o sociales: El pago de salarios a los empleados públicos; el pago de las pensiones, reconocimiento y reliquidaciones; se ordena a las empresas estatales y privadas que

prestan el servicio de salud que entreguen medicamentos y realicen intervenciones cuando está en peligro la vida; se producen sentencias que impiden sancionar a los usuarios de servicios públicos domiciliarios tales como energía y agua cuando se desconoce el debido proceso constitucional; se ordena que se pavimente una calle cuando de no hacerse pueda afectarse el derecho a la vida o a la salud.

Dicho de otra forma los ciudadanos están reclamando derechos que deberían ser resueltos y definidos de manera ordinaria por los particulares o por la Administración Pública del Estado directamente o mediante sus órganos de control.

Estos son el tipo de problemas que de ordinario debe resolver nuestra administración de justicia mediante mecanismos de amparo constitucional, que si bien son sólo una muestra de la gran diversidad de problemas que deben ser resueltos en un Estado social de un país en vías de desarrollo como Colombia, son indicativos del grueso de nuestra problemática. En efecto, los problemas de salud y educación constituyen, cerca del setenta por ciento (70%) de los asuntos decididos en sede de tutela y esta situación es consecuencia de los cambios operados en nuestro modelo de Estado social y en particular de la manera como se han configurado (o no se ha hecho) las funciones de control, inspección y vigilancia, la administración de justicia y más en concreto la actividad de los jueces. El fenómeno que ocasiona la reducción o eliminación de parte del Estado o de la administración pública se traduce en una sociedad inerme, sociedad que no tiene o no sabe a dónde acudir, cómo hacer para satisfacer sus necesidades, sus servicios públicos esenciales, o en general sus derechos fundamentales y que encuentra a la administración de justicia como único interlocutor eficaz dentro del aparato estatal para resolver sus demandas.

Nuestro Estado social evoluciona de manera tal que la garantía de los derechos deja de ser menos un problema administrativo y se convierte cada vez más en una competencia ordinaria de la administración de justicia. La Rama Judicial de manera paulatina y progresiva ha ido asumiendo responsabilidades y competencias para hacer efectivos, mediante procesos judiciales, los derechos constitucionales. La protección y garantía de derechos le corresponde de manera ordinaria y protagónica, como regla general al Gobierno, a la rama Ejecutiva, y solo de manera excepcional, como último recurso se podía acudir a la administración de justicia. Esto es lo propio del modelo clásico de Estado social, este era el cometido original de la Constitución de 1991, pero esta lógica de actuación de los poderes públicos se está invirtiendo de manera preocupante.

Las consecuencias de la mutación del Estado social en la administración de justicia son numerosas, tantas que el espacio y las características de este documento resultan insuficientes para agotarlas, sin embargo es obligatorio referirnos a la más acuciante en materia judicial: la congestión judicial. Tal y como ya puede intuirse, la congestión judicial, como problema clásico de todos los Estados, se potencia en una sociedad que no encuentra respuesta a sus reclamos en los órganos de la Rama Ejecutiva. El hecho de que los órganos de control y vigilancia actúen de manera deficiente, o que en algunos casos no actúen, hace que la administración de justicia deje de ser el último recurso para obtener los derechos y se convierta en la vía más expedita. El cúmulo de trabajo puede generar un importante grado de dilación y lentitud en la decisión de los problemas originados en otros factores, y a su vez en un elemento de críticas al aparato judicial. Esta reflexión es clara en el caso colombiano, en donde junto con los procedimientos ordinarios en cada una de las jurisdicciones, civil, penal, laboral administrativa, etc. se tienen previstas vías excepcionales como el mismo recurso de amparo, pero también otras como las denominadas acciones constitucionales (acción de cumplimiento, acciones populares y de grupo).

La congestión, y en general los problemas de eficiencia que se generan en la administración de justicia, no obstante se presentan como un problema para la resolución de conflictos en la sociedad, son, en cierta forma, expresión de una nueva manera de resolver los problemas o las exigencias del Estado social y (aunque de manera en ocasiones disfuncional) de la administración de justicia. Y esta nueva realidad debe integrarse con viejos problemas constitucionales, que no por esto pierden actualidad, como son los derivados de la constitucionalización del derecho o dicho de otra forma, la progresiva extensión y afirmación del concepto normativo de la Constitución hace que todos los operadores nos aproximemos a la interpretación por principios y a la superación de la manera tradicional de resolver problemas jurídicos²¹.

A manera de conclusiones

La incidencia de la jurisprudencia y en general del papel protagónico que ha cumplido nuestra Corte Constitucional se puede valorar desde una

21 Si retomamos los retos y las dificultades que se señalan a propósito del neoconstitucionalismo podemos fácilmente ver como nuestra realidad política y social es terreno fructífero para la aplicación del derecho en los términos que esta corriente plantea.

perspectiva de detalle o de casos concretos, o también desde un enfoque general o de contexto.

La primera forma de aproximación se refiere al estudio de las sentencias que decidieron sobre la constitucionalidad de las leyes que se han producido con el propósito de hacer transformaciones en el aparato judicial. Este análisis es necesario tanto para conocer el contenido definitivo de las leyes, como el alcance y las perspectivas de funcionamiento que se han planteado en las mismas sentencias pero también en los análisis sociológicos y políticos de sus incidencias. Es de esta forma como debemos apreciar pronunciamientos sobre la posibilidad de establecer aranceles, los precedentes jurisprudenciales y el principio de legalidad o sobre sostenibilidad fiscal, entre otros.

La segunda perspectiva o lógica de comprensión del papel de la Corte Constitucional en la manera de ser de nuestra administración de justicia, y por esta vía, en la contribución a la complejidad de los problemas y de sus soluciones, es la que resulta de mirar el impacto de sus numerosas sentencias en las que se imparten todo tipo de órdenes, incluyendo hasta políticas públicas y criterios legislativos. La frecuencia de estas decisiones ha determinado transformaciones esenciales en nuestra forma de Estado social y en la división de poderes, incluyendo, por supuesto, a la administración de justicia.

La Rama Judicial, producto de las exigencias y el replanteamiento de responsabilidades que se derivan de las órdenes contenidas en la jurisprudencia constitucional, tiene cada vez más responsabilidades. Los jueces deben decidir de manera ordinaria aspectos que en un diseño de Estado social diferente le correspondería solo de manera extraordinaria y esto se expresa en una significativa y cualificada congestión judicial.

La congestión judicial en nuestro ordenamiento no puede ser resuelta de manera integral si no se adiciona a las tradicionales propuestas, un estudio integral de la eficacia de las demás ramas y órganos del poder, todo como expresión de la lógica que plantea la jurisprudencia constitucional.

Reflexiones generales en torno a la formación jurídica en Colombia (1980-2013)¹

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Decano Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana

Hernando Gutiérrez Prieto

Docente investigador Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana

Debido al ritmo creciente de los procesos de regionalización y de globalización, la regulación jurídica está siendo sometida a cambios intensos. Estos cambios afectan el modo como se concibe y se construye la normatividad jurídica y gradualmente alcanza a afectar aquellas esferas que los derechos nacionales venían considerando como de su competencia exclusiva.

Las transformaciones jurídicas, impulsadas por las necesidades de armonización e incluso de unificación regionales o globales, no son uniformes. Unos sectores de la normatividad han resultado ser más sensibles al cambio, especialmente aquellos que se refieren de una manera más directa a los procesos de negociación bilateral o multilateral de libre comercio (derecho del comercio internacional, aduanero, de la competencia económica, de la propiedad industrial y derechos de autor, compras estatales, regulación de servicios, solución de conflictos). En virtud de los tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio estas regiones normativas cuentan hoy con procesos definidos de armonización o unificación internacional.

¹ Las reflexiones e ideas que se sugieren en el texto, corresponden –principalmente– a la experiencia decantada por los autores durante más de dos décadas continuas de trabajo universitario en programas de Derecho. Es una mirada colectiva que se ha enriquecido por la discusión con pares académicos y por el ejercicio de evaluación de programas en el país. Será necesario, en trabajos posteriores, abordar de manera aún más sistemática cada uno de los aspectos aquí relacionados.

En el mediano plazo, sectores de los ordenamientos jurídicos aparentemente más “nacionales” también están sometidos a procesos de transformación. Dentro de estos últimos, se encuentra la regulación jurídica sobre la educación superior y sobre los estudios universitarios pues se ha encontrado que el libre comercio de servicios profesionales requiere, para su cabal funcionamiento, que las reglas jurídicas fundamentales sobre sus sujetos y su proceso formativo transiten al menos por el camino de la armonización. Hacia un próximo futuro, la presión se sentirá en la necesidad de homologación de títulos profesionales, tal como lo señala la experiencia de la Unión Europea.

En las últimas décadas, los países latinoamericanos han introducido reformas importantes a las normas sobre educación superior en general que afectan los estudios de derecho. Las estrategias adoptadas son variadas e incluyen la expedición de leyes generales de educación, leyes especiales para algunos tipos de instituciones del sector, procesos de verificación de calidad, requisitos mínimos de funcionamiento o de acreditación; una comparación inicial revela la existencia de grandes similitudes pero también de diferencias significativas. Las diferencias principales se refieren a los requisitos de creación y funcionamiento de sus instituciones, al ámbito de autonomía académica, a los procesos de verificación de calidad de los programas, a las instituciones de vigilancia y control, etc.

I. Desarrollo del marco normativo de los estudios de derecho en Colombia

I.1. Los estudios de pregrado

I.1.1. Pregrado en los años 80: El Decreto 3200 de 1979

Ya desde la década de los años 70 se venía experimentando una fuerte presión en los planes de estudio debido a las reformas legislativas introducidas durante la época. Basta con considerar que el proceso de codificación y recodificación fue especialmente significativo: el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio fueron aprobados en los años de 1970 y 1971 respectivamente. La legislación en el sector financiero se multiplicó y se hizo más compleja; se produjeron hechos notables que mostraban la insuficiencia normativa y, a partir de ellos, la legislación se incrementó. Las propuestas de cambios en la legislación penal culminarían con la reforma al Código en 1980 y la legislación relacionada al mundo propio del Derecho Administrativo (en

especial al referente a la contratación estatal) también vivía una dinámica muy activa con la reforma del Código Contencioso Administrativo en 1984.

En este contexto, el Decreto 3200 de 1979 se convertiría en un catalizador importante hacia la profesionalización de los estudios jurídicos en el país. Aunque parezca un cambio menor, la denominación del título que a partir de este decreto sería el de Abogado, implicaba la adopción de un camino de especial trascendencia: la fusión entre los estudios de derecho y la licencia profesional. Quedaban atrás las denominaciones anteriores que, con gran lustre, se configuraban como “Doctor en Ciencias Jurídicas” o “Doctor en Jurisprudencia” “Doctor en derecho y Ciencias Sociales”, etc. etc.

Se pretendía, entonces, definir de una manera más clara (y, especialmente, más conforme con el resto de las disciplinas académicas y profesiones) un sistema secuencial de titulaciones jurídicas y organizar los planes de estudio en el país. Al hacerlo, en ese Decreto se optó por definir su contenido de una manera bastante precisa. Nótese lo dispuesto por el artículo 16:

ARTÍCULO 16. Son materias obligatorias que deberán cursarse en períodos académicos anuales o sus equivalentes las que a continuación se señalan articuladas por áreas:

Primera: Área de Derecho Político.

- a). Constitucional general.
- b). Constitucional colombiano
- c). Administrativo general.
- d). Administrativo colombiano
- e). Internacional
- f). Hacienda Pública.

Segunda: Área de Derecho Privado

- a). Derecho Romano
- b). Civil General, Personas y Familia
- c). Bienes
- d). Obligaciones
- e). Contratos
- f). Sucesiones
- g). Comercial Uno (I)
- h). Comercial Dos (II)

Tercera: Área de Derecho Penal

- a). Derecho Penal General
- b). Derecho Penal Especial
- c). Sociología y Política Criminal, Medicina Legal y Técnica Criminalística.

Cuarta. Área de Derecho Laboral

Derecho Sustantivo del Trabajo y Seguridad Social.

Quinta: Área de Derecho Procesal

- a). Teoría del Proceso
- b). Derecho Procesal Civil General
- c). Derecho Procesal Civil Especial
- d). Derecho Procesal Penal
- e). Procedimiento Laboral
- f). Procedimiento Administrativo
- g). Derecho Probatorio

Sexta: Área de estudios Sociales

- a). Introducción al Derecho.
- b). Teoría del Conocimiento y Lógica.
- c). Historia de la Filosofía y Filosofía del Derecho
- d). Economía Política
- e). Economía Colombiana
- f). Sociología y Ciencia Política
- g). Ética Profesional.

Séptima: Área de Seminarios y Prácticas

- a). Seminario Uno (I)
- b). Seminario Dos (II)
- c). Seminario Tres (III)
- d). Seminario Jurídico Uno (I)
- e). Seminario Jurídico Dos (II)

Los seminarios son cursos de pedagogía activa y deberán orientarse preferencialmente a los siguientes temas:

- Metodología del estudio del Derecho
- Orientación al ejercicio profesional y a la judicatura.
- Metodología de la investigación jurídica

- Pedagogía jurídica
- Técnica Jurídica
- Derecho Comparado
- Jurisprudencia y Doctrina

El sistema impuesto implicaba el otorgamiento de una Licencia de Funcionamiento de carácter temporal por parte del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES).

Del plan de estudios de estos años, vale la pena anotar como características curriculares:

- La insistencia en organizar los contenidos de formación jurídica en asignaturas, hasta establecer un total de 32. Debe tenerse en cuenta que, en la época, los programas estaban organizados anualmente, de manera que por vía del cumplimiento del Decreto, ya se tenía un total de seis asignaturas por año.
- La exigencia de organizar seminarios, como cursos de pedagogía activa, en un número de cinco (uno al año) en los que se incluyó la investigación jurídica como uno de los temas posibles a tratar.
- La inclusión de áreas de estudios sociales como obligatoria en todos los planes de estudio incluyendo asignaturas de filosofía, ética profesional y ciencias sociales en sentido estricto.

Este esquema de asignaturas obligatorias, se mantuvo durante diez años.

1.1.2. *Los años 90: la Expansión de los programas*

Con la experiencia de una década, mediante el decreto 1221 de 1990 se intervino nuevamente en los programas de derecho, tanto en los planes de estudio como en la organización académica.

La idea era flexibilizar la obligatoriedad que se había establecido en el decreto 3200 de 1979 y reafirmar las ideas referentes a: el uso de los créditos, ante la falta de real aplicación práctica de las Unidades de Labor Académicas (ULAS); los requisitos de grado; la formación investigativa de los estudiantes y las condiciones de creación y extensión de los programas de derecho.

Cambios sustanciales estaban por ocurrir en los años siguientes a su expedición, como se relacionan a continuación.

1.1.3. *La Autonomía universitaria en la Constitución Política*

Con el cambio constitucional de 1991 y especialmente con el reconocimiento de la autonomía universitaria, se abrió una importante discusión sobre el contenido de esta autonomía y su alcance institucional: en otras palabras, se trataba de responder a la pregunta de qué instituciones eran o tenían que ser consideradas como sujetos titulares de dicha autonomía.

Al no ser una autonomía absoluta, el perfilamiento de sus límites se comenzó a hacer, principalmente de manera jurisprudencial. El juez constitucional comenzó a fijar esas limitaciones mediante decisiones en sentencias de tutela.

Con la ley de educación superior (la ley 30 de 1993), las discusiones se zanjaron estableciendo unas condiciones que debía reunir una institución para ser considerada universidad pero añadiendo un párrafo al artículo 9 en el que se declaraba que tendrían tal carácter las instituciones que hasta el momento lo hubiesen ostentado. Era claro al momento de aprobar la ley que las condiciones de contar con programas en ciencias básicas, sociales y aplicadas (principalmente ingenierías) sólo era cumplido por ocho instituciones. Con el párrafo el reconocimiento lo tenían más de cuarenta.

Otro aspecto de primordial significación fue la decisión de propiciar una mejor calidad de los programas usando la vía de la acreditación, en lugar de hacerlo por la vía de las licencias de funcionamiento que se venían empleando hasta el momento. Se trataba de una alternativa coherente con la autonomía universitaria y su consagración constitucional; pero el efecto práctico fue la expansión de los programas usando la figura de los “programas en extensión”.

Para una mejor comprensión de lo sucedido en la carrera de derecho, debe tenerse en cuenta que de cerca de 40 programas existentes en 1991, el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior arrojaba ya para el año 2000 una cifra nacional de 176 programas activos y 3 inactivos, que incluía programas presenciales diurnos y nocturnos ofrecidos por Universidades e Instituciones de Educación Superior (IES). Solo en Bogotá D.C., el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES) informaba de 38 programas activos de derecho, de los cuales 23 eran programas diurnos. El índice nacional en el año 1999 que relacionaba que las solicitudes

frente al número de cupos, en Ciencias Sociales, Derecho y ciencia política era de 139.4 en instituciones privadas² (lo que significa que la oferta de cupos, superaba la demanda de los mismos).

1.1.4. La primera década del siglo XXI: Hacia el camino de la calidad. Requisitos de creación y exámenes de calidad.

Mediante la Resolución 2768 de 2003, el Ministerio de Educación Nacional reglamentó las condiciones de calidad para los programas de pregrado en derecho. Meses antes, el Decreto 2566 de septiembre había establecido las condiciones mínimas de calidad para el ofrecimiento de programas académicos en la educación superior colombiana.

En su artículo 2, la Resolución 2768/2003 estableció:

Artículo 2°. *Aspectos curriculares.* De acuerdo con su enfoque, el programa de pregrado en Derecho será coherente con la fundamentación teórica y metodológica del derecho, hará explícitos los principios y propósitos que orientan la formación desde una perspectiva integral, considerando, entre otros aspectos, las características y las competencias que se espera posea el futuro abogado. Por lo tanto:

- I. En la formación del Abogado, el programa propenderá a:
 - a) Una sólida formación jurídica, humanística y ética, que garantice un ejercicio profesional en beneficio de la sociedad;
 - b) Capacidad analítica y crítica para la interpretación de los problemas sociales, políticos y económicos del país, así como del impacto de las normas frente a la realidad;
 - c) La plena conciencia del papel mediador y facilitador que cumple el abogado en la resolución de conflictos;
 - d) Suficiente formación para la interpretación de las corrientes de pensamiento jurídico;
 - e) El desarrollo de habilidades comunicativas básicas en una segunda lengua;
 - f) Las demás características propias de la formación que se imparte en la institución de acuerdo con su misión y proyecto

2 Cfr. ICFES (2001) La educación Superior en la Década . Colombia 1990-1999. Cuadro 40.

institucional y con la tradición universal del conocimiento jurídico.

2. En la formación del abogado, el programa buscará que el egresado adquiera competencias cognitivas, investigativas, interpretativas, argumentativas y comunicativas, así como capacidades para la conciliación, el litigio y para el trabajo interdisciplinario.
3. El programa comprenderá las áreas y componentes fundamentales de saber y de práctica que identifican la formación de un abogado, incluyendo como mínimo los siguientes componentes básicos, los cuales no deben entenderse como un listado de asignaturas: (...)"

Y a partir de ese momento se expresan las que corresponden a la tradición ya señalada anteriormente de Derecho Constitucional, Administrativo, las principalmente reconocidas del Derecho Civil y Mercantil, el derecho Penal, el Laboral, y el Procesal.

Vale la pena destacar que, a diferencia del Decreto 3200 del año 1979, ahora ya la insistencia no se realiza en la obligatoriedad de asignaturas, sino que, de manera más técnica, se hace referencia a componentes curriculares básicos y a la formación en competencias. Frente a la tradición anterior, es un cambio significativo que, no obstante, aún requeriría de una mayor profundización por parte de los programas. No es fácil, en la organización de los estudios, incluir modificaciones a los planes de estudio de modo que se reduzcan las denominaciones de asignaturas, manteniendo los contenidos. Los hábitos docentes son arraigados y la experiencia muestra, además, que la eliminación de asignaturas no es un proceso igual al de su creación. Cuando se trata de un programa nuevo, la organización de contenidos puede hacerse más fácilmente eliminando denominaciones de asignaturas o estableciendo otras nuevas; pero cuando ya existen profesores adscritos habitualmente a una cátedra, prescindir de las asignaturas implica con mucha frecuencia el desprenderse del profesor con las consecuencias personales y sociales que es fácil comprender.

Por ello ha sido lento y difícil el camino que ha llevado a implantar los cambios, especialmente cuando la proliferación normativa que vive el país representa siempre un argumento a favor de implantar una nueva asignatura en el plan de estudios.

A continuación se hará una rápida referencia a la inclusión de los programas de posgrado.

1.2. Los estudios de posgrado

Como ya se advirtió, con el decreto 3200 de 1979 se resolvía a favor de la titulación como “Abogado”, la formación específica de los programas de pregrado en Derecho. Al hacerlo, era necesario incluir también una regulación relativa a los de posgrado que, a partir de este momento comenzarían a tener una relevancia mayor. El artículo 25 estableció una división tripartita que, recientemente, genera problemas de homologación internacional. En efecto, establece que:

ARTÍCULO 25. Los programas de postgrado tendrán por objeto desarrollar la formación teórica y científica de los profesionales del derecho y comprenderán la especialización, la maestría y el doctorado.

La especialización se orienta a la profundización en un área del derecho.

La maestría y el doctorado persiguen la formación de científicos e investigadores.

De manera muy propia en nuestro país, y en algunos otros latinoamericanos, los cursos de especialización se abrieron camino normativo mediante esta regulación. Ya existían desde finales de los años 40 y comienzos de los años 50 algunos programas que llevaban el nombre de especialización. Pero a partir de este momento, comenzaría un crecimiento sostenido.

Diez años de funcionamiento ininterrumpido exigía el artículo 26 del Decreto 3200 a los programas que quisieran organizar una especialización:

ARTÍCULO 26. Únicamente podrán ofrecer programas de postgrado en derecho, las instituciones de educación superior cuyo programa de estudios de la carrera profesional lleve diez o más años de funcionamiento ininterrumpido con aprobación legalmente otorgada.

Solamente las instituciones de educación superior que tengan aprobados estudios de especialización podrán ofrecer programas de maestría o de doctorado.

Las seccionales de las instituciones de educación superior que funcione fuera del domicilio principal deberán llenar los mismos requisitos.

Y de esta manera, para poder ofrecer los cursos de maestría y doctorado, era necesario contar con los de especialización. Aunque estos cursos

habrían de demorarse décadas: el primer doctorado en derecho comenzó a funcionar en el año de 1997, organizado por la Pontificia Universidad Javeriana, el Externado de Colombia y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

2. La “profesionalización” de la docencia jurídica

Desde el decreto 3200 de 1979, se había establecido en su artículo 6 que para la aprobación de programas nuevos de derecho, debía cumplirse con la siguiente disposición:

- d) Que cuenta por lo menos con el veinticinco por ciento del profesorado adscrito al programa, con dedicación de tiempo completo según contrato de trabajo escrito, a término indefinido, o relación reglamentaria.
- e) Que todos los profesores vinculados al programa son profesionales con título universitario y cumplen, además, uno cualquiera de los requisitos que se enumeran a continuación:
 - 1. Tres años de experiencia docente en el área respectiva adquirida en programas de educación superior debidamente aprobados.
 - 2. Título de postgrado en el área respectiva otorgado por una institución colombiana de educación superior legalmente aprobada, o extranjera que llene los requisitos previstos en las normas pertinentes.

Los títulos de postgrado adquiridos con anterioridad a la vigencia del presente Decreto, solo se considerarán cuando correspondieren a programas de estudio con duración no inferior a dos años.
 - 3. Haber realizado publicaciones sobre temas jurídicos cuyo mérito sea calificado por la Junta Directiva del ICFES.
 - 4. Haber desempeñado cargo público o privado con funciones jurídicas o ejercido la profesión de abogado, por lo menos durante cinco años con buen crédito.

Teniendo en cuenta la cantidad de asignaturas que el mismo Decreto establecía como obligatorias (37 que fácilmente se extendían a 40 por la des-

agregación de contenidos en algunas de las señaladas) y teniendo en cuenta la limitación de cincuenta estudiantes por grupo, fácilmente se llegaba en un programa promedio a requerir de 80 profesores, de los cuales al menos 20 debían ser de planta. No resultaba fácil para los programas cumplir con este requisito pues de los requisitos exigidos para ellos, el que parecía más apropiado era el contar con un título de posgrado. Para la época, esto significaba un título de especialización, pues los programas de Maestría aún tomarían tiempo en constituirse en oferta permanente y el país no contaría con un programa de doctorado hasta el año de 1997 como ya se advirtió.

Por ello, la formación de las primeras generaciones de los “profesores de planta” se realizó preferentemente en el exterior. Proyectado en el tiempo, se abrió un espacio para que los programas contaran con personas que de manera principal se dedicaran a tareas universitarias de docencia e investigación y con ello se abrió un nuevo campo de dedicación jurídica en el país.

Estos grupos iniciales de profesores universitarios fueron la audiencia de las primeras actividades de reflexión primero, y de capacitación después, de los cursos y seminarios de pedagogía universitaria que se fueron abriendo camino al interior de las Universidades.

3. El desarrollo de la investigación jurídica³

La discusión sobre el tema giró en torno de la prelación otorgada en la práctica universitaria a la performatividad del conocimiento y su reflejo en las actividades de enseñanza e investigación que se desarrollan al interior de la misma. Se reconoció la prelación que se otorga a la legitimación del conocimiento no exclusivamente desde la teoría sino desde las instancias performativas de su eficiencia y rendimiento.

Las dificultades que se perciben sobre esta instancia de legitimación del conocimiento son mayores cuando se contrastan los criterios de determinación de las políticas sobre investigación en los niveles administrativos y entidades financieras de la investigación y los criterios teóricos.

3 Ver, por ejemplo, RESTREPO, O.C. (ed.) (2006). *Investigación jurídica y sociojurídica en Colombia. Resultados y avances en investigación*. Medellín. Sello editorial de la Universidad de Medellín.

También, PLATA, J (2002) *La Investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: avances, retos y perspectivas*. En *Diálogo de Saberes*. Octubre-diciembre.

Parece claro que los criterios utilizados para la decisión de financiación de la investigación, por entidades públicas y privadas e incluso del apoyo financiero al interior de las universidades, consideran la legitimación de los proyectos de investigación desde su perspectiva performativa. El “querer” de quienes promueven la investigación no es ajeno a intereses que no necesariamente resultan compatibles con los criterios de legitimación teórica del conocimiento.

La separación de criterios llega a incluir el mismo concepto de investigación, de modo que en áreas como las relacionadas con el arte, el derecho y otras áreas de investigación el problema de la investigación es un problema de reconocimiento de la actividad, sus metodologías y la valoración de los resultados. Si bien existe una tendencia cada vez mayor a aceptar la pluralidad metodológica y a negar la uniformidad del proceso investigativo, esta postura más flexible no suele ser compartida por las instancias decisorias del apoyo financiero y académico de la investigación.

Por otro lado, la estandarización y unificación de las propuestas de investigación puede llevar a otorgar más peso a los aspectos formales de los proyectos que a los aspectos sustanciales de los mismos.

Aunque necesaria, la eficacia no podría constituirse en el único criterio de legitimación de la tarea investigativa universitaria que, cada vez más, reconoce la necesidad de emprender proyectos de carácter interdisciplinario a partir de problemas complejos. Esta necesidad se debería reflejar en los procesos de enseñanza-aprendizaje universitarios, sin desconocer que también es necesario que este tipo de procesos deban estar apoyados y soportados por los conocimientos disciplinarios.

Lo que se identifica es establecer un balance entre la formación disciplinaria temática, y la formación para el trabajo interdisciplinario desde una perspectiva complementaria y no excluyente. Quizás de este modo, sería posible ir eliminando el fraccionamiento de conocimientos propios de los actuales planes de estudio, sin disminuir la necesaria formación profesional.

3.1. *La red de investigaciones jurídicas y sociojurídicas*

Mediante el artículo 10 del decreto 3200 de 1979 se había establecido como requisito para la licencia de aprobación de programas nuevos la constitución de un “Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales”. A los programas académicos que ya contaban con la licencia de funcionamiento en

diciembre de 1979 se les otorgó un plazo de dos años para cumplir con este requisito. A partir de entonces, quedaba en las facultades de derecho incluida –al menos formalmente- una estructura académico-investigativa. Fue el germen de las actividades de investigación jurídica en el país, por lo menos al estilo propio de la investigación innovativa del conocimiento.

Pero, para la década de los 80, la experiencia mostraba que los centros de investigación se concentraron principalmente, casi que exclusivamente, en la organización de los trabajos de grado de los estudiantes de pregrado.

Llegada la primera década del siglo XXI, y encontrándose en plena expansión regional los programas de pregrado, un grupo de universidades decidió aceptar la invitación realizada conjuntamente por la Universidad Javeriana y la Universidad de Antioquia en 2000 a reflexionar sobre la función investigativa de las facultades de derecho nacionales. Fruto de esa primera reunión, se decidió crear una red de investigadores adscritos a las facultades representadas en esa primera reunión. En las siguientes reuniones, los programas representados crecieron y en la sesión llevada a cabo en la Universidad del Rosario en el año 2001 se formalizó la creación de la Red Nacional de Investigadores Jurídicos y Sociojurídicos. Diez años después, el país cuenta con la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica y un informe que recoge las actividades realizadas por la Red en este período en dos tomos.⁴

3.2. Los grupos de investigación

La estructura de los Centros de Investigación comenzó a albergar no sólo a investigadores sino a grupos y semilleros de investigación. Los primeros están conformados primariamente por profesores; los segundos por estudiantes dirigidos por uno o varios profesores. Cuando comenzó la Red de Centros y Grupos de Investigación en el 2000, se dio cuenta de un semillero de investigación; hoy se encuentran en casi cada programa de derecho.

Los grupos han crecido en número y fortaleza en gran medida por los requerimientos de los procesos de aprobación de programas de posgrado y por los procesos de acreditación de los programas. Hoy en día los programas acreditados como de alta calidad tienen al menos un grupo de investigación ju-

4 LONDOÑO, Beatriz y GÓMEZ, Diana (Eds.) (2010). Diez Años de investigación Jurídica y Sociojurídica en Colombia: Balances desde la Red Sociojurídica. Bogotá, Colciencias.

rídica reconocido y con trayectoria y una publicación en la que se recogen, también con criterios de calidad, los resultados de los procesos de investigación.

Como en casi todas las ciencias sociales, los grupos de investigación jurídica aún deben recorrer los caminos propios de la interdisciplinariedad. En ellos se ha afrontado las tensiones propias de la comprensión sobre la investigación, y la metodología, propias de las ciencias sociales y del Derecho. La tensión se deriva de comprensiones diferentes y se comienza a recorrer el proceso que llevará a un mayor entendimiento mutuo y a fortalecer las posibilidades de emprender proyectos mucho más complejos (pero más cercanos a la realidad nacional) en la medida en que estas experiencias se fortalezcan.

Una revisión de los temas de investigación que se han presentado en los encuentros de la Red de Centros y Grupos de Investigación, servirá para señalar las experiencias multi e interdisciplinarias que tienen carácter seminal en este desarrollo.

4. Las actividades de extensión y servicio

4.1. *Los consultorios jurídicos*

Aunque ya eran obligatorios desde el año de 1971, a partir del año 1980 se establece con claridad la obligatoriedad de los programas de derecho en conformarlos. Desde su inicio, un doble carácter de ellos se discutió: el servir como espacio académico para la formación práctica de los estudiantes, y el contribuir a la descongestión de la administración de justicia.

Los dos objetivos señalados no son incompatibles; pero algunas instituciones acentuaron el aspecto pedagógico sobre el funcional y otras optaron por el énfasis de este último.

Con la implantación en el país de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, al consultorio jurídico “tradicional” se unió la creación de los centros de conciliación universitarios. El diálogo entre estas dos formas de colaboración con el acceso a la justicia de personas de bajos estratos socioeconómicos se hace necesario.

Para la educación jurídica de nuestros programas el reto será siempre la calidad de la atención que se presta a los usuarios de ambos sistemas, y la eficacia pedagógica (en términos de relación coherente con el desarrollo de las asignaturas de los planes de estudio) entre el consultorio jurídico, el centro de conciliación y las asignaturas.

La impresión que se genera es que falta aún mucha articulación entre estos espacios de formación jurídica. Hay ejemplos muy interesantes para discutir como la introducción que varios consultorios jurídicos han hecho de la práctica del “litigio estratégico”. Mediante él se pretende llevar casos paradigmáticos (especialmente referidos a la protección de derechos humanos) a la judicatura para provocar un pronunciamiento judicial de fondo sobre estos temas.

4.2. La educación continua

No podía dejarse de lado la creación y fortalecimiento de estas actividades en estas tres décadas. Durante los años 80 se comenzaron a establecer –tímidamente– organizaciones internas en los programas para ofrecer programas de actualización a los egresados de las facultades y al público en general. Se trataba, principalmente, de conferencias y cursos cortos con uno o dos días de duración. En ellos se presentaba de manera resumida el contenido de una novedad legislativa.

En la medida en que las nuevas legislaciones se hacen más numerosas y complejas, los cursos se extienden en duración y configuran en la década de los años 90 los inicios de lo que hoy se denominan diplomados: cursos con una duración cercana a las 100 horas que certifican la asistencia de los participantes aunque no tienen un carácter académico estricto en el sentido en que no se realizan evaluaciones y, por consiguiente, no tienen una nota aprobatoria.

Hoy en día se han constituido en piezas importantes de las facultades de derecho en el país y han asumido, de manera muy coherente, el proceso de formación continua de los abogados y de los funcionarios públicos, pues con frecuencia las universidades realizan cursos “cerrados” para entidades públicas tanto del orden nacional como local.

5. Retos y desafíos de la formación jurídica en el siglo XXI

5.1. Los tratados de libre comercio y su posible impacto en la enseñanza jurídica

Es previsible que a partir de la aprobación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y del Tratado de Cooperación económica con la

Unión Europea se produzcan efectos en el sector educativo y, de manera peculiar en los estudios de posgrado y de educación continua.

Lo prudente sería prepararse para vivir en un contexto de mayor competencia en áreas como Administración de Empresas e Informática y sistemas donde existen numerosos programas de posgrado ofrecidos en línea (el directorio de esta clase de estudios en Estados Unidos incluye algo más de 3.900 programas) aunque con desigualdades grandes en costos y calidad. La competencia será no sólo con instituciones universitarias, sino también con empresas privadas que (especialmente en las dos áreas mencionadas) ofrecen cursos de buena calidad que podrían competir con nuestros programas de especialización.

Aunque inicialmente se puede esperar que el impacto para los programas de derecho no sea tan intenso, con el paso de los años comenzará a ser notorio. De hecho, ya se pueden identificar en Latinoamérica al menos diez programas que adelantan a distancia (con el soporte virtual) programas completos de Derecho. Debe tenerse en cuenta que el caso colombiano resulta excepcional si se considera que en el resto de los países la licencia profesional requiere del cumplimiento de factores adicionales a la terminación de un plan de estudios: exámenes ante entidades del poder ejecutivo o de las Altas Cortes; colegiatura obligatoria, etc.

En unos años puede esperarse que ese carácter excepcional de la licencia para ejercer el derecho en Colombia termine estando más en consonancia con los requisitos exigidos por nuestros vecinos. Por ello, será de esperar que exámenes como el Saber Pro termine convirtiéndose en el mediano plazo en un examen de licencia, aunque para ello tendrá que modificar tanto su estructura como su contenido.

Este nuevo contexto de competencia, muy posiblemente forzará a nuestras instituciones a revisar con profundidad los contenidos de los programas de especialización (que son la mayoría) haciéndolos mucho más pertinentes a los nuevos contextos de comercio internacional, a intensificar la formación de competencias más que la difusión de contenidos y a utilizar de mejor manera herramientas educativas susceptibles de ser utilizadas a través de Internet. En este sentido, a mediano plazo, puede estimarse que las herramientas de trabajo en línea resultarán privilegiadas en estudios de posgrado, en comparación a la presencialidad que actualmente se exige. El problema es que la actual preparación institucional para competir en este terreno es apenas incipiente en la mayoría de instituciones de educación superior en Colombia.

En un mundo ampliado por los procesos de integración política y económica, los programas de derecho no podrán subsistir de manera aislada. Tendrán que comenzar a formar redes de conocimiento jurídico e investigación que les permita formalizar los esfuerzos que hasta ahora se han nutrido principalmente con la figura de profesores visitantes.

Un paso importante se ha comenzado a dar en la medida en que los grupos de investigación comienzan a incluir a profesores de otras instituciones educativas extranjeras. El fortalecimiento de las tecnologías de información y comunicación (TIC's) servirá de seguro como base para sostener los desarrollos de estos procesos de integración académica.

5.2. La formación en competencias

5.2.1. Una aproximación a la formación de competencias en la educación jurídica

Si por competencia se entiende un saber hacer dentro de un contexto, la formación de competencias trasciende a la formación en conocimientos, destrezas y habilidades: aunque las supone, incluye tanto la identificación como la valoración del contexto social, político, económico y jurídico dentro del cual esas habilidades, destrezas, conocimientos o procedimientos van a ser ejercidos o aplicados. Desde este punto de vista, más allá de las discusiones teóricas que existen sobre el concepto de competencias y sus fundamentos, sobre sus niveles de apropiación y su evaluación, la formación de competencias se entiende como un proceso de construcción colectivo que permite establecer programas educativos pertinentes y flexibles.

Esta construcción colectiva incluye la participación de los diferentes estamentos de la Facultad de Ciencias Jurídicas (administrativos, académicos –profesores y estudiantes– e investigativos) en un esfuerzo continuo y permanente a lo largo de los espacios educativos disponibles en el plan de estudios y en otras actividades curriculares.

Como planteamiento apenas inicial se han identificado tres competencias básicas (interpretación, argumentación y proposición) que se diferencian únicamente para facilitar la identificación de actividades formativas pero no como propuesta de que, en el quehacer del abogado, estas competencias se presenten de manera separada. A estas competencias básicas se han venido añadiendo con los años –y con la experiencia de los programas– otras como

la competencia negocial, las competencias propias de una adecuada gestión de los conflictos, la competencia investigativa (con profundas diferencias en su concepción y en su formación en los diferentes niveles de educación jurídica) y las competencias de comunicación. De hecho, es importante considerar que las tres últimas son las que han servido de base para estructurar la prueba Saber Pro para los programas de Derecho y que aún se encuentra en proceso de ajuste.

Un reto especial para los programas de Derecho en los años venideros, será la valoración de las 32 competencias que se han incluido en el Proyecto Tuning para los programas europeos de formación jurídica. A pesar de las discusiones al interior de la Unión Europea sobre el proyecto, en el país la discusión sobre su posible adaptación a nuestro medio (se ha denominado “Tuning Latinoamérica”) no ha sido ampliamente reconocido ni difundido. Hoy se acepta sin dificultad que el tema de la formación en competencias no puede desprenderse del contenido; en otras palabras, que no hay verdaderas competencias sin una adecuada apropiación de los contenidos pedagógicos. La exploración y adaptación a nuestro medio de las competencias que fueron identificadas tras varios años de discusión en Europa, pueden servir como un referente útil para emprender similares discusiones en nuestro medio.

5.2.2. La formación en “oralidad”

Especialmente entre las competencias de comunicación, se destaca la referente a la comunicación oral. Las modificaciones en los procedimientos penales, laborales y civiles habían puesto de presente la necesidad de procurar una mayor celeridad y eficacia en la resolución de los conflictos planteados en las respectivas jurisdicciones. Los problemas endémicos de demoras en la decisión y la existencia de congestión en el sistema judicial de administración de justicia han llevado, entre muchos otros mecanismos, a buscar la implantación de un sistema prevalentemente oral para mejorar el funcionamiento del sistema. Las leyes 1285, 1487 y 1564 constituyen hoy en Colombia el marco normativo de los diferentes procesos orales.

Un aspecto clave en este nuevo contexto de reforma normativa es la capacidad que se tenga para formar a los diversos actores (jueces, fiscales, partes y auxiliares del sistema de decisión judicial) en sus competencias de comunicación oral. Y ello constituye un reto especial para los programas de Derecho. La tarea no es en modo alguno sencilla, pues supone una atenta consideración de los diferentes contextos en que la expresión oral se desa-

rolla en el ámbito jurídico y el forense es tan sólo uno de ellos; además lo que está por definirse por parte de los programas de Derecho referente al contenido de las actividades de formación en oralidad y la metodología propia para llevar a cabo esa formación son cuestiones de gran envergadura.

Las experiencias que ha venido acumulando la Escuela Judicial, más las que comienzan a desarrollar los programas de Derecho nacionales, deberían irse uniendo para poder hacer posible que la formación jurídica tanto en pregrado como en posgrado, pudiera solventar de manera adecuada la nueva exigencia de la oralidad. De lo contrario las reformas planteadas fracasarán.

5.3. La variable “perdida”: los modos de aprender

Una sucinta revisión de las condiciones de desarrollo de la pedagogía jurídica como la presente, puede servir para destacar que hasta el momento se han privilegiado dos variables del proceso de formación jurídica: los contenidos de los programas y los profesores.

El reto es comenzar a abordar de manera sistemática la tercera y fundamental variable: los estudiantes y sus procesos de aprendizaje.

Hemos supuesto durante todo este tiempo que el aprendizaje del derecho es uniforme; y cuando aceptamos diferencias, las derivamos principalmente de los contenidos. Pero la investigación educativa está cada vez más cercana a resaltar la importancia que los diferentes modos de aprender de los estudiantes han de llevar a un proceso de flexibilidad de la enseñanza, que aún falta incorporar como discusión pertinente en los programas de derecho.

Un tema que aún preocupa en todos los programas es que los profesores de los programas no poseen una real capacitación docente. Es frecuente la crítica de que se trata de excelentes profesionales con práctica en “dictar” clase, pero sin formación pedagógica. Aún es mucho lo que queda por hacer, por ejemplo, en la utilización recta de los diferentes mecanismos de evaluación y en la utilización eficiente de las TIC’s en la enseñanza jurídica.

Pero lo que parece estar en juego más allá de estas limitaciones, es el tema de eficacia del proceso de aprendizaje. En el fondo, tanto las estrategias pedagógicas como los contenidos se hacen eficaces en la medida en que logran propiciar un proceso de aprendizaje. Pero si los modos de aprendizaje son variados en estudiantes que forman parte de un mismo grupo la regla principal del proceso de enseñanza habría de ser el de la flexibilidad para

permitir que todos ellos pudiesen desplegarse en el aula y fuera de ella. El sistema de créditos, como medida del trabajo del estudiante, permite la introducción de algunas de estas formas flexibles de aprendizaje; pero, hasta el momento la “variable perdida” no tiene una presencia significativa en los modos como se plantea institucionalmente el uso de créditos al interior de los programas de derecho.

5.4. La formación integral y ética

En la práctica universitaria actual parece predominar la formación profesional y disciplinaria que se refleja en la conformación de los planes de estudio y en la poca intensidad que se otorga a aquellos espacios que procuran tanto el trabajo interdisciplinario como la formación integral. Al respecto se advierte en la discusión que el reto es conseguir una formación integrativa que incluye un cambio en los paradigmas prácticos de la enseñanza universitaria y no sólo una declaración de principios institucionales.

Aunque la tendencia profesionalizante sea inevitable, ello no implica, necesariamente, que no sea posible plantear esquemas de integración no sólo del conocimiento sino de las dimensiones propias de la formación integral. La necesidad, y si se quiere la estrategia, no es la de “otorgar” esa formación integral (en el sentido propio de una acción causal) sino la de propiciar que sea el estudiante el que asuma un papel activo en sus procesos integrales de formación. Se identifica que los mínimos de esa formación integral no están aún suficientemente claros y existe un distanciamiento entre la labor realizada por la universidad con sus profesores, especialmente con los de cátedra. Las limitaciones de tiempo, programación y la ausencia de acuerdos sobre estos mínimos parecen ser identificadas como tareas urgentes del quehacer universitario no sólo respecto de los alumnos sino también de sus profesores.

A manera de conclusión tres tipos de problemas se identifican en relación con el tema de la formación integral:

El primero, dirige su atención a las diferencias entre los aspectos teóricos y la práctica o aplicación de los medios oportunos para conseguir que el estudiante se involucre en el proceso de manera intencional. Los discursos que forman las instituciones a su interior deberían ser acompañados de acciones cotidianas y permanentes. Sería necesario revisar estas prácticas y establecer, por ejemplo, los mínimos fundamentales de la formación integral.

En segundo lugar, el concepto de currículo oculto y currículo formal o explícito puede ser pertinente para la discusión sobre formación integral. Sería necesario explorar, por ejemplo, la capacidad formativa contenida en la parte oculta de los currículos y discutir sobre la posibilidad de incluir en el currículo, de manera expresa, lo que se encuentra hasta ahora en esa dimensión oculta.

Por último, la reflexión se dirige a la necesidad de una formación integral de los profesores. La pregunta que queda planteada es sobre cuáles serían los medios idóneos para que todos los profesores pudiesen incorporarse a estos procesos de formación integral.

Una consideración especial en esta formación integral la constituye la formación ética de los estudiantes. Se acepta que es necesaria, pero, al mismo tiempo, los ejemplos en los cuales la sola información no es capaz de modificar conductas se multiplican para dar cuenta del fracaso del intento en otorgar esta clase de formación a los estudiantes.

Como se vio al comienzo del texto, el Decreto 3200 de 1979 la exigía como asignatura obligatoria; de ahí, quizás, la insistencia en mantenerla con el carácter de asignatura que –sin lugar a dudas– supone un reto docente y pedagógico. Queda abierta la discusión de cuáles puedan ser las estrategias pedagógicas e institucionales que puedan llevar a reconocer a nuestros abogados como personas rectas, probas e intachables en su conducta; la percepción general es que es más fácil encontrar contra-ejemplos. Consideramos que, a pesar de las profundas limitaciones, la enseñanza del estatuto disciplinario del abogado es útil para informar sobre algunas de las conductas sancionables; pero con ello no se alcanza a modificar realmente la esfera de la conducta que parece ser más sensible a la educación recibida en el ejemplo familiar y posiblemente en el ejemplo de las instituciones: de su rectitud y pulcritud al tomar decisiones administrativas y académicas en los programas; al aplicar los reglamentos internos; al enseñar la justicia a partir de la relación profesor-alumno...

5.5. *Cerrando la brecha entre las exigencias del ejercicio profesional y los estudios de derecho*

En último lugar, sin que ello signifique una valoración de importancia, es conveniente destacar algunas reflexiones derivadas de la distancia que aún se nota entre las cambiantes exigencias profesionales y la efectiva educación que se otorga a los estudiantes:

5.5.1. *Formación práctica*

Era un tema de discusión hace más de cuatro décadas y lo sigue siendo. Es mucho lo que se ha avanzado contando con herramientas como los consultorios jurídicos, pero hacer recaer en ellos toda la dimensión práctica de la formación propia de un abogado, no parece conveniente. Todas las áreas de formación jurídica admiten un componente práctico; el reto para los programas es encontrar una forma adecuada de ponerlo en evidencia y de exigirlo a sus profesores. Los catedráticos –especialmente aquellos que pueden en realidad dirigir una *cátedra magistral*- serán siempre necesarios en la enseñanza del Derecho; pero a su lado es necesario formar profesores que puedan asumir el reto de formar a los estudiantes también en los aspectos prácticos. Mediante qué actividades y estrategias, es un tema que aún persiste abierto para las autoridades académicas y administrativas de los programas.

5.5.2. *Crecimiento del número de abogados y de programas*

Una peculiaridad de nuestro sistema jurídico es la percepción que reiteradamente se presenta en las reuniones de discusión sobre estos temas, de un excesivo número de abogados en el país que fue de la mano, como se indicó, de la multiplicación de programas a partir de la expedición de la ley 30. En verdad, gran parte de la multiplicación de programas se realizó en ciudades “de provincia” lo cual tuvo un efecto social benéfico pues se hizo posible que el programa lo pudiesen cursar personas que, de otra manera, no podrían hacerlo. Pero la mayor sospecha es que no existe conocimiento cierto en los programas sobre la ocupación real de sus egresados y, por tanto, el conocimiento del mercado laboral para la profesión es apenas intuitiva en la mayoría de los casos.

Eso explicaría que existan programas en localidades en las que se ha saturado dicho mercado profesional. Y en mercados con estas características se dificulta el control y con ello se abre un camino muy peligroso hacia la corrupción.

Se ha propuesto, como un remedio posible, la implantación de los exámenes de licencia. Y aunque sin lugar a dudas se trata de un requisito que en el mediano plazo tendrá que implantarse en el país, genera mucha incomodidad en quienes con solo el título académico quedan habilitados para el ejercicio. Muy posiblemente la oposición a este tipo de recursos sea suficiente para desalentar su adopción legislativa. Valdría la pena estudiar de manera juiciosa

este tema para poder, al menos, contar con información precisa sobre cómo se está comportando en la actualidad el mercado profesional en el Derecho.

5.5.3. *El uso de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC's)*

Al respecto, el problema no parece ser hoy si los estudiantes acceden a estas herramientas de manera cotidiana sino si reciben una adecuada formación que les permita de manera adecuada incorporar su uso en el ejercicio profesional. Por ejemplo, la cultura comunicativa de los estudiantes hoy no coincide con la propia de la comunicación profesional. Se encuentran dificultades crecientes para que el uso del lenguaje oral y escrito corresponda a la cultura de redacción y comunicación profesionales. Y es algo que aunque siempre genera reparos por parte de los profesores, no se ve con claridad de cuáles recursos hacen uso los programas para mitigar sus efectos.

Con el crecimiento constante de la información jurídica tanto legal y reglamentaria como jurisprudencial, la exigencia de usar herramientas de información idóneas se hace indispensable en la vida profesional del abogado. Pero la mayoría de los programas parecen transitar principalmente por otras vías y sigue siendo un problema que los estudiantes superen la cultura de la fotocopia de textos y de apuntes y la sustituyan por la consulta directa de bases de datos de información jurídica.

5.5.4. *La adaptación a las reformas del sistema jurídico*

Ante las deficiencias funcionales de nuestro sistema normativo y judicial, la implantación de las reformas que se han venido dando en estas últimas cuatro décadas, suelen estrellarse con la falta de preparación de los actores del sistema. Se trabaja con ahínco en los “operadores” del sistema (jueces, fiscales y auxiliares judiciales) pero la percepción de que las facultades de derecho se encuentran detrás de los procesos de reforma parece muy generalizada. Se echa de menos una mayor fortaleza de los programas para la formación de egresados que quieran llegar a ser jueces; una mayor pertinencia de aquellos que desean litigar y existe una carencia casi absoluta de programas que incluyan una educación para el trabajo de los auxiliares de justicia.

Como conclusión general, se puede afirmar que los programas han avanzado notoriamente en investigación jurídica y sociojurídica (especialmente en los últimos diez años); en la discusión de las peculiaridades pedagógicas de los programas y en su organización interna con profesores de planta. Aún

es mucho lo que nos queda por hacer en temas tan sensibles como el señalado en este apartado.

Sólo cabe esperar que algunas de estas reflexiones ayuden a hacer que nuestros programas de Derecho mejoren en su calidad pedagógica y en su pertinencia social.

Reflexiones sobre el desarrollo de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias

Hernando Herrera Mercado

Experto en arbitraje y procedimiento arbitral; árbitro en varios centros tanto nacionales como internacionales; profesor universitario y director fundador de la especialización sobre Arbitraje en la Universidad del Rosario.

I. Panorama general

Uno de los elementos en los que reposa la legitimidad de los estados, es la capacidad de resolver “institucionalmente” los conflictos surgidos entre los particulares, o entre estos y la administración pública¹.

Lo anterior, nos lleva a una reflexión natural, y es que la justicia integra, agrupa y perfila, la organización política moderna y los soportes, tan claves en su sostenibilidad, como la convivencia pacífica y la credibilidad institucional. A la par se puede señalar que un sistema objetivo y ágil de resolución de controversias también se asocia al establecimiento de condiciones deseables para mejorar los niveles de confianza y crecimiento económico.

Por el contrario, la carencia de una justicia eficaz y cumplida, se refleja o se traduce, en cuanto a su gestión obedece, en fenómenos que deterioran la administración judicial, dentro de los cuales cabe resaltar, la “congestión” –número de casos represados en los despachos– y el “atraso judicial” –de-

¹ Esta figura, principalmente, encarna la noción fundamental de lo que Rousseau denominaba el “contrato social”, soportado en la superación del estado natural –donde las personas gozaban de plenos e ilimitados derechos–, por un ente público soberano –Estado–, que a cambio de la renuncia parcial a dichas prerrogativas, garantiza el establecimiento de un poder encargado de dirimir los conflictos. Paralelamente, la finalidad primordial de cualquier sistema legal o jurídico, es el establecimiento de reglas o parámetros claros para hallar soluciones justas y equitativas a las disputas jurídicas.

mora o dilación en el trámite de los procesos—². Estos factores, en últimas, desembocan en un inadecuado acceso al sistema formal de resolución de conflictos (entendido éste como aquél que se encuentra exclusivamente a cargo de agentes estatales denominados jueces o tribunales).

En cuanto al acceso a la justicia, reiteraremos, en orden al texto constitucional a examinar, que no sólo emerge como un derecho fundamental, sino que igualmente, corresponde a un postulado básico e íntimo de la configuración estatal³. Al respecto la Carta establece en su artículo 229, lo siguiente:

Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.

La administración de justicia como función pública a cargo del Estado, debe hacer efectivo todos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en la Constitución y en la ley. Además su prestación debe ser eficaz y cumplir con el principio de celeridad de manera que se garantice a la sociedad una verdadera convivencia.

Se reviste pues de un especial carácter a este servicio⁴, como función primigenia del ente institucional, en orden a garantizar, entre otros intereses, la oportuna definición de litigios privados y contenciosos.

Sin embargo, las debilidades ya aludidas –congestión y atraso—⁵ gravitan sobre la administración de justicia tradicional⁶, impidiéndole un desempeño

-
- 2 En términos generales, bien puede indicarse que, bajo el término proceso, se comprenden una serie de actos, en todo concatenados, cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica por medio de una decisión judicial.
 - 3 Entre las funciones de la justicia colombiana se encuentran: resolver conflictos entre particulares, entre los mismos y el Estado, castigar las infracciones al derecho penal y defender el principio de legalidad.
 - 4 El artículo 230 de la Constitución, reafirma la independencia de los jueces al señalar que los jueces están sometidos solamente al imperio de la ley, no a la presión de otros poderes o superiores de su misma rama.
 - 5 Da cuenta de esta afirmación, por citar un caso lo acontecido en el área civil, donde se ha observado que sólo el 34% de los inventarios iniciales poseen trámite, es decir, procesos a cargo del juzgado que a la fecha de la iniciación del período tienen trámite en la secretaría o en el despacho. En esta jurisdicción de cada 100 procesos que ingresan, se finalizan 75. En el 2005 ingresaron 536.944 procesos y se evacuaron 516.636. El 63% de los ingresos, entran a los Juzgados Civiles del Circuito, el 19% de los Juzgados Civiles Municipales y el 16% en los Promiscuos municipales. Con base en este parámetro se puede señalar que los distritos más congestionados son: Bogotá (con ingresos de 115.167 procesos); Barranquilla (30.869); Medellín (44.697); y Bucaramanga (33.655). (Cifras de Consejo Superior. Informe al Congreso 2005– 2006. Pág. 230.)
 - 6 Los órganos que la componen son: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces (Artículo 116 de la CN).

más adecuado y que otorgue respuesta a la alta conflictividad litigiosa presente en nuestro país. Ello conllevó, a finales de la década de los ochenta, revisiones sobre la forma y modalidades como se resolvían las controversias y la estimación de nuevas alternativas útiles y apropiadas para superar las discrepancias, que hasta ese momento tenían como foro exclusivo los despachos judiciales.

En este orden de ideas, un necesario rebalanceo del acceso a la justicia obligó, en aquella oportunidad, a repensar y ampliar el espectro de instancias de resolución de conflictos, modificando el entorno legal conocido e introduciendo nuevas instituciones jurídicas afines al mentado propósito.

Inicialmente, la Ley 23 de 1991 dispuso la ampliación del ámbito orgánico y funcional de administración de justicia del Estado hacia otras posibilidades, autorizando a los particulares a intervenir en la solución de las controversias, sin necesidad de acudir a instancias judiciales⁷, lo que bien puede reputarse como la primera institucionalización de los denominados “Métodos Alternativos de Solución de Conflictos” –MASC–.

Posteriormente, fue preocupación también relevante en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, la creación de instrumentos que coadyuvaran a mejorar el acceso y la cobertura del servicio de justicia. Según el artículo 116 de la Constitución, la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares para que obren como árbitros o conciliadores. Este postulado constitucional fue desarrollado mediante el decreto transitorio número 2651 de 1991 –convirtiéndose en legislación permanente por medio de la Ley 446 de 1998–, lo que permitió que estas instituciones jurídicas se afincaran como instrumento a disposición ciudadana con la finalidad de solucionar conflictos prescindiendo de fallo judicial⁸.

En consecuencia, tales métodos se pueden catalogar como herramientas paralelas a la administración de justicia formal, desarrolladas a través de

7 Al efecto se ha acuñado el término de “desjudicialización”, que implica sustraer del conocimiento de los jueces asuntos que eran antes de su exclusivo resorte y decisión, para atribuirlo a otras autoridades o particulares.

8 En la mayoría de los países del mundo existen mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos. En los Estados Unidos, por ejemplo, sólo llegan a juicio el 65% de las demandas; el resto se resuelven por conciliación en la etapa preliminar. En Perú, existe la institución de los jueces de paz –personas respetables de la comunidad que el Estado inviste de poder de conciliación, y que trabajan ad–honorem–, resolviendo un porcentaje superior a la tercera parte de los conflictos que se presentan.

procedimientos o técnicas que tienen por objeto fundamental superar controversias jurídicas entre dos partes, generalmente mediante la intervención de un tercero, que si bien es cierto no está investido de la función jurisdiccional, sí posee poderes semejantes a los de un juez o fallador.

Sobre los MASC ha anotado la Corte Constitucional:

Para la Corte resulta claro que la justicia estatal formal no siempre es efectiva, en especial cuando no se han previsto recursos judiciales idóneos y suficientes que faciliten la solución pacífica de los conflictos, o cuando la complejidad de los procedimientos o de las condiciones de tiempo, modo y lugar exigidas por el legislador restringen la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a las instancias judiciales. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no representan una desconfianza hacia la justicia estatal formal, sino un reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia auto-compositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus disputas. Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos.⁹

2. Los Métodos Alternativos de Solución de Controversias

De las consideraciones anteriores se concluye que los bien llamados “Métodos Alternativos de Solución de Conflictos” –MASC–, están dirigidos fundamentalmente a promover el acceso a la justicia mancomunadamente y de la mano con procedimientos expeditos, céleres y si se quiere más flexibles¹⁰.

En todo caso, es de advertir que aquellos no constituyen las únicas herramientas para mejorar las condiciones de acceso a la justicia, toda vez que

9 Corte Constitucional. Sentencia C–1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

10 La Corte Constitucional ha establecido que por medio de las denominadas alternativas para la resolución de los conflictos, “se evita a las partes poner en movimiento el aparato judicial del país y se busca, asimismo, que los interesados puedan llegar en forma pacífica y amistosa a solucionar determinadas diferencias.” (C–037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

se tienen por identificados otros esquemas pertinentes¹¹ para cumplir con dicho fin. Así las cosas, podremos inicialmente hablar complementariamente de medios que tienden a proveer servicios jurídicos para las clases más marginadas mediante el establecimiento, por ejemplo, de servicios gratuitos de asesoría legal o de los defensores de oficio. A la par, se presenta la introducción de acciones que también persiguen la extensión del acceso a la justicia, esta vez mediante la protección de intereses no sólo individuales sino difusos o los derechos de colectivos, como las acciones populares y de grupo. A este esquema se pueden agregar medidas para corregir problemas específicos de acceso a la justicia, dentro de las que caben citar, los jueces itinerantes –para garantizar el acceso a la justicia en lugares remotos–; los jueces de descongestión –para superar “picos” de trabajo judicial–, la restricción del litigio a los asuntos relevantes, etc. Y, por último, encontramos precisamente los medios alternativos que se orientan a garantizar la efectividad del acceso a la justicia para la resolución de conflictos, a través de vías expeditas, asunto bajo estudio.

Sin embargo, estos postulados a más de concretar una extensión del acceso a la justicia, impela por recursos realmente efectivos. En tal sentido ha dicho la jurisprudencia: *“no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso.”*¹²

En tal sentido, el derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos alternativos, sino que requiere que éstos resulten realmente idóneos.

En conclusión, resulta claro que la justicia, en su sentido más amplio, está llamada a maximizar la capacidad de alcanzar el goce efectivo de los derechos cuya protección se busca al acudir a sus instancias. Ello incumbe al sistema tradicional de controversias, como al llamado “alternativo”, que posee, sin menospreciar el primero, de estructuras más dinámicas.

11 Algunos doctrinantes al analizar este fenómeno hablan de “olas” sucesivas para mejorar las condiciones de acceso a la justicia. Al respecto consultar, entre otros, Cappelletti, Mauro. *Accès a la Justice et État–Providence*. Publications de L’Institute Universitaire Europeen. Paris, 1984, págs. 303 a 341. Baruch Bush, Robert A. *Dispute Resolution Alternatives And The Goals Of Civil Justice: Jurisdictional Principles For Process Choice*. En *Wisconsin Law Review* 893, University of Wisconsin July, 1984 / August, 1984

12 Corte Constitucional. Sentencia T–268 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Así, los MASC contribuyen por entero a la consecución de importantes fines esenciales del Estado encarnando unas significativas instituciones moderadoras de las relaciones sociales y jurídicas y extrayendo del ámbito jurisdiccional la resolución de los conflictos, con lo cual se elimina la agudización de la congestión judicial y se estimulan decisiones que pongan fin a las disputas de forma célere.

A la par, bueno es decirlo, se favorece la realización del debido proceso, *“en la medida que reduce el riesgo de dilaciones injustificadas en la resolución del conflicto”*. Como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, *“el debido proceso involucra, amén de otras prerrogativas ampliamente analizadas, el derecho a recibir una pronta y cumplida justicia”* y como quiera que estos medios así lo ofrecen, constituyen una oportunidad más que válida, *“para resolver el conflicto de manera expedita, rápida y sin dilaciones, desarrolla el mandato establecido por la Carta en su artículo 29.”*¹³

Por consiguiente, estos sistemas alternativos repercuten ostensiblemente en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, no sólo por estar llamados a contribuir a la descongestión de los despachos judiciales sino por que también ofrecen espacios adicionales para mermar la cultura litigiosa¹⁴.

Ahora bien, aunque estos métodos se aproximan enteramente por el común objetivo que persiguen, se distancian en punto de su naturaleza¹⁵: algunos se caracterizan por su autocomposición, esto es, que son las mismos sujetos en contienda los que resuelven sus desavenencias, bien directamente o instados por terceros neutrales¹⁶; y otros por la heterocomposición¹⁷, es decir, que las partes enfrentadas someten la solución de sus controversias a terceros que se encargan de resolverlos independientemente.

13 Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

14 Al respecto, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece lo siguiente: “Artículo 8o. Alternatividad. La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados (...)”.

15 Sobre esta diferenciación, conviene ver entre otros autores a Stephen Goldberg, Green Eric y Sander, Frank. *Dispute Resolution*. 1985, Little, Brown and Company; Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. Oxford University Press, 1997.

16 Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación, la conciliación y la amigable composición.

17 Encabezados sin duda alguna por el arbitraje.

Ciertamente en la mayoría de MASC¹⁸ interviene un “tercero neutral” y su papel, según lo visto, varía según el control de la solución al diferendo, a través de una intervención inquisitiva, donde aquel maneja completamente el proceso de solución, o de una intervención dispositiva, en donde son las partes las que desempeñan directamente ese rol y la misión del tercero se limita a coadyuvar la búsqueda de caminos de arreglo.

A continuación, desarrollaremos brevemente el concepto de algunas de estas herramientas:

- i) **Negociación:** es el proceso de acercamiento directo que permite a sujetos con intereses generalmente divergentes, lograr un acuerdo. En tal medida, se puede decir que, entraña un medio informal y voluntario de solución de conflictos que no supone la participación de terceros¹⁹.
- ii) **Conciliación:** constituye una figura en la cual se le otorga a un tercero, desde luego imparcial, la misión de servir como facilitador en la solución de un conflicto determinado, mediante la proposición de fórmulas de arreglo que se avengan a los intereses recíprocos de ambas partes²⁰.
- iii) **Arbitraje:** es el medio por el cual las partes contendientes, de manera voluntaria, ventilan sus diferencias ante un panel arbitral revestido de plenas facultades para resolverla, mediante un decisión obligatoria y generalmente inapelable.
- iv) **Justicia de paz:** es la que procura resolver de una manera rápida, sencilla y económica, los eventos que se pueden producir en una comunidad, a través de la equidad y que permite que la comunidad elija así sus propios jueces y procedimientos.

18 Con excepción de la negociación directa de las partes, donde sólo ellas están involucradas en búsqueda de una solución para poner fin al conflicto.

19 Complementario a este concepto surge en el de teorías y técnicas de negociación, puesta en boga por varios autores norteamericanos, destacándose las obras: Fisher, Roger, Ury, William y Patton, Bruce, *Getting to Yes*. 1991, Second Edition, Penguin Books; Fisher, Roger y Brown, Scott, *Getting Together*, 1989, Penguin Books.

20 Vale la pena anotar que, en algunas legislaciones –Australia, Canadá, Argentina, Uruguay, Perú España y Colombia– el término conciliación se emplea como sinónimo de “mediación”, no obstante en sentido estricto la conciliación es una forma particular de mediación en la que el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación entre las partes, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según sea su voluntad.

Estas nociones generales poseen en Colombia algunas particularidades que pasaremos a abordar en los acápite que prosiguen.

3. Clasificación conceptual de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias en Colombia

Uno de los elementos fundamentales que nos permitirá calificar los avances relacionados con este tema en nuestro país es precisar el modelo colombiano de métodos alternativos de solución de conflictos, lo cual se puede surtir diferenciando aspectos tales como, la naturaleza de las entidades prestadoras de estos servicios, el perfil de sus operadores y la naturaleza de tales métodos.

3.1. *Naturaleza de las entidades prestadoras de MASC*

3.1.1 Sistema universal o restringido: En el sistema universal se autoriza a cualquier sujeto (personas jurídicas o naturales) para crear instituciones que presten los MASC; por el contrario, en los restrictivos, sólo se habilita a cierto tipo de sujetos para prestar tales servicios. La legislación colombiana establece un sistema que podríamos calificar como de tendencia restringida, en la medida en que en la actualidad sólo pueden crear centros de conciliación y arbitraje las entidades públicas y las personas jurídicas, específicamente, las que no posean ánimo de lucro.

3.1.2 Competencia general o competencia sectorial: El elemento diferenciador de un sistema frente a otro, consiste en establecer si las instituciones encargadas de prestar los MASC deben tener competencia ilimitada o si su competencia debe circunscribirse a una especialidad determinada teniendo en cuenta factores como la profesión de las partes involucradas en el conflicto o la calidad de los miembros de una determinada institución. En particular, el modelo colombiano asigna competencias generales a los centros, sin limitaciones de competencia, de manera tal que es un sistema que se encamina por la competencia general.

3.2. *Perfil de los operadores de los MASC*

3.2.1. Modelo universal o restringido: El primero, permite o habilita la participación de profesionales de cualquier disciplina en la aplicación de

los MASC; el otro, restringe la aplicación de los MASC a una determinada profesión. La legislación colombiana dispone que cuando la conciliación o el arbitraje sean en derecho, el operador deberá ser abogado. De otra parte, cuando se trate de conciliación o arbitraje en equidad, arbitraje técnico o amigable composición, la ley no efectúa requerimiento alguno.

3.2.2. Modelo exógeno o endógeno: Los modelos exógenos no disponen la participación de las autoridades judiciales o administrativas en la aplicación de los MASC; a diferencia de lo anterior, el sistema endógeno se caracteriza por permitir la intervención de estos funcionarios en estas materias. El modelo nacional es típicamente endógeno, dado que los jueces intervienen en la conciliación que se presenta al inicio del proceso y que algunos funcionarios administrativos como las autoridades del trabajo o los defensores de familia, están habilitados para conciliar.

3.3. Naturaleza de los MASC

3.3.1. Modelo extenso o reducido: El seguimiento de uno u otro modelo, dependerá de si se aplican muchos o pocos métodos. En el caso colombiano podemos hablar de un modelo medio, ya que se admiten varios métodos, sin que de todos modos se habilite una significativa mayoría.

3.3.2. Modelo coercitivo o flexible: Lo coercitivo o lo flexible de los MASC, se escudriña a partir de los efectos que le son conferidos al acto que por medio de ellos le pone fin al conflicto. En el nuestro caso, podemos hablar de una instancia coercitiva, si se observa, por ejemplo que, el acta de conciliación se reviste de carácter obligatorio y el laudo arbitral constituye decisión sustancial definitiva.

4. Tendencias de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias en Colombia

El anterior panorama sirve de base para ofrecer una visión de la identidad y figuración de los MASC, lo cual resulta fundamental a efectos de centrarnos en otro objetivo fundamental de este escrito: presentar algunas reflexiones sobre su desarrollo y evolución interna.

En primer lugar, podemos decir que en Colombia ya se superan dos décadas desde que se introdujeron estas herramientas dentro del ordenamiento jurídico y es innegable su auge y desarrollo. De conformidad con el

Ministerio de Justicia, a septiembre de 2012 se cuenta con 339 Centros de Conciliación autorizados y con más de 18.735 personas capacitadas en estos temas a través de las 101 entidades avaladas para impartir programas de formación. Igualmente, por citar un periodo, durante el mes de agosto de 2011 y el mes de septiembre de 2012, en los Centros de Conciliación se atendieron 71.000 solicitudes²¹.

No obstante este palmarés, aún es incipiente el número de casos que se resuelven mediante la aplicación de los MASC en Colombia, tal y como se demostrará a continuación.

De acuerdo con cifras de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la administración de justicia cuenta con un inventario de 2.977.941 procesos, de los cuales el 52% (1.548.418) está sin trámite, es decir, que no ha registrado actuaciones ni manifestaciones en los últimos seis meses.

Igualmente se reporta que desde el año 1995, la demanda de justicia ha aumentado en un 98.2%; en aquella época ingresaron 898.162 procesos y en 2008 esta cifra había aumentado a 1.783.670 casos; demanda que ha crecido a un ritmo más acelerado que el de la oferta, ya que de 4.012 jueces y magistrados que había en el 95, se pasó a 4.237 funcionarios; esto quiere decir que la oferta sólo creció un 5.6%.

Cuando estas cifras se comparan con los casos que por ejemplo se resuelven por vía arbitral, que no sobrepasan los 300 al año en todo el territorio nacional, la participación de los MASC sigue siendo poco significativa²².

Sin embargo, se avizora una mayor utilización de estos sistemas opcionales en atención a que ya se ha visto cómo las estructuras judiciales tradicionales no tienen la capacidad necesaria para atender la creciente conflictividad cotidiana²³.

21 Ministerio de Justicia y del Derecho. Rendición de Cuentas 2011 – 2012.

22 Aunque debe decirse que por la vía arbitral se dirimen controversias de alta relevancia en los campos público y privado, tanto así que es muy difícil encontrar contratos de alta envergadura que no incluyan una cláusula compromisoria que habilite a un tribunal de arbitramento para resolver la causa litigiosa.

23 Según un estudio de la Corporación Excelencia a la Justicia, en promedio cada juez en el país demora, en primera instancia, aproximadamente 655 días para resolver un litigio, tan sólo en la justicia ordinaria.

En torno al papel que han tenido los MASC y el que sin lugar a duda van a tener a futuro, conviene revisar sus tendencias en el ámbito nacional, con lo cual, además de caracterizar su actual fisionomía se plantearán los principales puntos de reflexión sobre su uso y fortalecimiento.

4.1. *Sujeción o subordinación a un ordenamiento positivo*

Como su mismo nombre lo dice, ello implica que la actividad de las personas que fungen como operadores de estos sistemas alternativos –conciliadores, árbitros, etc.–, está regulada por la ley. En tal sentido, se ha privilegiado la visión “formalista” de los MASC, lo que si bien es cierto brinda una mayor confianza y seguridad jurídica, también hace más dispendioso su trámite. Sin duda para ciertos MASC, como el arbitraje –que entraña un verdadero procedimiento que debe culminar con una decisión–, es benéfico el apego a un parámetro o regla de actuación; aunque mejor aún si ella no es en exceso ritualista. Sin embargo, en otros de ellos, verbigracia la negociación o la conciliación, el rigor hacia un determinado principio de legalidad bastante estricto puede menoscabar la función del facilitador que en su ámbito de acción requiere de un amplio campo de acción en aras de coadyuvar a las partes la resolución de su discrepancia. No se trata, ni más faltaba, de prodigar una actuación ilícita o irregular, pero tampoco de expedir limitaciones que hagan nugatorios tales mecanismos.

Lo anterior también pone de presente un debate complementario, atinente a que dicha tendencia en ocasiones genere que se trasladen o reproduzcan en la instrumentación de los MASC la metodología y prácticas del sistema tradicional de administración de justicia –fenómeno bautizado como la “judicialización” de estas figuras–, caracterizado por un sistema totalmente adversarial y plagado de recursos que dilatan la actuación.

En tal medida, es más que deseable que los MASC, si bien no desligados totalmente de procedimientos, tampoco se rijan bajo el yugo de ritos que desdeñen su operatividad y flexibilidad.

4.2. *Búsqueda de una mayor idoneidad del operador de los MASC*

La evolución normativa sobre la materia hace palpable el deseo del legislador por propiciar unas condiciones de mayor experticia e independencia en quienes desempeñan labores frente a estas figuras, lo cual resulta ade-

cuado en orden a la importante responsabilidad que ellos ejercen. Ya en el Decreto 1818 de 1998 por ejemplo, se velaba por la exigencia de determinadas calidades al conciliador o al árbitro. En torno a la conciliación, en la Ley 640 de 2001 se impone que el conciliador que actúe en derecho²⁴ debe ser abogado titulado y se establece una inhabilidad especial según la cual éste no puede actuar como árbitro, asesor o apoderado de una de las partes intervinientes en la conciliación en cualquier proceso judicial o arbitral durante un año a partir de la expiración del término previsto para la misma²⁵; asimismo, se exige que sólo pueden fungir como conciliadores, quienes acrediten capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho²⁶.

Para el caso del arbitraje también se encuentran condiciones especiales. El nuevo Estatuto Arbitral –Ley 1563 de 2012– incluyó el denominado “deber de información” con el fin de garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros y secretarios y lo atinente a la obligación de revelación de cualquier hecho o circunstancia que pudiera afectar la confianza de las partes²⁷; de otro lado se limitó el número de procesos arbitrales que pueden ser atendidos por un árbitro en aquellos asuntos en los que sea parte el Estado o alguna Entidad Pública²⁸; igualmente, se estableció que cuando la designación esté a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre dentro de la “especialidad jurídica” relativa a la respectiva controversia²⁹.

Consideraciones todas en orden a lo dicho que se consideran prudentes, ya que propenden por una profesionalización del elemento humano ligado a esta faenas, y mejor aún a favor de su real preparación y especialidad a la hora de atender estos asuntos.

4.3. Modelo enteramente institucional

La aplicación de los MASC en Colombia se encuentra totalmente vinculada al funcionamiento de organismos que interactúan para su desarrollo. Desde el punto de vista estatal, el Ministerio de Justicia y del Derecho está a cargo de la función de su regulación, control y vigilancia, y desde la pers-

24 Ley 640 de 2001. Artículo 5.

25 Ley 640 de 2001. Artículo 17.

26 Ley 640 de 2001. Artículo 7.

27 Ley 1563 de 2012. Artículo 15.

28 Ley 1563 de 2012. Artículo 8.

29 *Ibidem*.

pectiva de la aplicación de estos métodos, a entes denominados centros de arbitraje y conciliación les está delegada su operatividad.

En primera instancia, la normativa sobre este tópico señala que las entidades públicas y las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán crear centros de conciliación y arbitraje con autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho, mediando información relativa a los recursos financieros necesarios para la dotación y puesta en funcionamiento del centro así como para su adecuada operación.

A la par, se establece la obligación de que los centros deban expedir su propio reglamento, sujeto también a la aprobación del Ministerio y que deberá contener como mínimo:

- i) El procedimiento para la conformación de sus listas, los requisitos que deben reunir árbitros o conciliadores, las causas de su exclusión, los trámites de inscripción, y la forma de hacer su designación.
- ii) Las tarifas de honorarios de los miembros de sus listas y las tarifas de gastos administrativos.
- iii) El detalle de las funciones de la estructura administrativa.
- iv) Las reglas atribuibles a los trámites que ante esa instancia se surtan.

En tal sentido, la creación de estos centros no se realiza de forma discrecional sino vinculada a la acreditación de unos parámetros estrictos. Esta medida se considera plausible, toda vez que al momento de la introducción en nuestro país de estas figuras se crearon de forma profusa y descontrolada varios de estos entes que a la postre no respondieron con las expectativas sobre ellos depositadas, toda vez que funcionaban en condiciones precarias o sin la adecuación para dispensar eficientemente los servicios. De ahí que con posterioridad, haya surgido la imposición de requisitos de suficiencia administrativa, logística y financiera para los centros, lo que se puede considerar una circunstancia más que deseable para evitar el desgaste o colapso de tal sistema en determinados ámbitos. Al respecto, también es de destacar el muy buen suceso que las entidades prestadoras del servicio, una vez consolidadas, han tenido –cámaras de comercio, organizaciones gremiales, consultorios jurídicos, Procuraduría, etc.–, lo que sin ambages permite manifestar que en gran medida el desarrollo de los mecanismos alternativos se le debe atribuir al gran esfuerzo organizacional de instituciones como las mencionadas.

De otro lado, el Ministerio de Justicia y del Derecho tiene a cargo el control, inspección y vigilancia de los centros, pero más allá de ello, es el encargado de dictar la política pública concerniente a los MASC, lo que sin duda ha traído como consecuencia un impulso adicional a la cultura alternativa dentro del sistema adversarial judicial colombiano.

No obstante, tal función está meramente centrada en el ejecutivo y desprendida del poder judicial, lo que resulta perjudicial si se tiene en cuenta que también los jueces pueden ser operadores de los MASC, como acontece con la figura de la conciliación.

De otro lado, la política pública en esta materia ha sido también cíclica porque tiende a ser muy dependiente de la importancia que el gobierno, si acaso el ministro de turno, le prodigue al tema, hecho que se hizo aún más visible cuando la justicia hacía parte de la responsabilidad institucional a cargo de la cartera política. En atención a ello, la estrategia ha sido oscilante, en ocasiones caracterizada por una mayor predominancia de la vigilancia de los centros, y en otras épocas más centrada en la divulgación de tales figuras.

Lo anterior no puede en modo alguno suponer un cuestionamiento desmesurado frente a la tarea del ejecutivo en el delineamiento de dicha política, en atención a que precisamente, sin excepción, la introducción, despliegue y consolidación desde la perspectiva normativa de los MASC, se debe en su totalidad a la iniciativa gubernamental. Dan cuenta de ello los antecedentes de la Ley 446, de la Ley 640 y de la recientemente aprobada Ley 1563, referidas respectivamente a los métodos alternativos de solución de controversias, la conciliación y al arbitraje, todas ellas proyectos del ejecutivo presentadas ante la instancia congresional³⁰.

4.4. *La vía de la obligatoriedad para incrementar el uso de los MASC*

Sobre este tópico no ha existido una política uniforme, toda vez que mientras por los linderos de la conciliación se impuso su obligatoriedad de agotamiento previo antes de acudir a la jurisdicción, la procedencia del arbi-

30 En sentido complementario a lo anterior, también es de destacar que a instancia gubernamental, Colombia tiene ratificadas las principales convenciones internacionales en materia arbitral: la Convención de New York del 58 y la Convención de Panamá del 75.

traje continúa siendo consensuada. En este último caso, para que exista arbitraje, se requiere de pacto o convenio arbitral, de donde fluye precisamente su bilateralidad.

En el caso de la conciliación, la determinación de convertir la conciliación prejudicial³¹ en requisito de procedibilidad, bien se puede decir que ha representado más una debilidad que una fortaleza.

Como era de esperarse, la entrada en vigencia de tal requisito trajo consigo un aumento considerable en el número de solicitudes de conciliación tramitadas. Según las estadísticas de la Procuraduría General de la Nación en materia administrativa, en el 2008 se presentaron cerca de 7.500 solicitudes de conciliación, mientras que tan solo en el primer semestre de 2009 esta cifra aumentó a más de 24.000, lo que representa un aumento del 650%.

No obstante lo anterior, estudios resaltan que el número de conciliaciones aprobadas por los comités de conciliación de las entidades públicas no ha aumentado con la implementación de este mecanismo. Es más, las cifras recaudadas muestran que el número de conciliaciones aprobadas por los comités de las entidades analizadas disminuyó. De otro lado, según las estadísticas del Ministerio Público, el número de conciliaciones aprobadas pasó de 2.565 en el año 2008 (aproximadamente 1.282 por semestre) a 1.242 en el primer semestre de 2009. Es decir que, aunque las solicitudes aumentaron en un 650%, el número de conciliaciones efectivamente aprobadas prácticamente no varió³².

Partiendo del anterior análisis estadístico, se puede concluir que la efectividad de la conciliación no se incrementó luego de la fijación del requisito de procedibilidad. Lo anterior evidenciaría entonces, que esa imposición riñe y es contraria al espíritu de la conciliación como mecanismo alternativo, más cerca de la voluntariedad.

Resulta entonces pertinente reflexionar sobre otras medidas para promocionar el uso de esta figura y evitar que termine relegada al papel de una etapa más que debe adelantarse antes de iniciar el proceso judicial, lo que no es sino darle visos de transitoriedad e ineficiencia.

31 La conciliación prejudicial en tal sentido, se considera como una instancia que antecede al proceso judicial, con lo que su evacuación resulta un requisito *sine qua non* para concurrir ante la jurisdicción.

32 Cifras extractadas del documento "Proyecto Fortalecimiento Institucional del Sistema de Gestión Jurídica Estatal", elaborado por el Ministerio del Interior y de Justicia, 2009.

5. Obstáculos adicionales para una eficiente aplicación de los Métodos Alternativos de Solución de Controversias en Colombia

A pesar del dinamismo e importancia que poseen los denominados MASC, su operatividad no está exenta de talanqueras, como las que se evidencian a continuación:

- a. En primer lugar, algunos funcionarios públicos expresan una contradicción entre la debida defensa de los intereses público-estatales y la informalidad que caracteriza las técnicas de los sistemas de resolución de conflictos alternativos. Por ende, para ellos estos métodos no garantizan la suficiente ritualidad que exige la atención de la cosa pública y de ahí que sean descartados como fórmulas de arreglo de las diferencias de lo contencioso administrativo.
- b. Desde otro punto de vista, el inconveniente surge de la introducción de barreras de acceso, que se derivan de la prohibición legal de utilizar los MASC para resolver cierto tipo de diferencias, como por ejemplo la imposibilidad de que se realicen conciliaciones administrativas en los centros de conciliación privados.
- c. Falta de conciencia ciudadana de que los conflictos tienen mayores costos si se resuelven por vía judicial. Este valor adicional tiene origen en los costos financieros que implica tener pendiente una contingencia judicial pendiente dentro de los muy prolongados tiempos promedio de decisión definitiva de una demanda hasta obtener un fallo.
- d. Poco interés de los apoderados en utilizar los MASC, en cuanto a que consideran disminuidos sus honorarios y desconocen la forma como operan estas figuras.
- e. Ausencia de políticas internas por parte de las entidades y las empresas dirigidas a valorar el papel de los MASC en la adecuada resolución de controversias.
- f. La creación de los centros prestadores de los MASC está sometida a la acreditación de parámetros bastante estrictos y formas predeterminadas de constitución, lo que controla pero a la vez hace difícil su creación. En tal sentido, sería oportuno revisar este esquema para permitir que actores adicionales pudieran prestar estos servicios con el objeto de ampliar el impulso de tales figuras.

- g. La política pública en torno a esta temática ha sido dubitativa y poco consistente, lo que la hace de poco impacto y bastante cíclica.

6. Conclusiones finales

Está visto como los MASC han generado un necesario rebalanceo del acceso a la justicia, ampliando el espectro de instancias de resolución de conflictos mediante la introducción de nuevas instituciones jurídicas.

Estos mecanismos afines al mentado propósito, autorizan a los particulares a intervenir en la solución de las controversias sin necesidad de acudir a instancias judiciales y por ende prescindiendo de fallo.

En consecuencia, como se anotó precedentemente estos métodos se pueden catalogar como herramientas paralelas a la administración de justicia formal, conformadas por procedimientos o técnicas que poseen por objeto fundamental superar controversias jurídicas entre dos partes, generalmente mediante la intervención de un tercero neutral.

En una primera etapa de su desarrollo, los sistemas alternativos se orientaban exclusivamente a la descongestión de los despachos judiciales, y en tal medida se establecieron de forma transitoria, cuyo único objetivo provisional era superar la carga litigiosa a manos de los jueces.

En una etapa posterior y presente, tales métodos se afinan como una herramienta para garantizar un mayor acceso a la justicia; según lo visto, a ello contribuyó la constitucionalización de esta temática y a la vez la introducción de reformas legislativas que consolidaron estas instituciones.

Tradicionalmente los MASC se han clasificado como autocompositivos, esto es donde son los mismos sujetos en contienda los que resuelven sus desavenencias, o bien directamente o instados por terceros neutrales; y de otro lado, se encuentran medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus controversias a terceros que se encargan de resolverlos independientemente, conocidos como heterocompositivos. En el caso colombiano, dichos métodos alternativos pueden distinguirse desde distintas ópticas, siendo según lo visto la más relevante, el control que las partes tengan sobre la disputa, lo cual linda, desde la negociación, que supone su intervención directa; hasta figuras en las que se delega la decisión a un tercero, que es el caso del arbitraje o la justicia de paz, entre otras.

Esta aproximación permitió abordar algunas particularidades de los MASC en nuestro país y más concretamente sus tendencias. El anterior panorama sirvió de base para ofrecer una clara visión de la identidad y figuración de estos sistemas, y en especial la evidencia de algunas reflexiones sobre su desarrollo y evolución interna.

A pesar de este desarrollo, es notable señalar que aún es insipiente el número de casos que se resuelven mediante la aplicación de los MASC en nuestro país.

De otro lado, existen evidentes obstáculos para la utilización de los MASC, relacionados con la introducción de barreras de acceso, que se derivan de la prohibición legal de utilizar los MASC para resolver cierto tipo de diferencias; la todavía imperante falta de conocimiento social sobre estos mecanismos; o el menosprecio de los litigantes por su aplicación, entre otras.

Estas reflexiones incorporan un llamado hacia la necesaria conformación de una coherente política pública que avance en el sentido de seguir posicionado estas figuras, comprometiendo a actores involucrados o a los que incumba su prestación. Lo anterior parte de un redireccionamiento de la formación académica jurídica para que los estudiantes reciban capacitación sobre la materia; permanentes y adecuados programas de difusión social y comunitaria; el fortalecimiento de los centros de arbitraje y conciliación; y, la sensibilización judicial en torno a la importancia de estas figuras.

La reforma constitucional de la justicia: la gran frustración de la última década

Aspectos relevantes del proyecto de reforma a la justicia de la Comisión de Expertos 2009-2010

José Alejandro Bonivento Fernández

Reforma constitucional a la justicia 2012: Historia de una frustración

Alfonso Prada Gil

Aspectos relevantes del proyecto de reforma a la justicia de la Comisión de Expertos 2009-2010

José Alejandro Bonivento Fernández

Profesor universitario, ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura, Presidente de la Comisión de Expertos de Reforma a la Justicia del Decreto 4932 de 2009

I. Antecedentes y perspectivas

El 13 de diciembre de 2009, el Ministro del Interior y de Justicia de ese entonces, Fabio Valencia Cossio, en un seminario en Cartagena, expuso a los asistentes que el gobierno nacional deseaba ventilar la posibilidad de una reforma integral a la justicia. La acogida fue tan bien recibida que le permitió anunciar que encomendaría ese trabajo a un grupo de estudiosos de la materia, presidida por el ex magistrado José Alejandro Bonivento Fernández.

Ese mismo día, telefónicamente el Ministro Valencia Cossio me comunicó el interés del Gobierno Nacional para que adelantara ese trabajo y solicitó que me encargara de todo lo que considerare necesario para atender ese cometido. Y debo confesar: mi reacción inicial fue negativa pues sabía de los anteriores intentos frustrados para cumplir esa relevante tarea, y no quería caer en el vacío de la inseguridad o en una labor sin futuro. Así se lo expresé al Ministro, quien se apartó de mi posición con el argumento, finalmente contundente, que solo personas que tuvieran el talante para ver con los mejores ojos la problemática judicial, podían asumir ese encargo y así quedaría consignado en el decreto del gobierno. Algo más: que me encargaría, con plena independencia y autonomía, de indicar los temas y escoger las personas que me acompañarían en ese compromiso durante cuatro meses. Confieso: todo eso pesó más en la balanza de la decisión para abandonar la idea inicial de rechazo. Entonces se convirtió en un reto que se debía atender y que se cumplió.

Por eso en la comunicación que, el Ministro del Interior y de Justicia, me dirigiera el 16 de diciembre de 2009 anotara:

De manera atenta y reiterando lo que me permití expresar públicamente, me dirijo a usted con el propósito de solicitar su valiosa colaboración en la convocatoria y liderazgo de una comisión independiente y autónoma, que propicie una franca, abierta y constructiva reflexión orientada a evaluar la posibilidad de realizar una reforma estructural a la Justicia, que tenga en cuenta la colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder y el balance institucional, funcional y técnico, que debe haber entre ellas, respetando la autonomía propia de la Rama Judicial.

El gobierno nacional no tiene una agenda temática preestablecida a ser asumida por la comisión, tampoco pretende intervenir en la selección de las personas que harán parte de la misma, razón por la cual deja a su sano criterio estos aspectos esenciales, agradezco me comunique los nombres de los integrantes con el fin de expedir el acto administrativo correspondiente.

En el espíritu de propiciar las condiciones necesarias para consolidar la justicia como un servicio público, autónomo, independiente, pronto, eficaz y cercano al ciudadano, agradecemos su invaluable voluntad patriótica de colaborar con esta noble causa.

Al Ministro respondí, su atenta comunicación, en los siguientes términos:

Nunca dejará de importar e interesar a una sociedad el tema de la justicia formal, sus problemas, sus aspiraciones, su futuro.

Por eso resulta importante emprender la tarea que Usted propone en su comunicación, con el propósito más auténtico de procurar una reforma a la justicia - no en el estudio de los códigos que será necesaria en su momento-, en aquellos aspectos constitucionales y legales que permitan alcanzar un nivel de formación, composición, gestión, relación y estructuración en un ámbito de cabal autonomía.

Cumplo con enviar, en escrito separado, los nombres de los juristas que conformarían la Comisión que Usted insinúa para que, dentro de un plazo razonable, pueda presentar propuestas normativas y formular recomendaciones que considere convenientes o necesarias para el cumplimiento de los fines propuestos.

Con base en lo anterior, el Señor Ministro del Interior y de Justicia, en ese preciso momento Delegatario de Funciones Presidenciales, expidió el 18

de diciembre de 2009 el Decreto 4932, creando la Comisión de Expertos “(...) cuyo fin será evaluar la posibilidad y alcance de una reforma estructural a la justicia que tenga en cuenta la colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder y el balance institucional, funcional y técnico, que debe haber entre ellas, respetando la autonomía propia de la Rama (...)”.

Teniendo en cuenta los nombres propuestos, la Comisión se conformó con los siguientes profesionales del derecho:

José Alejandro Bonivento Fernández, ex Magistrado Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, Profesor Universitario, quien la presidió; el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; el Presidente del Consejo de Estado; Gustavo Aponte Santos, Consejero de Estado, Profesor Universitario; Pablo Cáceres Corrales, ex Magistrado Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura, Profesor Universitario; Ricardo Calvete Rangel, ex Magistrado Corte Suprema de Justicia, Profesor Universitario; Hernando Herrera Vergara, ex Magistrado Corte Constitucional, Profesor Universitario; Fernando Hinestrosa Forero, ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Rector Universidad Externado de Colombia; Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, ex Magistrado Corte Suprema de Justicia, Decano Facultad de Jurisprudencia Pontificia Universidad Javeriana; Pedro Lafont Planeta, ex Magistrado Corte Suprema de Justicia, Profesor Universitario; el doctor Eduardo López Villegas, Magistrado Corte Suprema de Justicia, Profesor Universitario; Julio Ojito Palma, Magistrado Tribunal Superior de Barranquilla, Profesor Universitario y Diego Younes Moreno, ex Consejero de Estado, Profesor Universitario. Solamente el profesor Hinestrosa Forero se excusó de participar en los trabajos de la Comisión por razones estrictamente académicas.

La Secretaría Técnica fue ejercida por la doctora Gloria María Borrero Restrepo, Directora Ejecutiva de la Corporación Excelencia en la Justicia, con estas funciones: convocar a las reuniones ordinarias y extraordinarias de la Comisión; elaborar el orden del día de las reuniones; llevar las actas de las reuniones; coordinar las acciones, elaborar los cronogramas, planificar la entrega de materiales, organizar el archivo de la Comisión y las demás que fueron necesarias para el efectivo cumplimiento de las funciones de la Comisión. La Corporación hizo reserva sobre los aspectos que se trataran, en el sentido de que no la comprometían.

Como invitado permanente de la Comisión, asistió el ex magistrado de la Corte Constitucional Jaime Córdoba Triviño.

La Comisión asumió las funciones de evaluar la conveniencia y alcance de una reforma estructural a la justicia colombiana; analizar las iniciativas académicas que se formularan sobre la materia; realizar consultas con entidades estatales, universidades, asociaciones de abogados y las personas u organismos que la Comisión considerara pertinentes, sobre las reformas que sugirieran debían introducirse; elaborar los proyectos de normatividad que desearan proponerse al Gobierno y las demás funciones inherentes a la naturaleza de la Comisión.

La Comisión, de manera autónoma, convino adelantar el estudio, para el Informe, con recomendaciones y propuestas normativas sobre la arquitectura institucional de la Rama Judicial: organización general, autogobierno, estructura, administración e independencia funcional y presupuestal; relación entre el Poder Judicial y las otras Ramas del Poder Público; Ministerio de Justicia – funciones; fortalecimiento de la presencia judicial en la geografía colombiana; Fiscalía General de la Nación; tutela y otras acciones constitucionales; responsabilidad y ética judicial; análisis del atraso y de la congestión judicial; el papel de la jurisprudencia; elección de magistrados, metodología, periodos y requisitos; régimen disciplinario, colegiatura obligatoria, formación y Carrera Judicial; intervención de la Rama Judicial en elecciones de funcionarios del Estado; fortalecimiento de la justicia alternativa; relación de la Rama Judicial con otros actores sociales: los colegios de abogados, la prensa; la defensa judicial del Estado.

Los ejes temáticos principales, en los cuales se concentró el contenido de la reforma, fueron: la autonomía e independencia de la administración de justicia, el acceso a la administración de justicia y la descongestión judicial.

Debo resaltar que la Comisión, de modo expreso, excluyó, como materia de discusión, lo relacionado con las competencias en materia de investigación, juzgamiento y sanción, radicadas en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Algo más, reiteró, desde ese momento, que el espíritu y propósito de las conclusiones de la Comisión se mantuvieran en lo esencial porque el esfuerzo realizado merecía un serio estudio; y por eso instó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a no modificar las reglas propuestas, en la marcha, sobre la investigación y juzgamiento atribuidas a aquellas corporaciones, sin que fuera óbice para que, una vez las actuaciones hubiesen culminado, se hicieran las precisiones e introdujeran correctivos que se llegaran a considerar necesarios por vía distinta a la reforma que se proponía. O que, so pretexto del estudio del proyecto, se incorporaran puntos relacionados con esas materias. Es decir, para los miembros de

la Comisión solamente debían tratarse aspectos propios de la administración de justicia, sin involucrar cuestionamientos o reformas políticas.

El 10 de junio de 2010, la Comisión entregó al Ministro del Interior y de Justicia el Informe Final, después de sesionar por más de seis meses de manera intensa y con profunda vocación y dedicación. Se trataron temas, previamente seleccionados, convertidos luego en 16 capítulos: fundamentos de la reforma; propuesta de reforma a la justicia; la estructura institucional de la Rama Judicial; el Ministerio de Justicia; la Fiscalía General de la Nación; acción de tutela contra providencias judiciales; análisis del atraso y de la congestión judicial; papel de la jurisprudencia; régimen disciplinario, colegiatura obligatoria y Carrera Judicial; relación del Poder Judicial y la Rama Ejecutiva; fortalecimiento de la justicia alternativa; la defensa judicial de la nación; intervención de la rama judicial en elecciones de funcionarios de otros órganos del Estado; relación de la Rama Judicial con los medios de comunicación; los textos de reformas y recomendaciones.

Y con ese escenario, se formularon las conclusiones y recomendaciones que se referencian, en lo esencial, a continuación.

2. Recomendaciones y reformas

2.1. *Autonomía de la Rama Judicial*

Sin duda, la primera gran e indiscutible conclusión: adelantar la propuesta de reforma sobre el imperio del principio de la autonomía de la Rama Judicial, para, contando con ella, lograr superar los problemas relevantes de la justicia en Colombia: la congestión y el atraso. Construir bases que permitieran lograr edificar una eficiente y eficaz justicia, pensando que una reforma por sí misma no superaría la totalidad de la problemática judicial pero sí permitiría instrumentalizar los medios de regulación y de ejecución. Y, en ese ambiente, se pensó procurar y diseñar un gobierno de administración y gestión de la rama judicial.

La Comisión concentró un mayor esfuerzo en lo que se ha llamado la arquitectura de la rama judicial con un organismo rector dinámico, unitario y abierto a atender los asuntos de administración de justicia, de los jueces, de los despachos judiciales, de la formación y capacitación de los funcionarios, pues lo que había existido desde la reforma de la Carta Política de 1991, con la composición del Consejo Superior de la Judicatura, definitivamente

pasó de las buenas intenciones a ciertas frustraciones en cuanto no ha sido la existente la organización más adecuada o armónica para el buen manejo del gobierno de la rama judicial, a pesar de los intentos por acertar.

Precisamente en el Capítulo III del Proyecto de Reforma a la Justicia presentado, la Comisión de Expertos construyó y plasmó el esquema de recomposición del gobierno de la Rama Judicial, que se transcribe en lo pertinente, no solo para conservar la esencia de la propuesta sino para evitar nuevas y sorpresivas aplicaciones. Y con insistencia debe decirse: cualquier reforma a la justicia que se pretenda tiene que fundamentarse en el órgano de gobierno, administración y regulación de la Rama Judicial. Y hasta válido afirmar que con una coherente y decidida reforma en esta materia sería, en principio, suficiente para alcanzar los propósitos de una mejor justicia, con amplitud en acceso ciudadano y con firmeza para combatir la descongestión de los despachos judiciales. Sostuvo la Comisión:

Para la Comisión la estructura del Consejo Superior de la Judicatura merece reflexiones, recomendaciones y propuestas de fondo, por cuanto de su organización y funcionamiento surgen cuestionamientos que la Comisión estima relevantes precisar y definir, aunque reconoce que en ciertos aspectos ha permitido ampliar favorablemente el ámbito de administración de la Rama.

Haber incluido en la Constitución Política de 1991, el Consejo Superior de la Judicatura para conocer y tratar asuntos que no guardan relación alguna, como el régimen disciplinario con el de administración en único órgano, por sí solo permite, después de más de 18 años de vigencia, que se revise su estructura para crear uno que funcionalmente sirva para cumplir con los cometidos de la autonomía de la Rama Judicial, con atribuciones y funciones que sirvan, a la vez, para imprimir una dinámica de gestión y de acción necesarias para el logro de los propósitos de efectividad y eficiencia de la justicia.

(...)

La Comisión reconoce que el punto central de la propuesta es el de buscar el fortalecimiento del gobierno de la Rama Judicial, no de manera caprichosa sino colmada de funciones y atribuciones que sirvan para la satisfacción de las necesidades de la justicia.

En primer lugar, se propone transformar el Consejo Superior de la Judicatura para abrirle espacio a un órgano de gobierno eficiente y de auténtica unidad. Por eso, se plantea la creación del Consejo Nacional de la Administración Judicial que reúna todos los elemen-

tos indispensables para que el gobierno sea plenamente integrado en el interior de la Rama Judicial. Entonces, el Capítulo 7 del Título VIII que la Constitución Política le destina a la Rama Judicial, con el título de Consejo Superior de la Judicatura, se reemplace por el Consejo Nacional de la Administración Judicial, y con un gran enunciado en el artículo 254 de que la Administración de la Rama Judicial es autónoma, y de esa manera recoger el elemento trascendental de la actividad judicial: la autonomía como factor relevante para el cumplimiento quehacer jurisdiccional mediante la consecución posibilidad de recursos y medios que permitan satisfacer las necesidades de justicia.

Una de las conclusiones adoptada de manera unánime por la Comisión es la de que es indispensable la reforma constitucional de la estructura de la Administración de Justicia, con la intención decidida de mantener el espíritu y derrotero del Constituyente de 1991; no se trata de menoscabar la autonomía e independencia judicial, sino de profundizarlas. Y mucho menos de desquiciar la estructura de la Nueva Constitución Política.

El diseño de gobierno de la Rama Judicial resiente de defectos, que han producido desajuste o inconsistencia en su dirección y en la unidad de la gestión; hay un divorcio entre administradores y los funcionarios judiciales, que le impide a aquellos asumir el liderazgo efectivo de la actividad; no hay una Corporación a la que se le pueda atribuir la responsabilidad por el estado de la Administración de Justicia; el Consejo Superior de la Judicatura no responde ante nadie, se considera autónomo frente a las Cortes; impugnó el texto de Ley 1285 de 2008, por considerar que el mandato de concertación de planes de descongestión con las otras Corporaciones atentaba contra su autonomía; esta es la distorsión: la autonomía que el Constituyente le atribuye a la Rama Judicial, se ejerce contra ella en el interior de la misma, por una entidad que la quiere para sí.

La Rama Judicial, en verdad, ha avanzado en estas dos décadas; se trata de preservar lo positivo, lo que se ha alcanzado por obra de la autogestión; las propuestas se encaminan a mantener el autogobierno, la dirección gerencial especializada y la escuela judicial en el interior de la Rama; sería un verdadero retroceso propender a los esquemas anteriores a la Constitución de 1991, en los que al Gobierno Nacional se le encomiendan tareas de administración de la Rama Judicial.

Sin vacilación se anota que la creación de la Dirección General de la Administración Judicial, con rango constitucional y con las funciones que se proponen, debe convertirse en un elemento importante y relevante de gestión, ejecución y administración, de perfil gerencial,

como motor impulsor de la Rama Judicial. Por eso, crear una gerencia separada o por fuera por completo del aparato regulador y de gobierno judicial es desarticular el mecanismo de gestión si no cuenta con la orientación de las políticas del Consejo Nacional de la Administración Judicial. El tipo de Dirección planteada supera la pretensión de una simple gerencia individual o colegiada si se tiene en cuenta el engranaje de la administración de la Rama Judicial que no se limita o contrae a ejecutar el presupuesto o las inversiones sino que tiene que ver con una organización de justicia en cuanto a despachos judiciales, su distribución o composición, la lucha contra la congestión y el atraso, la actividad en pos del acceso a la justicia del ciudadano común, de garantizar un sistema jurídico coherente y dinámico.

Más aún: la administración de la Rama Judicial debe permanecer en la propia Rama, con acatamiento de la autonomía reconocida en la Constitución Política de 1991. Resulta difícil o compleja estructurar el gobierno de la Rama Judicial con la participación de órganos que no tengan su origen en la misma, vinieren de donde vinieren, pues derivaría la consecuencia de la intervención de agentes que no pertenecen a la propia Rama en quebranto de la proclamada autonomía y de una coordinada gestión.

La Comisión reitera que otros pilares del órgano de administración y gestión descansan en la escuela judicial y en el fortalecimiento de la carrera judicial, que plenamente identificados, se convierten en medios idóneos o capaces de mejorar las condiciones y calidades de los funcionarios, en aras de contar con mejores servidores públicos judiciales. Y lo cierto es que no se puede dejar en manos de una gerencia el manejo de la escuela judicial y de la carrera sino que requiere la coordinación de un aparato constituido con profesionales que tengan pleno conocimiento de las necesidades de capacitación y permanencia de los funcionarios judiciales.

La Comisión propone igualmente la conformación de un Consejo Nacional de la Administración Judicial, buscando como referencia y modelo un órgano que funcionalmente responda a la unidad de gobierno judicial y de estrecha y permanente comunicación entre todos los actores de justicia. Son los presidentes de las tres Altas Cortes jurisdiccionales, los que deben estar presentes en la gestión de la Rama Judicial, particularmente en lo que concierne con las funciones o atribuciones sobre políticas judiciales, sobre reglamentaciones constitucionales, sobre mapa judicial, sobre distribución geográfica de despachos, etc. Y éstos se acompañarán con otros tres Miembros de carácter permanentes, abogados o profesionales en economía, administración o ciencias afines. Estos últimos no serán magistrados pero

si miembros activos de ese Consejo, con perspectivas o posibilidades gerenciales en los aspectos centrales de administración tales como impulsar la ejecución del presupuesto y de los recursos económicos, la planificación, que han de cumplir las actividades de gestión requeridas.

Entiende la Comisión que la participación de los Presidentes de las Altas Corporaciones en el Consejo Nacional de la Administración Judicial, representa a estos dignatarios una inmensa dedicación adicional a su labor jurisdiccional. Por eso, recomienda que cada una de ellas se encargue de reglamentar, a su interior, la manera de permitir el desempeño de tales Dignatarios en ejercicio de todas funciones previstas para el Consejo con cierta continuidad, como eximirlos transitoriamente de funciones jurisdiccionales, de ampliación del período presidencial a más de un año para aprovechar las experiencias, del nombramiento de asistentes, preferencialmente expertos en finanzas, economía o administración, para que acompañen a los Presidentes en la labor de administración y gobierno, durante el tiempo que integren dicho Consejo. En todo caso, cada Corporación podrá, a su interior, mediante sus propios reglamentos, adoptar las medidas para que las actividades de los presidentes se cumplan con dedicación y entrega.

La integración que se propone del Consejo Nacional de la Administración Judicial, sin vacilación, resulta la más adecuada para una verdadera administración de la Rama Judicial, por breves razones: el Consejo Nacional de la Administración Judicial no tendrá ninguna clase de interferencia con órgano disciplinario ni jurisdiccional. Precisamente, la Comisión plantea la eliminación de la Sala Disciplinaria y por consiguiente que el régimen disciplinario se establezca en los términos que se destacarán por separado en esta propuesta. Y desde ahora con una especial anotación: los actuales magistrados disciplinarios de los Consejos Seccionales que se encuentren en carrera se trasladen o reasignen a los respectivos tribunales de Distrito, de acuerdo con la especialidad que muestren o que resulte del estudio que adelante aquel Consejo. Como aspecto favorable, se fortalecería el cuerpo jurisdiccional de los distritos judiciales, sin detrimento del presupuesto de la Rama Judicial. Igual situación podría considerarse para los Magistrados de las Salas Administrativas del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura.

(...)

Por supuesto, tendrá que hablarse de una función gerencial o de instrumentación que brote de las decisiones del Consejo Nacional de la Administración Judicial, para ser ejecutada por la Dirección General, no sólo en lo que concierne con el proyecto de presupuesto de la

Rama Judicial que deba presentar a consideración del citado Consejo sino para dirigir y administrar tanto los servicios administrativos prestados por los funcionarios judiciales, como el sistema de información y, en general, de administración de los recursos de la Rama Judicial y de cumplir con las decisiones del Consejo, que a su vez se podrían desconcentrar territorialmente en seccionales de distritos judiciales o regionales.

La importancia de la presencia de Magistrados de las Altas Cortes en el Consejo Nacional de la Administración Judicial es indiscutible, pues con la distribución de actividades, materia de una ajustada reglamentación del mismo, para todos los componentes de dicho Consejo, permitirá a aquellas corporaciones vincularse plenamente con los propósitos de planificación y ejecución, de recursos humanos, gestión, de política judicial, creación de tribunales y juzgados, etc.

Propone la Comisión, como norma constitucional, que el Consejo Nacional de la Administración Judicial, se reúna con carácter obligatorio, por lo menos dos veces al año con la participación de entidades, organismos y personas que componen, en cierta forma, el sector justicia, para tratar políticas de apoyo y asesoría a la Rama Judicial y constituya en órgano de interlocución con las otras ramas del poder público, con sentido de colaboración armónica. Le corresponderá al mismo Consejo reglamentar el funcionamiento de esa especie de Comisión Ampliada.

Se suprime la atribución que la Constitución Política le ha encargado al Consejo Superior de la Judicatura de elaborar lista para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, pues dentro de la formulación general se indicará el sistema de elección por cooptación que se considera debe aplicarse para el nombramiento de los Magistrados de las Altas Corporaciones. Claro que la elaboración de listas de los otros funcionarios, resultante del desarrollo de los concursos y, por consiguiente, de la carrera judicial, se mantiene.

La Comisión considera que debe existir una Dirección General de la Administración Judicial, con rango constitucional y de índole técnica y ejecutiva, que cumpla las funciones de contratación, recursos humanos, carrera judicial, tesorería, gestión de bienes inmuebles, presupuesto, informática, con sujeción a las políticas y decisiones del Consejo Nacional de la Administración Judicial y de acuerdo con la reglamentación que expida este organismo para todo lo que se relacione con el funcionamiento. Del mismo modo, la Dirección procurará que se organicen unidades de gestión en cada jurisdicción.

Para la Comisión, el órgano rector de administración, regulación y gestión y de formulación de políticas debía ser uno solo sin división alguna, como lo propuso el Gobierno Nacional con la creación de una Sala de Gobierno y una Gerencia, pues el principio de unidad debe prevalecer a la vez que se establezcan criterios de integración y de fijación armónica de política y gestión judicial.

Lo que sí merecería un estudio sería incluir un séptimo miembro en el Consejo Nacional de la Administración Judicial que sea delegado de los magistrados de los tribunales superiores, elegidos por ellos, por la cercanía regional y el conocimiento de los asuntos de los distritos judiciales. No así que el Fiscal o el Procurador o el Ministro de Justicia integren dicho Consejo Nacional de la Administración Judicial o cualquier órgano de gobierno de la rama judicial porque la intervención permanente de estos altos funcionarios haría que la gestión fuera compleja e innecesaria, contrariando los fines de agilidad y efectividad que se persiguen con una reforma judicial.

La Comisión propuso como texto constitucional:

CAPÍTULO 7

Del Consejo Nacional de la Administración Judicial

Artículo 254. La administración de la Rama Judicial estará a cargo del Consejo Nacional de la Administración Judicial, integrado por los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y por tres Miembros nombrados, uno por cada una de dichas corporaciones para un periodo individual de cuatro años, reelegibles por una sola vez.

El Consejo Nacional de Administración Judicial será un órgano de gobierno, planificación, regulación y control de la ejecución de las políticas de la Rama Judicial.

El Consejo tendrá una Dirección General de la Administración Judicial y una Escuela Judicial.

La Dirección General de la Administración Judicial es la encargada de ejecutar las actividades administrativas de la Rama Judicial, con las funciones, políticas y decisiones impartidas por el Consejo Nacional de la Administración Judicial.

La Escuela Judicial es la encargada de la formación, capacitación y actualización de los servidores de la Rama Judicial, y de apoyo a la carrera judicial, de acuerdo con las funciones, políticas y decisiones impartidas por el Consejo Nacional de la Administración Judicial.

Parágrafo. La Administración de la Rama Judicial es autónoma. Para garantizar la autonomía se destinará anualmente en el presupuesto de rentas y gastos una partida equivalente no inferior al 2,5% del presupuesto nacional, y en ningún caso el monto podrá ser desmejorado. Este porcentaje es independiente del presupuesto de la Fiscalía.

ARTÍCULO 255. Para ser miembro del Consejo Nacional de la Administración Judicial, diferente de los Presidentes de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener título de abogado o en ciencias económicas, financieras o de administración, y haber ejercido la respectiva profesión con buen crédito durante quince años.

ARTÍCULO 256. Corresponde al Consejo Nacional de la Administración Judicial las siguientes atribuciones y funciones:

1. Adoptar las políticas públicas necesarias para la planificación, el gobierno, la gestión y la administración de la Rama Judicial y para la satisfacción de la prestación eficiente del servicio de justicia.
2. Garantizar el eficiente funcionamiento del sistema judicial.
3. Dotar a cada una de las jurisdicciones de la estructura administrativa y los medios necesarios para el cumplimiento de las funciones de evaluación del desempeño, control disciplinario y gestión de los procesos judiciales.
4. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales y la vigilancia administrativa correspondiente y adoptar las medidas necesarias para la efectividad de la gestión.
5. Administrar la carrera judicial.
5. Elaborar las listas para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.
6. Elaborar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial que deberá ser remitido al Gobierno, y ejecutarlo de conformidad con la aprobación que haga el Congreso.
7. Fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales.

8. Crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia. En ejercicio de esta atribución, el Consejo Nacional de la Administración Judicial no podrá establecer, a cargo del Tesoro, obligaciones que excedan del monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones.
9. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia y para superar la congestión judicial y propender por el efectivo acceso a la justicia y, así mismo, proferir los relacionados con la formación, promoción y capacitación de los funcionarios y empleados judiciales, con el bienestar y la seguridad de los servidores judiciales, con la organización de las funciones y trámites administrativos de los despachos judiciales.
10. Reglamentar la Colegiatura Nacional de Abogados y elegir sus miembros.
11. Designar el Director General de la Administración Judicial y al de la Escuela Judicial.
12. Rendir un informe anual a la Nación de la gestión de la Rama Judicial
13. Presentar proyectos de actos legislativos y de ley, relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales.
14. Dictar su propio reglamento.
15. Las demás que señale la ley.

Por último, la Comisión incluyó un nuevo texto constitucional para que, además de las reuniones permanentes del Consejo, se instrumentalizara la presencia y participación de personas y autoridades en determinados eventos y reuniones del Consejo Nacional de la Administración Judicial.

Artículo 257. Por lo menos dos veces al año sesionará el Consejo Nacional de la Administración Judicial con la asistencia obligatoria del Ministro de Justicia, del Ministro de Hacienda, del Fiscal General de la Nación, del Procurador General de la Nación, del Defensor del Pueblo, del Director General de Planeación, de dos funcionarios o empleados de la Rama Judicial, de un Delegado de las Jurisdicciones Especiales, de dos abogados designados por los Colegios de Abogados, un delegado de los Colegios de Notarios, con el fin de apoyar y asesorar a la Rama Judicial, articular las políticas del sector justicia y de servir de interlocutor con todas las ramas del poder público, de

conformidad con el reglamento que expida el Consejo Nacional de la Administración Judicial .

Para la Comisión,

(...) el cambio en la estructura de gobierno de la Rama Judicial, dejándola en su integridad al interior del Consejo Nacional de la Administración Judicial, con todos sus componentes orgánicos, se fortalecía con la asignación de un porcentaje del presupuesto nacional aunque sabía que no era fácil convencer a las otras ramas del poder público de la importancia de esa inclusión en el texto constitucional; y como expusiera la Comisión. De otra parte, la Comisión conviene en señalar que no basta formular grandes escenarios teóricos o académicos sobre la administración de justicia sino que se requiere dar un salto en la conquista de un espacio trascendental en la Rama Judicial: gozar de un presupuesto que sea suficiente para cumplir con la inmensa y compleja función de administrar justicia, o sea, fijar un porcentaje mínimo constitucional. Con eso se alcanzaría una meta de indiscutible relevancia.

Es evidente que el presupuesto de la Rama Judicial no es suficiente y, además, su negociación anual con el poder ejecutivo y legislativo genera grandes dificultades para la consolidación de la independencia judicial. En efecto, la consolidación de la autonomía e independencia judicial debe estar encaminada a garantizar a través de la Constitución o la Ley un porcentaje mínimo que debe recibir la Rama Judicial como parte de su presupuesto anual, pues la negociación anual con el poder ejecutivo y legislativo en esta materia genera inconvenientes. Es importante destacar, que “algunos países disponen de un porcentaje fijo del presupuesto nacional o de los ingresos ordinarios que (en el caso de Costa Rica), que en virtud de la Constitución o de una ley, se asignan como mínimo anualmente al Sector Justicia. Entre ellos se encuentran: Argentina (3,5 %), Costa Rica (6%), El Salvador (6%), Panamá (2%), Nicaragua (4%) Paraguay (3%), Puerto Rico (4%) y Venezuela (2%)”¹.

Así, de conformidad con las leyes de presupuesto, entre 2005 – 2010, el presupuesto asignado a la Rama Judicial –sin la Fiscalía ni el Instituto Nacional de Medicina Legal-, corresponde a una porción entre el 1,02% y el 1,24% del total del presupuesto nacional.

(...)

1 Centro de Estudios de Justicia de las Américas -CEJA, Reporte sobre la Justicia en las Américas 2008-2009, Santiago, Chile, Febrero 2010. En: <http://www.cejamericas.org/reportes/index.php?idioma=espanol>

La Comisión propone, luego de escuchar a estudiosos de la materia y de verificar los antecedentes presupuestarios, la inclusión de un porcentaje no inferior al 2,5 % del presupuesto nacional de rentas y gastos, para atender las jurisdicciones y la administración de las jurisdicciones; este porcentaje es independiente del presupuesto de la Fiscalía pues ésta maneja autónomamente su presupuesto y se le debe asignar un porcentaje por separado. Sabe la Comisión que la fijación de este porcentaje así mismo suficiente del presupuesto, como el necesario para que la justicia alcance un lugar de eficiencia y efectividad. Pero igualmente admite que esa propuesta no goza del respaldo de algunos expertos sobre el presupuesto a escala gubernamental. Con todo, cree que resulta incuestionable insistir que se haga efectiva la propuesta constitucional de esa estirpe, para insistir que los agentes de las otras ramas del poder público, ejecutivo y legislativo, acompañen a la judicial en ese propósito y que el mayor esfuerzo que se haga guarde relación con las reales necesidades.

Permanentemente, y por muchos años, los Presidentes de Cortes Iberoamericanas, en diversas cumbres, han sostenido la importancia de que el poder judicial cuente con recursos suficientes para el cumplimiento de su cometido de administrar justicia. Así por ejemplo en la reunión de Canarias de 2001 expusieron: “Reafirmamos que debe continuar el proceso de esfuerzo presupuestario y de reformas legales para dotar a todos los países del área de poderes judiciales fuertes e independientes, provistos de suficientes medios materiales y humanos y materiales y de los instrumentos procesales adecuados, por su especial incidencia en este ámbito de actividad jurisdiccional”. Y en la Cumbre de Caracas de 1999 se comprometieron los Presidentes de Cortes Iberoamericana: “Gestionar la incorporación de normas constitucionales y legales que prevean la participación importante del presupuesto judicial de nuestros países en el presupuesto nacional, y que asimismo garanticen autonomía plena para su planificación y ejecución”.

La Comisión propuso modificar el Consejo Superior de la Judicatura, sólo como se expuso atrás, sino en cuanto la Sala Disciplinaria no formaría parte de él. Más allá de prescindir de ese organismo por asuntos coyunturales del momento, se aplicó un nuevo concepto de juzgamiento disciplinario tanto de funcionarios judiciales como de abogados en ejercicio, rescatando frente a lo primero que se adelantara al interior de la Rama Judicial o bien que se pensara en la creación de un entidad disciplinaria especializada con esas estrictas funciones, a manera de un tribunal, y para lo segundo entregar la disciplina de los abogados a los Colegios de Abogados. Expuso la Comisión sobre el particular:

La Colegiatura Obligatoria se erige como un cuerpo especial de la Rama Judicial, con funciones públicas, para conocer de todos los asuntos relacionados con los abogados no solo en lo disciplinario sino extensivo a temas de funcionamiento y gestión como la organización de seccionales, de Colegios de Abogados, el control de los colegiados, en lo pertinente el registro profesional, etc. de acuerdo con el reglamento que expida el Consejo Nacional de la Administración Judicial.

De acuerdo con la Ley 270 de 1996, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura “regular, organizar y llevar el Registro Nacional de Abogados y expedir la correspondiente Tarjeta Profesional, previa verificación de los requisitos señalados por la ley” (artículo 85, núm. 20).

De conformidad con cifras del Consejo Superior de la Judicatura, entre los años 1993 a 2009, se reportan 170.052 tarjetas profesionales activas². En virtud de la Constitución colombiana, la colegiatura para los abogados es facultativa, teniendo en cuenta que el artículo 26 constitucional establece que “Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios”. De esta forma, existen diversos colegios de abogados en el país, agrupados por criterios como la ciudad o departamento en los que se encuentran ubicados, las áreas temáticas en las que se especializan sus miembros, la universidad de la que son egresados sus integrantes, etc.

La Comisión fue consciente que la entrega a los Colegios de Abogados de los asuntos disciplinarios de los profesionales del derecho significaba no solo un cambio en la actividad misma del órgano de juzgamiento disciplinario sino la transformación en la evaluación de los comportamientos de los abogados en cuanto sus conductas éticas serían calificadas y sancionadas por sus propios pares, por fuera de la estructura jurisdiccional de la Rama. En verdad, es un paso que tarde o temprano habrá que dar aunque cueste trabajo la comprensión de su aplicación. Como texto normativo se propuso el siguiente:

Artículo 257A. Habrá la Colegiatura Nacional de Abogados, con funciones públicas, integrada por siete miembros, abogados, mayores de cuarenta y cinco años, designados por el Consejo Nacional de la Administración Judicial.

2 De estas, 170.052 son equivalentes a abogados inscritos, y como fallecidos 8.323 abogados.

La ley determinará la composición y el ejercicio de la Colegiatura Nacional de Abogados.

A la Colegiatura Nacional de Abogados le corresponderá investigar y sancionar las faltas disciplinarias de los abogados en el ejercicio de su profesión con sujeción a la ley.

Al cambiar tanto el sistema de juzgamiento disciplinario como de los conflictos de competencias, era necesario introducir modificaciones a las normas que regulaban la materia, en particular las pertinentes al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria que se suprimía, y con tal propósito se revisaron los artículos de la Carta Política que asignaban conocimiento a esa Sala.

Claro que la Comisión advirtió que ciertos sectores académicos, sociales y profesionales manifestaron que la entrega de la investigación y sanción de los abogados a los respectivos Colegios significaba un medio para encubrir la actividad incorrecta del colega, contrario a la creencia de buscar una efectiva transformación en la práctica y en ejercicio sancionatorio en esta materia. Hay que superar esa prevención, pues nada puede resultar más acorde con la realidad actual que sean los mismos abogados quienes, velando por el bien y dignificación de la profesión, mantengan viva la llama de la moral y la ética.

Si es el caso, con otra visión, mantener el régimen disciplinario de los empleados, funcionarios y abogados al interior de la rama judicial, bastaría, como se pensó, con asignarle esos asuntos a un Consejo o Tribunal Disciplinario, separado del Consejo Nacional de la Administración Judicial, con funciones estrictamente administrativas de juzgarlos disciplinariamente y, además, de conocer de los conflictos de competencia entre los distintos órganos de la Rama Judicial.

2.2. La tutela

La tutela fue otro de los grandes temas abordado por la Comisión, que sin llegar a un unánime acuerdo sobre su regulación, sí la llevó a resaltar su importancia en la vida del ciudadano actual. Para la Comisión,

La tutela se ha constituido en el instrumento más formidable para hacer realidad el Estado Social de Derecho, efectivo el acceso a la justicia de los ciudadanos y eficaces los derechos fundamentales y sociales, pero de su entendimiento jurisprudencial y de su práctica judicial se han derivado consecuencias perturbadoras.

La activa realización judicial en derechos sociales ha creado una cultura indeseable en los otros poderes públicos y actores sociales, en especial en la administración de los servicios públicos de seguridad social, de abandono, relegación y omisión en el respeto de esos mismos derechos, dejan de actuar para hacerlo sólo a instancias judiciales; nada más dicente de este estado de cosas que lo que ocurren en la seguridad social en salud: 142.000 tutelas en el 2008; y se estima que un 30% de las reclamaciones son por prestaciones contempladas en los planes de beneficio.

El diseño constitucional que proveída la tutela contra las providencias judiciales como mecanismo extraordinario, se ha convertido en una instancia adicional a los procesos ordinarios y especiales, haciendo más compleja la resolución judicial de los conflictos.

La seguridad jurídica y la predictibilidad de los derechos se resiente con el uso de la tutela contra decisiones judiciales en un escenario en el que se prescindía de las reglas básicas de todo ordenamiento de competencias judiciales: la jerarquía, la especialidad y jueces naturales señalados por la ley; ni los ciudadanos pueden escoger a sus jueces, ni estos a los de sus instancias inferiores modificando las reglas ya establecidas.

(...)

La Comisión destaca que la tutela contra providencias judiciales de las Altas Cortes es un debate de alta complejidad y motivo de una viva controversia doctrinal y jurisprudencial, aún no superada, porque enfrenta varios principios básicos del actual sistema constitucional: La autonomía judicial, la seguridad jurídica y el carácter definitivo de las decisiones de los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa.

Existe, sin embargo, consenso en la necesidad de explorar alternativas de solución fundamentalmente en materia de procedencia de la acción frente a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en el contexto de un sistema jurídico de control de constitucionalidad mixto o concentrado, como es el caso de Colombia.

Se acepta como regla general la importancia y el valor de la necesidad de mantener el control constitucional concreto de las providencias judiciales mediante una acción subsidiaria, residual y autónoma, derivados del carácter normativo de la Constitución y del carácter central de la protección efectiva y primacía de los derechos fundamentales, aspecto que resulta pacífico frente a decisiones judiciales adoptadas en sede distinta a la Corte Suprema o el Consejo de Estado.

La Comisión también entiende que la regulación actual de la acción de tutela contra providencias judiciales resulta deficiente y por ello deben introducirse, entre otras las siguientes modificaciones constitucionales y estatutarias : a) restablecer un término de caducidad de dos meses; b) exigir la intervención de abogado; c) necesidad de haber agotado los mecanismos ordinarios de defensa judicial, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; d) demostración de la incidencia de la violación en la decisión de juez; e) límites a la intervención del juez constitucional para evitar que se sustituya la competencia del juez ordinario; f) respeto al principio de jerarquía en la interposición de la acción y g) improcedencia frente a decisiones de tutela.

La Comisión propuso introducirle al artículo 86 de la Constitución Política dos párrafos que sirvieran para superar algunas de las inquietudes de la academia y de la sociedad, en derredor de la tutela contra providencias de las altas corporaciones, con este tenor:

Parágrafo. No procederá la acción de tutela contra providencias judiciales de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado por concepto de apreciación probatoria o de aplicación o interpretación de la ley; sólo procederá por grave violación del derecho fundamental del debido proceso en que incurra la respectiva corporación en el trámite del recurso o del proceso. Esta acción deberá interponerse ante la misma corporación. Las acciones de tutela que fueren denegadas por improcedentes, por las causales previstas en este artículo, se rechazarán de plano mediante auto que no será objeto de revisión por la Corte Constitucional.

Parágrafo: En los casos en que excepcionalmente procede la tutela contra providencias judiciales, la acción correspondiente deberá promoverse por conducto de abogado, dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la respectiva decisión, siempre que se encuentren agotados los mecanismos ordinarios de defensa judicial, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

2.3. Precedentes judiciales

Otro aspecto sobresaliente del proyecto de reforma de la Comisión de expertos, giró alrededor de los precedentes judiciales, como una indiscutible propuesta para agilizar la justicia. La Comisión formuló este enunciado:

En compendio, el reestudio del papel que cumple o debe cumplir la jurisprudencia en la hora de ahora, vale decir en un Estado social

de Derecho, caracterizado por la presencia racional y dinámica del juez como inequívoco garante de los valores en que se cimienta una democracia moderna, al mismo tiempo que de un 'orden justo', es una constante, toda vez que hay conciencia que, al margen de un mal entendido y desbordado activismo judicial, el juzgador está llamado a ocupar un sitio de preferencia en la sociedad y, desde luego, en el concierto jurídico, en el que la jurisprudencia, como obra colegiada propiamente dicha, ha dejado de ser adjetiva para convertirse en una aquilatada fuente sustantiva del Derecho; en faro para jueces, abogados, autoridades públicas, estudiantes y, en fin, para la colectividad toda, ávida de las directrices que emanan de los órganos supremos llamados a generarla ('altas cortes').

En este último sentido, se ha estimado necesario para garantizar la racionalidad, a la par que la uniformidad de las decisiones judiciales, evitar que las valoraciones del juez no correspondan a meras subjetividades, aisladas o desconectadas del entramado jurisprudencial preexistente, el que debe ser tenido en cuenta, en línea de principio rector.³ A partir del reconocimiento de que la precisión del lenguaje en las reglas generales es limitada, debido a la textura abierta del lenguaje normativo y a que todas las posibles situaciones jurídicas y fácticas no pueden ser previstas por el legislador, quien es falible, por naturaleza (Hart, 1968, págs. 45, 46, 47), se corrobora la protagónica, amén que indispensable labor de la judicatura, la cual asume un papel preponderante de cara a la construcción, actualización y aplicación del Derecho legislado, haciendo concreta la voluntad abstracta del legislador; redondeando, precisando o complementando aquellos aspectos que, por una razón u otra, no lo fueron en el campo legislativo, y permitiendo que la justicia material se torne en una realidad tangible, esto es, en un valor de raigambre constitucional, pero con rostro humano, cívico.

Y con esta recomendación:

En este contexto, resulta de singular relevancia la adopción de un régimen que garantice la obligatoriedad de la jurisprudencia de manera relativa o racional, en el que los jueces se encuentren vinculados tanto a la jurisprudencia anterior de sus superiores, como a la propia

3 En este punto coincide el profesor Ricardo Sanín Restrepo, para quien la revalorización del precedente judicial "... inhibe la arbitrariedad judicial (...) la certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica y la igualdad material, en pocas palabras, la ley concreta la libertad formal, la jurisprudencial realiza la igualdad material ..." (Sanín, 2006, p.112).

(precedentes vertical y horizontal, respectivamente), pero manteniendo siempre la posibilidad de apartarse de ella cumpliendo con las cargas de transparencia y de argumentación –muy por la vía de lo estatuido en la referida sentencia de constitucionalidad: C-836 de 2001.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la adopción de un sistema respetuoso de la obligatoriedad de la jurisprudencia -que no absoluto e inflexible-, lleva consigo indiscutidas y apreciables ventajas comparativas, muy especialmente en el terreno de la certidumbre y seguridad jurídica y, claro está, de la efectividad de los derechos y de la cumplida administración de justicia, otro beneficio que aflora de esta concepción vinculante, pero respetuosa de la autonomía judicial, bien entendida, puesto que decisiones uniformes, vinculantes para todos los actores jurídicos, en efecto, contribuyen a la descongestión y a la evitación ulterior de nueva congestión.⁴

En consonancia con lo manifestado, importa pues precisar, amén de aclarar que la adopción de un régimen de obligatoriedad absoluto e inflexible no parece recomendable, como bien lo entiende la *communis opinio*, entre múltiples razones, debido a que afectaría la autonomía de los funcionarios judiciales y propiciaría la automaticidad o mecanicismo en el ámbito judicial, lo que generaría el subsecuente congelamiento de la jurisprudencia (doctrina judicial pétrea) y, obstaculizaría, de paso, el fluido diálogo jurisprudencial que se verifica desde la base, de suyo capital, a la par que democrático, y sustancialmente enriquecedor en una ciencia como el Derecho, que no es exacta, ni acartonada, tanto más cuanto que, en no pocas ocasiones, han sido los jueces y los tribunales, quienes en forma respetuosa, pero clara e independientemente, han convencido a sus superiores funcionales de la conveniencia de cambiar el rumbo jurisprudencial. De allí que, respetando otras posiciones, fieles al respeto de la precitada autonomía, nos inclinemos por recomendar el prohijamiento de un esquema vinculante, sí, pero racionalmente, en la inteligencia de que no es una camisa férrea para el juzgador, habida cuenta que, excepcionalmente, es procedente el disenso razonado y justificado, a manera de garantía democrática. Por consiguiente, en este específico contexto debe ser entendida

4 Cfm. Eduardo Pilonieta, al aseverar que, “(...) cuando el juez deba respetar los precedentes jurisprudenciales, el ordenamiento alcanzará los siguientes objetivos: la efectividad de los derechos y la realización de la justicia material; exactitud de la administración de justicia; confianza y credibilidad de la sociedad civil en el Estado, a partir del principio de la buena fe de los jueces; unificación de la interpretación razonable, lo cual disminuye la arbitrariedad; estabilidad en sus decisiones y seguridad jurídica materialmente justa (...).

la propuesta de la Comisión que, en ningún caso, propende por tornar inflexibles e inamovibles las decisiones de las Altas Cortes.

La historia muestra -como en párrafos precedentes se explicitó-, que la propia judicatura ha considerado que un sistema de obligatoriedad absoluta del precedente, per se, no resulta el más conveniente de cara a la noble labor que deben cumplir los jueces, no sólo a la luz de la Constitución, sino de los valores que orientan al ordenamiento jurídico, tal y como hace escasos años lo expresó la propia Corte Suprema de Justicia con ocasión del examen de un texto de reforma judicial preparado por el ejecutivo. De igual manera, se memora, en el marco del deductivismo inherente a la 'doctrina legal', se memora, fueron los propios jueces y magistrados, quienes pusieron de presente que con un sistema tal, se podía desnaturalizar el contenido y alcance de la sacra función jurisdiccional (numeral 2, letra b. de este escrito).

La propuesta de norma fue la siguiente:

ARTÍCULO 230. Los jueces en sus providencias están sometidos a la Constitución y la ley.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en lo de su competencia, deberá ser considerada y acatada por jueces y magistrados, quienes, según el caso, podrán apartarse de dicha jurisprudencia, exponiendo, de manera expresa y clara los motivos que justifiquen tal separación.

Las demás autoridades públicas deberán aplicar la doctrina jurisprudencial respectiva, so pena de la imposición de las sanciones que establezca la ley.

La equidad, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios complementarios de la actividad **judicial**.

2.4. Elección de magistrados, metodología, periodos y requisitos

La Comisión también se ocupó de la elección de los magistrados, metodología, periodos y requisitos. Y fue ella la que introdujo las propuestas de aumentar la edad de retiro de los magistrados de las altas cortes a 70 años, el periodo a 12 y el tiempo de experiencia a 15 años, y de procurar una elección por cooptación abierta y pública de todos los aspirantes. Con la expresa advertencia de que esas modificaciones solamente se aplicarían a aquellos magistrados que fueran elegidos a partir de la vigencia de la reforma y no a los que estuvieran ejerciendo el cargo.

Sostuvo la Comisión para explicar lo concerniente con esos temas, que obedecían a poderosas razones de conveniencia institucional mas no personal:

En Colombia se han presentado polémicas alrededor de temas como la edad de retiro de los Magistrados. Como lo han evidenciado los medios de comunicación, en diversas ocasiones los integrantes de las Altas Cortes han acudido a la acción de tutela para mantenerse en sus cargos, pese a haber cumplido la edad de 65 años⁵. Uno de los argumentos que se han empleado dentro del debate, es que los funcionarios de los organismos creados bajo esta nueva Carta Política (tales como la Fiscalía General de la Nación, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura) no necesariamente se deben regir bajo la edad de 65 años como edad de retiro forzoso⁶.

Ante el vacío constitucional en la materia, surge la necesidad de que se revalúe el tema, a fin de evitar la posibilidad de que se sigan presentando controversias alrededor de la permanencia de Magistrados de las Altas Cortes, y también para readecuar la edad de retiro forzoso a la realidad demográfica colombiana. Esto último, teniendo en cuenta que de acuerdo con las estadísticas elaboradas por el DANE, de acuerdo con las cuales la esperanza de vida en el país se calcula en 74 años⁷.

En este sentido, cabe anotar que en derecho comparado se encuentra que la edad de retiro que se ha establecido para los Magistrados oscila entre los 70 años en Uruguay y España; y los 75 años

-
- 5 Por ejemplo, el periódico El Espectador reportó los casos de un Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura y de un Consejero de Estado que protagonizaron discusiones en torno al tema de la edad de retiro forzoso para poder mantenerse en el ejercicio de sus cargos. “¿Quién se va a los 65 años?”, El Espectador, 4 de abril de 2008, Redacción Judicial. En el mismo sentido, “Magistrados de las Altas Cortes sí tienen edad de retiro forzoso”, Ámbito Jurídico, 26 de julio de 2008.
- 6 Pese a la existencia de esta posición, en sentencia de impugnación de tutela, del 2 de julio de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que *“si bien es cierto que el artículo 2º del Decreto 1660 de 1978 señaló los empleos a los cuales, en su momento, se hizo referencia con la expresión “funcionarios”, ello no significa que la edad de retiro forzoso deba ser aplicada exclusivamente a los cargos enunciados allí, porque el juez constitucional no puede pasar inadvertido el hecho de que el término señalado en el Decreto data del año 1978 y por tanto no podía abarcar dentro de la enunciación que hace de funcionarios, a los Magistrados de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y al Fiscal General de la Nación que no existían y que fueron instituciones y cargos creados por la Constitución de 1991”*. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.
- 7 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). “Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020”

en Paraguay, Chile y Argentina⁸. A ello cabe sumar que los períodos de ejercicio de los Magistrados son más altos en casos como el norteamericano, donde estos funcionarios son vitalicios. En sentido similar, los miembros de la Corte Suprema de Chile permanecen en sus cargos hasta alcanzar la edad de jubilación, de 75 años. En México, los períodos son de 15 años; en Uruguay, la duración es de diez años sin reelección inmediata, y en Costa Rica los períodos son de 8 años, con posibilidad de renovación.

Respecto de la metodología para la elección de Magistrados, se encuentra que en casos como el paraguayo, peruano, chileno y español, las Cortes Supremas de Justicia son conformadas a partir de propuestas de candidatos que surgen del interior de la propia Rama Judicial⁹, bien sea de origen en las Cortes Supremas, o del órgano encargado del Gobierno de la Rama. Existen a la vez algunos casos en los que intervienen exclusivamente las otras Ramas del Poder, tales como el uruguayo¹⁰ y el norteamericano¹¹. Los órganos de Gobierno son nombrados directamente por la Rama Judicial en casos como el chileno y el costarricense¹², mientras que en casos como el peruano, el

-
- 8 Sin embargo, en Argentina se permite que los Magistrados mayores de 75 años puedan permanecer en el cargo, siempre y cuando haya nombramiento precedido de acuerdo en el Senado. Dichos nombramientos tienen una duración de máximo cinco años.
 - 9 En el caso paraguayo, el Consejo de la Magistratura propone las ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes. Dichas ternas son llevadas a la Cámara de Senadores para que designe los Magistrados, con acuerdo del Poder Ejecutivo. En Perú, los Magistrados son nombrados previo concurso público de méritos y evaluación personal a los jueces y fiscales de todos los niveles, por el Consejo Nacional de la Magistratura. Dichos nombramientos requieren el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros. En Chile, los miembros de la Corte Suprema son nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, siendo previamente elegidos de una nómina de cinco personas que propone la misma Corte Suprema. Finalmente, en España los Magistrados son propuestos por el Consejo General del Poder Judicial, y son nombrados mediante Decreto del Rey, refrendado por el Ministro de Justicia.
 - 10 En Uruguay, Los Magistrados son elegidos por 2/3 de los votos del Pleno de la Asamblea General.
 - 11 En los Estados Unidos, los jueces son nombrados por Senado, de candidatos nominados por el Presidente de la República,
 - 12 En ambos casos, los miembros de la Corporación Administrativa del Poder Judicial (en Chile) y del Consejo Superior del Poder Judicial (en Costa Rica) son designados directamente por las Cortes Supremas de dichos países. En Chile se hace previamente un concurso de antecedentes, a fin de procurar la garantía de la idoneidad de quienes conforman dicho organismo.

español y el argentino la Rama participa en la conformación de dichos órganos¹³.

En cuanto a los requisitos para ejercer como Magistrado, la exigencia sobre experiencia profesional es de 15 años en casos como el chileno y el español. En la mayoría de casos, el requisito es de 10 años¹⁴. Algunas constituciones consagran requisitos de ejercicio de cargos específicos¹⁵, o bien de pertenencia a la carrera judicial¹⁶.

Pues bien, la Comisión considera que, en verdad, asiste razón a los que proclaman una edad de retiro superior a la existente, si se piensa que, a los 65 años de edad, un magistrado está en plena capacidad de producción jurídica y colmado de experiencia. Por eso, propone, como edad de retiro de los magistrados de las Altas Corporaciones Judiciales, 70 años.

También estima la Comisión que la experiencia profesional, que se exige en la actualidad para magistrado de las Altas Cortes, debe ser superior de 10 años, con el criterio que la experiencia es un factor de inocultable contenido para llegar a esa posición. En ese sentido, la Comisión propone 15 años de experiencia, para lo cual se modificaría en ese sentido el numeral 4 del artículo 232 de la Constitución Política, y en lo pertinente los artículos 233 y 239 de la Carta.

Los requisitos que se proponen sean modificados solamente se tendrían en cuenta para aquellos magistrados que fuesen elegidos una vez entre a regir la reforma.

-
- 13 En los casos español y argentino, los presidentes del Tribunal Supremo y la Corte Suprema, respectivamente, hacen parte del Consejo General del Poder Judicial (en España) y el Consejo de la Magistratura (en Argentina). Adicionalmente, en argentina 4 miembros del Poder Judicial integran dicho organismo, mientras que en España los Jueces y Magistrados nominan a 6 de los 21 Vocales que componen el órgano de Gobierno. Por su parte, en Perú la Sala Plena de la Corte Suprema elige a uno de los siete integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura.
- 14 Esto se constata, por ejemplo, en Perú, Costa Rica, Paraguay, México y Uruguay.
- 15 En Uruguay, para pertenecer a la Suprema Corte se exige haber ejercido la profesión en la Judicatura, el Ministerio Público o la Fiscalía por al menos 8 años. En Costa Rica, pueden ser elegidos candidatos que hayan ejercido cargos dentro de la Rama Judicial por cinco años.
- 16 Como ocurre en el caso español, donde cuatro de cada cinco plazas del Tribunal Supremo se proveen entre miembros de la Carrera Judicial con diez años, al menos, de servicios en la categoría de Magistrado y no menos de quince en la Carrera.

Del mismo modo, la Comisión emprendió la inmensa labor de evaluar el sistema de elección de los magistrados de las Cortes, para concluir: debe preservarse el mecanismo de elección de los magistrados de la Corte Constitucional, es decir, por ternas que elaboren el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado y se presenten al Senado de la República (artículo 239 de la Constitución Política). Sin embargo, no llegó a la misma conclusión en lo que respecta a la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, pues consideró que debe acogerse el sistema de la cooptación, sin mediar lista de ninguna autoridad jurisdiccional o administrativa, por medio del cual todos los aspirantes que se presenten, y reúnan los requisitos, sean oídos, en audiencia pública por la Sala o Sección de la respectiva Corporación que los ha de elegir y éstas, a su vez, presenten a la entidad en pleno una lista no menor de diez candidatos.

Sobre el particular, la Comisión presentó la siguiente propuesta normativa:

ARTICULO 231. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos por la respectiva Corporación. Los aspirantes inscritos ante ellas serán oídos en audiencia pública.

ARTICULO 232. Para ser magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Ser Abogado.
3. No haber sido condenado por sentencia judicial o penal privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
4. Haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de Abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

Parágrafo. Para ser Magistrado de estas Corporaciones no será requisito pertenecer a la carrera judicial.

ARTÍCULO 233. Los Magistrados del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia serán elegidos para un periodo individual de doce años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en ejercicio de sus cargos mientras observen buena

conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso de 70 años.

Parágrafo. Tanto el período como la edad de retiro forzoso se aplicarán únicamente a los Magistrados que se elijan a partir de la vigencia de esta reforma.

ARTÍCULO 239. La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley.

En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de doce años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Parágrafo Transitorio. Este período se aplicará únicamente a los Magistrados que se designen a partir de la vigencia de esta reforma.

ARTICULO 245. El gobierno no podrá conferir empleo ni postular a cargo alguno a los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado durante el período de ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su retiro.

Tampoco podrán ser elegidos a cargos de elección popular durante el período de ejercicio de sus funciones ni dentro de los dos años siguientes a su retiro.

2.5. Fiscalía General de la Nación

El tema de la **Fiscalía General de la Nación** mereció a la Comisión profunda reflexión y un serio estudio no solo respecto de la elección del Fiscal, su período e impedimentos, sino también algunos aspectos sobre la investigación. Dijo la Comisión sobre el particular:

Entonces, se debería considerar que se requeriría reformar la Constitución Política (artículos 28 inciso 2, 116 y 250) para definir con claridad que la función de investigación y acusación por delitos no es función jurisdiccional, siendo ésta, por regla general, privativa de los fiscales. Debe quedar claro que toda limitación, privación o interferencia de los derechos a la libertad e intimidad de los ciudadanos está sujeta al principio de reserva judicial y, por lo tanto, en esos casos siempre ha de requerirse la autorización previa del juez o un control

de legalidad previo, con excepción de los casos de flagrancia y captura públicamente requerida.

Sólo una vez definido que corresponde a la Fiscalía la función esencial de investigación y acusación penal, y que ésta no es jurisdiccional, sería posible considerar la posibilidad de que la Fiscalía fuera un Órgano Especial y Autónomo, de conformidad con la nomenclatura prevista en el inciso 2 del artículo 113 de la Carta.

Adicionalmente, mientras mantenga su vigencia la Ley 600 de 2000, que establece para el proceso una estructura de indagación previa, sumario y juicio, y asigna al fiscal competencia para que durante el sumario cumpla tareas propias de los jueces, la Fiscalía tiene que seguir formando parte de la Rama Judicial.

(...)

La Comisión tuvo oportunidad de estudiar distintas propuestas sobre la ubicación de la Fiscalía: i. La que aboga porque forme parte o dependa del Ejecutivo; ii. La que propugna porque sea completamente independiente; iii. La que plantea que se mantenga exactamente la ubicación y el proceso de elección que proclama la Constitución Política; iv. La conformación de una fiscalía colegiada con tres fiscales generales; v. Por último, la de dejarla formando parte de la Rama Judicial, pero modificando la regla de escogencia del Fiscal y la ampliación del periodo de cuatro años a cinco años.

Es cierto que en muchos países la Fiscalía depende del Ejecutivo, de manera que la designación de Fiscal General la hace el Presidente de la República, pero obviamente esa no es una razón suficiente como para pensar que en Colombia debería ser igual, pues nuestra realidad social y política es diferente, así como el sistema procesal vigente, ya que aunque la tendencia es acusatoria, las diferencias son abismales. De otra parte, no es una fórmula recomendable en un momento en que las denuncias contra altos funcionarios del Ejecutivo son permanentes, y vienen desde hace varios lustros, por diversas situaciones relacionadas con violación de derechos humanos, por corrupción en la administración pública, y por diversos delitos graves.

Asumir en que cada vez que la investigación comprometa al Gobierno de turno, la competencia se asigna a otras autoridades diferentes al Fiscal, es crear una dicotomía innecesaria, que deforma la organización del Estado y crea fueros que deberían tender a desaparecer, en lugar de proliferar en perjuicio del derecho a la igualdad. Inconvenientes con los cuales tampoco se obviarían todos los problemas que genera entregarle la Fiscalía a la Política.

La intromisión de la mano política en el origen de la designación de funcionarios que pueden involucrarse en asuntos en el plano penal no le conviene ni al país ni a la justicia; abrirle camino a esa idea es desconocer la realidad y arrojar la justicia penal a un caos obviamente previsible, que generará más desconfianza y un incremento notable de la violencia.

La idea de que la Fiscalía sea completamente independiente no es realizable, al menos en un futuro próximo, pues la coexistencia de la Ley 600 de 2000 con la Ley 906 de 2004, exige que la Fiscalía pertenezca a la Rama Judicial, como quiera que en el estatuto anterior tiene funciones eminentemente judiciales, y en el llamado acusatorio, aunque en menor grado, también conserva algunas ya mencionadas en el inicio de este capítulo. Implicaría una reforma constitucional y legal muy detallada, y un plan transitorio difícil de estructurar.

(...)

Estas breves consideraciones llevan a la conclusión de que lo mejor para la realidad colombiana, para la independencia de la Fiscalía en su labor de investigación de los delitos y acusación de los responsables, y para la confianza que es indispensable que la ciudadanía tenga en ese órgano del Estado, es que el origen de los candidatos a ocupar ese alto cargo esté en la Corte Suprema de Justicia y la escogencia en el presidente de la República.

La eventualidad de que la designación del Fiscal General de la Nación se concentre en una de las Ramas del Poder público sería una alternativa posible, pero siempre y cuando fuera una facultad de la Corte Suprema de Justicia, de lista elaborada por la Sala de Casación Penal.

(...)

Para asegurar el necesario equilibrio y balance del poder, así como para preservar la independencia y un mayor acierto en la escogencia, es necesario igualmente replantear el sistema de elección del fiscal actualmente previsto en el artículo 249 de la Constitución Política. Por ello se estima necesario que su elección corresponda al Presidente de la República de lista de seis candidatos propuesta por la Corte Suprema de Justicia. Entonces, la elección del Fiscal por el Jefe de Estado asegura la intervención del ejecutivo en un tema que también le concierne (189-4), pues la Fiscalía es una pieza clave para la formulación y desarrollo de la Política del Estado en materia criminal.

3. Conclusiones

En verdad, la Comisión de Reforma a la Justicia 2009-2010 concluyó que se debían debatir y evaluarse **reformas constitucionales, adoptarse medidas legislativas y sentarse políticas públicas**, tal como quedaron incorporadas en el Informe Final, como las siguientes:

- Transformar el Consejo Superior de la Judicatura en Consejo Nacional de la Administración Judicial, órgano de gobierno de la Rama.
- Crear dentro del Consejo Nacional de la Administración Judicial, una Dirección General de la Administración Judicial, de índole técnica y ejecutiva, que cumpliera funciones de planeación, recursos humanos, presupuesto, informática, con sujeción a las políticas y decisiones del Consejo.
- Instituir la Escuela Judicial a cargo del Consejo Nacional de la Administración Judicial. Su función central sería la formación, capacitación y actualización de los servidores de la Rama Judicial.
- Adicionar en la Constitución una disposición que estableciera que los conflictos de competencia entre jurisdicciones, no asignados especialmente, serían dirimidos por una sala de conflictos integrada por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.
- Otorgar a la Corte Suprema de Justicia la función de dirimir los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar, así como, entre la ordinaria y las especiales. Adicionalmente, otorgar al Consejo de Estado la competencia para dirimir los conflictos de competencia entre la jurisdicción contencioso administrativa y las jurisdicciones especiales.
- Destinar a la Rama Judicial un monto no inferior al 2,5% del presupuesto anual de la nación. Este sería independiente del presupuesto de la Fiscalía.
- Escindir el Ministerio del Interior y Justicia y restablecer el Ministerio de Justicia.
- Ubicar en cabeza del Ministerio de Justicia las funciones de formulación de políticas y planes de enmienda al ordenamiento jurídico

y la política criminal, en coordinación con las instituciones jurisdiccionales; coordinar sus entidades adscritas y vinculadas; y actuar como órgano de interlocución entre el Gobierno Nacional y la Rama Judicial.

- Mantener la Fiscalía General de la Nación dentro de la Rama Judicial.
- Incrementar el período del Fiscal General de la Nación a cinco años.
- Modificar el proceso de selección del Fiscal General de la Nación, de manera que la Corte Suprema de Justicia enviase una lista de seis candidatos al Presidente de la República, para ser elegido por éste.
- Consolidar la jerarquía del Fiscal General de la Nación, eliminando de la Constitución la disposición que reconoce la autonomía de los fiscales delegados al interior de la Fiscalía.
- Introducir las modificaciones a la acción de tutela como se expuso precedentemente.
- Apoyar la expedición de nuevos códigos procesales que conviertan el principio de oralidad en la regla general de las actuaciones procesales; se simplifiquen los trámites judiciales; se procure la unificación de los esquemas de los procedimientos; y se erradiquen los ritualismos y las dilaciones.
- Aprovechar las tecnologías dentro de los esquemas procesales, para avanzar en la eficiencia y transparencia de la administración de justicia.
- Promover la utilización intensiva de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.
- Diseñar y ejecutar un plan de corto plazo para lograr la descongestión judicial.
- Modificar el artículo 230 de la Constitución para introducir el deber de los jueces de seguir la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en lo de su competencia. Sin embargo, se podrán apartar de dicha jurisprudencia, exponiendo de manera expresa y clara los motivos que justifiquen tal separación.

- Atribuir a las Relatorías de las Altas Cortes la función de elaborar las líneas doctrinales que definan la jurisprudencia vigente de cada Corporación.
- Establecer el deber, en las corporaciones judiciales, de que los cambios jurisprudenciales sean aprobados por la mayoría de sus miembros. Dichos cambios deben surtir efectos únicamente hacia futuro. En todo caso, los cambios jurisprudenciales deben ser razonados.
- Consagrar mecanismos para asegurar, bajo apremio de sanciones, que las autoridades públicas resolvieran los asuntos de su competencia de acuerdo con las líneas jurisprudenciales vigentes frente a casos similares.
- Disponer en la Constitución que los aspirantes a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado fueran elegidos por dichas corporaciones, previamente oídos en audiencia pública por ellas.
- Incrementar el requisito de experiencia para ser Magistrado de las Altas Cortes a 15 o 20 años.
- Consagrar la edad de retiro forzoso de 70 años para los Magistrados de las Altas Cortes e incrementar a 12 años el período de ejercicio de los Magistrados de las Altas Cortes, para los que fueran elegidos a partir de la vigencia de la reforma.
- Modificar el régimen disciplinario para que los superiores jerárquicos funcionales de los magistrados de tribunales, jueces y empleados, conozcan de las faltas e impongan las correspondientes sanciones por las faltas que cometan. O entregar el conocimiento y juzgamiento disciplinario a un Tribunal especializado independiente.
- Adoptar las estrategias necesarias para dar aplicación al Código Iberoamericano de Ética Judicial en Colombia.
- Crear la Colegiatura Nacional de Abogados que ejercerá la función disciplinaria de los profesionales del derecho.
- Regular la selección de los funcionarios sujetos a carrera judicial con una seria base objetiva, combinando la calificación como fac-

tor para ingresar a una lista de elegibles y facultando a la Corporación elegir a cualquier miembro de dicha lista.

- Permitir que la ley habilite directamente el uso del arbitraje.
- Crear el Departamento Administrativo o Agencia de la Abogacía del Estado, dependiente de la Presidencia de la República, cuya función principal sería la defensa judicial de la Nación.
- Eliminar la facultad que tienen los Tribunales Superiores y los Tribunales Administrativos para nominar a los candidatos a las contralorías territoriales.
- Reflexionar sobre la experiencia de la participación de las Cortes en la elección del Auditor General de la Nación, Contralor General de la República y el Registrador Nacional.

Finalmente, oportuno reiterar la importancia de contar con **una política de Estado** en relación con la justicia y procurar **un acuerdo nacional** sobre ella.

Concluyó la Comisión que la justicia, vista como política de Estado, requería, y requiere, de un sin número de ajustes y al mismo tiempo de una transformación profunda y generalizada, la cual no puede ser llevada a cabo únicamente a través de normas jurídicas, toda vez que es necesario invitar a la comunidad a que participe de manera activa. Para ello, se requiere un compromiso sistemático de largo plazo que, trascendiendo términos breves y ajustes puntuales, involucre a todos los actores interesados en ella.

Por este motivo, la Comisión entiende que resulta trascendental inscribir en la agenda nacional el tema de la justicia, que no puede ser mirado privativamente como un problema, sino como una extraordinaria y constructiva ocasión para, de esa manera, fortalecer todas las instituciones, convencidos de que ella es un pilar insustituible de toda democracia; un valor en el que descansa y debe descansar el Estado social de derecho. No en vano la justicia es transversal y a todos interesa. La idea que entonces asiste a esta Comisión, es que el país le dé la significación y relevancia necesaria a la Justicia.

De ahí que ha de insistirse en la articulación y en la realización democrática de un **gran pacto o acuerdo nacional por la justicia**, en el cual participen todos los colombianos, independientemente de su credo político o religioso y de su condición social, liderado por las cabezas de las tres ramas del poder público, en asocio de otros sectores, tanto de naturaleza oficial,

como privada, entre varios, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General, los gremios, las universidades, los colegios de abogados, las asociaciones académicas, las iglesias, las organizaciones no gubernamentales, los medios de comunicación y, en fin, todas las entidades y asociaciones interesadas en una justicia autónoma, independiente, digna, eficiente, incluyente, oportuna y transparente. En suma, la Comisión entiende que “sin justicia, no hay esperanza, no hay presente, ni futuro”.

A manera de epílogo: el pasado fracaso de la reforma constitucional a la justicia no debe ser motivo para negar o rechazar del todo esa posibilidad. Hay que partir de la visión de que no se deben incluir en la reforma a la justicia aquellos asuntos de juzgamiento de congresistas aunque se afirme que son temas de justicia y menos crearse toda clase de comisiones al interior de la rama judicial, en desmedro de las funciones jurisdiccionales de sus propios órganos. Por tanto, deben ser materia de estudio y reforma separados y en un entorno eminentemente político de discusión frente a la opinión pública.

La reforma a la justicia debe girar alrededor de la efectiva recomposición del órgano de gestión, regulación y gobierno sobre bases de una integral participación de la rama judicial. Eso no es misterioso ni difícil de alcanzar. Bastará la voluntad del legislador para concretar esa aspiración.

Reforma constitucional a la justicia 2012: Historia de una frustración

Alfonso Prada Gil

Representante a la Cámara. Miembro de la comisión de ponentes del proyecto de acto legislativo

I. El contenido de la reforma

Durante el periodo legislativo del primer semestre del 2012 tuvo lugar uno de los episodios jurídicos y políticos más controvertidos para la justicia y para el país en materia de reformas constitucionales y actividad legislativa de los últimos tiempos: el trámite del Proyecto de Acto Legislativo N° 143 de 2011 Cámara - 007 de 2011 Senado “(p)or medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones”, con el que se pretendió reformar de forma integral las disposiciones constitucionales sobre administración de justicia, con el fin de superar la grave crisis por la que atraviesa este sector en Colombia en temas como el acceso, la congestión, la falta de calidad y celeridad, la falta de garantías judiciales, las dificultades en materia de administración de la Rama y de recursos presupuestales.

Entre los aspectos de esta reforma que vale la pena destacar estaban los siguientes:

I.1. *Descongestión Judicial*

Contenía una innovación en materia de descongestión judicial, así como de eficacia y eficiencia en la administración de la justicia, que más allá de considerarse como función pública se consagraba constitucionalmente como un servicio público cuya prestación se debe garantizar a la totalidad de la población colombiana.

Para tal fin se establecieron importantes disposiciones tales como la obligatoriedad de que en cada municipio del país hubiera por lo menos un juzgado cualquiera que fuera su categoría y en cada departamento un tribunal superior de distrito judicial y un tribunal administrativo.

En el mismo sentido y con el objetivo de garantizar la prestación eficiente y rápida de los servicios judiciales se incorporó un importante número de personas para cumplir con esta labor, a través de las modificaciones al artículo 116 constitucional que se encaminaron al otorgamiento de competencias para resolver controversias y adelantar actuaciones de carácter jurisdiccional, a través de: i) los empleados judiciales, a quienes se les otorgaba la competencia para adelantar diligencias sin poder tomar decisiones que pusieran fin a los procesos judiciales y, ii) los árbitros, para que a partir de la entrada en vigencia de la reforma la competencia de los tribunales de arbitramento no se activara exclusivamente por las partes sino igualmente a nivel legal para determinados asuntos cuya naturaleza y características una vez evaluadas por el legislador, lo permitieran.

Como una medida inmediata para el tema de la congestión judicial se consagraba el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a abogados en ejercicio, en calidad de jueces adjuntos de descongestión; en este tema se definiría a la ley el establecimiento de los requisitos para cumplir esta función, así como los casos en que se cumpliría esta labor voluntariamente y el régimen de remuneración e incentivos a la misma.

Finalmente se conferían funciones jurisdiccionales¹ excepcionales a notarios, centros de arbitraje y centros de conciliación, quienes se encuentran en la capacidad de resolver cierto tipo de controversias, pero que por el diseño constitucional vigente y el precedente jurisprudencial generado por la Corte Constitucional no pueden atender otras, so pena de incurrir en una inconstitucionalidad.

Sin desconocer principios superiores como el de la doble instancia, el acceso a la justicia y la gratuidad de la prestación de este servicio, se consagraba en el mismo artículo 116 la posibilidad de que las decisiones tomadas por empleados judiciales, notarios, árbitros, centros de conciliación y aboga-

1 Tales como la práctica de pruebas, así como la sustanciación de procesos en primera instancia (excluyendo procesos penales, disciplinarios, procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa y acciones constitucionales como la de tutela).

dos que actuaran como jueces adjuntos de descongestión, fueran apelables ante el superior funcional del juez competente en caso de haber optado por la vía judicial. Igualmente el costo asumido por el ciudadano por concepto de tarifas o tasas a que hubiere lugar no podría exceder el equivalente al arancel judicial, y en los casos en que no hubiera cobro de arancel la tarifa sería establecida por el legislador.

Una autoridad determinada por el legislador se iba encargar de evaluar la gestión de los abogados como jueces adjuntos de descongestión para establecer la conveniencia o no de la continuidad de esta medida.

Todas estas disposiciones propendían por contribuir a resolver en un término adecuado los conflictos de todo ciudadano.

1.2. *Juzgamiento a aforados constitucionales*

Con fundamento en la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, que consagra en su artículo 8 el que toda persona inculpada de un delito tiene el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior y en el artículo 25 el derecho de toda persona a un recurso efectivo para el amparo de sus derechos cuando estos le sean vulnerados, se establecía un sistema de juzgamiento de aforados constitucionales divididos en cuatro grupos, cada uno con un proceso de investigación y juzgamiento especial.

El primero, conformado por el Presidente de la República y el Vicepresidente de la República. El segundo grupo de aforados, conformado por el Fiscal General de la Nación y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, y el Consejo de Estado. Un tercer grupo de aforados, conformado por los miembros del Congreso de la República, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, y el Registrador Nacional del Estado Civil. El cuarto y último grupo estaría integrado por los Ministros, los Gobernadores, los Magistrados de los Tribunales, los Embajadores, los Jefes de Misión Diplomática y Consular, el Defensor del Pueblo, los Miembros del Consejo Nacional Electoral, el Auditor General de la Nación, los miembros del Consejo Nacional de Disciplina Judicial, que se creaba en la reforma, los Procuradores Delegados ante las Cortes, los Directores de Departamento Administrativo, los Generales de la República, y los Almirantes de la República.

El Presidente y el Vicepresidente de la República continuarían con el sistema antejuicio político de carácter integral, es decir sobre la totalidad de

las conductas que les fueran imputadas y no solamente aquellas relacionadas con el ejercicio de su cargo.

Para el segundo grupo de aforados se propuso un antejuicio de carácter político exclusivo para las conductas que se derivaran de la función jurisdiccional. Una vez adelantado el antejuicio político, si el Congreso de la República determinara que hubiera mérito para juzgar a los aforados del primer y segundo grupo, se adelantaría la investigación y el juzgamiento en la Corte Suprema de Justicia.

Las conductas de carácter penal del tercer grupo de aforados llegarían a la Corte Suprema de Justicia, a una Sala de Investigación y Calificación que tendría su origen en la Corte Constitucional y en el Consejo de Estado. Esta sala sería la encargada de adelantar la instrucción de carácter penal y sus miembros necesitarían cumplir los mismos requisitos que la propia reforma le imponía a los Magistrados de las Altas Cortes.

La primera instancia en los procesos contra estos aforados se adelantaría por una sala de juzgamiento conformada por cinco miembros elegidos por la Corte Constitucional de lista conformada mediante convocatoria pública. Por su parte, los recursos interpuestos contra las decisiones proferidas por la sala de juzgamiento en primera instancia serían conocidos por la sala plena de la Corte Suprema de Justicia. En este procedimiento se mantenía el procedimiento penal de tipo inquisitivo.

El último grupo de aforados, se mantendría bajo el sistema acusatorio, siendo competencia del Fiscal General o de los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia realizar la investigación y acusación ante los cinco magistrados de la sala de juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia; la decisión de los mismos sería apelable ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Con todo, el sistema de juzgamiento de este grupo de aforados fue modificado en el informe de conciliación convirtiéndolo en un procedimiento de naturaleza inquisitiva.

1.3. Gobierno y administración de la Rama Judicial

Ahora bien, a través del proyecto de reforma constitucional a la justicia se hizo todo un rediseño institucional en relación con el gobierno, la administración y la disciplina judicial, conservando la autonomía plena de la Rama Judicial.

La propuesta del Proyecto de Acto Legislativo era eliminar de la Constitución la figura del Consejo Superior de la Judicatura. En remplazo de esta corporación, se proponía la creación del Sistema Nacional de Gobierno y Administración Judicial cuya Sala de Gobierno Judicial estaría conformada por cinco miembros: el presidente de la Corte Constitucional, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, el presidente del Consejo de Estado², un delegado de los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o de los Jueces de la República y un delegado de los empleados judiciales³.

El objetivo principal de estas disposiciones era hacer un diseño mucho más racional y técnicamente eficiente para la Administración de la Rama. El primer nivel de este Sistema Nacional de Gobierno y Administración de la Rama, se integraba como se mencionó anteriormente incluyendo la entrada de los Jueces de la República, Magistrados de Tribunales, y empleados de la Rama, democratizando la orientación de la Rama. Se propuso igualmente que hicieran parte de esta Sala con voz pero sin voto, el Ministro de Justicia -de tal manera que hubiera una armonía y coordinación con quien dirige desde el Ejecutivo la política pública en materia de justicia, sin romper el equilibrio de los poderes-, el Fiscal General de la Nación -por razones de administración y conexión, de administración de justicia con la instrucción y la investigación en materia penal-, los miembros de la Sala Ejecutiva de la Administración Judicial y el Director Ejecutivo de la Administración Judicial.

Por otra parte, se creaba la Sala Ejecutiva de la Administración Judicial compuesta por tres delegados permanentes nombrados, uno por la Corte Constitucional, uno por la Corte Suprema de Justicia y otro por el Consejo de Estado. Con este diseño se ratificaba la intención de respetar completamente la autonomía de la Rama y se les exigían mejores requisitos para hacer parte de esta Sala que para ser magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, exigiendo de ellos contar con veinte años de experiencia y abriendo la posibilidad a que estos delegados fueran profesionales en derecho, en economía o en administración.

En efecto, el diseño constitucional actual de la Sala Administrativa solo permite la participación de abogados pese a que el componente fundamen-

2 En el caso de estas tres altas cortes, en cada caso podría participar el Vicepresidente de la Corporación cuando este fuere delegado por el Presidente.

3 Estos dos últimos delegados, elegidos en la forma en que la propia Sala de Gobierno lo determinare.

tal de dicha corporación es el de la administración; por esta razón se tomó la decisión de proponer que se abriera la posibilidad a que estas decisiones de la Rama fueran naturalmente acompañadas por abogados, pero también teniendo conexión con profesionales en economía o de administración. En todo caso, además de la posibilidad de ser abogado, economista o administrador, se exigía contar con maestría en ciencias administrativas económicas o financieras, con lo cual se elevaba automáticamente el perfil de administradores ejecutivos de la Rama del Poder Público.

Finalmente, en este diseño de Gobierno y Administración de la Rama ocupaba un tercer nivel el Director Ejecutivo de la Administración Judicial. Este Director sería nombrado por la Sala de Gobierno; para el acceso a este cargo también se exigían 20 años de experiencia y se requería, adicionalmente, contar con cinco años concretos de experiencia mínima en el diseño, ejecución, y evaluación de políticas públicas, de administración pública, o gestión de la Rama Judicial. Finalmente se definió para este funcionario un periodo de cuatro años.

A través de esta triple dimensión, se identificaban claramente tres niveles diferentes de responsabilidades: el primer grado -la Sala de Gobierno-, se iba a concentrar en funciones planificación, en la visión de futuro de la Rama Judicial del Poder Público, de tal manera que a esa instancia se le había otorgado la facultad de diseñar y fijar políticas en materia judicial, de fijar los lineamientos para la creación, ubicación redistribución, fusión, traslado, transformación y supresión de Tribunales, las Salas de los Tribunales, los Juzgados y los cargos de la Rama.

El segundo nivel estaba previsto como uno de regulación y comienzo de control de ejecución y el tercero de pura ejecución. La Sala Ejecutiva por ende, iba a crear, ubicar, redistribuir, fusionar, trasladar transformar o suprimir Tribunales, las salas de estos, los Juzgados o los cargos y el Director Ejecutivo haría cumplir las decisiones de los dos primeros niveles.

Ahí residía la esencia de la nueva administración de la Rama, planteada en tres niveles complementarios: el primero de planificación, de elaboración de Plan de Desarrollo, de adopción presupuestal, de nombramiento del Director; un segundo de regulación, control y de principio de ejecución; y finalmente uno de ejecución pura, que era el del propio Director Ejecutivo de la Administración Judicial.

La segunda innovación que se proponía era la creación del Consejo Nacional de Disciplina Judicial, que estaría integrado por nueve miembros, con

los debates se pasó en forma constante a sesión informal para escuchar las pertinentes observaciones de los particulares.

El texto aprobado en octavo debate fue el resultado de todos estos debates, no exentos de controversia y de visiones encontradas, de un riguroso estudio y análisis de cada una de las instituciones jurídicas que se estaban reformando, así como de cada uno de los problemas que debían ser superados.

Tramitada y aprobada la reforma en sus ocho debates, inició la necesaria conciliación de textos que presentaban diferencias entre lo votado en sexto debate en la plenaria de Cámara y en octavo en la plenaria del Senado, para lo cual se designó por los presidentes de Senado y Cámara una comisión de conciliadores integrada por seis congresistas de cada una de las células legislativas, provenientes incluso de las comisiones económicas.

2.2. La conciliación y las objeciones

El producto final del texto conciliado en la segunda vuelta de este proyecto de Acto Legislativo, al ser analizado con el detenimiento requerido de un texto tan complejo, cotejado y comparado a tres columnas, con el objetivo de evaluar simultáneamente las consecuencias jurídicas de cada una de las múltiples modificaciones que se hicieron en la Comisión de Conciliación –y que finalmente fueron acogidas por la plenaria de la Cámara y del Senado–, reflejaba la magnitud del impacto delicado y grave que para Colombia, para la democracia y para la imagen del Congreso significaba este texto final.

El proyecto de reforma constitucional a la justicia, tal y como lo planteó el Presidente de la República en su alocución presidencial de la noche del jueves 22 de junio de 2012, tenía bondades importantísimas “para la descongestión, la administración, la modernización y la financiación de la administración de justicia”; por su parte, en el texto aprobado en conciliación había normas rescatables, sin embargo la forma como se estructuró el proyecto de reforma requería que cada una de una de las normas allí contenidas hilvanaran unas con otras para no crear incoherencias con las normas constitucionales ya existentes.

En el escrito de objeciones presidenciales al proyecto de Acto Legislativo de reforma a la justicia del 25 de junio de 2012, publicado en la gaceta 388 de 2012, el Gobierno Nacional manifestó:

En atención al oficio del pasado 20 de junio de 2012, mediante el cual se permite enviar al Presidente de la República “para su pro-

mulgación, el proyecto de Acto Legislativo N° 07/11 Senado-143/11 Cámara, acumulado a los proyectos 09/11, 11/11, 12/11 y 13/11 Senado ‘por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones’”, el gobierno manifiesta que se abstiene de tramitar dicha promulgación y, en su lugar, devuelve con objeciones al Congreso el proyecto respectivo, toda vez que en el trámite de sus disposiciones y en el contenido de las mismas se observan serias deficiencias jurídicas y de conveniencia que atentan gravemente contra el orden constitucional y la seguridad jurídica de los colombianos.

El Gobierno Nacional presentó un total de doce objeciones por inconstitucionalidad e inconveniencia al proyecto de reforma constitucional a la justicia y una objeción integral de inconveniencia de la totalidad del articulado. Las objeciones por inconstitucionalidad fueron por la extralimitación de las competencias de la Comisión de Conciliación encargada de conciliar los textos aprobados por las plenarias del Senado y la Cámara de Representantes y por violación al principio de consecutividad. Por su parte las objeciones por inconveniencia se presentaron por el grave impacto jurídico, social y político que constituiría la entrada en vigencia de ciertas normas del proyecto.

De acuerdo con lo anterior los miembros de la Comisión Accidental encargada de rendir el informe a las plenarias del Senado y la Cámara de Representantes sobre las objeciones presidenciales, propusimos acoger especialmente la objeción integral, que afecta la totalidad del texto por inconveniencia general y por las graves implicaciones de la Reforma como finalmente quedó diseñada. Esto, teniendo en cuenta que no guardaba una armonía sistemática con todo el texto constitucional y constituía una desnaturalización de importantes figuras jurídicas existentes.

De las objeciones presidenciales es necesario hacer especial énfasis en aquellas que se propusieron para evitar la ocurrencia de graves lesiones al ordenamiento jurídico colombiano, al normal desarrollo de la labor de impartir justicia y a la institucionalidad del país. En efecto, dichas objeciones no podían conjurarse por otro medio, ya que no existe herramienta jurídica alguna que permita en un corto tiempo corregir los graves efectos de una reforma constitucional, lo que justificaba razonablemente el deber del Presidente de la República de evitar que naciera a la vida jurídica la reforma constitucional a la justicia.

En primer término, en el mencionado escrito de objeciones se señala claramente cómo solo hasta la Comisión de Conciliación se introdujeron re-

2005-2009

Es sancionada la ley 975	Es sancionada la ley 1098	Se expide la ley 1194	Radicación Proyecto de Acto Legislativo 010/2008	Es sancionada la ley 1285
25-Jul-2005	7-Nov-2006	9-May-2008	23-Sep-2008	21-ene-2009
Es sancionada la ley 975, conocida como Ley de Justicia y paz, cuyo propósito es el establecimiento de un régimen de justicia transicional para el juzgamiento de los miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley.	Es sancionada la ley 1098, conocida como Ley de Infancia y Adolescencia, en virtud de la cual se introduce el sistema de responsabilidad penal adolescente.	Se expide la ley 1194, por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Civil, para introducir la figura del desistimiento tácito, medida encaminada a disminuir los inventarios en los despachos judiciales.	El Ministro del Interior, Fabio Valencia Cossio, radica en el Senado el proyecto de Acto Legislativo 010/2008, último esfuerzo del Gobierno Nacional por aprobar la reforma constitucional a la justicia. Sin embargo, al cierre de la legislatura el proyecto resulta archivado por falta de debate.	Es sancionada la ley 1285, por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, con el propósito de establecer medidas para agilizar y modernizar el funcionamiento de los despachos judiciales.

2010-2011

El Gobierno Nacional convoca la Mesa de Justicia	Gobierno expide el Decreto 4095 de 2010	Es sancionada la ley 1437	Es sancionada la ley 1444	Es sancionado el Acto Legislativo 01 de 2011
13-Sep-2010	4-Nov-2010	30-ene-2011	4-May-2011	31-May-2011
El Gobierno Nacional convoca la Mesa de Justicia, un espacio de participación de altos dignatarios de la justicia, partidos políticos, jueces y funcionarios de la Rama Judicial, la academia y organizaciones de la sociedad civil. Debido a las críticas que recibió el anteproyecto presentado por el Gobierno, se decide postergar su radicación en el Congreso, con el propósito de revisar su contenido y lograr consensos con los actores del sistema de justicia.	Con el propósito de lograr los consensos necesarios para la reforma a la Justicia, el Gobierno expide el Decreto 4095 de 2010, por medio del cual se crea una Comisión Interinstitucional, en la cual participan dignatarios de las Altas Cortes, el Congreso, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría, la Contraloría y el Gobierno.	Es sancionada la ley 1437, por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, instrumento que busca modernizar el régimen procesal y agilizar el trámite de las causas ante la jurisdicción contencioso administrativa.	Es sancionada la ley 1444, mediante la cual se dispone el restablecimiento de ciertos Ministerios; entre ellos el Ministerio de Justicia, fusionado con el Ministerio del Interior desde el año 2003. El Ministerio de Justicia resulta siendo restablecido el 11 de agosto.	Mediante el cual se suprime el régimen de conflicto de intereses de los Parlamentarios participen en el debate y votación de proyectos de acto legislativo. Esto soluciona uno de los problemas más delicados para la aprobación de la reforma constitucional a la justicia: la posibilidad de que los congresistas incurran en procesos penales no pudieran votar y discutir este tipo de iniciativa, por configurarse un conflicto de intereses.

2011

10-Jun-2011	24-Jun-2011	1-Jul-2011	12-Jul-2011	05-ago-2011
Es sancionada la ley 1448	Es sancionada la ley 1453	Es sancionado el Acto Legislativo 03 de 2011	Es sancionada la ley 1474 de 2011	Radicación Proyecto de Acto Legislativo 07/2011
Es sancionada la ley 1448, denominada Ley de Víctimas y Tierras, que contiene disposiciones sobre medidas administrativas y judiciales en favor de quienes han padecido el conflicto armado.	Es sancionada la ley 1453, denominada Ley de Seguridad Ciudadana, que introduce reformas al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal, a la Ley de Infancia y Adolescencia y a la ley sobre Extinción de Dominio.	Es sancionado el Acto Legislativo 03 de 2011, por medio del cual se introduce el principio de sostenibilidad fiscal. Entre las modificaciones que introduce la enmienda, se prevé la creación de un incidente de impacto fiscal en los procesos de inconstitucionalidad llevados ante la Corte Constitucional.	Es sancionada la ley 1474 de 2011, mediante la cual se introducen diversas medidas de carácter penal y administrativo para combatir la corrupción.	Ante la imposibilidad de consolidar un consenso sobre la reforma a con las Altas Cortes, el Gobierno, por medio del Ministro Germán Vargas Lleras, radica en el Senado el Proyecto de Acto Legislativo 07/2011 Senado, contenido de la propuesta de enmienda constitucional a la Justicia. La iniciativa contiene algunas modificaciones respecto del anteproyecto elaborado en agosto de 2010.

2011-2012

15-dic-2011	20-Jun-2012	25-Jun-2012	28-Jun-2012	2-Jul-2012
La plenaria de la Cámara de Representantes aprobó en primera vuelta el proyecto de reforma constitucional a la justicia (PL. 007/2011).	Aprobado en segunda vuelta el proyecto de reforma constitucional	Proyecto de reforma constitucional a la justicia (PL. 007/2011) es objetado	objeciones presidenciales al proyecto de reforma constitucional a la justicia (PL. 207/2011)	Entra en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
La plenaria de la Cámara de Representantes aprobó en primera vuelta el proyecto de reforma constitucional a la justicia La plenaria de la Cámara de Representantes aprobó en primera vuelta el proyecto de reforma constitucional a la justicia (PL. 007/2011).	Es aprobado en segunda vuelta el proyecto de reforma constitucional a la justicia (PL. 007/2011). Sin embargo, el texto propuesto por la comisión encargada de conciliar los textos aprobados por la Cámara y el Senado generó controversias entre los medios de comunicación y la opinión pública. Se consideró que esta reforma abriría paso a la impunidad en procesos contra altos funcionarios del Estado.	El proyecto de reforma constitucional a la justicia (PL. 007/2011) es objetado por el Presidente Juan Manuel Santos, bajo argumentos de inconstitucionalidad, –al exceder la comisión de conciliación sus facultades para articular los textos aprobados en Cámara y Senado– y de inconveniencia. Esta es la primera vez que un Presidente objeta un proyecto de reforma constitucional.	En sesiones extraordinarias, las Plenarias de Cámara y Senado acogen las objeciones presidenciales al proyecto de reforma constitucional a la justicia (PL. 207/2011) y consecuentemente disponen su archivo. Con esta determinación, culmina fallidamente este intento de reforma.	Entra en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La Ley había sido aprobada en enero de 2011, sin embargo, contenía un plazo para su entrada en vigencia que estaba dirigido a que la Rama Judicial evacuara los procesos pendientes del Código precedente y preparara la infraestructura, tecnología y capacitación necesarias para el funcionamiento del nuevo esquema procesal.

un equilibrio constitucional en su origen. Naturalmente esta instancia estaría en cabeza de juristas atendiendo a la función jurisdiccional disciplinaria que estaría a su cargo y sus miembros serían seleccionados por el Congreso de la República de ternas presentadas por la Corte Constitucional, por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia, y su periodo sería de cuatro años, al igual que el Procurador General de la Nación, encargado de la disciplina de los demás servidores públicos.

Bajo este esquema, dichos integrantes no iban a tener origen en el Presidente de la República, de manera que se tecnificaría, elevaría y cualificaría la forma de elección de los miembros del órgano de disciplina judicial, para estimular la postulación de los mejores juristas para integrar el mismo.

En conclusión en el proyecto de acto legislativo se proponía una nueva institucionalidad en materia de Gobierno, Administración y disciplina de la Rama Judicial, de tal suerte que se definían con claridad los tres niveles de gobierno judicial, con sus específicas competencias encaminadas a la eficiencia de la justicia. De igual forma se creaba un nuevo ente disciplinador para los jueces y abogados, conformado por personas con unos requisitos estrictos, de tal suerte que se cumpliera en la mejor medida posible tan importante función, despolitizando al máximo la integración del mismo.

1.4. *Presupuesto de la Rama Judicial*

Uno de los principales problemas de la administración de justicia en Colombia ha sido el tema de carencia de recursos suficientes -el eterno tema presupuestal-, razón por la cual, en el proyecto de Acto Legislativo comentado se consagró el otorgamiento de dos billones de pesos divididos en seis cuotas iguales a girarse en los siguientes seis años.

Estos recursos se destinarían a planes de descongestión, a la implementación de la oralidad requerida con la entrada en vigencia de los dos nuevos códigos: el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), así como a la oralidad en materia penal (implementada desde el año 2004 con la expedición de la Ley 906). Adicionalmente, a través de estos recursos adicionales se iba a implementar el uso, dotación y acceso a las tecnologías de la información y las telecomunicaciones, de conformidad con la estrategia “Vive Digital” del Gobierno Nacional.

Igualmente, se había establecido en el proyecto un aumento del presupuesto para el sector jurisdiccional equivalente al Índice de Precios al Consumidor más dos puntos porcentuales.

Si bien dicha disposición no quedó consagrada en la Constitución en virtud del hundimiento del proyecto de reforma constitucional a la justicia, en todo caso el Gobierno Nacional se comprometió a hacer efectivo este compromiso y programó el suministro de los mencionados 2 billones de pesos a la Rama Judicial entre 2013 y 2018⁴.

1.5. Nivelación Salarial a los Empleados y Funcionarios de la Rama Judicial

Dentro de las disposiciones del proyecto de reforma constitucional a la Justicia se adicionó un artículo transitorio a la Carta Política, consagrando la obligación del Congreso de la República de expedir una ley dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, con el objeto de realizar una nivelación y diferenciación salarial para los empleados y funcionarios de la Rama Judicial.

Paradójicamente el proyecto de reforma constitucional a la Justicia, fuertemente criticado desde algunos sectores de la Rama Judicial, dentro de sus disposiciones contenía la respuesta a una de las reclamaciones del paro judicial que posteriormente se adelantó en octubre de 2012.

2. Hundimiento de la Reforma

2.1. Consideraciones Generales

El trámite de aprobación del proyecto de reforma constitucional a la justicia, se dio abriendo el espacio a múltiples debates académicos en todo el territorio nacional, en los que participaron las universidades, centros de pensamiento jurídico, magistrados, jueces de la República, académicos y abogados litigantes. En las Comisiones Primeras Constitucionales del Senado y la Cámara de Representantes se realizaron seis audiencias públicas y durante

4 Cfr. "Presidente Santos ofrece total apoyo al Poder Judicial". El Tiempo, 10 de agosto de 2012: Consultado en http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12113749.html

formas a los textos aprobados por las plenarias del Senado y la Cámara de Representantes, aún cuando no se requería la conciliación por tratarse de textos aprobados en forma similar, como sucedió con el numeral 4 del artículo 16 del proyecto que modificaba el artículo 235 constitucional referido al proceso de investigación y juzgamiento de aforados constitucionales:

(...) los textos en este punto eran idénticos y disponían que el juzgamiento de esos altos funcionarios por parte de la Corte Suprema de Justicia, se haría previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, pues esa función de investigar y acusar le correspondería a la Fiscalía, como actualmente viene sucediendo. Ninguna diferencia existió en la voluntad de ambas Cámaras en cuanto a que ese fuera el diseño institucional para la investigación y acusación que operaría en los asuntos contra esos altos funcionarios.

En estas circunstancias, resulta evidente que quedaba descartado por completo que la Comisión de Conciliación incorporara cualquier tipo de modificación sobre el punto, so pretexto de conciliar los textos, pues al hacerlo actuaba con carencia absoluta de competencia. Cualquier decisión, con independencia de la argumentación que hubiera, era terreno vedado para la Comisión Accidental de Conciliación. Sin embargo, la Comisión Accidental de Conciliación eliminó la frase “previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia” con lo cual despojó a dicha autoridad de la referida atribución de investigación y acusación y, adicionalmente, añadió la palabra “Investigar” al inicio del texto, dejando entonces en cabeza de la Corte Suprema de Justicia la atribución de investigar y acusar a los funcionarios a los que alude el numeral, como agregada a la que tenía de sólo juzgar a dichos funcionarios.

Así las cosas, tanto la adición de la expresión “investigar” como la supresión de las expresiones “previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia” le estaban rotundamente prohibidas a la Comisión Accidental de Conciliación, violando así, de manera grave, sus límites competenciales.

En ese mismo artículo se eliminaba el régimen de transición de los procesos adelantados contra aforados constitucionales en los que la Corte Suprema de Justicia se encarga de la investigación, acusación y juzgamiento, razón por la cual se generaba un caos judicial frente a las actuaciones en firme

de los procesos que se estaban adelantando. Al dejar sin eficacia actuaciones ya adelantadas por las autoridades competentes se generaría como resultado ineludible una mayor congestión en el trámite de investigación, acusación y juzgamiento de los aforados constitucionales; contraviniendo claramente los objetivos generales de dotar de celeridad la administración de justicia.

Por otra parte, concederle poder nominador a la Corte Suprema de Justicia en la elección de los Magistrados de Sala de Investigación y Acusación (perteneciente a esa misma Corte), tal como se consagró en el párrafo segundo del mismo artículo 16 del texto conciliado del proyecto de reforma constitucional a la justicia, fue otro error insalvable. Lo que se había diseñado en los debates, en las sesiones ordinarias, fue precisamente que la Corte Suprema no interviniera en la selección de la primera instancia de la Sala de Investigación y Acusación, para reservarla como majestad suprema (al fungir la Sala Plena como segunda instancia); por el contrario, al permitir que la segunda instancia interviniera en el nombramiento de la primera, se desvertebraba el régimen de juzgamiento de aforados en Colombia.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la pérdida de investidura, regulada en los artículos 6 y 7 del proyecto, es evidente que en el informe de conciliación esta figura jurídica quedó absolutamente desnaturalizada y desfigurada. En el octavo debate del proyecto señalé ante mis colegas de la Cámara de Representantes que la pérdida de investidura no podría ser subjetiva, proporcional, ni debía existir gradualidad en este tipo de sanciones, al consagrar la pérdida y la suspensión de la investidura, porque eso desnaturalizaba esta importante figura jurídica consagrada por el constituyente de 1991 con el objeto de preservar la dignidad de la función congresual.

De la forma como se aprobaron en el informe de conciliación los artículos relativos a la pérdida de investidura se tergiversó y prácticamente se eliminó esta figura, constancia que igualmente dejé en el momento en que votamos la respectiva conciliación, el 20 de junio de 2012.

La pérdida de investidura, es la dignidad del Congreso, es la credibilidad y legitimidad del mismo. La pérdida de investidura evita que los congresistas cometan ciertas indelicadezas como el tráfico de influencias, la indebida destinación de dineros públicos, la violación al régimen de incompatibilidades: no se puede ser congresista y contratista, congresista y empleado público, e incluso se debe evitar la reiterada inasistencia sin justa causa a las sesiones en que se voten proyectos de ley y acto legislativo. Esas causales mencionadas son precisamente la garantía de que ningún congresista va incurrir en desviaciones en el ejercicio del poder desde el ejercicio congresional, y de que si

lo hace recibirá una sanción severa; por ello había que preservarla, porque en la medida que se mantuviera claramente se le estarían dando garantías a los colombianos de que los miembros del Congreso de la República actuarían con total probidad.

Por su parte, el Gobierno Nacional estableció en cuatro razones jurídicas la inconveniencia del texto aprobado por las plenarias del Senado y la Cámara de Representantes, relativo a la pérdida de investidura así:

- a. El régimen de pérdida de investidura no puede ser subjetivo, proporcional ni gradual en su sanción. Ello por cuanto no es un proceso de naturaleza jurídica disciplinaria. La razón es que la finalidad del mismo es la protección del principio de representación política. La dignidad para ejercer el cargo de elección popular es absoluta, o se tiene o no se tiene, en virtud precisamente a la función legislativa que ostentan los congresistas. El constituyente de 1991 así lo entendió.
- b. La gradualidad en la imposición de la pena por parte del constituyente desnaturaliza el sistema regulatorio del régimen de pérdida de investidura y en últimas lo hace nugatorio, en la medida en que en la práctica ninguna de las causales consagradas en la reforma, tendrían vocación de prosperidad en razón a que sería casi imposible, dada la obligación de demostrar “el dolo” o la “culpa” en la conducta, llegar a la conclusión de despojar de la investidura a quien la ostenta y sea sujeto pasivo del correspondiente juicio.
- c. Causales tales como el conflicto de intereses o la gestión de negocios, que simplemente demostradas con el acaecimiento de sus presupuestos axiológicos hoy derivarían en la pérdida de investidura, con el texto conciliado habría necesidad, además, de demostrarle al congresista el dolo o la culpa en su ocurrencia para que pudieran entrar a operar, hecho casi imposible de demostrar probatoriamente en el proceso, de acuerdo a la experiencia. El conflicto de intereses y la gestión de negocios hoy en día casi siempre se derivan de los simples hechos que demuestren los presupuestos exigidos por la jurisprudencia.
- d. No resulta conveniente si se va a consagrar un régimen subjetivo y gradual (aunque se repite que el mismo desnaturaliza la figura), eliminar el régimen de inhabilidades como causales de reproche en el ejercicio de la investidura, en virtud de que son precisamente estas las que admiten eventualmente un análisis subjetivo.

En lo relativo a las disposiciones contenidas en el proyecto de reforma constitucional a la justicia sobre el Gobierno y Administración de la Rama Judicial, contenidas en los artículos 19 a 24 del texto conciliado, se tenían los siguientes elementos:

En primer lugar, se planteó la eliminación del régimen de transición en el proceso de liquidación y eliminación de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, durante el tiempo que tomaría la creación de la Sala de Gobierno en asumir el nombramiento, el diseño de las Juntas Ejecutivas de la Rama Judicial del poder público, que indudablemente iba a tardar varios meses, y se concentró todo el poder constitucional en el Director Ejecutivo de la Rama, único funcionario que continuaría en ejercicio, de acuerdo con el texto aprobado en conciliación de la reforma.

Como otra grave consecuencia del texto aprobado en la conciliación, a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional a la justicia, no iba a existir, hasta la creación de la nueva institucionalidad, una entidad encargada del registro y expedición de las tarjetas profesionales de los abogados del país.

Adicionalmente, en el texto conciliado se cambiaron los requisitos para el acceso a un cargo que, por revestir de importantes funciones, requería unas exigencias acordes a las responsabilidades otorgadas como es el caso del Director Ejecutivo de la Rama Judicial.

Finalmente, hubo una inadecuada distribución de competencias en los tres niveles de Gobierno y Administración de la Rama, que se repartían entre la Sala de Gobierno Judicial, la Sala Ejecutiva de Administración Judicial y el Director Ejecutivo de Administración Judicial, con una inadecuada mezcla de funciones que no permitía la diferenciación de cada uno de los niveles y -lo que es verdaderamente grave-, no permitía el eficaz cumplimiento de las mismas.

2.3. *Archivo del Proyecto de Reforma Constitucional a la Justicia*

Luego del estudio de las principales objeciones presidenciales presentadas por el Gobierno Nacional al proyecto de reforma constitucional a la justicia, no se puede obviar un análisis sobre la utilización de esta figura jurídica consagrada expresamente en la Constitución Política para los proyectos de ley, y utilizada por primera vez en Colombia para un proyecto de Acto Legis-

lativo. Esto, por tratarse de una medida idónea, necesaria y eficaz para evitar la entrada en vigencia de una norma constitucional de graves implicaciones para el ordenamiento jurídico e institucional del país.

Con el proyecto de reforma a la justicia, surgió un problema jurídico que dejó de presente un vacío constitucional y legal. Esto, por cuanto no está previsto ni en la Constitución ni en la ley un mecanismo para impedir la entrada en vigencia de una norma que, así tenga rango constitucional, puede contravenir la Carta Política, con graves vicios en su procedimiento de expedición, o gravemente inconveniente al punto que llegue a atentar contra la estabilidad del régimen constitucional.

El Presidente de la República tiene la facultad de objetar todo tipo de leyes por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia. Incluso, las leyes más importantes en razón a los temas que desarrollan -es decir, las leyes estatutarias-, tienen un control previo de constitucionalidad. Las leyes aprobatorias de tratados internacionales, así como aquellas mediante las cuales se convoca al pueblo para que participe a través de un mecanismo de participación ciudadana, tienen un control automático de constitucionalidad.

De acuerdo con lo anterior encontramos que existen mecanismos para evitar la entrada en vigencia de leyes con menor rango y de menor impacto que una norma constitucional. Frente a dicha situación, es importante plantearse qué pasaría si, por ejemplo, en el Congreso de la República se tramitara una norma constitucional para imponer la esclavitud o la pena de muerte: ¿podría el Presidente de la República adoptar un papel pasivo cuando le fuera remitida para su promulgación? O antes bien, ¿está en el deber de evitar que un tipo de norma como esas entre en vigencia?

Al aceptar las objeciones presidenciales a los proyectos de acto legislativo no se está cercenando la facultad constituyente que tiene el Congreso de la República, por cuanto la última palabra en todo caso la tendrá el mismo Congreso, y si se trata de objeciones por inconstitucionalidad será el supremo órgano de la jurisdicción constitucional el que defina si la reforma constitucional es o no exequible, como sucede en la actualidad con los proyectos de ley objetados bajo dicha causal.

En sentencia C-452-06 con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional hizo un recuento sobre el origen histórico de las objeciones presidenciales, que constituyen una característica determinante de nuestro sistema de Gobierno presidencialista, en el siguiente sentido:

La figura de la objeción presidencial a los proyectos de ley en Colombia, proviene del constitucionalismo norteamericano, aunque encuentra sus raíces remotas en los sistemas parlamentarios europeos. En efecto, el veto era una facultad del Rey que le permitía, como titular de la potestad legislativa, negarse a consentir la ley aprobada por el Parlamento, sin siquiera poder efectuarse una nueva deliberación; en otros casos, aquél era suspensivo, con lo cual se permitía la realización de una nueva deliberación del texto aprobado.

Ahora bien, dentro de las limitadas formas de intercontrol orgánico que tolera la rígida aplicación de la separación de poderes de la Constitución americana, se encuentra el derecho de veto presidencial a las leyes aprobadas por el Congreso. Con ello se otorga al Ejecutivo una vía de participación activa en la función legislativa. En tal sentido, la Constitución de Estados Unidos de 1787, en su artículo I, Sección VII, dispone que todo proyecto de ley elaborado por el Congreso, ha de ser sometido a la sanción del Presidente, quien podrá firmarlo o rechazarlo, devolviéndolo con sus objeciones a la Cámara en que se inició. En caso de que no sancione el proyecto de ley, pero tampoco lo vete, dicho proyecto será ley en el plazo de diez días hábiles del Congreso. Pero si el Presidente no sanciona el proyecto, ni tampoco lo devuelve al Congreso, y éste suspende sus sesiones dentro del plazo de los 10 días, el proyecto decae, lo que se denomina “veto de bolsillo” o “pocket veto”. De tal suerte que, un proyecto vetado por el Presidente requiere, para superar este veto, ser aprobado por una mayoría cualificada de 2/3 partes en cada Cámara. El veto es, en consecuencia, suspensivo, pero las mayorías exigidas para superarlo pueden transformarlo fácilmente en definitivo.

Pues bien, como se indicó, la figura de las objeciones a los proyectos de ley ha sido una constante en la evolución de nuestro sistema presidencial de gobierno, pudiendo incluso afirmarse que constituye uno de sus rasgos definitorios. En efecto, un examen de los diversos textos constitucionales, evidencia que, con diversos matices y particularidades, el Presidente siempre ha contado con la facultad constitucional de oponerse a la sanción de un determinado proyecto de ley, invocando diversas razones de orden jurídico o político, dentro de unos determinados tiempos, en función de la cantidad de artículos objetados. A partir de entonces, se traba una discusión con el órgano legislativo, la cual finalmente es zanjada mediante diversas soluciones establecidas por las Cartas Políticas, dentro de las cuales, aparecería el control de constitucionalidad.

En este orden de ideas, se pregunta si sería posible que ante una ostensible vulneración del régimen formal de la elaboración de una norma constitu-

cional o ante una sustitución del régimen constitucional y legal, el Presidente se diera cuenta y no tuviera opción distinta a promulgar la norma; ¿para qué entonces se le remitiría al Presidente el texto del proyecto de reforma constitucional? ¿para que lo promulgue a ciegas? ¿para que actúe como notario? No es mejor, como ocurre en el caso de las leyes, que se envíen ¿para que las lea, analice y haga un equilibrio de poderes que le permitan, en caso de inconstitucionalidad e inconveniencia, regresarlo al Congreso, para que el mismo reflexione sobre el contenido de la objeción?

Resulta imposible que contemos con un mecanismo de protección que permita frenar la expedición de todo tipo de normas, pero no con uno para impedir que un exabrupto de carácter jurídico pueda violentar la estabilidad de la Constitución o de la sociedad a partir de la misma norma superior.

Así, a través de las objeciones presentadas al proyecto de reforma constitucional a la justicia, el Presidente de la República abrió un espacio de reflexión para que el Congreso de la República y la sociedad colombiana reflexionaran sobre lo que pudo haber sido un error enorme en la elaboración del texto constitucional. El debate entonces se trasladó a la Corte Constitucional para que esa corporación por primera vez se pronuncie sobre la viabilidad y procedencia de las objeciones presidenciales a los proyectos de acto legislativo, con un espacio participativo de la sociedad civil, la academia y los partidos políticos⁵.

Expresamente consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano existen como herramientas jurídicas para impugnar y derogar las reformas

5 Para la fecha de elaboración de este documento, dos demandas de inconstitucionalidad habían sido archivadas. Se trata de los procesos identificados bajo los radicados D-9239 y D-9203 (al cual fue acumulado el proceso D-9213). Sin embargo, continuaba en curso el proceso D-9200 (al cual fue acumulado el proceso D-9208), respecto al cual ya se registró el concepto del Procurador General y el proyecto de fallo a cargo del Magistrado Ponente (Dr. Jorge Iván Palacio); restando la discusión sobre el mismo en Sala, para que así la Corte adopte el fallo. También se encontraba en el mismo estado el proceso D-9218 (Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt), donde se decidirá sobre la constitucionalidad del Decreto 1531 de 2012, mediante el cual el Presidente de la República convocó al Congreso a sesiones extraordinarias los días 27 y 28 de junio de 2012, para surtir las discusiones sobre el informe de objeciones presidenciales elaborado una vez fue aprobado el texto de conciliación del proyecto de reforma a la justicia. En este sentido, los dos fallos que se producirán podrían aclarar todo lo relativo a los presupuestos necesarios para una eventual procedencia de objeciones presidenciales frente a proyectos de acto legislativo, así como a la oportunidad para su formulación y para la discusión de las mismas en el Congreso.

constitucionales, las demandas por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y los referendos derogatorios⁶. Pero tal como se planteó en el escrito de objeciones, para el caso de la reforma constitucional a la justicia, dichos mecanismos no eran suficientes para conjurar los efectos de la misma, bajo los argumentos que se transcriben a continuación:

El argumento de que la posibilidad de presentar la demanda de inconstitucionalidad contrarresta la imposibilidad de presentar objeciones al acto legislativo es insuficiente porque permite la vigencia, aunque sea temporal, de reformas a la Constitución aprobadas con grave violación del trámite de reforma o, incluso, con manipulación de la voluntad del Congreso, que en el asunto que nos ocupa, y tal y como en líneas generales ya se esbozó, causarían traumas y consecuencias de incalculables proporciones dentro del funcionamiento de la administración de justicia. Por ello, la alternativa de recurrir a la Corte Constitucional para que declare inconstitucional un vicio protuberante de procedimiento no evita el menoscabo institucional, económico y jurídico de una reforma manifiestamente ilegítima; apenas ayuda a mitigarlo.

Por similares razones, y por otras autónomas, tampoco es eficaz la solución prevista en el artículo 377 de la Carta, que autoriza la convocatoria de un referendo con el fin de confirmar o revocar la decisión del Congreso de modificar disposiciones constitucionales. El artículo 377 de la Constitución prescribe lo siguiente:

ARTICULO 377. Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo I del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto

6 Sobre este último mecanismo, cabe resaltar que en los días transcurridos entre la aprobación del informe de conciliación por parte de las Plenarias de Cámara y Senado y el posterior archivo de la iniciativa cuando estas Corporaciones acogieron las objeciones presidenciales; se conformó una iniciativa ciudadana para impulsar un referendo derogatorio ante la eventual promulgación del proyecto y su consecuente entrada en vigencia. En efecto, la iniciativa 'Referendo Ya', conformada por nueve voceros representantes de diversas organizaciones, convocó a la ciudadanía para recopilar las firmas necesarias para lograr la inscripción del comité promotor del referendo, como paso previo a la elaboración de la propuesta y la recolección de firmas respectivas para poder someterla a la votación popular. Pese a que se logró superar el umbral de las 150.000 firmas necesarias para lograr la inscripción del comité, la iniciativa se dio por terminada una vez fue archivado el proyecto de reforma a la justicia.

Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

No obstante que el referendo revocatorio podría derivar en la pérdida de vigencia de las normas modificadas por el Congreso, es claro que para que ello ocurra la reforma debe haber entrado en vigencia, con todas las consecuencias negativas que esa condición conlleva. Adicionalmente, la necesidad de agotar ciertos procedimientos, de recolectar firmas y de organizar una jornada electoral para consultar la voluntad popular dilatarían en el tiempo la decisión final respecto de reformas constitucionales no necesariamente impopulares, sino abiertamente violatorias del trámite de reforma de la Constitución. De otro lado, la clara connotación política del referendo revocatorio lo convierte en un mecanismo inadecuado para derogar reformas constitucionales irregulares por razones de trámite, es decir, por razones que suelen tener que ver con asuntos técnicos de procedimiento legislativo. Ello sin contar con el hecho de que el éxito del referendo revocatorio depende fundamentalmente de la movilización de la voluntad del pueblo y no necesariamente del peso de los argumentos jurídicos.

Finalmente, tampoco es posible recurrir a las facultades de excepción que el Presidente de la República puede ejercer en desarrollo del Estado de Comoción Interior (art. 213 C.P.), porque en ejercicio de dichas competencias el Gobierno sólo está facultado para suspender las “leyes” incompatibles con el Estado de Comoción, y no las normas constitucionales, que son precisamente las que se modifican en una reforma constitucional. Así, tampoco ante la eventualidad de una reforma constitucional que viole abiertamente el trámite de reforma, podría el Gobierno adoptar medidas eficaces para contener sus efectos jurídicos.

De tal manera que para este problema jurídico, sobre la procedencia o no de la objeción presidencial frente a un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso, se ha llegado a la siguiente conclusión, luego de escuchar a notables juristas y académicos del país y de unas profundas deliberaciones por parte de los miembros de la comisión accidental que presentó el informe de objeciones presidenciales: si el sistema jurídico no cuenta con una herramienta de control rápida y adecuada para evitar la propagación de sus efectos, si estos controles existen respecto de las leyes de la República y de los actos administrativos o de normas de inferior jerarquía del ordenamiento jurídico, ¿por qué no puede existir hoy dicha herramienta para evitar

la violación de la estructura jurídica más importante del país que se contiene en la norma constitucional?.

Queda un importante interrogante por contestar: ¿por qué entonces la Corte Constitucional no ha dicho expresamente que se pueden objetar las reformas constitucionales?, la respuesta la entrega el análisis de filosofía del derecho que se hace en el texto contenido en la primera parte del escrito de objeciones presidenciales, pues nunca ha habido un antecedente que invite a la Corte Constitucional a pronunciarse sobre esta materia específica. La Corte se ha pronunciado marginalmente sobre las objeciones a una norma constitucional pero nunca como el objetivo central, como el problema jurídico central de una providencia proferida por dicha corporación judicial. Solo cuando llegue un estudio concreto, como sucede actualmente mediante la demanda de inconstitucionalidad en curso, entrará a exponer la viabilidad de esta interpretación.

Finalmente se presentaron y se continúan presentando muchos interrogantes frente al trámite de las objeciones presidenciales en sesiones extraordinarias pues el artículo 375 constitucional exige que el trámite de los proyectos de acto legislativo se haga en dos periodos ordinarios consecutivos. Desde una interpretación finalista y sistemática cuando la norma constitucional se refiere al trámite de un proyecto de acto legislativo, hace referencia a los debates requeridos para su aprobación, tal y como sucede con el trámite de las leyes estatutarias del que hace parte el control previo de constitucionalidad. Sin embargo, la exigencia de que se tramite en una sola legislatura es referida exclusivamente a los debates, excluyendo el control de constitucionalidad y la sanción presidencial.

Ahora bien, frente a la posibilidad de que las sesiones de los días 27 y 28 de junio del año 2012, en los que se discutió y aprobó el informe de objeciones presidenciales al proyecto de reforma constitucional a la justicia, hayan sido sesiones irregulares de conformidad con lo prescrito en el artículo 149 de la Constitución, es necesario precisar que el Congreso de la República ejerce sus funciones congresionales en dos tipos de sesiones: las primeras, de tipo ordinario, dentro de cada legislatura, compuesta por dos periodos legislativos que van del 20 de julio al 16 de diciembre y del 16 de marzo al 20 de junio; y las segundas, las de tipo extraordinario, que deben ser previamente convocadas por el Gobierno Nacional para que se puedan llevar a cabo entre el 17 de diciembre y el 15 de marzo, y entre el 21 de junio y el 19 de julio.

En el artículo 138 constitucional se señala que la convocatoria a sesiones extraordinarias se debe hacer por parte del Gobierno Nacional, especifican-

do el término de las mismas y los temas que deberán discutirse dentro de estas. En ese orden de ideas se tiene que los tres requisitos constitucionales los cumple el Decreto 1351 del 2012⁷, mediante el cual se convocó al Congreso de la República en una fecha específica para que se pronunciara sobre las objeciones presentadas al proyecto de reforma constitucional a la justicia.

En sesiones extraordinarias no se tramitó un proyecto de acto legislativo, es decir no se le dio ningún debate, simplemente hubo un pronunciamiento por parte de las plenarias del Senado y la Cámara de Representantes frente a la objeciones presidenciales presentadas a un proyecto de acto legislativo.

De esta manera, se concluye que el trámite surtido desde su discusión hasta su desenlace a través de las objeciones presidenciales y su discusión en las sesiones extraordinarias, estuvo irrigado en todas sus etapas por una concepción moderna que valora la supremacía jerárquica de la Constitución Política; que protege y garantiza la vigencia de un orden constitucional garantista y que respeta los derechos fundamentales.

7 No obstante la anotación hecha arriba, acerca de la demanda de inconstitucionalidad en curso contra esta norma (expediente D-9218).

Conclusiones y perspectivas

El camino de la transformación de la justicia en la última década

El camino de la transformación de la justicia en la última década

Conclusiones y perspectivas

Con ocasión de la reforma constitucional de 1991 el Estado colombiano fue objeto de un quiebre y el sistema de justicia por supuesto no fue ajeno a las transformaciones que se reclamaban. Las necesidades de mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia, de romper las altas tasas de congestión, de eliminar la impunidad imperante impulsaron, como lo siguen haciendo hasta hoy, el nuevo diseño constitucional que creó una nueva institucionalidad y unas nuevas reglas para la administración de justicia en el país.

Los primeros diez años¹ bajo esta organización perfilaron las debilidades del nuevo sistema pues tras una década de acciones, las discusiones sobre los problemas coyunturales de la justicia no mermaron, como tampoco lo hizo la búsqueda de vías para su superación. Las críticas sobre el papel de las nuevas instituciones (la Fiscalía, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Superior de la Judicatura) siempre estuvieron a la orden del día, quizás sin tener en cuenta que el asentamiento de nuevas ideas no es inmediato, y salvo por la legitimidad que adquirieron la Corte Constitucional² y la acción de tutela en el fortalecimiento del Estado Social de Derecho no se habría notado un giro importante en la materia.

-
- 1 Además del recuento de las reformas que se incluye en el primer capítulo de este libro, se puede consultar un estudio detallado denominado “Cambios en el sistema de Justicia y Sociedad Civil en Colombia (1991-2002), elaborado por la Corporación Excelencia en la Justicia y publicado por el Centro de Estudios de Justicia de la Américas –CEJA- en el año 2003.
 - 2 Se pueden leer en el capítulo del Dr. Humberto Sierra Porto interesantes reflexiones sobre el papel de la Corte Constitucional en la definición del alcance de las normas que reforman la justicia y en relación con el impacto de sus sentencias sobre las políticas públicas en esta misma materia.

Con todo, aunque en algunos casos el cambio constitucional aparejó la expedición de desarrollos normativos o por lo menos la discusión sobre su necesidad, como ocurrió con la autonomía del poder judicial³, los mecanismos alternativos de solución de conflictos o con las acciones populares o la jurisdicción indígena, lo cierto es que las realidades que originaron los ajustes constitucionales se mantuvieron.

En algún punto, tras varios años de adecuación, el empuje de una segunda ola reformista⁴ en el continente tocó a nuestro país y los esfuerzos se volcaron a reformar el sistema penal y a establecer alternativas al proceso judicial para los demás asuntos, en búsqueda de la celeridad, la separación de roles de los distintos operadores, la oralidad y la inmediación del juez con la prueba, entre otros aspectos. Se inició entonces una época prolífica de cambios y reformas que aún hoy no termina e incluso hoy nuevamente se reclaman ajustes y reacomodos de las instituciones creadas en la Constitución del 91 que no lograron el cumplimiento de los fines o que no satisfacen las expectativas ciudadanas.

Así, en esta década fue con la reforma penal que se inició en Colombia y en el resto de Latinoamérica la transformación de fondo de los procedimientos judiciales pues imperó en todo el continente la idea de cambiar los sistemas tradicionalmente inquisitivos por otros innovadoramente acusatorios tal como lo recomendaba la experiencia anglosajona.

Este cambio, contribuyó a fortalecer el papel del juez y del fiscal, de la defensoría y de la víctima⁵. El invento colombiano de dar espacio a la Procuraduría como un actor de proceso penal, en los últimos años está siendo cuestionado, pues no parece tener espacio un sujeto más que residualmente

3 Antes de los 90 la Banca Multilateral enfiló sus esfuerzos hacia el establecimiento de medidas que fortalecieran la independencia judicial y la autonomía administrativa de los poderes judiciales, lo cual se logró en Colombia y en casi todos los países de América Latina. Con todo el doctor Jaime Arrubla plantea en su capítulo de estas memorias algunas reflexiones sobre la historia reciente de nuestro país la lucha del poder judicial en Colombia para defender esta autonomía.

4 Los balances de la reforma a la justicia 10 años después de la expedición de la Constitución de 1991, ya señalaban que tras la ola de reformas en los países de la región durante la década de los 90, las demoras en los procesos judiciales, la acumulación de casos en los juzgados y el acceso limitado a los servicios de justicia, persistían.

5 Aunque en todos los casos no falten las críticas y debilidades, sobre las que se puede consultar en los múltiples estudios y pronunciamientos que se encuentran sobre el sistema penal acusatorio.

advierta sobre las labores que cualquiera de los demás no adelanten o apoye las que sí comparte.

Igualmente, cabe resaltar dos llamativos efectos que generó esta reforma: los tiempos procesales se redujeron sustancialmente, pasando de un promedio general de 890 a 120 días y los costos promedio de los procesos penales, pasaron de \$1.018.805 bajo el imperio de la ley 600, a menos de \$500.000 en el sistema penal acusatorio⁶.

Sin embargo y pese a estos halagadores datos, los cuestionamientos que se planteaban entonces a la Fiscalía General por la inexistencia de una política criminal clara, por el aumento, o cuando menos por la no disminución, de los índices de impunidad y por el retraso o la inexistencia de condenas en contra de los delincuentes aún hoy se mantienen, aunque con un sustrato diferente.

Para muchos las promesas del sistema penal acusatorio no se cumplieron y desde ya reclaman el retorno a los tiempos pasados, que ante las dificultades actuales y sin una perspectiva clara, siempre parecen mejores; para otros las promesas del sistema penal acusatorio han sido deformadas por las posteriores reformas legislativas e interpretaciones jurisprudenciales que han modificado el querer del legislador inicial⁷; pero todos coinciden en que la tan anhelada descongestión no ha llegado, en que las innovadoras formas de terminación de los procesos no han impactado, en que los mecanismos para lograr la condena pronta de los delincuentes se debilitan ante la profusión de normatividad para impedir su aplicación, en que los principios de inocencia y prevalencia de la libertad no han calado ni en la institucionalidad ni en la sociedad y en que la tendencia de los abogados (litigantes y funcionarios) a mantener las viejas prácticas y costumbres procesales⁸ han terminado por minar la confianza en que la reforma realizada era el camino adecuado.

6 Sobre el particular puede revisarse el Balance del Funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio que la Corporación Excelencia en la Justicia publicó en el año 2012, como parte de su tarea de seguimiento al funcionamiento de esta importante área de la administración de justicia. Otras reflexiones sobre la eficiencia y eficacia de la justicia en la regiones, las plantean los doctores Mauricio García y José Rafael Espinosa en un interesante capítulo de este libro.

7 Algunas de la principales discusiones sobre el particular son planteadas por el Dr. Juan Carlos Forero para esta publicación.

8 Por ejemplo, el interrogatorio de hoy se ha convertido en la indagatoria que se quiso desterrar y los fiscales no han asumido en todos los casos su posición de directores de la investigación.

A igual acuerdo se llega cuando se hace mención al desarrollo institucional puesto que muchas de las debilidades de la reforma se endilgan a la disparidad generada entre el ambicioso cambio normativo y el rezagado fortalecimiento o crecimiento organizacional y presupuestal: se evidencian las debilidades generadas por una policía judicial que, aunque ampliada, sigue siendo insuficiente para atender la creciente demanda de justicia ya sea que se origine, en una criminalidad creciente, en la apertura de más o mejores canales de atención, o en el mayor conocimiento que los ciudadanos adquieren sobre sus derechos; se critica la falta o lentitud de expansión de la defensoría pública que cada vez se extraña más tanto para atender a las necesidades jurídicas de los investigados como de las víctimas; y se echa de menos una mayor profesionalización del recurso humano que debería contar con las mejores herramientas para poner en marcha lo que desde el legislativo se plantea.

En materia de cumplimiento de las penas, el hacinamiento carcelario⁹, las condiciones de vida infrahumanas que soportan los reclusos, las evidentes limitaciones para la resocialización, para luchar contra la corrupción y para mantener el orden en los establecimientos de reclusión, se explican, en concepto de la CEJ, en una política criminal y penitenciaria deficiente que desde 1993 no ha podido superar los retos a los que se ha visto enfrentada y que en cambio ha tenido que luchar contra una actividad legislativa inconveniente, azarosa y marcada por la coyuntura que se ha concentrado en aumentar las penas, restringir beneficios por aceptación de cargos y criminalizar cada hecho que repulse a la sociedad sin evaluar las dificultades e insuficiencias del sistema para soportar las consecuencias¹⁰. Esta situación, sumada a las infaltables condiciones de restricción de recursos físicos, humanos y presupuestales, de insuficiencia en la gestión de los recursos existentes y de debilidades en la formación del personal a cargo de la función no puede sino producir el estado grave e insostenible que se ha ido profundizando durante los últimos años y que todas las voces de la sociedad al unísono reconocen.

La Corporación Excelencia en la Justicia insiste en que la discusión de fondo acerca de la reforma del sistema penitenciario y carcelario debería dirigirse hacia la verificación de las conductas que se encuentran penalizadas, a la transformación de las sanciones penales y la forma como estas deben

9 Que en junio de 2013 alcanzó el 55,6%

10 Desde la expedición del Código Penal del año 2000 fueron creados 47 nuevos tipos penales y se aumentaron las penas a 80 delitos, ello sin contar el incremento punitivo general que se realizó en 2004 a través de la Ley 890.

cumplirse y al planteamiento e implementación de políticas coherentes de política criminal dentro de un plan más ambicioso de reestructuración del sistema carcelario que tenga un norte definido en el mediano y largo plazo y una postura clara sobre la posición que se deberá adoptar ante propuestas de nuevas tipificaciones penales.

Paralelamente, mientras se armaba el andamiaje penal, en las otras áreas de conflictividad se dedicaron mucha atención, esfuerzos, recursos y esperanza a las promesas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos como una vía que mejoraría el acceso de los ciudadanos a la justicia, como un desfogue que contribuiría a disminuir la congestión de los despachos judiciales y por sobre todo a fortalecer el tejido social y a consolidar espacios propios para la solución pacífica de las controversias.

Para la misma época en que se inició el tránsito hacia el sistema penal acusatorio, empezaba a regir una nueva normatividad sobre la conciliación extrajudicial en derecho, se empezaban a debatir posibles reformas sobre el arbitraje y se recibía una inyección de recursos de cooperación internacional para el fortalecimiento de estas y otras figuras comunitarias de solución de conflictos (conciliadores en equidad, jueces de paz, mediadores) con lo cual se alcanzó el nivel de posicionamiento con que actualmente cuentan estas figuras y el desarrollo institucional¹¹ resultado de los grandes esfuerzos empeñados en ello.

Durante los años posteriores y hasta la fecha no hay quien haya desvirtuado o contradicho las ventajas de estos mecanismos desde el punto de vista de su eficacia e impacto sobre las relaciones de las personas y el manejo pacífico de los conflictos¹²; de hecho, los estudios realizados alrededor la conciliación extrajudicial en derecho coinciden en señalar que aquellos que se acercan a esta tienen altas posibilidades de lograr un acuerdo y que aún quienes no lo alcanzan recomendarían el mecanismo; sobre el arbitraje la posición no es muy distinta y sobre los mecanismos basados en la equidad las conclusiones también son positivas.

11 De los que se dan cuenta los doctores Rafael Bernal y Hernando Herrera Mercado en los capítulos que aportaron para estas memorias.

12 Aunque algunos han presentado buenas razones para señalar que los MASC no son la vía que a toda costa debe imponerse para buscar la solución de cualquier tipo de conflicto.

Sobre su virtualidad de mejorar las condiciones de acceso a la justicia, es claro que los MASC constituyen una importante puerta de entrada y que los ciudadanos buscan este tipo de mecanismos para solventar sus discrepancias¹³. Sin embargo, los resultados alrededor de su aporte por disminuir la congestión no son tan alentadores¹⁴. De frente al número de procesos en curso en la Rama Judicial las cifras de uso de los MASC no resaltan¹⁵. De nuevo, la formación y calidades de los abogados, la limitación de recursos para su difusión y la tendencia al formalismo, se adjudican como las principales razones por las que estas herramientas no se hayan consolidado con mayor fuerza.

Es por ello que, de una parte, las políticas y recomendaciones de acción se siguen dirigiendo hacia la generación de formas de empoderamiento de los ciudadanos sobre estos mecanismos, pero por otra, se dejó atrás la confianza desmedida en ellos y se volcaron las miradas sobre las posibilidades de solución de conflictos a cargo de las autoridades administrativas y sobre el mejoramiento del propio proceso judicial.

En efecto, cada vez se viene recurriendo más a la asignación de competencias a funcionarios y entidades públicas para que concurren a la solución de conflictos entre los ciudadanos, pero preocupa que los ciudadanos más desprotegidos sean precisamente los que en mayor grado acuden a estas instancias, distintas del aparato judicial, sobre las que no se ha evidenciado ni mayor efectividad o agilidad, como tampoco mejores niveles de atención o de percepción por parte de los usuarios, pero en cambio sí incipientes señales de congestión y atraso.

13 En agosto de 2013, el Ministerio de Justicia y del Derecho presentó los resultados de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas, dentro de los cuales se arribó a la conclusión de que el porcentaje de necesidades jurídicas que acaban siendo solventadas por los jueces equivale a menos del 1% de la totalidad de conflictos, en tanto que la proporción de conflictos para los que se acudió a una autoridad administrativa o a un particular es significativamente mayor.

14 Ni siquiera propuestas como la de convertir la conciliación en requisito de procedibilidad, han alejado a los conflictos de los estrados judiciales. Por el contrario, el requisito se está convirtiendo en una instancia formal que hay que cumplir para poder continuar con el proceso formal.

15 Quizás con excepción del arbitraje, pues a él acuden los empresarios y los particulares involucrados en grandes asuntos que exigen conocimiento técnico especial.

Atendiendo a estas circunstancias, en los últimos años se han abierto camino propuestas dirigidas a superar las barreras de acceso a la justicia mediante otros mecanismos que permitan la materialización de este derecho, ya no mediante propuestas externas a la jurisdicción formal sino aprovechando y mejorando sus propias fortalezas. Es así como se ha discutido la conveniencia de crear una jurisdicción de pequeñas causas en la que el juez sea el centro y coordinador de un sistema local de justicia que se fortalezca desde los territorios y que llegue en igualdad de condiciones a toda la ciudadanía.

Mucho se ha hablado sobre el sistema local de justicia durante los últimos años, algunas veces con más empeño que otras, pero en todo caso con pocos resultados; ahora cuando nos movemos sobre los conceptos de la justicia transicional se empiezan a retomar ideas y se inician esfuerzos por concretar algunas iniciativas en este campo. La Corporación Excelencia en la Justicia ha apoyado siempre este empeño y coincide con la importancia de la que lo revisten las condiciones actuales, pues lo entiende como un escenario social para el desarrollo del estado social de derecho en el que la sociedad asume un papel más proactivo, más responsable de sus propias condiciones de convivencia y resolución pacífica de los conflictos, y en el que la oferta articulada y complementaria del poder Judicial y del Gobierno interactúan con la sociedad en un esquema de mutua responsabilidad.

Desde este punto de vista, la Corporación estima necesario que se dirijan recursos y esfuerzos hacia la concreción de la esencia misma de un sistema local de justicia que no es otra que la de dotar a la justicia de un enfoque social que responda a las necesidades específicas de cada comunidad. Para ello, se debe pasar del enfoque puramente judicial a una visión más amplia que integre las ofertas, formal, alternativa y comunitaria de justicia en un modelo coherente e interdependiente de solución de conflictos, que además promueva la generación de modelos propios de prevención de conflictos y de ejecución efectiva de las decisiones judiciales. Igualmente, es necesario hacer consciencia sobre la necesidad de que los departamentos y municipios gestionen y desarrollen la justicia incluyendo en sus planes locales de desarrollo acciones concretas dirigidas a garantizar las condiciones materiales de convivencia y de funcionamiento de la justicia. Y finalmente, es necesario concentrarse en mejorar la calidad de la justicia que se está administrando a través de la revisión de su pertinencia e idoneidad en relación con el conflicto, de su poder transformador sobre las costumbres y prácticas de las comunidades y de su capacidad de restauración social.

No cabe duda del papel que la justicia deberá desempeñar en el proceso de transición hacia la paz, en el que todos los jueces deberán actuar como garantes y actuar en cada una de sus decisiones como pedagogos de la paz para contribuir desde la justicia en la reconstrucción del tejido social de nuestro país.

Otros supuestos para el mejoramiento de la calidad del servicio formal de justicia, tales como los ajustes a la mecánica judicial fueron abordados a través de las reformas de los códigos laboral, de procedimiento civil y de lo contencioso administrativo, todas con el trasfondo de implementar o fortalecer la oralidad como la panacea contra el atraso y la congestión judicial. Sin embargo, no se ha meditado mucho alrededor de esta herramienta, establecida como norte del sistema judicial desde la expedición de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, pero cuya implementación ha dejado como experiencia que las ventajas del proceso oral en términos de publicidad, intermediación, concentración y transparencia no se compadecen de los niveles de congestión que se generan con ocasión del mayor tiempo, recursos, infraestructura y número de jueces requeridos para su operación.

En efecto, la expectativa de que con la oralidad se logrará mayor agilidad y eficiencia en los procesos judiciales ha resultado frustrada¹⁶ debido, entre otras, a la imposibilidad de que los jueces y demás intervinientes se multipliquen para asistir a múltiples audiencias coincidentes en el tiempo; a las grandes inversiones requeridas para garantizar las óptimas condiciones que exige la oralidad y a una cultura jurídica que disfrazada de oralidad la lectura en “audiencia” de documentos previamente elaborados.

Quizás sea hora de pensar en un sistema mixto que permita la escrituración en los primeras etapas de los procesos y en la segunda instancia, vigorizando para ello el uso de las Tecnologías de Información y Comunicaciones, y que reserve la oralidad para los puntos clave del proceso como pruebas y fallos.

Adicionalmente, en estas materias caben las mismas consideraciones advertidas en cada reforma emprendida en el sentido de que las normas se

16 En materia laboral es evidente, como lo describe el Dr. Eduardo López en estas mismas memorias, y en materia penal la Corporación Excelencia en la Justicia lo ha alertado reiteradamente. Sin embargo, se insiste en la oralidad, como quedó plasmado en las reformas del proceso civil y de lo contencioso administrativo o como se ha hecho en el proyecto de ley que cursa para reformar el Código Carcelario y Penitenciario.

modifican pero no así las conductas ni las instituciones. Para su éxito se requiere impulsar cambios culturales, formular relevos de jueces y adecuados regímenes y estrategias de transición que permitan llevar a la realidad todas las buenas intenciones e ideas que se plasman en las normas.

Quizás esta situación sea el resultado de lo ambiciosas que resultan las propuestas, sin tomar en cuenta nuestras reales capacidades de ejecución, puesto que su éxito siempre ha estado supeditado a la existencia de altas sumas de recursos presupuestales que hagan posible la implementación de acciones de capacitación, pedagogía, aumentos de personal, adecuación de infraestructura, desarrollo de sistemas de información y , ahora, de tecnologías de información, entre otras.

También podría señalarse que a pesar de esas transformaciones procesales la organización misma del aparato de justicia sigue respondiendo a las necesidades de los sistemas inquisitivos –ver por ejemplo la estructura de la Fiscalía, que probablemente a finales de este año, con el uso de facultades extraordinarias debe ser renovada-. Sigue existiendo en el país una compleja primera instancia integrada por jueces municipales y de circuito y eventualmente a cargo de tribunales y cortes. La organización sigue siendo muy piramidal ante lo cual, la Corporación Excelencia en la Justicia ha abogado desde hace varios años por el fortalecimiento de la primera instancia, unificándola, y porque las Cortes dejen de ser tribunales de instancia.

Además la motivación primigenia de casi la totalidad de las reformas ha sido la de reducir la congestión, sin haber tenido en cuenta, como hasta ahora se empieza a hacer, que antes que invertir los escasos recursos en medidas parciales y coyunturales, debería propenderse por ajustar los modelos de gestión judicial a los nuevos regímenes normativos y por formar el recurso humano que los aplicará. Igualmente se resalta que las recientes reformas procesales¹⁷ han exigido previamente un plan de descongestión y han intentado que los nuevos regímenes sean conocidos por jueces exclusivamente dedicados a ellos, aunque con el tiempo este principio termina por no cumplirse.

17 Las reformas del proceso civil y contencioso administrativo se encuentran suficientemente detalladas por los doctores Ulises Canosa y Álvaro Namén, en esta misma publicación.

A la par, deberían establecerse medidas más exigentes para el ejercicio del derecho y para el ingreso y permanencia de jueces y funcionarios en la Rama. Un estatuto del juez y el abogado puede ser un buen inicio en esta vía. Solo así podremos generar reales condiciones que permitan brindar celeridad y eficacia a la respuesta judicial.

Ahora bien, con una mirada más panorámica, la necesidad de adecuar el diseño constitucional de la justicia se ha advertido desde que se gestó el fallido acto legislativo sobre el particular¹⁸ y ahora ha llegado la hora de retomar la iniciativa. Por ello, la Corporación Excelencia en la Justicia, junto con el Instituto de Ciencia Política, adelantan en la actualidad una serie de mesas de trabajo¹⁹ para remirar los temas que constitucionalmente ameritan una modificación y cuyas conclusiones serán entregadas al presidente que resulte elegido en los comicios del año 2014.

Esta propuesta retoma las discusiones y recomendaciones surgidas del proceso anterior²⁰ y se centra, de nuevo, en la revisión del órgano de gobierno, administración y regulación de la Rama Judicial; en su autonomía y presupuesto; en las funciones electorales de las altas cortes; en la ubicación de la Fiscalía General de la Nación; en la magistratura; en la acción de tutela y en el acceso a la justicia, principalmente.

En fin, durante los últimos diez años²¹ en todas las áreas de reforma se han observado, aumento en los índices de conflictividad, aumento en la criminalidad, mayores conflictos vecinales, mayores necesidades de educación legal, mayor administrativización de la justicia y, en consecuencia, incrementos

18 La descripción de la propuesta y de las razones de su hundimiento son detalladas por el Representante a la Cámara, Alfonso Prada Gil, en uno de los capítulos de estas memorias.

19 Las mesas realizadas han contado con la participación de actores como el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, Pedro Sanabria; el Magistrado del Consejo de Estado, Gustavo Gómez; los ex Magistrados Jaime Arrubla y Hernando Torres; el Congresista, Alfonso Prada; el Presidente de Asonal Judicial, Luis F. Otálvaro; la Presidente de la Corporación de Jueces y Magistrados, María del Pilar Arango; además de académicos y expertos.

20 Sobre las conclusiones de la Comisión de Expertos de Reforma a la Justicia del Decreto 4932 de 2009, puede revisarse el artículo elaborado por su presidente, Dr. José Alejandro Bonivento Fernández, que se incluye en este libro. Sobre las discusiones dadas durante el trámite de la fallida reforma puede consultarse la página Web de la Corporación Excelencia en la Justicia: www.cej.org.co

21 Al igual que en la década anterior y la previa a esta (¡)

en las denuncias, en las demandas de soluciones y mayores exigencias para el aparato de administración de justicia.

Igualmente, en todas las reformas del sector justicia se percibe como trasfondo, el interés por modificar las condiciones de congestión, impunidad y falta de acceso, así como en todas se advierten las mismas dificultades para su implementación: falta de talento humano, déficit de recursos, inadecuados modelos de gestión, profusión normativa, insuficiencias de capacitación de operadores y abogados, ausencia de sistemas de información o debilidades tecnológicas, entre las principales.

Se advierte que la destinación de recursos, aunque en aumento desde 2002²², aún no satisface ni cubre las necesidades de intervención para moldear los sistemas de gestión y las estructuras administrativas que permitan un mejor desenvolvimiento del sistema. Por ello la Corporación Excelencia en la Justicia insiste en la necesidad optimizar los recursos existentes en la implementación de tecnologías de la información y en el diseño de planes de intervención nuclear que combatan las causas de la crisis y no que solamente contengan sus consecuencias a medida que van brotando. Definitivamente no se puede seguir combatiendo causas estructurales de congestión y atraso con medidas provisionales y coyunturales de intervención.

Por ello, aunque es no solamente necesario sino posible invertir y gestionar mejor la bolsa existente, no hay duda de que el anhelado fortalecimiento de la justicia pasa por un aumento en la asignación de recursos, los cuales sólo deberían otorgarse previa la discusión y aprobación de un plan maestro de justicia de largo plazo, en el que se establezcan metas alcanzables, medibles y cuantificables, de manera que la rendición de cuentas sea una labor sistemática e informada.

Desde el punto de vista normativo, la experiencia enseña que desde la creación de la norma resulta importante tratar de establecer o de prever las consecuencias que ella tendría en el sistema judicial con lo cual se podrían agregar elementos técnicos a las discusiones. El desarrollo de metodologías que conduzcan a este fin será un requisito relevante en las reformas que vendrán.

22 Sobre el particular, puede consultarse el artículo del Dr. Hernando Torres Corredor publicado en este mismo libro.

Desde el punto de vista humano, en todos los sistemas se proponen cambios que necesariamente deberían aparejarse con la formación de abogados, operadores y usuarios para enfrentarlos. Se plantea la oralidad y el juicio oral pero no se forma a los abogados para expresarse en las tribunas; se exigen jueces directores del proceso y fiscales coordinadores de sus investigaciones pero no se los forma para argumentar ni para dirigir; se reclaman sentencias claras pero los profesionales no saben escribir; se promueve la autocomposición y se critica la cultura litigiosa pero no se cultivan las debidas competencias ciudadanas.

En los programas académicos de las universidades se empiezan a ver ajustes, pero aún no se establecen diferencias en la formación atendiendo a las distintas actividades que los abogados desempeñarán, y que para el caso de la justicia resultan de especial importancia. Por ello la Corporación insta a la academia para que se inicien programas de formación especializada que contribuyan a la definición de los perfiles y competencias de quienes forman y administran el aparato de justicia del país y sin cuyo concurso ninguna reforma podrá aflorar como se desea²³.

Por otra parte se han promovido los mecanismos alternativos de solución de conflictos pero esta promoción no se refleja ni en la reducción de la conflictividad ni tampoco de la congestión. Aunque por supuesto esta no es una consecuencia exclusiva del sistema de administración de justicia, sí permite cuestionar las políticas que quisieran hacer centrar la decisión del ciudadano solamente en diferencias de operatividad y desempeño entre el sistema formal y el alternativo de solución de conflictos. Los MASC no deben promoverse como una vía de solución a la demora, congestión e impunidad del sistema formal, y en cambio sí deben fundamentarse en la cultura ciudadana e imponerse ante la necesidad de dar un tratamiento diferente y constructivo al conflicto con lo cual se contribuiría a que la justicia formal pueda canalizar sus esfuerzos en atender los conflictos de mayor calado.

Desde el punto de vista de la tecnología, es un hecho que el mundo va más rápido que la justicia, lo cual es explicable ante la necesidad de reflexión que esta tarea exige. Sin embargo, esto no obsta para que se exploren nuevas formas de acompasar el funcionamiento del sistema de justicia con las nuevas realidades del mundo. En general, las redes sociales y las TIC permiten un re-

23 Véase la opinión de los doctores Carlos Ignacio Jaramillo y Hernando Gutiérrez sobre la formación jurídica en Colombia.

lacionamiento más cercano del ciudadano con sus autoridades a la autoridad y la justicia no puede ser ajena a ello, lo que exigirá también la revisión del papel del abogado en nuestro sistema de resolución de conflictos.

Todo lo encontrado permite concluir que pese al gran y variado número de intervenciones, aún no ha se logrado el balance adecuado de esfuerzos, procedimientos y recursos de la justicia para ofrecer al país un funcionamiento adecuado en relación con sus necesidades de resolución de conflictos. El camino hacia esa meta lo seguimos recorriendo y ojalá el país se ponga de acuerdo hacia dónde debemos ir y cuáles son las metas a alcanzar en materia de justicia.

2002-2003

Álvaro Uribe Vélez es elegido Presidente de los colombianos	Es sancionado el Acto Legislativo 03 de 2002	Es sancionada la ley 794 de 2003	Primer proyecto de reforma constitucional a la justicia	Es sancionada la Ley 906
7-ago-2002	18-dic-2002	7-ene-2003	1-ago-2003	31-ago-2003
Entre sus propuestas de Gobierno, se encontraba el planteamiento de una reforma estructural a la justicia, encabezada por la eliminación del Consejo Superior de la Judicatura	Por medio de este se introducen cambios a nivel constitucional con el propósito de implementar el Sistema Penal Acusatorio en Colombia	Por medio de la cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Civil, con el propósito de propiciar la descongestión en los despachos judiciales de esta especialidad	El Ministro del Interior, Fernando Londoño Hoyos, elabora un primer proyecto de reforma constitucional a la justicia. Sin embargo, ante el impulso de un referendo para reformar diversos aspectos del Estado, el Gobierno decidió retirar esta iniciativa.	Es sancionada la Ley 906, por medio de la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, instrumento que materializa la introducción del Sistema Penal Acusatorio en Colombia.

2009-2010

El Gobierno expide el Decreto 4932	Comisión entrega al Gobierno su informe final	Son sancionadas las leyes 1394 y 1395	Se Radica un proyecto de reforma constitucional	Se presenta anteproyecto de reforma constitucional a la justicia
17-dic-2009	10-Jun-2010	12-Jul-2010	26-Jul-2010	25-ago-2010
El Gobierno expide el Decreto 4932, mediante el cual se crea una Comisión de Expertos con el propósito de elaborar una propuesta de reforma estructural a la administración de justicia. La Comisión es presidida por el doctor José Alejandro Bonivento.	La Comisión de Expertos entrega al Gobierno su informe final, en el cual plantea una serie de propuestas de orden constitucional y legal para la elaboración de una reforma a la justicia.	Son sancionadas las leyes 1394 y 1395, mediante las cuales se introduce un arancel judicial para ciertos procesos y se establecen medidas en materia de descongestión judicial, respectivamente. En cuanto a la ley de descongestión, cabe anotar que introduce reformas al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal, a la Ley de Infancia y Adolescencia y a la ley sobre Extinción de Dominio.	El Ministro del Interior y de Justicia, Fabio Valencia Cossio, radica un proyecto de reforma constitucional en virtud del cual se traslada la Fiscalía a la Rama Ejecutiva, a la vez que se introducen modificaciones al juzgamiento de funcionarios con fuero constitucional. Sin embargo, la iniciativa resulta archivada el 10 de agosto, 3 días después de que el Presidente Juan Manuel Santos asume el cargo.	El Gobierno presenta su anteproyecto de reforma constitucional a la justicia, con el propósito de que su contenido sea discutido posteriormente en un espacio de concertación, denominado "Mesa de Justicia".

2011

Radicación Proyecto de Acto Legislativo 011/2011	Radicación Proyecto de Acto Legislativo 012/2011	Radicación Proyecto de Acto Legislativo 013/2011	Son acumulados todos los proyectos de enmienda constitucional	Es sancionada la ley 1448 de 2011
11-ago-2011	24-ago-2011	31-ago-2011	10-Oct-2011	12-Oct-2011
Después de la manifestación de comentarios en contra de la propuesta del Gobierno, por parte de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado; ésta última Corporación radica en el Senado el Proyecto de Acto Legislativo 011/2011, contentivo de una propuesta de reforma alternativa a la presentada por el Gobierno.	La Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes radica en la Cámara el Proyecto de Acto Legislativo 012/2011, que contiene una propuesta de reforma al juzgamiento penal de funcionarios con fuero constitucional y la creación de una Sala Especial Judicial para el juzgamiento de Congresistas.	Una coalición de Senadores y Representantes a la Cámara radica en el Senado el Proyecto de Acto Legislativo 013/2011, que propone la eliminación de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes.	Son acumulados todos los proyectos de enmienda constitucional relacionados con la administración de justicia. El trámite de las iniciativas acumuladas comienza su curso en la Comisión Primera del Senado.	Es sancionada la ley 1448 de 2011, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor. Esta ley incluye los procedimientos para hacer efectivos los derechos del consumidor ante autoridades administrativas -como la Superintendencia de Industria y Comercio- y judiciales.

2012

Son sancionadas las leyes 1563 de 2012	Es publicado el Acto Legislativo 01 de 2012	El Consejo Superior de la Judicatura anuncia la creación de instancias de discusión a nivel central y regional	Aprobación del acto legislativo 02 de 2012	Es sancionada la ley 1592 de 2012 que reforma la Ley 975 de 2005
12-Jul-2012	13-Jul-2012	22-ago-2012	27-Nov-2012	02-dic-2012
Son sancionadas las leyes 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) y 1564 de 2012 (Código General del Proceso). Esta última es un hito en el régimen procesal colombiano, pues dispone el tránsito de la justicia civil hacia la oralidad, el uso intensivo de la tecnología en el trámite procesal y el aprovechamiento de los poderes del juez como director del proceso.	Es publicado el Acto Legislativo 01 de 2012, conocido como el "marco jurídico para la paz", mediante el cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional para hacer frente a los procesos judiciales contra combatientes desmovilizados, posteriores a eventuales negociaciones de paz con grupos armados al margen de la ley.	El Consejo Superior de la Judicatura anuncia la creación de instancias de discusión a nivel central y regional para realizar un diagnóstico sobre la situación actual de la justicia, con miras a elaborar un eventual nuevo proyecto de reforma a la justicia.	Aprobación del acto legislativo 02 de 2012 - Fuero Penal Militar "por medio el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia". El proyecto fue publicado el 27 de Noviembre de 2012.	Es sancionada la ley 1592 de 2012 que reforma la Ley 975 de 2005 ("ley de justicia y paz"). La reforma se introdujo como respuesta a las preocupaciones por los deficientes resultados de sus primeros siete años de implementación. Entre los cambios introducidos se destacan: la reducción de audiencias, la introducción de criterios de priorización de casos y la facilitación de la persecución de bienes para la reparación de las víctimas.

2012-2012

Es declarado inexecutable por sustitución de la Constitución el Acto Legislativo 01 de 2011 (Sentencia C-1056/12)	Publicado Proyecto de Acto Legislativo 02 de 2012	Radicado Proyecto de Ley estatutaria sobre Fuero Penal Militar
4-dic-2012	26-dic-2012	19-Mar-2013
Es declarado inexecutable por sustitución de la Constitución el Acto Legislativo 01 de 2011 (Sentencia C-1056/12). La norma había sido aprobada para facilitar el trámite de la reforma constitucional a la justicia, pues suprimía el régimen de conflicto de intereses para los parlamentarios que participaran en el debate de proyectos de Acto Legislativo.	Es publicado proyecto de Acto Legislativo mediante el cual se modifican los artículos 116, 152 y 221 sobre Fuero Penal Militar.	Radicado Proyecto de Ley estatutaria que regula el Acto Legislativo 02 de 2012.