

DEJUSTICIA

EL PODER NOMINADOR DEL PRESIDENTE Y EQUILIBRIO INSTITUCIONAL

- Documento para el debate -

Elaborado por:
Mauricio García Villegas y
Javier Eduardo Revelo Rebolledo

La democracia, en su definición mínima, es un sistema de competencia entre facciones políticas. Por eso, cuando se acaba la competencia, se acaba la democracia. Cuando un partido o movimiento político consigue una superioridad tan aplastante que ya nadie puede disputarle el poder que tiene, se acaba la competencia. James Madison - el gran constitucionalista del siglo XVIII - denominaba esto “faccionalismo” y pensaba que allí estaba el gran peligro de la democracia. Pero Madison, como muchos de sus contemporáneos, se ideó un antídoto contra ese peligro: un complejo diseño institucional de pesos y contrapesos entre las distintas ramas del poder público, que impidiera la concentración del poder en manos de un solo grupo político. Madison lo dice más bellamente:

«...la mayor seguridad... reside en dotar a los que administran cada rama del poder de los medios constitucionales y los de los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás... La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición.»

Ese diseño es algo así como el alma misma de las constituciones modernas, tanto así, que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) planteó que un pueblo carece de constitución si no tiene un catálogo de derechos, y el poder del Estado no se ejerce de forma separada (art. 16).

Esta definición mínima de democracia supone no sólo la existencia de centros de poder distintos, sino que es la base para que, a partir de esos diferentes centros de poder, se estimule la deliberación pública (Sunstein, 2003). Dicho de otro modo, la preservación de los poderes y contra-poderes, no solo previene el abuso de poder y el faccionalismo, sino que también estimula y protege la disidencia – la cual es un elemento saludable para la democracia - y con ello fortalece la deliberación.

La constitución colombiana de 1991 no es una excepción a esta regla de la competencia (art. 113). Más aún, la Constitución de 1991 fortalece una ya larga tradición de organización del Estado fundada en el principio de la separación y control recíproco entre las ramas del poder público. Quizás lo más significativo de esa tradición es la gran independencia que, desde mediados del siglo XX, ha tenido la justicia en Colombia, sobre todo cuando se le compara con la gran mayoría de los países de América Latina.¹

Para fortalecer esta tradición, la Constitución buscó disminuir el poder del Presidente de la República en relación con los otros poderes y sectores del Estado. Así por ejemplo, introdujo la figura de la moción de censura; limitó las facultades constitucionales para declarar los estados de excepción; creó la Corte Constitucional, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía y el Consejo Superior de la Judicatura; creó una Banca Central independiente del ejecutivo, entre otras. Sin embargo, hoy en día, ese gran capital institucional colombiano, representado en la tradición de equilibrio institucional, se encuentra en grave peligro de desaparecer. Si eso llega a ocurrir, en un país que todavía no supera el conflicto armado, las consecuencias pueden ser nefastas.

En este artículo se analizan las causas de este desequilibrio institucional, se muestran sus posibles impactos, y la importancia que tiene la transparencia en los procesos de nombramiento. El texto está dividido en tres partes. En la primera se explican las causas del desequilibrio actual; en la segunda se analizan algunas experiencias internacionales sobre procesos de nombramiento de los altos cargos del Estado y en la última se aborda el tema de la Defensoría del Pueblo. Se avanza en la discusión por institución y se profundiza únicamente en el caso de la Defensoría del Pueblo, porque el proceso de nominación y designación deberá adelantarse en los próximos días.

I. LAS INSTITUCIONES COLOMBIANAS EN PELIGRO

En relación con las causas del desequilibrio actual, cuatro de ellas pueden ser fácilmente identificadas: la introducción de la reforma constitucional de la reelección presidencial inmediata; la crisis de representación del Congreso, el excesivo respaldo popular del presidente, y la actitud autoritaria del presidente de la república frente a ciertas actuaciones de la justicia.

¹ “Colombia tiene una de las justicias con mayor independencia orgánica en el contexto latinoamericano, e incluso mundial, lo que refleja, por ejemplo, en la existencia (al menos hasta el 2005) de fiscales autónomos frente al poder Ejecutivo. De igual forma, los órganos políticos, en especial el Ejecutivo, tienen relativamente poca injerencia en la composición del aparato judicial, porque carecen de la capacidad de nombrar directamente a los jueces” (Uprimny, R. Rodríguez, C y García, M, 2006, p.34).

A. La reelección presidencial inmediata

El equilibrio institucional se empezó a perder a raíz de la reelección presidencial inmediata, adoptada en el Acto Legislativo 02 de 2004. Al cambiar el período del presidente sin cambiar el de los demás funcionarios públicos que están llamados a controlarlo, la reelección puso a tambalear el andamiaje constitucional existente, como cuando a un castillo de naipes se le remueve una carta y se le cambia por otra que tiene una dimensión o un peso diferentes.

La carta removida de ese castillo – el famoso “articulito” de la reforma - faculta al Presidente, además del nombramiento de sus agentes (Art. 189), para incidir en la elección de casi todos los funcionarios que están llamados a controlarlo. Así por ejemplo, los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado, de ternas enviadas por el Presidente, la Corte Suprema y el Consejo de Estado (Art. 239); el Fiscal General es elegido por la Corte Suprema de una terna que elabora el Presidente (Art. 249); los magistrados de la sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, son elegidos por el Congreso de ternas que presenta el Presidente (Art. 254); el Procurador General es elegido por el Senado de una terna del Presidente, la Corte Suprema y el Consejo de Estado (Art. 277); el Defensor del Pueblo es elegido por la Cámara de Representantes de una terna presentada por el Presidente (Art. 281); los miembros de la junta directiva del Banco de la República son elegidos por el Presidente (Art. 372) y dos de los miembros de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión son elegidos por el Presidente (Art. 77).

Antes de la reelección, los períodos del Presidente y de estos altos funcionarios del Estado no coincidían, lo cual obligaba al ejecutivo a gobernar con funcionarios nombrados en períodos diferentes al suyo. Así por ejemplo, el Presidente elabora la terna para que la Corte Suprema escoja al fiscal. Pero como el Fiscal se posesiona más de un año después de posesionado el presidente, este último debe gobernar una buena parte de su período con un fiscal nombrado con una terna elaborada por su antecesor. Eso era lo que pasaba antes de la reelección. Hoy en día, en cambio, con un mandato de 8 años, el Presidente gobierna casi todo el tiempo, no sólo con un Fiscal de su cuerda política, sino también con un Procurador General, con un Defensor del Pueblo, con una Corte Constitucional, con un Banco de la República, y así sucesivamente hasta completar todo el Estado (Rodríguez, 2005; Villa, 2005). No sobra agregar que todo esto se empeoraría – si es que ello es posible – con una segunda reelección.²

² Dos días después de la marcha del 4 de febrero que pretendió la liberación de todos los secuestrados en Colombia el partido de la “U” anunció que comenzaría con la recolección de firmas para presentar al Congreso una propuesta de reforma constitucional, en la que el pueblo responda si desea permitir una nueva reelección presidencial (“Segunda reelección...”, 2008, 6 de feb). A pesar que el presidente Uribe no ha definido sus aspiraciones políticas, es claro que este tema será el principal tema de la agenda legislativa.

En el Cuadro 1 se ilustra – sombreado con naranja - el incremento del poder presidencial en los altos organismos del Estado, como consecuencia de la extensión de su poder de nominación a lo largo de dos períodos presidenciales. Aquí se muestra como, por ejemplo, con la reelección presidencial inmediata, el Presidente puede determinar el nombramiento de todos los magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y gobierna seis de los ocho años con un Fiscal y un Defensor nominados por él. Igualmente, se aprecia el aumento de la influencia presidencial en la elección del Procurador General y en la conformación de la Corte Constitucional. Los nombramientos en estas instituciones se parecen en el hecho de que, en la nominación intervienen el presidente, el Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, mientras que la designación final la lleva a cabo el Senado³. Si se parte de la estrecha relación que existe entre el ejecutivo y el legislativo, el poder de nominación presidencial se ha incrementado de forma considerable: además de jugar un importante papel en la nominación, podrá designar - por medio de sus mayorías en el Congreso - a los candidatos ternados o propuestos por la rama judicial.

³ Sin embargo el procedimiento es parcialmente diferente porque mientras en la nominación del Procurador cada institución presenta un candidato de la terna, en el caso de la Corte Constitucional cada institución postula por sí misma sus ternas.

Cuadro 1. Reelección presidencial inmediata y poder de nominación

| PRESIDENTE | Año de ingreso | Nominación | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 |
|------------------------------------------------|----------------|----------------------------------------|----------------|------|----------------------------------------|--------------------------------|---------------------------------|------|------------------------------------|------|------|
| | | | PRIMER PERIODO | | | SEGUNDO PERIODO | | | | | |
| CORTE CONSTITUCIONAL | | | | | | | | | | | |
| Manuel José Cepeda | 2001 | Presidente | | | | | | | X | | |
| Marco Gerardo Monroy | 2001 | Presidente | | | | | | | X | | |
| Álvaro Tafur Galvis | 1999 | Presidente | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | Reemplazado por: Mauricio González | | |
| Alfredo Beltrán Sierra | 1998 | CSJ | | | | | Reemplazado por: Nilson Pinilla | | | | |
| Jaime Córdoba Triviño | 2001 | CSJ | | | | | | | X | | |
| Clara Inés Vargas | 2001 | CSJ | | | | | | | X | | |
| Rodrigo Escobar Gil | 2001 | Consejo Edo. | | | | | | | X | | |
| Jaime Araújo Rentarúa | 2001 | Consejo Edo. | | | | | | | X | | |
| Eduardo Montealegre Lynett | 2001 | Consejo Edo. | | | Reemplazado por: Humberto Sierra Porto | | | | | | |
| FISCAL GENERAL | | | | | | | | | | | |
| Luis Camilo Osorio | 2001 | Presidente | | | | Reemplazado por: Mario Iguarán | | | | X | |
| PROCURADOR GENERAL | | | | | | | | | | | |
| Edgardo Maya V | 2000 | Presidente, de Consejo de Estado y CSJ | | | Reelegido | | | | X | | |
| DEFENSOR DEL PUEBLO | | | | | | | | | | | |
| Eduardo Cifuentes | 2000 | Presidente | | | Reemplazado por: Vólmár Pérez | | | | X | | |
| SALA DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR | | | | | | | | | | | |
| Eduardo Campos Soto | 2001 | Presidente | | | | | | | X | | |
| Jorge Flechas | 2001 | Presidente | | | | | | | X | | |
| Fernando Coral | 2001 | Presidente | | | | | | | X | | |
| Leonor Perdomo | 2001 | Presidente | | | | | | | | | |
| | | | | | | | | | Reemplazada por: María M. López | | |
| Temistocles Ortega | 2001 | Presidente | | | | | | | X | | |
| Guillermo Bueno | 2001 | Presidente | | | | | | | X | | |
| Rubén Henao | 2001 | Presidente | | | | | | | X | | |

El presidente no ha desaprovechado oportunidad para nombrar a sus principales colaboradores en altos cargos del Estado. Los dos ejemplos más sonados son el del nombramiento de Mario Iguarán en el año 2005 quien se desempeñaba como viceministro de justicia y el del magistrado de la Corte Constitucional Mauricio González, en el 2007, quien ocupaba el cargo de asesor jurídico de la Presidencia. Más recientemente, el secretario de Prensa de la Presidencia, Ricardo Galán, fue nombrado comisionado de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión. Si bien su nombramiento recibió menos atención de la opinión pública, el valor político de ese cargo, en la estrategia de comunicaciones del presidente Uribe, es de una importancia mayor. Un tema importante que tendrá que atender la Comisión es el de la adjudicación del nuevo canal de televisión.

B. La crisis de representación

Los constituyentes de 1991 tenían la idea de que una vez revocado el congreso – como en efecto se hizo – y una vez promulgada la nueva constitución, las costumbres políticas del país se iban a renovar y el sistema político se iba a depurar. Eso explica que la constitución de 1991 no sólo haya vigorizado la justicia, sino que haya fomentado la participación del Congreso en la conformación de la Corte Constitucional, del Consejo superior de la Judicatura, del Defensor del Pueblo y del Procurador General de la Nación. Por desgracia, no hubo tal depuración del Congreso y de las costumbres políticas. Por el contrario, con las alianzas entre miembros del congreso y paramilitares para las elecciones del 2002 se puso en evidencia una crisis de representación política nunca antes vista en el país.

El desequilibrio generado por la reelección presidencial inmediata no sería tan grave si tuviéramos un Congreso confiable. Eso contrarrestaría, en parte, el enorme poder que ahora tiene el presidente. Pero no es así. Ese desequilibrio se torna dramático en los momentos actuales debido a la consabida ilegitimidad del Congreso. Como se sabe, casi la cuarta parte de los congresistas han sido vinculados al proceso de la parapolítica (“En crisis máxima...”, 2008, 24 de jun.). Eso sin contar la incapacidad de ese órgano, demostrada a lo largo de los últimos años, para votar una reforma política que le permita superar la crisis de legitimidad que vive actualmente.

Así pues, en las condiciones actuales, el incremento del poder del Congreso es menos una esperanza que una amenaza para la consolidación del Estado de derecho. Si tuviéramos un Congreso competente y honesto, se podría esperar que aquellos funcionarios cuya elección pasa por esa institución – los magistrados de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, el Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo– quedaran bien escogidos. Sin

embargo, con el Congreso actual en buena parte cuestionado por sus alianzas con el paramilitarismo, es poco probable que esto suceda.

C. Popularidad presidencial

En la historia política de Colombia es atípico encontrar un gobernante con un respaldo - en la ciudadanía y en el Congreso - tan grande, como el que tiene el presidente Uribe. En el 2002 el presidente fue elegido en primera vuelta con una alta mayoría. Desde entonces, su popularidad no ha hecho sino aumentar. Hoy en día, Alvaro Uribe es considerado el gobernante con mayor respaldo popular de América Latina, y según los resultados de la última encuesta – llevada a cabo luego del rescate de los secuestrados- la popularidad del presidente alcanzó el 91 por ciento. Según la revista *Semana* “La encuesta deja entrever que si las elecciones para Presidente fueran mañana, no habría que salir a votar por Uribe sino que, y pidiéndole un permiso a la democracia, bastaría con proclamarlo” (“Uribe, fenómeno”, 2008, 7 de jul.). Así mismo el respaldo del presidente en el Congreso es abrumador. En el 2006 la coalición de gobierno –el llamado uribismo- logró el 61 por ciento de curules en el Senado, y el 55 por ciento en la Cámara (“El uribismo se...”, 2006, 13 de mar.). Esta sintonía entre el ejecutivo y el legislativo, convierte al Congreso en un espacio de refrendación de las decisiones que toma el ejecutivo, más que en un freno o contrapeso institucional. (En estas condiciones, es muy difícil que el Congreso rechace una terna postulada por el presidente⁴.)

D. La actitud gubernamental de Uribe

El panorama institucional se oscurece aún más si a las causas anteriormente anotadas – reelección y crisis del Congreso – se agrega la intemperancia del Presidente de la República, respaldado en su enorme popularidad, con los jueces que producen decisiones que no favorecen sus intereses políticos. La más reciente, y escandalosa de estas actitudes ha tenido lugar a raíz de las decisiones tomadas por la Corte Suprema de justicia en relación con los llamados procesos de la parapolítica. La Corte hasta el momento ha vinculado a 66 congresistas, 33 de los cuáles se encuentran tras las rejas. De estos últimos, el 92% hacían parte de la coalición de gobierno (“En crisis máxima...”, 2008, 24 de jun.).

⁴ Es poco probable que suceda si se toma en consideración la actitud de la coalición de gobierno frente al nombramiento de Mauricio González, ex asesor jurídico de la Presidencia. La fuerza política del uribismo en el Senado, evidenció claramente su intención de secundar al gobierno nacional en la iniciativa. En esta elección, de los 91 senadores que votaron 67 lo hicieron a favor del candidato que hacía parte de la “terna de uno”. El resto de sufragios se dividieron así: 10 para los dos candidatos restantes, 10 en blanco y 4 nulos (“La Corte Constitucional se...”, 2008, 9 de ene.).

Pero los esfuerzos de la Corte por castigar los vínculos entre la política y el paramilitarismo, vienen desde cuando se expidió la Ley de Justicia y Paz y la Corte se opuso a que el paramilitarismo fuera tratado en esa ley como delito político. El presidente ha descalificado estas decisiones diciendo que la Corte tiene “un sesgo ideológico”, que “torpedea” la paz en Colombia y que algunos magistrados han caído en la “trampa” del terrorismo agónico. A esto se agrega el hecho de que varios magistrados de la Sala Penal tienen actualmente procesos penales activos en la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes.

El 11 de julio de 2007 cuando la Corte Suprema sostuvo que los delitos cometidos por los paramilitares no podían ser considerados como delitos de sedición el presidente Uribe acusó a la Corte de "torpedear" la paz en Colombia. En septiembre 26 de 2007, el presidente descalificó al magistrado auxiliar Iván Velásquez con base en las versiones de un paramilitar, el cual tiempo después (16 de junio de 2008) se retractó de lo dicho. El Fiscal General recientemente calificó el episodio como un montaje contra de la Corte y liberó de toda sospecha al magistrado auxiliar (“De testigo...”, 2008, 31 de jul.). El 17 de enero del presente año el presidente acusó al presidente de la Corte Suprema Cesar Julio Valencia por injuria y calumnia, quien había sostenido que el presidente lo llamó a preguntarle por la situación jurídica de su primo Mario Uribe. Finalmente en junio 26 de 2008 el presidente hizo un llamado al pueblo (mediante la convocatoria a un referendo) en contra de la Corte, tras la condena de Yidis Medina por el delito de cohecho en el trámite de la reelección. En la misma semana y por los mismos hechos el gobierno acusó de falsedad a los magistrados de la Sala Penal.

Para terminar este apartado es necesario advertir que el problema actual no es sólo un asunto relacionado con el desequilibrio institucional sino también con la falta de transparencia. En una democracia, equilibrada y deliberativa, es fundamental que las decisiones que se toman sean públicas y estén justificadas. Rodríguez explica claramente esto cuando dice que la transparencia y publicidad “implican el proceso de salir de lo particular y abrirse a lo general, o lo que tanto vale, pasar del yo al nosotros, de la soledad del individuo al contexto social (2003, p.36). De esta forma, profundizar la transparencia –aquella práctica que implica que todos “tengan vista” de lo que ocurre al interior del Estado- permite avanzar en la consolidación de la democracia. Al respecto Popkin (2002) mostró que la transparencia en los nombramientos de los altos cargos de la justicia, incrementa de forma significativa su independencia.

II. ¿QUÉ SE PUEDE HACER PARA EVITAR EL PELIGRO QUE SE CIERNE SOBRE LAS INSTITUCIONES COLOMBIANAS?

A. *Nombramientos de Estado y de gobierno: principios constitucionales aplicables*

Jurídicamente, es muy poco lo que se puede hacer, puesto que el desequilibrio que se viene no tiene origen en una ley sino en la propia constitución, la cual confiere el presidente la facultad de hacer esas nominaciones. (Con esta reforma se plantea la difícil pregunta de si es posible que exista una reforma constitucional inconstitucional más allá de vicios de procedimiento; o dicho en términos más técnicos, de si el constituyente derivado, es decir el Congreso, puede introducir una reforma que modifique la esencia de la constitución – en este caso la regla democrática de la competencia - establecida por el constituyente primario, es decir por la Asamblea Nacional Constituyente. La Corte Constitucional ya se hizo esa pregunta cuando se pronunció sobre la reelección y, desafortunadamente, no consideró que hubiese habido ninguna inconstitucionalidad).

Es posible, sin embargo, apelar a las aspiraciones democráticas de la Constitución de 1991 – con la idea de la democracia participativa y transparencia–, y en específico al artículo 209 de la Constitución Política, en el que se establece que el Presidente – como todo funcionario público en ejercicio de su facultad de nominación - debe acatar los principios de transparencia, publicidad, imparcialidad, idoneidad, participación e igualdad. Pero eso no es fácil, porque éstos no contienen obligaciones jurídicas directamente exigibles. Veamos brevemente cada uno de ellos.

En primer lugar, las autoridades del Estado deben tomar en consideración el principio de *publicidad y transparencia*. Según este principio las autoridades deben dar a conocer a los ciudadanos sus actuaciones, decisiones y motivaciones.⁵ Igual de importante es el principio de *imparcialidad*, según el cual las autoridades públicas en sus actuaciones no deben ejercer prácticas discriminatorias, ni favorecer a ciertas personas por motivos injustificados. Con

⁵ En sentencia C-038 de 1996, la Corte Constitucional afirmó que la publicidad en las actuaciones del Estado permite conocer, evaluar y viabilizar la crítica ciudadana sobre las actuaciones del Estado. “Si el desempeño del poder, en los distintos ámbitos del Estado, fuera clandestino y secreto, no sería posible que el ciudadano pudiera "participar en la conformación, ejercicio y control del poder político" (C.P. art.40). La publicidad de las funciones públicas (C.P. art.209), es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de derecho; sin ella, sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales”. La Corte en sentencia C – 636 de 2000 igualmente reiteró su postura y afirmó que la democracia presupone una opinión pública, libre e informada y una actuación de las autoridades de cara a la comunidad política.

base en este principio se espera que las nominaciones presidenciales respondan a criterios objetivos, sin consideración de su filiación política.⁶ En tercer lugar, es necesario que quienes ocupen los altos cargos del Estado cumplan con una exigencia de *idoneidad*. Una buena gestión y el cabal cumplimiento de los fines constitucionales dependen en buena medida de la idoneidad moral, técnica y profesional de las autoridades estatales (Sentencia C – 487 de 1993). En este punto es importante mencionar que la idoneidad no simplemente se mide por los méritos profesionales: es muy importante el compromiso político y ético de los candidatos con la defensa de los fines constitucionales. Adicionalmente, está el principio de *participación*, con el cual se recomienda que las decisiones trascendentales del Estado se tomen luego de una discusión ciudadana abierta.⁷ Por último, se debe respetar el principio de *igualdad*, según el cual los funcionarios con poder de nominación y designación, deben tomar en consideración una concepción material de la igualdad, es decir, aplicar una discriminación *inversa* para superar las condiciones históricas de exclusión (como raza, etnia, género, opción sexual, etc).⁸

Ahora bien, estos principios no consagran obligaciones claramente exigibles y no pueden eliminar la libertad propia del poder ejecutivo en materia de ternas y nominaciones. Más aún, si la Constitución faculta al presidente para que incida en estos altos cargos del estado ¿no es deseable que postule a personas con las cuáles tienen afinidad política? Así es, sin embargo esto no significa que, en

⁶ Recientemente, en sentencia C-037 de 2008, la Corte señaló que el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas es una deducción lógica de la exigencia que tiene todo servidor público de propender por el interés general. En sus palabras, “De acuerdo con lo prescrito en el Art. 209 de la Constitución, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en el principio de imparcialidad, entre otros. Esta exigencia es lógica, puesto que si la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y no al servicio de los intereses particulares, no es jurídicamente posible ni aceptable que favorezca un interés particular a costa de otro u otros”

⁷ En reiteradas oportunidades la Corte ha insistido en la importancia que este principio tiene para la democracia y la garantía de los derechos fundamentales. En sentencia C-180 de 1994, la Corte afirmó que el principio de participación de la Constitución de 1991 sobrepasa los espacios tradicionales de participación. “No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano pueda participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida”. Igualmente, en la sentencia T- 983 de 2004, por ejemplo, la Corte dijo que el derecho de participación tiene rango de fundamental y que, por lo tanto, el Estado debe tener una actitud proactiva para lograr su garantía. “En un Estado democrático – dijo la Corte - esa decisión individual de participar activamente en la conformación y en desarrollo de una sociedad, debe ser garantizada y promovida por el mismo Estado, pues de su funcionamiento depende en gran medida la efectividad de la democracia como régimen político de organización estatal”.

⁸ La Corte Constitucional en sentencia C-571 de 2000 al analizar la constitucionalidad del artículo 6 de la ley 581 de 2000 se pronunció expresamente frente a la necesaria discriminación inversa en el tema de género, para suplir los cargos que provienen de ternas. De esta forma, la Corte “... insiste en que su eficacia depende de un verdadero compromiso de las autoridades nominadoras por garantizar una participación equitativa entre hombres y mujeres, en el desempeño de los empleos en cuestión”

materia de nominaciones, la libertad del presidente no tenga límites. Lo tiene y ello depende del tipo de nominación. No es lo mismo hablar del poder nominador del presidente cuando se trata de funcionarios del gobierno o sus agentes, de libre nombramiento y remoción (Constitución Política, 1991, Art. 189. núm. 13), que cuando se trata de funcionarios de los organismos de control y para cuyo nombramiento se establece una responsabilidad compartida con otra institución. Dicho en términos más específicos, no es lo mismo nombrar un ministro, que participar en el nombramiento de un magistrado de la Corte Constitucional a través de la elaboración de una terna. Como lo señala Giovanni Sartori, la responsabilidad del gobierno aumenta considerablemente en el segundo caso (Sartori, 2000). La misma Corte Constitucional en sentencia C – 350 de 1994 hace alusión a esta diferencia cuando exige no confundir aquellos asuntos relacionados con

.....la naturaleza estructural del Estado -establecida por la propia Constitución- con las políticas de los gobiernos o las decisiones del Legislativo, en cuya dinámica predomina el principio de mayoría dentro de los marcos establecidos por la Carta. Por ello, las definiciones constitucionales sobre la estructura del Estado... no pueden ser alteradas por los poderes constituidos sino por el propio constituyente.

El poder de nombramiento del presidente es discrecional – y no arbitrario - cuando ejerce funciones de gobierno; tiene plena discrecionalidad para normar y destituir a los ministros o directores de departamentos administrativos. Pero cuando se trata de la nominación de los altos funcionarios de la rama judicial y de los organismos de control, el Presidente ejerce funciones que afectan al Estado y no al gobierno, y eso hace que sus poderes estén limitados por la obligación constitucional de mantener el equilibrio institucional. Dado que la participación del presidente en el proceso de nominación puede comprometer la estructura de equilibrios previstos en la constitución, esta debe surtirse con plena imparcialidad y sin favorecimientos injustificados. En este sentido, el presidente no debería, como lo ha hecho en ocasiones anteriores, proponer a un subordinado suyo - funcionario de la Presidencia - para que sea nombrado en la Corte Constitucional, en la Comisión Nacional de Televisión o en el Consejo Superior de la Judicatura.

Así pues, los límites jurídicos existen pero no son contundentes y menos aún con un presidente como Uribe, tan popular y tan empeñado en la protección de su caudal político. Se requiere entonces de algo más: de límites políticos impuestos desde la sociedad civil. Es el momento para que la opinión pública y la ciudadanía se movilicen y presionen al presidente para que no sólo elabore de manera responsable y desinteresada las ternas que le corresponden, sino que vigile la neutralidad del proceso de las respectivas designaciones. Margaret Popkin (2002) planteó luego de un estudio comparado sobre la situación de la

independencia judicial en América Latina, que “una de las garantías más importantes de la transparencia del proceso de selección deviene de las demandas y la vigilancia de la sociedad civil” (p.50).

Ahora bien, lograr este tipo de movilizaciones tampoco es algo fácil y ello debido a que se trata de un asunto aparentemente técnico y con riesgos difíciles de evaluar por parte de la ciudadanía. Sin embargo, hay que intentarlo. Lo que está en juego es nada más ni nada menos que el equilibrio institucional y la transparencia, es decir, la constitución misma. Además, la movilización ciudadana en defensa del equilibrio institucional y de la democracia no tiene color político. Como las marchas contra el secuestro, es algo que está por encima de las diferencias partidistas y por eso se justifica plenamente. En otros países del continente, la sociedad civil y sectores del Estado se han movilitado con éxito para exigir una elaboración responsable - no políticamente interesada - de ternas destinadas a proveer los altos cargos de la rama judicial, y sus respectivas designaciones.

B. El papel de la sociedad: un breve estudio comparado

La experiencia internacional muestra que, cuando la sociedad se organiza y presiona a las autoridades estatales, puede limitar sus actuaciones en el plano político. En lo que sigue se ilustran las experiencias de Estados Unidos, Argentina, Guatemala y República Dominicana.

a. Estados Unidos

En Estados Unidos existe una larga historia de escrutinio – realizada por el Senado, los medios y la sociedad - a las nominaciones que hace el presidente para los jueces de la Corte Suprema de Justicia (Constitución de los Estados Unidos, 1787, artículo II, sección 2). Esa tarea la lleva a cabo el Senado y está destinada a asegurar la transparencia, idoneidad y equilibrio de poderes.⁹

El nombramiento de los jueces de la Corte Suprema se hace de manera compartida entre el Ejecutivo y el Legislativo. El procedimiento a seguir, en el Senado, no fue regulado por la Constitución, pero el mismo Senado, mediante la Regla XXXI, estableció un procedimiento para adelantarlo. En él se contempla un examen detallado de la hoja de vida de los candidatos en el que puede intervenir el FBI -para investigar los antecedentes del candidato-, un comité denominado American Bar Association -que efectúa una prueba de idoneidad y produce un

⁹ El último de estos escrutinios se vivió el pasado septiembre de 2005 y dio lugar a la confirmación de John Roberts como magistrado de la Corte.

informe con tres criterios: temperamento, competencia profesional e integridad- y el Senado. Con base en dicho examen la Comisión de Asuntos Judiciales del Senado elabora un concepto, y de ser favorable, lo pasa a la plenaria para que finalmente decida si aprueba o imprueba la nominación.

Este procedimiento ha sido puesto en marcha en más de un centenar de ocasiones y a pesar de que son muy pocas las veces en las cuales un candidato ha sido rechazado – el primero de ellos tuvo lugar en 1795 con la nominación de John Rutledge - el escrutinio público ha dado lugar a fuertes debates y a una activa participación de la opinión pública. En doce oportunidades el Senado ha rechazado el candidato del Presidente. El caso más reciente ocurrió en 1987 cuando Reagan nominó a Robert Bork. En aquella oportunidad el Senado y más de 300 organizaciones sociales rechazaron la nominación de Bork. Los argumentos para ello fueron la escasa independencia del candidato respecto al ejecutivo, y sus indeseables opiniones contra los derechos de las mujeres y la intimidad de los ciudadanos emitidas en el pasado (Johnson y Roberts, 2004).

El caso más reciente tuvo lugar con la nominación de John Roberts para reemplazar a la magistrada Sandra Day O'Connor, quien llegó al límite de edad permitido. Muchos esperaban que Bush nominara nuevamente a una mujer o a un representante de las minorías. Sin embargo, el presidente escogió a Roberts, un abogado joven, blanco, católico, conservador y millonario (Salazar, 2005, 13 de oct.). El Senado y la opinión pública no se concentraron en el análisis de sus méritos profesionales –los cuales eran innegables- sino en su compromiso con los principios constitucionales. Los debates y audiencias fueron transmitidos por televisión durante los cuatro días que antecedieron a su confirmación y tanto los medios de comunicación como la opinión pública prestaron gran atención al desarrollo de los debates y audiencias. (Salazar, 2005, 13 de octubre).

Es imposible en este escrito hacer un recuento detallado de la larga tradición constitucional estadounidense sobre el escrutinio público de las hojas de vida de los altos funcionarios del Estado. Sin embargo, de la breve referencia al caso del juez Roberts es posible extraer una enseñanza valiosa para el caso colombiano: el debate acerca de los nombramientos de los altos cargos del Estado, debe llevarse a cabo con una seriedad y responsabilidad especiales, debido a que ello compromete la eficacia misma de la Constitución y la consolidación del Estado de derecho.

b. Argentina

El tema de la nominación y designación de los altos funcionarios del Estado ha tenido una importancia particular la Argentina. La Constitución Argentina (1994) contempla un amplio poder presidencial de nominación de los altos funcionarios

del Estado. Por el despacho del presidente pasa no sólo el Ministerio Público (encargado de adelantar la persecución penal) sino también los magistrados de la Corte Suprema – con el acuerdo del Senado - y los jueces de los tribunales federales (Art. 99, núm. 4). Como sucede en los Estados Unidos, en Argentina el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema debe ser confirmado por el Senado (Art. 110).

Cuando finalizó la dictadura, en 1983, el país comenzó un largo proceso de transición hacia la democracia. Raúl Alfonsín, el primer Presidente de la transición, reemplazó a los magistrados que habían sido nombrados *de facto* durante la dictadura, por cinco nuevos magistrados.¹⁰ Con la llegada de Carlos Menem al poder, en la década de los noventa, se aumentó de cinco a nueve el número de magistrados de la Corte (ley N° 23.774). Esta reforma legislativa, sumada a la renuncia de dos magistrados que se opusieron a la medida, permitió que Menem nombrara seis de los nueve magistrados. De esta manera, Menem consolidó en la Corte una sólida mayoría favorable a sus intereses políticos.¹¹ A las críticas originadas en estos nombramientos, se sumaron luego las sospechas de parcialidad y el débil compromiso de los magistrados con la democracia y la defensa de los derechos humanos.¹²

Con la llegada al poder de Eduardo Duhalde – quien reemplazó a de Rúa, nombrado después de Menem – el presidente instó al congreso para que adelantara juicios políticos contra los magistrados nombrados por Menem y se diera inicio al proceso de renovación de la Corte Suprema. La primera vacante la suplió Duhalde nombrando a Juan Carlos Maqueda, como resultado de una negociación secreta con los partidos políticos. En esta oportunidad el nombramiento se efectuó a puertas cerradas, los debates fueron casi que inexistentes y las organizaciones sociales fueron excluidas a pesar de que habían solicitado un espacio.

Como consecuencia de estos hechos, en enero de 2002 seis organizaciones de la sociedad civil - la Asociación por los Derechos Civiles, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Unión de Usuarios y Consumidores - se unieron

¹⁰ En la actualidad dos de ellos continúan como magistrados de la Corte (Carlos Fayt y de Enrique Petracchi).

¹¹ Fueron tres los magistrados más cuestionados: Julio Nazareno porque fue jefe de la Policía de la Rioja e intendente de la capital durante la dictadura militar; Eduardo Moliné O'Connor porque su mayor mérito es haber sido presidente de la Asociación Argentina de Tenis; Roberto Barra porque acompañó desde el gobierno de Menem toda su ofensiva privatizadora (Sabsay, 2004).

¹² Por ejemplo, en la década de los noventa la Corte respaldó la constitucionalidad de los perdones que el presidente Menem otorgó a 220 soldados investigados por graves violaciones a los derechos humanos (Skaar, 2002, p. 274).

para luchar por la recuperación de la legitimidad de la Corte Suprema. Para ello redactaron un documento denominado “Una Corte para la democracia”. Allí se defendía la idea de que era necesario no sólo un cambio de nombre en los magistrados de la Corte, sino una reforma al proceso de nominación y designación. Esos procesos debían ser transparentes, públicos, participativos e imparciales. En el documento se proponía una gran reforma constitucional, sino una “auto-limitación” del poder presidencial de nominación.

Pero la presión de las organizaciones civiles no era suficiente. Se requería, además de la voluntad política para llevar a cabo esos cambios y esa voluntad llegó con el presidente Nestor Kirchner. Fue así como, durante su gobierno, el presidente Kirchner criticó fuertemente la parcialidad política de los magistrados e instó al Congreso para que adelantara los respectivos juicios políticos. Como resultado de ellos, entre el 2003 y el 2005 por renuncia o por destitución seis magistrados salieron de la Corte. De esta forma se fue desdibujando la “mayoría automática” consolidada por Ménem. Sin embargo, todavía existía la posibilidad de que, con la salida de los magistrados, el presidente, nombrando a seis de los nueve magistrados, pudiera cooptar nuevamente a la Corte.

Sin embargo, la presión popular y el descrédito de la Corte, hicieron posible que el presidente Kirchner no hiciera uso de esa posibilidad y aceptara limitar sus poderes de nominación. Esto se hizo, en primer lugar, por medio del decreto 222 de 2003 que reguló el procedimiento a seguir para la nominación de los candidatos. El procedimiento de nominación del decreto contempla los siguientes pasos: i) el Ministerio de Justicia informa a la ciudadanía de los nombres que el gobierno está considerando para nominar al cargo, e invita a la ciudadanía para que en un plazo de 15 días se exprese; ii) el Ministerio de Justicia recibe las observaciones y solicita que el candidato entregue una relación de sus relaciones profesionales de los últimos 8 años, y una declaración patrimonial tanto personal como familiar; iii) el Presidente de la República evalúa y toma una decisión razonada.

La Corte que resultó de la aplicación de esta normatividad presidencial es más cercana a la sociedad y menos dependiente de los intereses del gobierno y los partidos políticos. Por primera vez en la historia de Argentina dos mujeres componen la Corte representando un 33% del total de magistrados y el 50% de los nuevos nombramientos. Los méritos académicos y el compromiso con la democracia y los derechos humanos de los nuevos magistrados son indiscutibles¹³. Adicionalmente, el procedimiento democrático contenido en el decreto 222 se extendió a otros ámbitos del Estado, entre ellos, el Senado de la

¹³ Los cuatro magistrados nombrados en aplicación de este procedimiento fueron los siguientes: Eugenio Raúl Zaffaroni (2003), Elena Highton (2004), Ricardo Lorenzetti (2004) y Carmen Argibay (2005).

República que ideó un procedimiento que contempla la realización de audiencias públicas para la designación de los jueces de la Corte nominados por el Presidente.¹⁴

El interés por construir una Corte más legítima llevó a que el gobierno y los sectores afectos al gobierno impulsaran una ley para la reducción del número de magistrados de la corporación. Así en el 2006 mediante ley 26.183 el Congreso de la República derogó la ley N° 23.774 de Ménem, y volvió al número histórico de cinco magistrados.

La experiencia argentina muestra que el poder presidencial de nominación puede ser ejercido de forma democrática sin necesidad de reformar la constitución (Popkin, 2004). Sin embargo, para que esto ocurra, se requiere de voluntad política de parte de los altos funcionarios con poder de nominación y designación, de tal manera que respondan a las exigencias de publicidad, transparencia, idoneidad, imparcialidad, participación y equidad. Pero la voluntad política no suele surgir de manera espontánea; se requiere, además, que la presión ciudadana y la opinión pública motiven esa voluntad. De otro lado, el caso argentino muestra que el tema de los nombramientos de los altos cargos del Estado, es más importante que un simple cambio de nombres. En tal sentido, es trascendental que se establezcan procedimientos institucionales que garanticen la calidad en los nombramientos y una participación de la sociedad.

c. República Dominicana

Según la Constitución de República Dominicana (1994) la designación de los jueces de la Corte Suprema se lleva a cabo en el Consejo Nacional de la Magistratura, previamente convocado por el Presidente de la República (Art. 64). En este Consejo tiene asiento el Presidente de la República, el Presidente del Senado, un senador de un partido distinto al del Presidente de la República, el Presidente de la Cámara de Diputados, un diputado de un partido distinto al anterior, el Presidente de la Suprema Corte, y un magistrado de la Suprema Corte quien actúa como secretario.

Cuando en el año 1997 el presidente Leonel Fernández convocó al Consejo de la Magistratura para determinar la conformación de la Corte Suprema, una serie de organizaciones sociales llamaron la atención sobre la necesidad de que hubiese un procedimiento democrático que garantizara la independencia de la Corte. De esta forma, se gestó una “Coalición por una Justicia Independiente”, en la cual

¹⁴ Meses después el Presidente expidió el decreto 588 de 2003 que extendió el ámbito de aplicación del decreto 222 a la nominación del Procurador General, el Defensor General y los jueces de los tribunales federales. Igualmente, algunos gobernadores provinciales han diseñado y aplicado procedimientos similares en sus poderes de nominación en lo local (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2004).

participaron varias organizaciones sociales, destinada a diseñar un perfil de magistrado idóneo, la presentación de candidatos de origen ciudadano, una evaluación abierta y pública de los candidatos, la difusión por televisión de los debates en el Consejo de la Magistratura, y la realización de foros y audiencias públicas (Salcedo, 2002).

Las propuestas de la comisión tuvieron gran impacto. Las nominaciones y discusiones del Consejo de la Magistratura fueron televisadas y la selección final del Consejo incluyó a varios de los candidatos de la sociedad que cumplían con el perfil propuesto. Según relata Salcedo (2002) del total de 16 magistrados elegidos en 1997 “Doce... habían sido propuestos por organizaciones de la sociedad civil. Los cuatro restantes respondían a los perfiles definidos por la Coalición” (p.53).

Lastimosamente, los avances logrados en 1997 fueron ignorados en el 2001, año en el que se suplieron tres nuevas vacantes. Luego de un largo tiempo sin que el Presidente convocara al Consejo de la Magistratura para las nuevas designaciones, el Consejo designó a los magistrados sin un procedimiento público, transparente y participativo. Los debates no fueron televisados, las listas fueron muy restringidas, hubo poca participación de las organizaciones sociales, y no se realizaron foros ni audiencias públicas (Salcedo, 2002). Al menos dos factores podrían explicar este retroceso. En primer lugar, luego de los logros de 1997 la coalición y la sociedad cambiaron las prioridades de sus agendas y la coalición se desintegró (Salcedo, 2002). En segundo lugar, no existieron garantías institucionales para que los logros de 1997 perduraran en el tiempo. Una coalición perdurable de la sociedad civil y una cierta institucionalización de sus logros es indispensable.

d. Guatemala

Según la Constitución de Guatemala (1985) los magistrados de la Corte Suprema se eligen por el Congreso, de la nominación que realiza la comisión de postulación (Art. 215). El procedimiento para la selección de candidatos en la comisión de postulación no se encuentra regulado. En ella tienen asiento representantes de los rectores de las universidades, de los decanos de las facultades de derecho, del Colegio de Abogados y de la asamblea de magistrados de la Corte de Apelaciones.

En 1999, varias organizaciones comenzaron a elaborar propuestas destinadas a incidir en la composición de la Corte Suprema, y lograr que los nombramientos se realicen de forma transparente, participativa, pública y alejada de los intereses político-partidistas. Fue así como se creó una coalición denominada “Pro Justicia”, en la cual ha tenido un rol muy importante la fundación Myrna Mack. Para el cumplimiento de sus objetivos, las organizaciones diseñaron en conjunto

una estrategia tanto política, como jurídica en la que se contemplaba la elaboración de un perfil de magistrado idóneo, una propuesta de procedimiento para la selección de candidatos, y un esquema de lineamientos generales para la elección en el Congreso (Ibarra, 2002).

Estas iniciativas contribuyeron significativamente a situar en la agenda política temas centrales del poder judicial y a articular el trabajo de varias organizaciones sociales con intereses similares. De igual forma, el proceso de nominación de los magistrados de la Corte Suprema fue más participativo porque el Presidente del Congreso, el Presidente de la República y la comisión de postulación se comprometieron a aplicar los procedimientos propuestos por la coalición de organizaciones sociales (Ibarra, 2002; Popkin, 2004).

El caso de Guatemala muestra que la capacidad de incidencia de las organizaciones sociales necesita de una estrategia integral que tome en cuenta los componentes político, jurídico y de comunicaciones. Igualmente evidencia que la responsabilidad en el nombramiento de los altos cargos del Estado recae en todas las autoridades con poder para hacerlo.

En síntesis, los casos comparados muestran que, no sólo el proceso de nominación de los altos cargos del Estado, y en particular de los altos cargos de la justicia y de los organismos de control, es algo fundamental para la democracia, sino también que, ese proceso de nominación compromete la eficacia de la Constitución y del Estado de derecho. Por eso se justifica plenamente la participación de la a sociedad civil con miras a exigir transparencia y responsabilidad por parte de las autoridades públicas que participan en dichos procesos.

Otras lecciones más específicas pueden ser extraídas de los casos aquí reseñados. El caso estadounidense muestra la importancia que tiene, no sólo el Senado de los Estados Unidos en el escrutinio de los candidatos nominados por el presidente, sino también los medios de comunicación y la sociedad civil, en la difusión de ese escrutinio. El caso argentino muestra que si existe voluntad política, el poder de nominación y designación puede ser ejercido de forma transparente, sin necesidad de reformar la constitución. Asimismo, muestra que hay que prestarle atención no sólo a las personas llamadas a ocupar los altos cargos del Estado, sino también al procedimiento institucional diseñado para nombrarlos. El caso de República Dominicana muestra que para profundizar y evitar futuros retrocesos en el cumplimiento de los objetivos, la sociedad debe permanecer organizada y el procedimiento institucionalizado. Finalmente, Guatemala muestra que la organización de la sociedad civil necesita definir un programa de acción a largo plazo, y unas estrategias de tipo político, jurídico y comunicacional.

III. EL CASO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

En los días que vienen, el Presidente deberá presentar una terna a la Cámara de Representantes para que nombre al Defensor del Pueblo (Constitución Política de Colombia, art. 281). La elaboración de esta terna y este nombramiento son, en las circunstancias actuales, de una gran importancia, no sólo por tratarse de la dirección de un organismo de control sino por la naturaleza de ese organismo.

La introducción en Colombia de la figura del Defensor del Pueblo, conocido internacionalmente como el *Ombudsman*, es una novedad que debemos a la Constitución de 1991. La figura del *Ombudsman* es central en la configuración del Estado Social de Derecho. Manuel García Pelayo (1987) afirmó que

En un Estado en el cual la vida cotidiana del hombre está sometida a la intervención o al trámite administrativos, los tribunales no bastan para la protección de los derechos e intereses ciudadanos y de aquí que se haya extendido a distintos países y con distintas modalidades y ámbitos de acción la figura del *Ombudsman*, es decir, de un cargo cuyo titular es designado por el Parlamento en una persona imparcial y cuya función es defender al público contra las arbitrariedades administrativas o la mala administración, y dotado de potestades para investigar, criticar y publicar, pero sin facultades para anular la acción administrativa (p. 63).

La Defensoría nació de los debates de la Asamblea Constituyente como una entidad con naturaleza y funciones diferentes a las de la Procuraduría, pero que actuaría en fuerte coordinación con ella. De esta forma, la Constitución confió al Defensor del Pueblo importantes funciones relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos, intermediación entre el Estado y la sociedad y la limitación del poder de las autoridades políticas (Art. 282). La necesidad de una institución que defienda los derechos humanos y además que intermedie en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado obtuvo un fuerte consenso al interior de la Asamblea Constituyente.¹⁵ El Defensor del Pueblo fue concebido como una especie de intermediario entre la sociedad civil y el Estado.

Entre los funcionarios que no tienen origen popular, ninguno está llamado a tener tanta sintonía con los reclamos, los anhelos y las necesidades de la sociedad civil como el Defensor del Pueblo. Es por eso que el presidente tiene una

¹⁵ Al justificar las funciones del Defensor del Pueblo los constituyentes Armando Holguín y Hernando Londoño el 5 de abril de 1991 afirmaron que era necesario que la Constitución tenga una institución que "... defienda, proteja u promueva la inviolabilidad de los derechos humanos. Además, que sirva de intermediaria entre las agrupaciones populares y el Estado colombiano" (p.13). En igual sentido, se puede constatar lo dicho por la Constituyente María Teresa Garcés Lloreda el 4 de mayo de 1991 en su informe de la opinión de la minoría. Actualmente, el artículo 282, num. 10 de la Constitución de 1991 contiene una serie de facultades del Defensor del Pueblo como intermediario entre la sociedad y el Estado.

responsabilidad particular en la elaboración de la terna para Defensor. El presidente debe ser consciente de que el Defensor no es un mandatario suyo, o un vocero de sus intereses políticos, sino una persona destinada a oír las demandas ciudadanas, a tramitarlas y a buscar soluciones para ellas.

El Defensor del Pueblo tiene una fuerza moral más que coercitiva. La Asamblea Constituyente prefirió finalmente confiar más en la fuerza persuasiva del Defensor del Pueblo, que en su capacidad sancionatoria. Así, el Defensor del Pueblo puede recomendar, investigar y publicar los resultados de sus investigaciones. Para que esta fuerza persuasiva sea mucho más que un saludo a la bandera, el Defensor del Pueblo debe cumplir con los siguientes requisitos:

El Defensor del Pueblo no podrá ejercer funciones judiciales y disciplinarias, salvo las de su propia dependencia. Sus opiniones informes y recomendaciones tienen la fuerza que les proporcionan la Constitución Nacional, la ley, la sociedad, su independencia, sus calidades morales y su elevada posición dentro del Estado (ley 24 de 1992, Art. 7).

Así, el correcto ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo depende de su idoneidad profesional, moral y técnica, de su legitimidad social y su independencia. La Corte Constitucional en la sentencia C-487 de 1993 se pronunció sobre las exigencias de idoneidad profesional, moral y técnica que debe reunir el Defensor del Pueblo. En aquella oportunidad, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 24 de 1992, que estipula como requisitos a cumplir por el Defensor del Pueblo los mismos para ser Magistrado de las altas cortes. Estimó la Corte que la disposición no vulnera ni el principio de participación política, ni el de igualdad en el acceso a los cargos públicos. El hecho de que la Constitución no contemple expresamente las calidades para ser Defensor del Pueblo, según la Corte, no implica reconocer que sea un espacio abierto para todos los ciudadanos colombianos. Existe un mínimo de idoneidad profesional, moral y técnica.

De otro lado, el cabal cumplimiento de las funciones del Defensor del Pueblo depende de su legitimidad social. Si el Defensor del Pueblo actúa como intermediario entre el Estado y la sociedad, no es suficiente que la persona que llegue al cargo acredite una cercanía con los poderes institucionales. Es necesario que la sociedad participe y acepte al funcionario que ejercerá dicha función de intermediación. De lo contrario, la comunicación estaría fraccionada y el Defensor del Pueblo lejos de ser un intermediario, sería un funcionario más del Estado alejado de la sociedad.

Para que el Defensor del Pueblo pueda cumplir con su cometido constitucional es necesario no sólo que “sea” sino que “parezca” independiente y autónomo de los

otros poderes del Estado. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha precisado para el caso de los jueces, que la imparcialidad debe ser evaluada desde dos perspectivas. No es suficiente que un juez sea imparcial: debe parecerlo¹⁶. De esta forma, Rodrigo Uprimny al salvar el voto en la sentencia C-1288 de 2001, afirmó que las apariencias son importantes “pues no sólo el tribunal debe ser imparcial sino que debe aparecerlo así al procesado, pues de ello *“depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en materia penal, por los inculpados”*”.

Ello implica que el Defensor del Pueblo únicamente debe actuar en atención a las necesidades que el cumplimiento de sus funciones le exige. El Defensor del Pueblo debe actuar libre de todo tipo de presiones, amenazas, favores, lealtades, etc. Para cumplir con sus funciones no puede actuar por consideraciones partidistas o de conveniencia, porque es un garante del interés común y los fines constitucionales. La independencia y autonomía de la Defensoría del Pueblo constitucionalmente se garantiza porque es una institución con autonomía administrativa y presupuestal, que forma parte de un organismo de control diferenciado de las tres ramas del poder (Ministerio Público), y por el tipo de nombramiento de responsabilidad compartida en el que participa el Presidente y la Cámara de Representantes. Si bien es deseable que el ejecutivo participe, también es preocupante que lo designe por sí mismo.

Finalmente, el papel del Defensor del Pueblo como garante de derechos e intermediario entre la sociedad y el Estado debe fortalecerse por los riesgos que el conflicto armado colombiano genera para los derechos humanos. Se espera que los ciudadanos confíen en la Defensoría del Pueblo, acepten y busquen su intermediación. Sin embargo, para que ello suceda la Defensoría del Pueblo debe estar claramente diferenciada de los intereses del gobierno, los partidos políticos y de todos los actores armados (incluidas las fuerzas armadas). La Defensoría del Pueblo debe presentarse como una institución imparcial, preocupada únicamente por el interés común, los fines constitucionales y la protección de los derechos humanos. Esto es particularmente necesario en zonas de conflicto armado, en donde el acompañamiento de funcionarios de la Defensoría del Pueblo significa, de hecho, la diferencia entre la vida y la muerte de muchas personas de la sociedad civil.

Es por todo esto que es difícil encontrar un cargo en el Estado en donde la persona sea tan determinante. Su talento, sus condiciones morales, su sensibilidad, su receptividad, son fundamentales para que la Defensoría funcione

¹⁶ Ver, entre muchos otros, la sentencia Piersack contra Bélgica del 1 de octubre de 1982; la sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 de octubre de 1984, parr 24 y ss; la sentencia Thorgier Throgerson contra Islandia del 25 de junio de 1992, parr 48 y ss; y la sentencia Fey contra Austria del 28 de enero de 1993, parr 28 y ss.

como es debido. Así pues en la elaboración de la terna para defensor por parte del presidente, es decir en los nombres propuestos, está buena parte de la clave para saber si esa institución constitucional será neutralizada o activada. Será más fácil lograr lo segundo si la sociedad y la opinión pública participan activamente.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La situación actual de nuestras instituciones es delicada y puede deteriorarse mucho si no se toman los correctivos necesarios. La reforma política es sólo una de esos correctivos. Esperemos que salga bien. Pero hace falta algo más; es necesario que las personas que están siendo llamadas a integrar los altos organismos de control del estado sean idóneas, competentes y probas. Que esto también salga bien, depende, en buena parte, de que las autoridades competentes y la sociedad tomen conciencia de la gravedad de la situación actual y asuman su responsabilidad con un desinterés político excepcional, desinterés que nadie le exigiría en tiempos de normalidad. Dicho en otros términos: cuando no sólo el equilibrio institucional ha sido gravemente afectado por una reforma constitucional sino que el sistema de representación política – que podría contrarrestar ese desequilibrio - se encuentra en una grave crisis, la responsabilidad en la designación de los altos cargos del Estado aumenta.

Ante la falta de límites jurídicos contundentes, es preciso apelar a la responsabilidad de las autoridades políticas y a la movilización ciudadana. Los estándares consagrados en la Constitución y en especial en el artículo 209, pueden servir de guía para formular las siguientes recomendaciones.

a. EL PERFIL DEL FUNCIONARIO. La idoneidad y probidad de los candidatos

Es importante diseñar un perfil del funcionario idóneo para ocupar el cargo a proveer. Dicho perfil serviría para establecer una serie de condiciones de tipo técnico, profesional y moral, las cuales van más allá de los requisitos constitucionales y legales necesarios para ocupar el cargo. Existe un perfil ideal para cada uno de los altos funcionarios del Estado. Las organizaciones sociales se deberían poner de acuerdo sobre los rasgos esenciales de ese perfil ideal y a partir de allí, exigir que las autoridades públicas lo tengan en cuenta. Así por ejemplo, en el caso del Defensor del Pueblo, es importante que los candidatos acrediten no sólo experiencia pública y capacidad técnica, sino también sensibilidad por el tema de los derechos humanos, independencia política, capacidad para comunicarse con la sociedad civil, compromiso moral, actitud receptiva frente a las comunidades, conocimiento del país, etc.

b. INSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La responsabilidad en los procesos de nombramiento es, por regla general, compartida, y en este sentido, es posible proponer dos momentos para surtir los nombramientos de los altos cargos del Estado.

- En la nominación. Aquí es importante que el ente responsable publique en un medio de difusión masivo, un listado de los pre-candidatos a conformar la terna. Esta publicación debería estar acompañada de la hoja de vida de los pre-candidatos y de una declaración por escrito en la cual tanto el presidente, como cada uno de los pre-candidatos, expongan las relaciones familiares, económicas, políticas y profesionales que existen entre ellos. Luego de la presentación pública del candidato, debería haber un espacio público para que los ciudadanos envíen comentarios, preguntas y objeciones respecto a la idoneidad e imparcialidad de los candidatos. Posteriormente, y con base en la intervención ciudadana, la autoridad nominadora debería decidir si mantiene o no a sus candidatos y esa decisión debería estar motivada frente a la ciudadanía.
- En la designación. Una vez la autoridad nombra sus candidatos y los presenta al ente encargado de realizar la designación, un nuevo procedimiento público y transparente debe comenzar. La autoridad encargada de realizar la designación debería abrir espacios de debate - ojalá televisados - entre los candidatos, la sociedad y los medios de comunicación con el objeto de que se debatan los temas más sensibles y el perfil de los nominados. Finalmente, la autoridad designará al funcionario que ocupará el alto cargo, y si es una corporación colegiada, es deseable que se realice de forma pública.

Estos mecanismos destinados a garantizar nombramientos transparentes, públicos, imparciales y participativos, no deben ser simplemente el producto de una coyuntura o de un momento específico sino que deben tener una cierta institucionalización.

Bibliografía

- Centro de Estudios Legales y Sociales CELS (2004). Informe anual. Recuperado el 1 de julio de 2008 de http://www.cels.org.ar/documentos/index.php?info=publicacionesTpl&ids=3&lang=es&ss=126&_pagi_pg=2.
- Córdoba, J. (1992). *El Defensor del Pueblo. Antecedentes, desarrollo y perspectiva de la institución del Ombudsman en Colombia*. Bogotá: Gustavo Ibáñez.
- Corte Constitucional (1993, 28 de oct.). Sentencia C-487. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.
- _____ (1996, 5 de febrero). Sentencia C-038. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- _____ (1994, 4 de agosto). Sentencia C-350. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- _____ (1994, 14 de abril). Sentencia C-180. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.
- _____ (2000, 29 de marzo). Sentencia C-571. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- _____ (2004, 8 de octubre). Sentencia T-983. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil
- _____ (2008, 23 de enero). Sentencia C-037. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.
- _____ (2001, 5 de diciembre). Sentencia C-1288. Salvamento de Voto. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.
- De testigo relevante a indagado. (2008, 31 de Julio). *El Espectador*. Recuperado el 31 de Julio de 2008 de <http://www.elespectador.com/impreso/tema-del-dia/articuloimpreso-de-testigo-relevante-indagado>.
- El uribismo se apoderó este domingo del Congreso de la República con una mayoría absoluta. (2006, 13 de marzo). *El Tiempo*. Recuperado el 31 de julio de 2008 de http://www.fac.mil.co/index.php?idcategoria=8397&facmil_2007=b6762d32bc3e5b564d4eb6dd6a1084ec.
- En crisis máxima, el Congreso terminó su período 'pidiendo tiempo' (2008, 24 de junio). *Revista Semana.com*. Recuperado el 25 de junio de 2008 de http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?IdArt=112990.
- Holguín, A. y Londoño, H. (1991, 5 de abril). Ponencia Ministerio Público. *Gaceta Constitucional*.
- Ibarra, C. (2002). Ejercicios ciudadanos contra la impunidad y la falta de transparencia en la administración de justicia en Guatemala. En *Iniciativas de la Sociedad Civil para la transparencia en el Sector Judicial*. Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal.

- Johnson, T. y Roberts, J. (2004). Presidential Capital and the Suprem Court Confirmation Process. *The Journal of politics*, 65. Recuperado el 20 de julio de <http://www.polisci.umn.edu/~tjohnson/MyPapers/JOP2004.pdf>.
- Garcés, T. (1991, 4 de mayo). Informe de minoría. Defensor del Pueblo. Gaceta Constitucional.
- García, Manuel (1987) Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Alianza.
- La Corte Constitucional se renovará este año. (2008, 9 de enero). El Tiempo. Recuperado el 20 de enero de 2008 de http://www.portafolio.com.co/port_secc_online/porta_sonde_online/2008-01-10
- Popkin, M. (2002). “Esfuerzos para aumentar la independencia e imparcialidad judicial en América Latina”. En: *Revista Sistemas Judiciales*, 4, pp. 47-60.
- _____. (2004). Fortalecer la independencia judicial. En Pásara, L. (Ed.) *La experiencia latinoamericana en reforma de la justicia*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) y Lima: Instituto de Defensa Legal, 2004. Recuperado el 1 de julio de 2008 de <http://www.dplf.org/uploads/1184345769.pdf>.
- Una Corte para la democracia (2002, 5 de enero) Recuperado el 30 de junio de 2008 de http://www.cels.org.ar/common/documentos/corte_I.pdf.
- Uprimny, R. Rodríguez, C y García, M (2006). ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma.
- Skaar, E. (2003). Independencia judicial y política de derechos humanos en Argentina y Chile. En G. Burgos (Ed.) *Independencia judicial en América Latina. De quién?, Para qué?, Cómo?* (pp. 259-290). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) - Antropos.
- Rodríguez, C. (2005, diciembre). El impacto de la reelección sobre la política y las instituciones colombianas. *Revista Foro*, 56, 12-22.
- Rodríguez, J. (2004). Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política. En: Cuadernos de transparencia 04. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI).
- Sabsay, D (2004). El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 493-519.
- Salazar, Katia (2005). La confirmación del magistrado John Roberts. *Justicia Viva Mail*, 215. Recuperado el 20 de julio de 2008 de <http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0215.htm>.
- Salcedo, C. (2002). La transparencia en la elección de los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana. En *Iniciativas de la Sociedad Civil para la transparencia en el Sector Judicial*. Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal.
- Sartori, G. (2000) Ingeniería Constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. México: Fondo de Cultura Económica.

- Segunda reelección de Uribe, promueve la “U” a través de referéndum (2008, 6 de febrero). Noticias del Senado de la República. Recuperado el 10 de febrero de 2008 de <http://abc.senado.gov.co/cgi-bin>.
- Sunstein, K. (2003). *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press.
- Uribe, fenómeno. (2008, 7 de julio). *Revista Semana*. Recuperado el 8 de julio de 2008 de http://www.semana.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=113311.
- Villa, A. (2005). El impacto institucional de la reelección. En M. Cárdenas (Coord.) *La reforma política del Estado en Colombia: una salida integral a la crisis* (pp. 27-45). Bogotá: Cerec.