

Hacia un diseño que garantice en grado adecuado la independencia de la rama judicial y la mejor fórmula de selección de magistrados de altas cortes¹

Sebastián Lalinde Ordóñez*

I. Introducción

Cuenta la historia que Federico II, rey de Prusia, ordenó tumbar un viejo y sucio molino ubicado a un costado de su palacio de Sans Soucci en Postdam dado que afectaba negativamente la estética de sus jardines. “Aún hay jueces en Berlín”, pronunció el humilde molinero cuando conoció la orden de Federico II. En efecto, el molinero apeló a los jueces, quienes le dieron la razón y se opusieron a la orden del rey.

Este relato es elocuente de la funcionalidad de la independencia judicial como garantía de respeto del ordenamiento jurídico y de los derechos de todos, principio que está en juego, junto a otros, en las disertaciones sobre la integración del órgano de gobierno de la rama judicial y sobre los esquemas de selección de jueces y magistrados.

Actualmente en el Congreso se discute un proyecto de acto legislativo de reforma de equilibrio de poderes, dentro del cual se insertó una reforma parcial a la justicia que básicamente modifica dos puntos sustanciales: el gobierno y la gerencia de la rama judicial, por un lado, y la selección de magistrados de altas cortes, por otro.

Antes de discutir sobre estos dos puntos, expondré las razones por las que me opongo a que la reforma de equilibrio de poderes se haya convertido en una macro reforma, que incluye muchos temas diversos que están lejos de tener un hilo conductor coherente y que abarca mucho más que el propósito original declarado por el gobierno de derogar la reelección presidencial.

¹ En Dejusticia hemos reflexionado conjuntamente sobre la reforma a la justicia, especialmente Miguel Emilio La Rota, Sandra Santa, Carolina Bernal, Carolina Villadiego, Rodrigo Uprimny y Sebastián Lalinde. Así que muchas de las ideas que discuto en este artículo el lector las encontrará en otras publicaciones y columnas de opinión de miembros de Dejusticia. Adicionalmente, algunas ideas han sido expuestas por Rodrigo Uprimny en foros públicos y en encuentros privados. Hago esta aclaración para que el lector sepa que lo que acá escribo y defiendo es producto de una discusión más larga entre muchas más personas. Aunque, desde luego, asumo toda la responsabilidad personal por el contenido del texto. Este artículo fue publicado en Reforma del equilibrio de poderes y reajuste institucional en Colombia. Memorias (pp. 171–190). Medellín: Ministerio del Interior-República de Colombia, Universidad de Antioquia-Instituto de Estudios Políticos.

* Investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia.

A continuación, reflexionaré sobre el papel medular que juega la parte orgánica de la Constitución en la concreción de los derechos consignados en la parte dogmática de la misma, teniendo en cuenta que es justamente aquella sección de la Carta la que es objeto de modificaciones vía la reforma de equilibrio de poderes. En lo que sigue, mostraré la premisa básica o el punto de partida que, en mi opinión, debe guiar el diseño de cualquier institución para así obtener mejores resultados.

Posteriormente, abordaré dos temas que creo no han sido lo suficientemente debatidos por la opinión pública cuando se discute acerca de la reforma de equilibrio de poderes y que, a mi juicio, son de gran relevancia. De una parte, a propósito de las modificaciones a la manera como deben estar integrados los órganos de gobierno y gerencia de la rama, me pregunto cuánta independencia orgánica debe tener la rama judicial y, de otra parte, cuál es la fórmula más ponderada para elegir a magistrados de altas cortes.

Mi tesis es que la independencia de la rama judicial es una garantía de la sociedad que sin lugar a dudas se debe preservar pero que no es absoluta y, por lo tanto, admite matices a favor de una mayor transparencia y rendición de cuentas de la rama y a favor de su articulación con otros sectores estatales que también están asociados a la administración de justicia, supuesto que debe guiar la decisión sobre quiénes deben estar representados en el órgano de gobierno de la rama judicial. Con respecto a la selección de magistrados de altas cortes, soy del criterio de que el mecanismo que se diseñe debe armonizar varios principios: la independencia, el mérito académico, el buen crédito moral de los magistrados, el balance entre distintas visiones jurídicas en las cortes y la necesaria renovación de la jurisprudencia.

Una aclaración previa. En el texto discuto de manera general y abstracta sobre la manera en la que debe entenderse la independencia judicial y la selección de magistrados de altas cortes. Esto significa que no me refiero a artículos específicos aprobados en las comisiones y en las plenarias del Congreso porque sé que los textos aprobados han cambiado y lo seguirán haciendo durante el trámite legislativo de la reforma de equilibrio de poderes. De todas maneras, en notas al pie aludo en ocasiones a propuestas concretas incluidas en la reforma.

II. Visión general sobre la reforma de equilibrio de poderes en su conjunto

La reforma de equilibrio de poderes que actualmente se discute en el Congreso es, a mi modo de ver, problemática, ya que no parece tener un norte claro o perseguir un mismo propósito que unifique toda la reforma². Así, algunos han planteado que esta reforma obedece al desequilibrio de poderes provocado por la reforma al artículo constitucional que permitió la reelección presidencial. Otros han asegurado que esta reforma pretende corregir un desajuste institucional que viene desde la concepción original del sistema de frenos y contrapesos que se diseñó en 1991. Y otros han invocado la falta de legitimidad de las instituciones estatales como móvil de esta reforma.

Como tan variopintas son las motivaciones, tan diversa es la reforma que se propone. De esta manera, la reforma de equilibrio de poderes no solo persigue la eliminación de la reelección presidencial, sino que en ella se han incluido otros temas muy variados como una reforma política, la prohibición de la reelección de las cabezas de los órganos de control, una reforma a la justicia y una reforma a la manera de investigar y juzgar a altos funcionarios del Estado.

Una reforma de estas magnitudes, que involucra un cambio trascendental en la estructura y el diseño institucional del Estado, tiene altos riesgos de fracasar si no tiene una orientación clara y si no está articulada. Primero, una reforma que quiera tener un impacto duradero en el tiempo presupone identificar un problema y preguntarse cómo puede la Constitución solucionarlo. El riesgo de intentar solucionar simultáneamente muchos problemas que no tienen una causa común es que la reforma puede ser contradictoria y carecer de coherencia.

Segundo, entre más grandes las reformas, son más susceptibles de que les incluyan disposiciones que no están relacionadas entre sí y que pasen desapercibidas por los congresistas y por la opinión pública. Esto es lo que se conoce mediáticamente como “micos” y que la doctrina constitucional ha llamado principio de unidad de materia, cuyo fin es que la sociedad esté enterada de lo que se está discutiendo en el Congreso y que, en

² Al respecto, ver Uprimny (5 de octubre de 2014) y Uprimny (28 de septiembre de 2014).

consecuencia, pueda intervenir y hacer control³. Por ejemplo, la sociedad colombiana puede tener el convencimiento de que en el Congreso únicamente se está discutiendo la reelección presidencial y en las próximas elecciones enterarse de que allí sorpresivamente también se aprobó la prohibición del voto preferente, sin que haya tenido la oportunidad de intervenir, de oponerse y quizás de evitar que se aprobara tal proscripción frente a la cual no está de acuerdo. Un ejemplo no muy lejano de esto es la abortada reforma a la justicia del año 2012 en la que la sociedad solo se enteró de su verdadero contenido cuando ya había sido aprobada por el Congreso, lo que motivó que fuera archivada después de la presentación de objeciones presidenciales en su contra.

Tercero, el trámite de las reformas constitucionales debe tener lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos del Congreso (art. 375 de la Constitución), lo cual obliga a estudiar en tiempos muy breves una reforma muy larga y que contiene temas muy complejos de diseño institucional. Desde esta perspectiva, la premura del tiempo aumenta las posibilidades de errar en las modificaciones que se hagan. En sentido contrario, una reforma más pequeña y puntual permite un debate más reposado e informado, que aumenta las posibilidades de éxito. Adicionalmente, la Constitución es un todo o un sistema, luego el cambio o derogatoria de uno de sus artículos debe ser muy cuidadoso porque tal modificación puede desajustar otra parte de la Carta imperceptiblemente. Por ejemplo, al permitir la reelección presidencial se da paso a que un mismo presidente nombre a varios miembros del Banco de la República y terne a varios magistrados de la Corte Constitucional, lo cual desajusta el sistema de frenos y contrapesos cuyo objetivo es que personas independientes al presidente sean quienes lo controlen.

De esta manera, me pregunto qué tienen que ver las listas cerradas con el reequilibrio de poderes, o qué tienen que ver los cambios de circunscripción en el senado con el reequilibrio de poderes, o qué tiene que ver la ampliación a 72 horas del término para la puesta a disposición del juez de control de garantías de la persona capturada con el reequilibrio de poderes, o qué tiene que ver la falta de representatividad de la rama en el Consejo Superior de la Judicatura con el reequilibrio de poderes. Todas estas dudas,

³ El principio de unidad de materia se aplica no solo a las leyes sino también a los actos legislativos, como lo ha precisado la Corte Constitucional en las sentencias C-222 de 1997, C-543 de 1998 y C-668 de 2004.

independientemente de que lo que allí se proponga sea conveniente o inconveniente, confirman que la reforma de equilibrio de poderes no tiene una orientación definida.

Por consiguiente, no estoy de acuerdo con que se apruebe una reforma a la justicia en el marco de la reforma del equilibrio de poderes. Aun así, nuestra decisión en Dejusticia no es mantenernos pasivos al margen del debate público, sino asumir una postura crítica frente a lo que se pretende aprobar. Por ello presento más adelante en este texto algunas reflexiones sobre la independencia orgánica de la rama judicial y las fórmulas para elegir magistrados de altas cortes.

III. Relevancia de la parte orgánica de la Constitución en la maximización del derecho de acceso a la justicia

El profesor Diego Freedman (2007) ha distinguido dos tipos de reformas judiciales. Unas reformas de “abajo hacia arriba”, que atacan los problemas de acceso a la justicia y que, por ende, tienen una mirada desde la demanda de justicia, y unas reformas de “arriba hacia abajo”, que atacan los problemas de diseño institucional de la administración de justicia y que, por ende, se concentran ya no en la demanda sino en la oferta de justicia.

En esta última tipología de reformas se puede enmarcar la reforma a la justicia que se incluyó en la reforma más general de equilibrio de poderes. En ella se modifica la estructura de administración de la rama judicial y el mecanismo de selección de magistrados de altas cortes que son asuntos que se vinculan más con la oferta de justicia que con la demanda de justicia.

Ahora, que la actual reforma no se ocupe de los asuntos que más parecen impactar a las personas que tienen alguna necesidad jurídica, como la mora judicial, el cumplimiento de decisiones judiciales, la falta de asesoría jurídica, los problemas de desconocimiento de que algún conflicto es una necesidad jurídica para la cual se puede acudir al sistema de justicia, etc.⁴, tal como lo han criticado algunos sectores de la academia, no parece ser problemático.

⁴ Para un diagnóstico sobre los obstáculos para un efectivo acceso a la justicia y recomendaciones de política pública para superar tales barreras, puede verse La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny (2014).

Si bien una reforma a la justicia integral debería combinar reformas de “abajo hacia arriba” con reformas de “arriba hacia abajo”, esto no se opone a que se hagan reformas parciales y puntuales que solo tengan en cuenta una de estas dos perspectivas⁵, como sucede con la reforma a la justicia introducida en la actual reforma de equilibrio de poderes. Esto se justifica por razones de estrategia política. Tal vez una reforma cuyo objetivo sea mejorar el acceso a la justicia de las personas de a pie no encuentre mayores contradictores y sea aprobada de manera relativamente fácil por el Congreso. En sentido contrario, una reforma que toca las cúpulas del poder, el Consejo Superior de la Judicatura, la definición de quiénes eligen a los magistrados de las altas cortes y cómo lo hacen, es esperable que tenga una mayor oposición, que pueda llegar a afectar negativamente las reformas de “abajo hacia arriba” que, en principio, no generan mayores posiciones encontradas.

Asimismo, no se puede obviar que las reformas dirigidas a mejorar la institucionalidad de la administración de justicia a la postre impactan los intereses de las personas que más barreras tienen para un efectivo acceso a la justicia, luego una reforma de este estilo difícilmente podría calificarse de elitista.

Ello es así porque si las cabezas del sistema de administración de justicia funcionan mal, toda la institución de justicia funciona mal. En otras palabras, solucionar los problemas de acceso a la justicia pasa por tener los diseños institucionales adecuados para ello. De allí la relevancia de la parte orgánica de la Constitución que en ocasiones ha sido olvidada por la emergencia del discurso de los derechos y de las reformas encaminadas a expandir las libertades. El riesgo es que estos discursos y reformas terminen siendo incompletos y se queden en el papel, pues no reparan en modificar esa parte de la Constitución donde está la organización del Estado, la viabilidad presupuestal de los derechos, el proceso de toma de decisiones y las competencias⁶. Para Gargarella (2011, p.

⁵ Al respecto, ver Uprimny (3 de noviembre de 2013).

⁶ Gargarella (2011, pp. 295-299) acude al ejemplo de Ecuador y Venezuela para demostrar que la ampliación de los mecanismos de participación ciudadana en los marcos constitucionales de tales países ha sido nugatoria, pues se enfrenta a un presidencialismo excesivo de la parte orgánica de la Constitución –que Gargarella llama metafóricamente como “la sala de máquinas” de la Constitución- que permite que instancias burocráticas traben la eficacia de los mecanismos de participación. En Colombia podríamos decir algo parecido. Mientras que la parte dogmática de la Constitución declara la soberanía popular y el principio de participación, la parte orgánica podría poner en vilo la efectividad de dichos principios y de los mecanismos de participación ciudadana al someterlos al control y la aprobación de varias instancias burocráticas como lo son la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Congreso, el Presidente, la Corte Constitucional, etc.

290) esto es “una amenaza que proviene desde el propio corazón de la Constitución”. De suerte que poco se avanzaría en la garantía del derecho de acceso a la justicia si no se reforma la parte orgánica de la Constitución, puesto que, como diría Gargarella (2011, p. 302), el derecho de acceso a la justicia no es autooperativo ni se autoejecuta⁷.

IV. Premisa básica sobre la que debe descansar cualquier diseño institucional

Fiel a la tradición liberal, considero que el Estado es un mal necesario y que, como tal, debe existir pero sometido a restricciones. Como dice Thomas Paine, citado por Bobbio (1989, p. 182), “[l]a sociedad es producto de nuestras necesidades y el gobierno de nuestra maldad; la primera promueve nuestra felicidad *positivamente* uniendo nuestros afectos, el segundo *negativamente* frenando nuestros vicios. Una anima las relaciones, otro crea las distinciones: la primera protege, el segundo castiga. Bajo cualquier condición la sociedad es una bendición; el gobierno, aun en su forma mejor, no es más que un mal necesario, en su peor forma es insoportable”. De manera que la concepción liberal supone una desconfianza en el Estado y un reconocimiento de sus eventuales abusos y, por ende, defiende la limitación del poder para así contrarrestar esta desconfianza.

Con esta misma lógica, en uno de los artículos de *El federalista*, obra icónica del constitucionalismo norteamericano, en el artículo número 51 (1788, p. 220-221) Madison argumenta a favor de la fijación de frenos al poder: “Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. [...] El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares”.

⁷ En un sentido muy similar, Hamilton creía que los derechos estaban en la parte orgánica y no en la parte dogmática de la Constitución. Por ejemplo, si alguien quiere saber si tiene libertad de expresión, debe buscar en la parte orgánica si alguna cláusula le entrega competencias a las autoridades públicas para regular este derecho, para restringirlo, para negarlo, etc.

En este sentido, el diseño de cualquier institución debe partir de la suposición de que la ausencia de controles puede ser un incentivo para que las personas en el poder abusen de él. Por ejemplo, asumamos que la selección de magistrados de altas cortes tal como funciona en la actualidad ha dado lugar a que lleguen a estos cargos personas absolutamente independientes, sin ningún cuestionamiento de tipo moral y con el mayor mérito académico. Más allá de si esta premisa fáctica se corresponde o no con la realidad, el hecho cierto es que este modelo no garantiza que a la magistratura lleguen los juristas más preparados académicamente, pues a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura le corresponde elaborar las listas de candidatos para la designación de magistrados y enviarlas a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado para que sean ellos quienes nombren como magistrado a alguna persona de la lista (art. 256 de la Constitución y art. 85 de la Ley 270 de 1996). Dado que el Consejo Superior de la Judicatura no debe realizar ningún concurso ni tener en cuenta ningún parámetro para la elaboración de estas listas, esto se puede prestar para corporativismos y amiguismos en la selección de las personas que ingresan a las listas.

Siguiendo a Paine y a Madison, cabe la posibilidad que la Sala Administrativa construya las listas a magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado buscando objetivos diferentes al de tener unas mejores cortes compuestas por abogados de las más altas calidades. Si esto es así, la arquitectura constitucional para selección de magistrados debería ser distinta para evitar los riesgos del corporativismo y amiguismo descritos.

A propósito, una de las enseñanzas del mítico magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes (1897, p. 58), es que “[s]i quieres conocer lo que es el Derecho, y nada más que el Derecho, debes mirarlo como lo haría un hombre malo, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como lo hace un hombre bueno, quien encuentra las razones para su conducta –se hallen o no en el Derecho- en las más vagas sanciones de su conciencia”. Es decir que en la ingeniería de instituciones lo importante es pensar qué haría el hombre malo con ellas (elaborar listas de elegibles integradas por sus amigos) y no qué haría el hombre bueno (elaborar listas de personas con las más altas calidades morales y académicas).

V. El grado adecuado de independencia

El grado adecuado de independencia es el título de un artículo que Owen M. Fiss publicó en 1993 y que es bastante útil para desvirtuar la creencia de algunos de que entre mayor independencia, mejor⁸.

Para Fiss, el término independencia está relacionado con tres ideas diferentes que implican distintos grados de intensidad de la autonomía. La primera acepción de independencia judicial está vinculada con la desvinculación del juez con las partes, lo que exige que el juez sea imparcial y no esté relacionado con ninguna de las partes. Acá el principio de independencia es absoluto y se garantiza a través de las causales de impedimento y recusación.

La segunda acepción de independencia judicial está ligada con la autonomía individual del juez con los demás jueces y al poder de un juez sobre otro. En el sistema colombiano esta independencia está garantizada a través de la imposibilidad de que un juez sea retirado o su salario disminuido por la decisión que tome en un caso particular. Sin embargo, esta autonomía individual admite un nivel moderado de restricción en la medida en que un juez superior puede revocar la sentencia del inferior vía impugnaciones o recursos y en la medida en que el precedente jurisprudencial es vinculante, pero no obligatorio, esto es, el juez está inicialmente atado al precedente pero puede apartarse esgrimiendo razones de peso.

La última acepción de independencia judicial es aquella que Fiss denomina insularidad política, que no es más que independencia orgánica o independencia de la rama judicial frente a las demás ramas del poder público y frente al resto de instituciones públicas. De las tres acepciones de independencia está es la que más limitaciones admite, puesto que una independencia absoluta en este sentido desconoce valores propios de una democracia como la transparencia y la rendición de cuentas. Si la rama solo se mira a sí misma, solo dialoga consigo misma y solo toma decisiones teniendo en cuenta su punto de vista, se pierde la oportunidad para una mayor transparencia de la rama hacia el exterior⁹,

⁸ Al respecto, ver Uprimny (30 de noviembre de 2014).

⁹ Acorde con la búsqueda de transparencia en la rama judicial, Uprimny (2 de noviembre de 2014) aboga por una institución independiente de la rama judicial que asuma la producción de sus datos estadísticos. Dado que

para una superior rendición de cuentas frente a la sociedad y para un mejoramiento de la administración de justicia porque en Colombia no solamente los jueces están encargados de esta función pública¹⁰.

Además, la idea de independencia orgánica de la rama judicial proviene de un mal entendimiento de la división de poderes. En realidad, la división de poderes no es tajante, sino que se refiere a la división de un único trabajo en tres instituciones diferentes. Para ilustrarlo gráficamente, la división de poderes es como una sola manguera que tiene tres llaves, las cuales deben ser activadas para que la manguera pueda funcionar. Piénsese, por ejemplo, que el legislador adopta una norma que permite el aborto en cualquier circunstancia. Si los jueces no aplican esta norma y si el ejecutivo no destina dinero para su aplicación, esta norma no tiene ninguna efectividad. Así pues, los tres poderes tienen funciones diferentes pero dirigidas a lograr un mismo fin, luego las políticas públicas judiciales deben articularse con el resto de políticas públicas del Estado, lo que significa que la insularidad política de la rama no debe ser absoluta.

Una insularidad política absoluta puede degenerar entonces en un corporativismo judicial en el que la rama solo se preocupa por los intereses de esa corporación o clase que son los jueces y no por los intereses de la ciudadanía, que sería lo propio de una independencia judicial democrática¹¹, donde la independencia es una garantía ciudadana y no una garantía corporativa¹².

La independencia judicial orgánica debe entenderse como un medio para lograr el fin de tener una mejor administración de justicia y no como un fin en sí mismo. Si esto es cierto, los órganos de gobierno de la rama judicial deben ser más plurales para que la voz de todos los sectores involucrados en la administración de justicia sea escuchada y, por

el Consejo Superior de la Judicatura es quien produce las estadísticas de la rama, él no tiene incentivos para mostrar información negativa sobre la rama.

¹⁰ El art. 116 de la Constitución precisa quiénes pueden administrar justicia.

¹¹ Al respecto, ver Uprimny (23 de junio de 2013).

¹² El riesgo de prácticas corporativistas en el diseño propuesto por la reforma de equilibrio de poderes es alto en cuanto la Sala de Gobierno, que sería la que reemplazaría a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, está integrada con derecho a voz y voto solo por miembros de la rama judicial. Además, esta Sala de Gobierno es la encargada de elegir a los miembros permanentes de la Junta Ejecutiva y al Director Ejecutivo.

tanto, las políticas judiciales sean más incluyentes y tengan un enfoque más descentralizado y territorial.

Siguiendo este hilo conductor, en el ente que eventualmente reemplace a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (en la reforma de equilibrio de poderes se ha denominado Sala de Gobierno a la institución encargada del gobierno de la rama, es decir, de tomar las decisiones más estructurales, sensibles y estratégicas y de formular las políticas públicas judiciales¹³) deben tener asiento no solo representantes de las altas cortes¹⁴, sino también representantes de los magistrados de tribunales, representantes de los jueces, representantes de los empleados judiciales, representantes de la academia, representantes de los abogados¹⁵, representantes del gobierno¹⁶ y representantes de la

¹³ Por los propósitos de este texto no analizo las funciones específicas que la reforma de equilibrio de poderes le atribuye a la Sala de Gobierno, de modo que es posible que dentro de sus funciones no todas sean de gobierno sino que también haya algunas de gerencia, lo que no creo que se corresponda con un órgano de tres niveles de administración, como el que se plantea en la reforma (Sala de Gobierno, Junta Ejecutiva y Dirección Ejecutiva). La administración tripartita debe reservar las funciones de dirección, supervisión, monitoreo y toma de decisiones cotidianas o del día a día al nivel intermedio de administración, como sucede en las juntas directivas de una empresa, y reservar las funciones de implementación de las decisiones y la toma de decisiones operacionales al nivel inferior de administración, que en el esquema de una empresa sería un gerente. Este modelo de división tripartita es al que le hemos apostado en Dejusticia con el fin de que el gerente de la rama o su director ejecutivo no tenga tanto poder y sea supervisado por una junta ubicada en el nivel intermedio de administración. Ver La Rota, Bernal, Santa y Uprimny (2012b). Ahora bien, la asignación de funciones entre los tres órganos de administración no debería hacerse vía reforma constitucional, sino vía reforma legal para tener mayor margen de maniobra y flexibilidad si con el funcionamiento del ente a través del tiempo se considera que es mejor que una función que estaba atribuida a uno de los niveles de decisión pase a otro nivel porque esa función que, por ejemplo, se creía de gobierno, está más relacionada con gerencia. No tiene sentido elevar todo a rango constitucional donde las reformas toman más tiempo y exigen mayorías más robustas. En la Constitución solo deberían estar regulados los aspectos más generales y dejar para la ley, el decreto y los reglamentos la regulación más específica y detallada. Con esta misma lógica, muchas de las propuestas incluidas en la reforma de equilibrio de poderes creo que deberían salir de la Constitución y bajar a otros niveles o rangos normativos.

¹⁴ En la reforma de equilibrio de poderes los presidentes de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado integran la Sala de Gobierno, lo que quiere decir que las altas cortes están sobre-representadas, con el agravante que las presidencias de las altas cortes se rotan anualmente, lo que pone en tela de juicio la continuidad de las políticas públicas formuladas por la Sala de Gobierno. Una posible alternativa sería solo tener un representante de las altas cortes sin rotación anual.

¹⁵ El problema acá es cómo elegir al representante de los abogados si en Colombia no hay colegiatura obligatoria, como sí sucede en otros países en los que los colegios de abogados son más vigorosos y cumplen funciones que en Colombia están en cabeza del Estado, como el disciplinamiento de los abogados.

¹⁶ Es importante, por ejemplo, que el Ministerio de Hacienda pueda estar en las reuniones en las que se discutan materias presupuestales, pues el presupuesto de la rama judicial no es distinto al presupuesto de todo el Estado. Igualmente, el Ministerio de Justicia cumpliría un papel determinante en la institución de gobierno de la rama. Por ejemplo, su comparecencia fortalecería el Programa Nacional de Casas de Justicia, por cuanto se facilitarían la gestión para que en las casas de justicia tuviesen presencia jueces y fiscales. Actualmente son las entidades territoriales quienes gestionan la presencia de instituciones de justicia en las casas de justicia, de suerte que si un alcalde no tiene ninguna relación con alguien que tome decisiones en la Fiscalía, difícilmente

Fiscalía General de la Nación. Así se lograrían articular las políticas públicas judiciales con el resto de políticas públicas del Estado. Solo por dar un ejemplo: ¿será que la decisión sobre dónde abrir y ubicar un juzgado solo le interesa a la rama judicial?

Pero claro, esta mayor representatividad en la Sala Administrativa del Consejo Superior o en su equivalente no puede significar un desconocimiento absoluto de la independencia judicial que, aunque moderada tratándose de insularidad política, debe conservarse porque ella es una garantía de que los jueces decidirán libres de interferencias. De suerte que los representantes de la rama judicial deben superar numéricamente al resto de representantes externos a la rama, de modo que los puedan derrotar con argumentos y, si votan conjuntamente, los puedan vencer¹⁷.

Esta mayor pluralidad, a su vez, implica una transparencia superior en el sentido de que ojos externos van a controlar y vigilar los arreglos y acuerdos a los que allí se llegan, habida cuenta de que la transparencia no parece ser una gran virtud del Consejo Superior de la Judicatura. En una investigación de Dejusticia sobre el presupuesto de la rama se concluyó, después de analizar muchas cifras aportadas por otros estudios y otras cifras remitidas a Dejusticia por el Consejo Superior de la Judicatura a través de derechos de petición, que los datos no son consistentes ni están lo suficientemente desagregados para estudiar si los recursos apropiados para la implementación del sistema penal acusatorio son o no suficientes. En aquella investigación de Dejusticia se agregó que “[e]l que no contemos con datos tan básicos y esenciales acerca del comportamiento presupuestal del SJ [sistema judicial] nos permite concluir que las autoridades judiciales no cuentan con la

podrá contar con un fiscal en la casa de justicia. Ver García Villegas, Espinosa, Lalinde, Arroyave y Villadiego Burbano (2014).

¹⁷ En el texto de reforma que se está discutiendo en el Congreso la Sala de Gobierno parece más plural en el sentido de que tiene representantes de magistrados de tribunal, de jueces y de empleados judiciales. Sin embargo, su composición sigue siendo bastante endogámica porque integrantes externos a la rama con derecho a voto solo hay uno: un experto en administración de justicia. Así que esta composición no parece diferir mucho de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, figura que hoy existe en la Ley 270 de 1996 y que está integrada por los presidentes de la Corte Suprema de Justicia, de 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 (art. 96). Así que en realidad la reforma de equilibrio de poderes no significa un gran cambio. Si la idea es mantener una figura endogámica, que claramente difiere de mi posición, tal vez hubiese bastado con reformar la Ley 270 para haberle otorgado funciones de decisión a la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, pues hoy es un ente que emite conceptos no vinculantes.

capacidad institucional de rendir cuentas de forma transparente, y tomar decisiones presupuestales de manera responsable” (La Rota, Bernal, Santa y Uprimny, 2012a, p. 20).

Esta opacidad del Consejo Superior y falta de rendición de cuentas es elocuente con un hallazgo de un estudio de la Corporación Excelencia en la Justicia citado por La Rota *et al.* (2012a, p. 16), de acuerdo con el cual los montos ejecutados para inversión en el área penal desde el año 2006 hasta mayo de 2010 son superiores a las apropiaciones. Un caso más de falta de rendición de cuentas y de transparencia es que el Consejo Superior de la Judicatura dice no tener el dato de cuántos jueces están nombrados en provisionalidad en Colombia. García Villegas y Espinosa (2013, p. 57) tuvieron que obtener esta información enviando solicitudes de información a cada una de las seccionales.

En este escenario, a nivel comparado hay muchos entes que hacen las veces de lo que en Colombia es el Consejo Superior de la Judicatura que no tienen una integración exclusiva de representantes de la rama judicial y que no han sido tachados de erosionar la independencia judicial. Por ejemplo, el Consejo de la Judicatura mexicano tiene siete miembros: uno nombrado por el presidente, dos designados por el Congreso y cuatro de la rama judicial. El Consejo General del Poder Judicial español tiene veinte miembros: doce elegidos por magistrados y jueces, y ocho son abogados. En Francia, el Consejo Superior de la Magistratura tiene dieciocho miembros: tres pertenecen al ejecutivo, dos son designados por el legislativo, siete son de la rama judicial y seis del Ministerio Fiscal. Por último, el Consejo Superior de la Magistratura italiano tiene veintisiete miembros: el presidente de la República, diecisiete representantes de la rama judicial, el Procurador General ante el Tribunal de Casación y ocho abogados y catedráticos¹⁸.

Otro de los argumentos que se suelen esgrimir para defender la independencia judicial orgánica absoluta es que la rama no tiene una autonomía presupuestal que vaya más allá de preparar el presupuesto y ejecutar el gasto. Esta dependencia de la rama frente a los recursos que el legislativo y el ejecutivo le quieran apropiar ha sido resuelta a nivel comparado con la fijación de un mínimo presupuestal anual para la rama judicial, es decir,

¹⁸ La Rota *et al.* (2012b, p. 9).

con un porcentaje del presupuesto que siempre debe concederse a la rama, sin perjuicio que se puedan negociar partidas mayores¹⁹.

En Dejusticia hemos defendido un presupuesto fijo mínimo a favor de la rama para evitar manipulaciones de las otras ramas del poder público, pero reconociendo que un situado judicial fijo puede tener al menos tres inconvenientes. Primero, con los presupuestos fijos la rama no tiene incentivos para justificar sus necesidades, para hacer pública la información acerca de la manera cómo se utiliza el presupuesto y para buscar formas más eficientes de gastar el dinero, pues la rama cuenta con un presupuesto fijo independientemente de su desempeño. Segundo, es difícil que si la rama necesita más recursos que los fijados en el situado judicial en un momento determinado, el Congreso apropie dichos recursos adicionales. Tercero, es posible que las prioridades de gasto del Estado en algún momento sean otras por algún acontecimiento extraordinario, como una ola invernal, o que necesite utilizar los recursos para dar respuesta a choques macroeconómicos y el situado judicial fijo le impediría cambiar el destino de los recursos.

Entendiendo estos inconvenientes, nuestra propuesta ha sido un situado judicial fijo que, de todas maneras, exija argumentación empírica por parte del Consejo Superior de la Judicatura acerca de sus necesidades y que se pueda inaplicar en situaciones específicas con unas mayorías en el Congreso más exigentes que las ordinarias²⁰.

Con respecto a la autonomía presupuestal de la rama, algunas personas han aducido que el traslado de los dineros del presupuesto de la rama por parte del Gobierno no se hacen oportunamente, entonces como los recursos llegan tarde, el Consejo Superior no alcanza a ejecutar todo lo apropiado²¹. Esto puede ser cierto, pero se puede corregir de otras maneras y no necesariamente mediante el establecimiento de una autonomía presupuestal absoluta, que tiene más riesgos en términos de opacidad, clientelismo y falta de rendición de cuentas que beneficios.

¹⁹ Algunos países latinoamericanos que han adoptado la fórmula del mínimo presupuestal para la rama judicial son Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay (Villadiego Burbano, 2013, p. 4).

²⁰ Al respecto, ver La Rota *et al.* (2012a).

²¹ Cuervo (2013, p. 65) afirma que en el 2012 “el total de ejecución del presupuesto de inversión de la rama judicial fue de 38.3%, lo cual implica que dejó de ejecutarse más del 60% de los recursos asignados”.

Más aún, no es muy claro que los gobiernos y el Congreso puedan someter a la rama judicial afectando su presupuesto. Reducir el presupuesto de la rama lo único que logra es bajar el nivel y la calidad de la justicia, pero no someterla. No conozco ninguna experiencia en la que la rama judicial hubiese sido sometida por otra rama a través de manipulaciones en su presupuesto. Claro que hay ejemplos de cortes sometidas, pero nunca mediante las apropiaciones presupuestales. Por ejemplo, en Estados Unidos el presidente Roosevelt propuso crear nuevos cargos de magistrados en la Corte Suprema de Justicia para garantizar allí una mayoría que no se opusiera a su gobierno, habida cuenta que él era quien nominaría a esos nuevos magistrados. En Argentina sucedió algo parecido. El presidente Menem propuso aumentar el número de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a quienes él elegiría, con el fin de que este tribunal no se interpusiera en los intereses del gobierno. Así, los magistrados cercanos a Menem conformaban lo que en ese momento se llamó la “mayoría automática”²².

Así las cosas, comparto la conclusión de Fiss (1993, p. 62) para quien “un exceso de independencia puede ser inconveniente. Queremos aislar a la judicatura de las instituciones sujetas a control popular y, al mismo tiempo, reconocer que algunos elementos del control político deben permanecer. Debemos acomodar dos valores –no sólo la legitimidad del poder judicial, sino también la soberanía popular- y esto requiere optimizar, más que maximizar, esta forma de independencia. En contraste con la imparcialidad, no es cierto que en una democracia mientras más insularidad política haya, mejor. Lo que necesitamos es sólo el grado correcto de insularidad”.

VI. Fórmulas para la selección de magistrados de altas cortes

Cualquier modelo que se adopte de selección de magistrados del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia enfrenta varios principios y deseos, entonces resulta imposible sostener que alguno de ellos es perfecto. Lo ideal es que las altas cortes estén integradas por juristas muy buenos intelectualmente, que no tengan cuestionamientos morales, que sean independientes y que renueven la jurisprudencia cuando el contexto social, económico y jurídico lo aconseje²³. Ahora, cada uno de estos deseos es realizable de

²² Estos dos ejemplos de sometimiento de las cortes son recogidos por Fiss (1993, pp. 60-61 y 63-64).

²³ Al respecto, ver Uprimny (22 de mayo de 2012).

una manera distinta, por eso mi propuesta es adoptar una posición intermedia que mezcle las mayores ventajas de cada modelo, pero aceptando que es imperfecto.

Mi recomendación acerca de la forma de selección de magistrados no cobija la elección de magistrados de la Corte Constitucional, la cual funciona relativamente bien tal como está actualmente prevista, salvo ajustes menores que se podrían hacer, como exigir la realización de convocatorias públicas para la inscripción de aspirantes. La razón por la que el diseño actual no es problemático es que una composición de la Corte que tenga origen en las tres ramas del poder público reduce el grado de intensidad de la objeción contramayoritaria que se predica del control de constitucionalidad²⁴.

Pues bien, si el deseo es tener magistrados muy buenos académicamente, la solución sería realizar la elección por concurso de méritos, lo cual de paso fortalece su independencia dado que no le deberían su ingreso a las altas cortes a ninguna persona sino a sus propios méritos académicos. Pero esta fórmula desconoce una cierta discrecionalidad que debería haber en la elección de magistrados para evitar que una persona muy buena académicamente pero con cuestionamientos morales serios ingrese a la magistratura. También impide la renovación de la jurisprudencia y la llegada de personas que balanceen cortes que en un momento determinado están muy inclinadas hacia cierta visión particular del derecho.

Por tanto, un justo medio que combina el esquema de concurso de méritos con el de discrecionalidad política está dado por la realización de un concurso con listas cortas. Este diseño consiste en realizar un concurso de méritos con convocatoria pública que no termine con la elección de quien resulte primero en la lista de elegibles, sino con una lista corta de las personas que obtuvieron los mejores puntajes. Dentro de esta lista corta pueda darse un ejercicio de discrecionalidad política pensando en los equilibrios dentro de las cortes en la manera de leer el derecho, en la renovación de la jurisprudencia, en balances en la procedencia u origen de los magistrados (si vienen de la academia, de la rama, del litigio, etc.) y en su buen crédito desde el punto de vista moral.

²⁴ Al respecto, ver Linares (2008, pp. 252-274).

Obviamente la discrecionalidad dentro de las listas cortas debe estar mediada por un control social y democrático vigoroso, en el que se prevea la realización de audiencias públicas y en el que las hojas de vida de los aspirantes estén abiertas al escrutinio público. Además, este diseño de selección de magistrados presupone una mayor representatividad y pluralidad en el Consejo Superior de la Judicatura o en quien haga sus veces, como lo sugiero más arriba, dado que es él quien ejerce la discrecionalidad dentro de los integrantes de las listas cortas. Esta pluralidad del Consejo Superior, por lo demás, puede servir de garantía para un adecuado equilibrio en la integración de las altas cortes entre quienes provienen de la academia, del ejercicio profesional y de la rama judicial.

A su turno, mientras se renuevan los miembros actuales de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o su equivalente, cuya manera de selección parece no ser la más apropiada por cuanto promueve el corporativismo, el amiguismo, la endogamia y el paso de una corte a otra²⁵, podría ser viable un régimen de transición que contemple un mecanismo de sorteo para elegir a una persona entre aquellas incluidas en las listas cortas.

Simultáneamente, la aspiración de tener cortes muy profesionales debe acompañarse de un aumento en el requisito de experiencia de los aspirantes a magistrados, de suerte que el ingreso a las altas cortes se entienda como la culminación de una carrera profesional exitosa y no el inicio, lo cual también maximiza su independencia²⁶. Asimismo, este aumento en la experiencia debe compensarse con un incremento en la edad de retiro forzoso a fin de que los magistrados alcancen a concluir sus períodos²⁷.

²⁵ Un caso ilustrativo es el de Francisco Ricaurte y Pedro Munar, exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia que cuando terminaron sus períodos en esta corporación fueron elegidos magistrados del Consejo Superior de la Judicatura por quienes ellos en su momento habían elegido como magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Este modo de operar es lo que mediáticamente se conoce como “tú me eliges, yo te elijo” o la puerta giratoria entre las altas cortes. Estas elecciones fueron demandadas por Dejusticia y anuladas por el Consejo de Estado.

²⁶ En otros países, como en Estados Unidos, la independencia se garantiza con magistrados vitalicios, pero esta estructura frena la renovación de la jurisprudencia. Un esquema con períodos fijos y en el que la magistratura sea el fin de la carrera profesional de alguien promueve, a la vez, la independencia y la renovación de la jurisprudencia.

²⁷ Como ya lo había anunciado más atrás, no todas las modificaciones deben hacerse vía reforma constitucional. Así, la edad de retiro forzoso es uno de esos cambios que resulta más sensato hacerlo vía ley porque él depende de dinámicas cambiantes como la esperanza de vida y la edad para tener derecho a una pensión, lo que no justifica adelantar una reforma constitucional cada vez que haya una modificación en una de estas variables.

Bibliografía

- Bobbio, Norberto. (1989). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. Traducción de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cuervo, Jorge Iván. (2013). Análisis y seguimiento a las políticas del sector justicia. Período 2011-2013. (2013). En *Seguimiento y análisis de políticas públicas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Freedman, Diego. (2007). La relevancia de las investigaciones de Necesidades Jurídicas Insatisfechas. En *Políticas Públicas/Recomendación*, 45, 1-8. Buenos Aires: Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento.
- Fiss, Owen M. (1993). El grado adecuado de independencia. En *Derecho y Humanidades*, 5, 1997, 53-72.
- García Villegas, Mauricio y Espinosa, José Rafael. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- García Villegas, Mauricio; Espinosa, José Rafael; Lalinde, Sebastián; Arroyave, Lina; y Villadiego Burbano, Carolina. (2014). *El Programa Nacional de Casas de Justicia en Colombia. Informe de investigación*. Bogotá: Dejusticia. En proceso de publicación.
- Gargarella, Roberto. (2011). El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010). En *Gaceta Constitucional*, 48, 289-305.
- Hamilton, Alexander; Madison, James; y Jay, John. (1788). *El federalista*. Traducción de Gustavo R. Velasco. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Holmes, Oliver Wendell. (1897). *La senda del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- La Rota, Miguel Emilio; Bernal, Carolina; Santa, Sandra; y Uprimny, Rodrigo. (2012a). *Autonomía presupuestal responsable y transparente. Propuesta para reformar el presupuesto del Sistema Judicial*. Bogotá, Colombia: Dejusticia.
- . (2012b). *Gobierno y nominaciones en la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas*. Bogotá, Colombia: Dejusticia.
- La Rota, Miguel Emilio; Lalinde, Sebastián; Santa, Sandra; y Uprimny, Rodrigo. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá, Colombia: Dejusticia.

- Linares, Sebastián. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- Uprimny, Rodrigo. (30 de noviembre de 2014). El grado adecuado de independencia judicial. En *El Espectador*.
- . (2 de noviembre de 2014). ¿Un DANE independiente? En *El Espectador*.
- . (5 de octubre de 2014). Artículo desarticulado. En *El Espectador*.
- . (28 de septiembre de 2014). Una reforma sin norte. En *El Espectador*.
- . (3 de noviembre de 2013). ¿Una reforma judicial pero quirúrgica? En *El Espectador*.
- . (23 de junio de 2013). Independencia judicial, ¿democrática o corporativa? En *El Espectador*.
- . (22 de mayo de 2012). Reforma a la justicia y cooptación. En *El Espectador*.
- Villadiego Burbano, Carolina. (2013). *La autonomía presupuestal de la rama judicial en el derecho comparado*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.