

CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

LA INDEPENDENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN COLOMBIA. ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS

Germán Silva García*

Universidad Católica de Colombia

gsilva@ucatolica.edu.co

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN; II. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. REGULACIONES Y ASPECTOS CONSTITUCIONALES; III. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. REGULACIONES Y ASPECTOS CONSTITUCIONALES; IV. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN COLOMBIA; V. CONCLUSIONES.

107

* Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona, Máster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la misma casa de estudios, Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Decano y Profesor de la Universidad Católica de Colombia. Este trabajo de investigación está adscrito al Grupo Conflicto y Criminalidad de la Universidad Católica de Colombia.

RESUMEN

El artículo examina la importancia social y política de la independencia del poder judicial. En el caso de Colombia, analiza el diseño de subordinar el poder judicial al poder ejecutivo desde finales de la década de los 70 del siglo XX. Relata la resistencia de los jueces que se opusieron a este proyecto y cómo las élites implementaron un sistema de justicia paralelo, a la vez que debilitaban al poder judicial. En definitiva, lo que las reformas formales de la justicia no lograron se consiguió parcialmente por la corrupción de la administración de justicia, que ha perjudicado gravemente su independencia. Las luchas por restaurar plenamente la autonomía del poder judicial son una prioridad principal en la agenda del presente.

Palabras clave:

Administración de justicia, independencia de la judicatura, sociología jurídica, derecho constitucional, jueces, equilibrio de poderes.

ABSTRACT

THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY IN COLOMBIA. SOCIO-LEGAL ASPECTS

The article discusses the social and political significance of the independence of the judiciary. In the case of Colombia, it analyzes the design to subordinate the judiciary to the executive power since the late 70s of the twentieth century. It recounts the resistance of judges opposed to this project, and how elites implemented a parallel justice system, while weakening the judiciary. In the final balance, what formal justice reforms failed to achieve was accomplished partially by the corruption of the administration of justice, which has seriously hurt its independence. The struggles to fully restore the autonomy of the judiciary are a top priority in today's agenda.

Key Words:

Administration of justice, independence of judiciary, sociology of law, constitutional law, judges, balance of powers.

I. INTRODUCCIÓN.

La independencia de la administración de justicia es la cuestión de mayor relevancia al momento de elegir las condiciones indispensables para que pueda impartirse una justicia de calidad, capaz de tratar de manera apropiada los conflictos sociales. Sin autonomía por parte de la administración judicial las decisiones dispensadas estarían sesgadas, no obedecerían a la interpretación de los hechos ni a las razones y, sobre todo, carecerían de una cualidad que resulta ser imperiosa, esto es, ser justas. Al contrario, las determinaciones serían actos de arbitrariedad, carentes de legitimidad y, desde luego, injustos. En esos términos, no habría calidad alguna. En ese caso, los conflictos sociales que son tratados por la justicia, al ser esta arbitraria, es decir, al corresponder a una parodia de justicia, serían de un modo caótico incontrolables y cada vez más violentos.

Los conflictos sociales no pueden ser eliminados de la faz de la tierra, puesto que son consustanciales a la vida en sociedad. Para que no hubiese conflictos sería necesario que todas las personas poseyeran los mismos intereses, ideologías y características biológicas, lo cual resulta imposible. La otra alternativa, también irrealizable, sería la de una vida ermitaña, sin sociedad, donde todos vivieran aislados unos de otros. Es más, con frecuencia los conflictos son necesarios en la vida social para generar progreso y cambios sociales, siendo que no todos los conflictos son perjudiciales, ilícitos, violentos o reprobables. Una porción de ellos, ya porque involucran violencia, son contrarios a las reglas de convivencia social, en fin, debido a que alteran el orden que regula las relaciones sociales entre las personas, son los que convocan el interés del Derecho. Ahora bien, como los conflictos sociales no pueden ser erradicados, el papel del Derecho no es censurarlos sino, de un modo distinto, se trata de canalizarlos, de conducirlos por la ruta de la administración de justicia¹. Así, con la guía del derecho procesal, deben ser tratados de manera pacífica y, en especial, justa. Al tiempo, la administración de justicia debe buscar una finalización del conflicto, al menos relativa, respecto de las pretensiones enfrentadas en el escenario de los estrados de la justicia.

La calidad de la justicia depende de su independencia; los conflictos sociales son inevitables y corresponde a la justicia ocuparse de ellos, lo que tiene que hacer de modo independiente para hacer valer sus intervenciones; la justicia requiere de legitimidad para asegurar sus decisiones, lo que en gran medida deriva de su independencia. Por ende, hay una relación de relevancia entre el conflicto social y la administración de justicia.

En efecto, el aparato judicial tiene un papel a desempeñar frente a los conflictos sociales, consistente en tratarlos y administrar su gestión. El manejo que haga de ellos debe gozar de legitimidad, puesto que de otro modo los justiciables recurrirían a la violencia o a la propia arbitrariedad para zanjar las disputas. Para contener tales despropósitos los justiciables necesitan creer en que la administración de justicia es independiente. Los justiciables recurren a los magistrados y pueden acatar sus resoluciones sólo si saben que ellas son producto de las evidencias, de la razón, de la oportunidad recibida de defender la causa propia y de lo que es justo. Rasgos todos que dependen de la independencia de la administración de justicia. Es posible que la parte vencida en un juicio y condenada dude de la justicia, seguro estará insatisfecha e incluso es factible que despotrique de ella, pero nada de esto es comparable a lo que sucedería de llegar a tener la certeza de su carencia de independencia².

Los grupos sociales más vulnerables, que suelen ser víctimas de los poderosos, solo pueden recurrir a la violencia o a la administración de justicia para proteger sus derechos. En esos contextos tensos y explosivos de América Latina, las desigualdades tradicionales, que son materia de confrontación, conllevan a conflictos

1 V. FERRARI. *Funciones del derecho*, Debate, Madrid, 1989, pp. 165 y ss.

2 La función universalmente aceptada es que los tribunales resuelven los conflictos. Con todo, se debate si los tribunales realmente resuelven los conflictos, pues sobre la base de los aciertos y errores de la partes, adjudican los derechos a un ganador e imponen esa decisión a un perdedor, R. COTTERRELL. *Introducción a la sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 180 a 182. Empero, lo que hacen los tribunales es tratar el conflicto, legitimar el poder del Estado y del orden social, a más de acabar un conflicto para la sociedad, claro, en términos relativos. Esto último puede que no convenza a la parte perdedora, pero la neutraliza. Si las decisiones no fuera independientes el orden social se afectaría, pues todos se alzarían contra la arbitrariedad.

colectivos que involucran y retan al judiciario³. En tales eventos el rol de la administración de justicia, basado en el Derecho, la equidad y la democracia, será el de proteger a los más débiles, cuando la razón los asiste⁴. No obstante, ello sería una mera quimera de no mediar la independencia de la justicia.

La autonomía judicial es un logro del Estado moderno. Promovida por los autores de la Ilustración, en su reacción contra la tiranía del absolutismo. Luego de las revoluciones liberales encontró lugar en los nuevos ordenamientos jurídicos que delinearón al Estado democrático. John Locke al promover la división de poderes públicos del Estado y, en la tradición del llamado derecho continental, de manera particular Montesquieu, fueron los grandes arquitectos de la independencia del poder judicial⁵. Si el nuevo Estado pretendía erigirse en un poder superior sobre los asociados, capaz de mantener el orden, proteger los derechos y hacer cesar las luchas, la independencia de la justicia sería requerida. Si las promesas del contrato social hablaban de un árbitro neutral que dirimiría las disputas, levantado como una autoridad superior sobre las partes, la autonomía judicial era esencial⁶.

Sin embargo, frente a la figura del Estado democrático liberal, la realidad social, política, cultural y económica pronto demostró que, pese a la igualdad formal establecida en las leyes, la fuerza de la desigualdad material constituía un peso avasallador. Esa desigualdad se traducía en diferencias de poder. Esas variaciones, a su vez, implicaban una capacidad para someter a partes del Estado a la voluntad de los poderosos. El poder es la capacidad para hacer que, contra toda resistencia, otros obren de acuerdo con las propias pretensiones⁷. Si el poder se encuentra desigualmente distribuido, eso significa que todos los actores tienen poder, pero habrá unos actores con mayor poder que otros. Y los poderosos procuraran hacerse al control de la justicia, pero, a su vez, hallaran una resistencia a sus pretensiones. Por tanto, la justicia es también un escenario de lucha de distintos grupos por hacerse a su control en su propio provecho y, al tiempo, es un campo de tensión entre aquellos que la menoscaban o erosionan y los que tratan de preservar su autonomía⁸.

Es una cuestión compleja. Si bien durante el siglo XIX y buena parte del XX, por regla general, la independencia de la administración de justicia estaba considerablemente reducida a un papel nominal en Occidente, esto tuvo cambios positivos. El desarrollo del Estado constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, la maduración del Estado social de derecho que estuvo mejor acompañado de garantías, controles y contrapesos contribuyó a mejorar el panorama. También, cosa bastante importante, la irrupción de nuevas fuerzas sociales y un mayor equilibrio en el acceso al poder hizo que, en muchas partes, la administración de justicia ganara en independencia. En consecuencia, la situación de la autonomía de la justicia no se puede ver en blanco y negro, no es un todo o nada. Plasmada en los textos constitucionales está sujeta a altibajos, a diferencias de grado, a más de distintas condiciones y problemáticas que inciden sobre su garantía. En parte, también la separación de poderes ha de servir en el Estado de derecho para limitar el poder⁹. Es por ello garantía para los más vulnerables.

Examinar la situación actual de la independencia de la administración de justicia, de modo particular en Colombia, es el propósito de este trabajo¹⁰. Ello se hará con aplicación de los métodos histórico, dialéctico y analítico. Desde un punto de vista jurídico este es un trabajo de derecho constitucional. Sin embargo, como se trata de contrastar las normas jurídicas con lo que realmente ocurre en la vida social será, por

3 J.E. FARIA. *Justiça e conflito*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, pp. 44 y ss.

4 El análisis de ese papel en G. SILVA GARCÍA. *Revista Colombiana de Sociología*, n° 26, 2006, pp. 105-123.

5 J. LOCKE. *Two Treatises of Government*, Thomas Tegg, London, 1823, pp. 167 y ss. MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 107 y 108.

6 Sobre los términos del pacto social J. J. ROUSSEAU. *El contrato social*, Alba, Bogotá, pp. 32 a 35.

7 G. SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE, Bogotá, 2011, p. 183.

8 Sobre las luchas para controlar al Estado y las definiciones que hace por medio del Derecho G. B. VOLD. *Theoretical criminology*, 4ª ed., Oxford University, New York, 1967, pp. 208 y 209.

9 L. FERRAJOLI. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 122.

10 La independencia de la administración es garantizada en el artículo 258 de la norma superior, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, Legis, Bogotá, 2021, p. 56.

excelencia, un trabajo de sociología jurídica. En América Latina la justicia es uno de los capítulos que más ha convocado investigaciones y trabajos teóricos sociojurídicos. Existe una obra considerable en la que se examinan, en especial, los problemas que conciernen a su independencia. Este texto hará referencia a ellos.

II. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. REGULACIONES Y ASPECTOS CONSTITUCIONALES.

Comúnmente, al hablar de autonomía de la justicia se comprenden dos grandes dimensiones, estas son: la independencia externa, referida a la autonomía de la justicia respecto de actores sociales ajenos al poder judicial, y la independencia interna, predicada de otros componentes del poder judicial. La primera involucra como amenazas tres modalidades: la injerencia o intervención de otros poderes públicos, como el legislativo y, de manera más usual, el ejecutivo; la violencia ejercida por actores sociales, como bandas o milicias armadas, que constriñen la voluntad de los jueces; la corrupción, promovida por autoridades públicas o sujetos particulares, desarrollada con distintas estrategias. En resumen: interferencia política, violencia y corrupción. La segunda dimensión contempla como desafío las presiones o coacciones que provienen del propio aparato judicial, de modo particular, de las instancias “superiores” sobre las “menores”. Aun cuando, por regla general, es habitual poner toda la atención en los asaltos o peligros que para la independencia de la justicia comportan los ataques externos, en realidad, aunque mucho más sutiles o discretos, en los tiempos actuales, son las intromisiones internas las que constituyen las preocupaciones mayores. En el caso de la independencia interna revisten especial importancia las regulaciones constitucionales y legales que definen las características de la estructura judicial.

Es claro que la estructura de organización de la administración de justicia incide en grado sumo en el marco de la autonomía judicial¹¹. Un estudio comparado de las regulaciones constitucionales en América Latina, precisamente, demostró que los márgenes de autonomía frente a los otros poderes del Estado pueden ser afectados notoriamente como resultado del tipo de estructura judicial¹². Las prácticas jurídicas, entre ellas las judiciales, están determinadas tanto por aspectos macrosociales como microsociales. Entre los primeros puede ser citada la estructura adoptada para dar forma al poder judicial, cuya configuración tiene consecuencias en las decisiones que adoptan los jueces¹³. La estructura puede hacer vulnerable la independencia frente a los poderes ejecutivo y legislativo (independencia externa) o puede debilitar la autonomía ante otras instancias de la propia rama judicial (independencia interna).

En muchos países latinoamericanos los poderes ejecutivo y/o legislativo tienen la posibilidad, en razón de las prerrogativas que les otorgan las normas constitucionales relativas a la organización del aparato judicial, de designar a los jueces de las cúpulas judiciales¹⁴. De este modo se afianzan en una posición dominante sobre los magistrados de las altas cortes y, luego, a través de ellos, se aseguran la obediencia y fidelidad de los jueces ubicados en los demás escalones de la organización judicial, en tanto poseen la atribución de elegirlos y decidir sus ascensos. Lo cierto es que la competencia para nombrar a los jueces es clave.

En Colombia los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, cúpula de la jurisdicción ordinaria, y del Consejo de Estado, máximo tribunal de la jurisdicción administrativa, son designados desde 1957 por

11 G. RUIZ RICO-RUIZ y G. SILVA GARCÍA. «Tendencias y problemas actuales del sistema parlamentario en España», *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n° 2 extra, 2018, pp. 195-209.

12 E. R. ZAFFARONI. *Estructuras judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1994, pp. 147 y ss.

13 G. SILVA GARCÍA. «Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia», *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. XII, n° 23, 2009, pp. 71-84.

14 El último caso, bastante escandaloso, corresponde a El Salvador. Apenas consolidó una mayoría en el parlamento, el presidente Nayib Bukele obtuvo el control total de la Corte Constitucional, que se suma al dominio sobre la Corte Suprema de Justicia y la Fiscalía, y la aprobación de la Ley de Carrera Judicial que provocó una purga entre los jueces de los demás niveles, que abona el camino para imponer partidarios en ellos. La Corte Constitucional le ordenó al Tribunal Supremo Electoral admitir la candidatura de Bukele a los próximos comicios, aunque la reelección está prohibida.

el sistema de cooptación. Tal procedimiento de elección fue ratificado por la Constitución Política de 1991. Por tanto se encuentra vigente.

La cooptación supone que los miembros de la corporación seleccionan a los magistrados que han de ocupar las plazas vacías. Es, pues, un sistema donde los mismos jueces eligen a sus colegas¹⁵. Durante años la cúpula judicial, a su vez, elegía a los magistrados de los tribunales superiores y administrativos. Los jueces de los distritos eran nombrados por los magistrados de los tribunales. Aunque esos poderes implicaban una ascendencia que terminaba por imponer una jerarquía informal, derivada del poder nominativo de los magistrados que pesaba sobre las expectativas de ascenso, en términos generales el sistema garantizaba la independencia de los jueces. Con todo, tal sistema solamente podría ser admisible para la designación de los magistrados de las altas cortes: el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Para el nombramiento de magistrados de los tribunales y jueces debería predominar una carrera judicial determinada por concursos (oposiciones) basadas en méritos, a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, sin intervención de autoridades judiciales.

Después de muchos años en los que hubo bastante resistencia por parte de los magistrados de las corporaciones a la designación de jueces y magistrados de los tribunales mediante concursos de méritos, este sistema meritocrático se ha abierto camino¹⁶. Aunque los concursos eran organizados por el Consejo Superior de la Judicatura los electores juzgaban que el orden de los candidatos en las listas de elegibles, determinado por la puntuación alcanzada en el concurso, no era obligatorio. La elección era, entonces, discrecional entre los aspirantes que habían concursado. Esto instalaba un esquema clientelista. El clientelismo es una forma de corrupción. Tales decisiones de la judicatura desconocían el principio de igualdad, entronizaban la discriminación, y frustraban las expectativas de quienes concursaban, además de defraudar la confianza legítima en la administración. Los avances en el desarrollo del sistema de méritos mediante concursos ha corrido por cuenta de las acciones de tutela (amparo constitucional), es decir, a punta de acciones en el escenario constitucional. De modo global, debe señalarse que en América Latina el tema de los concursos es una asignatura pendiente, no claramente resuelta, pues al trasladarse los poderes de órganos políticos a instituciones judiciales la configuración histórica de la carrera judicial se hizo vertical, por tanto, ha reforzado el poder de instancias judiciales sobre otras, lo que afecta la independencia judicial¹⁷. A su vez, esto perpetúa una cultura judicial no profesional ni democrática. Los sistemas de ingreso y ascenso en la carrera judicial, ámbito en el cual existen varios modelos plausibles, devienen en fundamentales para garantizar un tipo de justicia democrática¹⁸.

El artículo 230 de la Constitución Política de Colombia establece que los “jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. Disposición idéntica a otra contenida en la Constitución de Italia. Empero, mientras en Italia esta norma es considerada por muchos la cumbre de la independencia interna de la justicia, pues según este mandato los jueces no deben obediencia a otros de las altas cortes, no habría jueces superiores a otros, todos serían iguales, lo que habría es diferencia de competencias. En Colombia, de modo muy distinto, se interpreta que el mismo precepto quiere hacer énfasis en la perspectiva positivista o formalismo jurídico, en cuanto a que la ley es la única variable que debe considerar el juez al momento de administrar justicia.

La Corte Constitucional es una creación de la reforma de 1991, puesto que con anterioridad era la Corte Suprema de Justicia la que dirimía los juicios de constitucionalidad. La tradición colombiana en materia de jurisdicción constitucional es relevante. Todo ciudadano, incluso sin ser abogado, puede demandar la inconstitucionalidad de la una ley ante la Corte Constitucional, o la nulidad por inconstitucionalidad de un

15 El Consejo Superior de la Judicatura elabora las listas de candidatos, previa verificación del cumplimiento de los requisitos, las cuales remite a las corporaciones judiciales, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, op., cit., p. 57.

16 Los concursos están establecidos mediante Ley 270 de 1996, artículo 164.

17 J.E. VARGAS VIANCOS. «Las cortes supremas y la reforma», en Luis Pásara (ed.). *Los actores de la justicia latinoamericana*, Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 141.

18 Una exposición de varios de tales sistemas y una discusión sobre la relación política entre justicia y democracia en C. GUARNIERI y P. PEDERZOLI. *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 31 y ss.

decreto ante el Consejo de Estado. El juicio de constitucionalidad supone, en la práctica, que los tribunales obran como legisladores negativos cuando deciden la inexequibilidad de una norma jurídica¹⁹. Por ello, los fallos de inconstitucionalidad tienen, además, efectos generales o *erga omnes*, pues no están limitados al caso particular debatido y resuelto, al contrario suponen la derogatoria de la norma afectada.

La Corte Constitucional, integrada por nueve magistrados, es elegida por el Senado de ternas que presentan la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el presidente de la república²⁰. La postulación de aspirantes por parte del presidente es un mecanismo a través del cual el poder ejecutivo gana un tercio de ascendencia en los votos del alto tribunal. Esto puede afectar la independencia de la administración de justicia. Constituye, por tanto, un tipo de injerencia del poder ejecutivo en el judicial. En el mundo de Occidente esto es bastante común, en particular en aquellos sistemas donde el presidente postula los candidatos a magistrados, los cuales son designados o rechazados por el parlamento.

Además de sus poderes en materia de control constitucional, también la Corte puede seleccionar de manera discrecional y decidir sobre las tutelas que han sido falladas en segunda instancia. La tutela constitucional de derechos fundamentales es una acción bastante empleada en Colombia por su trámite rápido y eficiente. Su impacto ha sido considerable en la vida social y en la cultura jurídica del país²¹. Ella, con el propósito de proteger legítimamente el debido proceso, es empleada también con frecuencia contra providencias judiciales²².

La Fiscalía General de la Nación, creada con la Constitución Política de 1991, hace parte del poder judicial, razón por la cual considerar y examinar su independencia es pertinente en este trabajo. Además, en sus inicios poseía facultades judiciales, dentro de un sistema procesal que continuó siendo de tendencia inquisitiva. En esas condiciones, durante la etapa de la investigación o instrucción, la Fiscalía proponía y decidía sobre la captura del imputado, su detención, al igual que respecto de allanamientos e interceptaciones y la acusación, así como sobre los recursos que se impetraban contra esas determinaciones. El desequilibrio y la ausencia de garantías eran patentes. Aunque los fiscales, por mandato legal, reafirmado por varias jurisprudencias de la Corte Constitucional, debían investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, dado su estatus de acusadores, de modo congruente desempeñaban roles sociales equivalentes. En esas condiciones casi nunca investigaban lo que pudiera resultar favorable al reo, puesto que asumían e interiorizaban con intensidad su identidad de acusadores. Además los sistemas de evaluación aplicados a los fiscales otorgan más puntos cuando sus decisiones implican la acusación del imputado. Años después esos poderes desmedidos fueron contenidos mediante una reforma constitucional, la cual introdujo el sistema de tendencia acusatoria, desarrollado también con un nuevo código de procedimiento penal. Esa reforma eliminó las facultades que podían afectar derechos fundamentales, en las materias antes indicadas, las cuales pasaron a ser de competencia de los jueces, que ejerce las funciones de control de garantías. Esta última reforma fue avance significativo desde el punto de vista de la democratización de la justicia penal.

El fiscal general es elegido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de una terna propuesta por el presidente de la república, para periodos de cuatro años sin reelección²³. Desde luego, la potestad clave es la de postulación de candidatos, pues todos los ternados suelen ser fieles partidarios de confianza del presidente. Bajo esos términos el presidente tiene una elevada ascendencia sobre el fiscal.

Aun cuando la jurisprudencia constitucional ha insistido en la independencia de los funcionarios de la Fiscalía respecto de los superiores en la entidad, dada su naturaleza judicial, esa es una ficción. En la práctica la independencia es absolutamente nula. Los fiscales son instruidos sobre las posiciones que deben adoptar en casos específicos, sus resoluciones son consultadas con superiores, se emiten circulares con indicaciones sobre las posturas y líneas de trabajo que deben ser asumidas, las unidades hacen reuniones

19 S. MORELLI RICO. *La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 33 y ss.

20 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, op., cit., p. 60, artículo 239.

21 Ello se hizo evidente desde sus primera evaluaciones, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *Incidencia social de la acción de tutela*, República de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 37 y ss.

22 N. OSUNA PATIÑO. *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 125 y ss.

23 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*, op., cit., p. 62, artículo 249.

en las que los jefes emiten las orientaciones e instruyen sobre las posiciones que deben fijar. Un fiscal puede ser removido de un caso o trasladado con facilidad. La carrera en el Fiscalía con un sistema de concursos de méritos para ingresar y ascender en la entidad contó con la oposición cerrada de los fiscales generales. Por años, los nombramientos se producían a dedo. No obstante, con recurso a acciones judiciales de tutela, también mediante intervenciones del Consejo de Estado, se ha logrado avanzar en la instauración de la carrera, haciendo valer los concursos de méritos y logrando progresos en materia de estabilidad laboral.

El Acto Legislativo n° 2 de 2015 reformó la Constitución Política de 1991 en lo que concierne al Consejo Superior de la Judicatura. La reforma supuso la eliminación de la sala disciplinaria del antiguo Consejo, junto a la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, conformada por cuatro magistrados elegidos por el Congreso de la República de ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura y tres designados por el Congreso de ternas remitidas por el presidente de la república²⁴. Esta Comisión no ha empezado a operar. Su composición se aparta del autogobierno judicial y constituye una lesión a la autonomía judicial, puesto que los poderes legislativo y ejecutivo intervienen de modo activo en la designación de quienes van a disciplinar a los jueces. El Consejo constituye el gobierno del poder judicial en materia administrativa y financiera. Está integrado por seis magistrados, dos elegidos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado²⁵. Aquí sí se respeta el autogobierno judicial.

Los jueces cuentan con estabilidad laboral al ser inamovibles. Los jueces y magistrados de los tribunales son designados en forma vitalicia, por lo que solo pueden ser desvinculados previo proceso disciplinario en el que se demuestra la comisión de una falta. Tampoco pueden ser trasladados, lo que también es una garantía de estabilidad.

Únicamente los magistrados de las altas cortes son designados por periodos y no pueden ser reelegidos. La no reelección fortalece la independencia judicial, puesto que los magistrados no se verán tentados a modular sus decisiones de acuerdo con expectativas electorales.

III. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

114

En términos históricos, durante la mayor parte de la vida republicana colombiana, la independencia de la administración de justicia era realmente inexistente²⁶. A fines del siglo XIX, cuando el Estado se consolida bajo un régimen profundamente autoritario, la autonomía judicial se encuentra estructuralmente reducida, al servicio gubernamental, lo que no obsta para que las autoridades recurran a la ilegalidad cuando desean respuestas más rápidas y severas contra los inconformes. De manera muy temprana, en la época que acaba de indicarse, Adolfo León Gómez, quien fuera magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en una conferencia brillante había sintetizado las amenazas que asaltaban la independencia de la justicia que, en gran medida, siguen siendo las mismas de estos tiempos y que aquí son analizadas²⁷.

La ausencia de independencia debido a la estructura del poder judicial, cuando no por el mismo compromiso e identificación de las altas cortes con el poder ejecutivo, son una constante marcada durante varias décadas, hasta fines de los años 70 del siglo XX²⁸. De allí, no extraña que un investigador sobre la profesión jurídica y la administración de justicia en Colombia, hubiera señalado que hasta esa época los

24 *Ibíd.*, p. 65, artículo 257.

25 *Ibíd.*, p. 64, artículo 254.

26 Se advierte en la intromisión de otros poderes en el nombramiento de los jueces, A. DE ZUBIRÍA SAMPER. «La historia de la rama judicial en Colombia», *Criterio Jurídico Garantista*, vol. 3, n° 6, 2012, pp. 154-187.

27 A.L. GÓMEZ. «Poder judicial», Conferencia en la Academia de Historia, Bogotá, Octubre de 1898 http://www.acj.org.co/presidentes/adolfo_gomez.htm, consultado en mayo de 2009.

28 Entre los trabajos que realizan una revisión histórica G.R. NEMOGA. «Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia», en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. *El calidoscopio de las justicias en Colombia*, COLCIENCIAS, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001, pp. 215 y ss.

tribunales fueran inanes para atender las demandas y reivindicaciones de la población que, en cambio, eran administradas por el sistema clientelista²⁹. Empero, la simiente del cambio había sido sembrada con el plebiscito de 1957, el cual, al introducir la cooptación, había creado condiciones que favorecían la independencia judicial.

Hacia finales de los años 70 del siglo XX, esto es, hacia 1977, comienza el proceso que habrá de gestar un movimiento jurídico progresista radical en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado, que se identifica estrechamente con la democracia, la legalidad y los principios del Estado de derecho. De talante político liberal (socialdemócrata), aunque con algunas influencias del marxismo, aparece compuesto en su mayoría por magistrados de la Universidad Externado de Colombia. El movimiento comentado desplegará la mayoría de sus acciones, por vía jurisprudencial, en defensa de las libertades individuales, de las garantías constitucionales y en el control de los excesos de las Fuerzas Armadas³⁰.

Empero, casi a la par, desde 1976 se había comenzado a implementar, desde el poder ejecutivo y con el apoyo irrestricto del parlamento, una estrategia encaminada a articular el poder judicial a los políticas de control social promovidas por las élites a través del poder ejecutivo. La articulación suponía la subordinación de la justicia al poder ejecutivo y, en particular, se esperaba que los órganos judiciales dejarán de controlar a las Fuerzas Armadas para, en cambio, establecer con ellas un binomio para asegurar el control social. La justicia penal, directa e intensamente vinculada al control de lo que se percibía como las mayores amenazas a los intereses de las élites, será el blanco principal de las reformas. El programa involucraba: 1. La creación de un consejo de la judicatura que disciplinara y alineara a los jueces; 2. La formación de un tribunal constitucional con una integración afín con las élites, que acabara con el control constitucional de la Corte Suprema de Justicia; 3. La organización de la Fiscalía General de la Nación para asumir la etapa clave de la investigación o instrucción bajo dominio del ejecutivo.

La primera ofensiva en busca de la articulación que sometiera al poder judicial es planteada con la mini constituyente que propone el gobierno del presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978), con el apoyo del ala más derechista del Partido Conservador. Ella pretendía excluir al Congreso de la República de la discusión de la reforma constitucional; nombrar una constituyente reducida en la que, por tanto, serían apartadas las minorías y solo tendría asiento una pequeña camarilla sintonizada con el ejecutivo; conformar la constituyente sin que el país conociera cuáles eran las reformas proyectadas, como parte de una “unión nacional” contra el delito³¹. No obstante, la creación de la mini constituyente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia.

El segundo envío acontece durante el gobierno del presidente Julio Cesar Turbay Ayala (1978-1982), quien llega a aprobar una reforma constitucional en el Congreso de la República, de nuevo con el apoyo del partido conservador. La reforma crea la Fiscalía General, el tribunal constitucional y el Consejo Superior de la Magistratura. Sin embargo, demandada por vicios de forma en su aprobación, es declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia. El Consejo de la Magistratura, que durante un breve periodo alcanzó a funcionar, lo primero que hizo fue seleccionar un juez, a modo de “chivo expiatorio” como ejemplo de lo que venía, a quien aplican el principio de “verdad sabida, buena fe guardada” y lo destituyen de modo rápido y sumario.

La tercera tentativa acaece en el transcurso del gobierno del presidente Virgilio Barco (1986-1990), también con respaldo del Partido Conservador. El proyecto vuelve sobre los mismos pasos del anterior, además de lo cual plantea reestablecer el juzgamiento de civiles por parte de la justicia penal militar, puesto que la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de su poder de control constitucional lo había declarado inexecutable. Con todo, el propio gobierno se ve forzado a movilizar todo su poder para hundir el proyecto en el último debate, cuando descubre que había sido introducida en el Congreso una norma que prohibía la extradición de nacionales.

En el entretanto el movimiento jurídico progresista produjo múltiples sentencias en las que declaró

29 D. LYNCH. *Legal Roles in Colombia*, Scandinavian Institute of African Studies and International Center for Law in Development, Upsala, 1981, pp. 64 y ss.

30 G. SILVA GARCÍA. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

31 F. ROJAS. *Criminalidad y constituyente*, CINEP, Bogotá, 1977, pp. 1 y 2.

la inexecutable de distintas normas, sobre todo decretos de Estado de Sitio y otras disposiciones que afectaban el debido proceso; profirió una gran cantidad de sentencias en la que condenaba a las Fuerzas Armadas por fallas en el servicio derivadas de infracciones a los derechos humanos, acompañadas de fuertes censuras por las acciones ilegales de sus miembros frente a las garantías de la vida y la libertad, la democracia y la legalidad. También, hasta que resolvió el asunto de modo definitivo mediante la sentencia de inconstitucionalidad mencionada, había anulado de manera frecuente sentencias de tribunales militares que enjuiciaron a civiles.

Por su parte, las élites, pese a los fracasos repetidos, en vez de cejar en su empeño, mientras lograban materializar su proyecto de articulación, procuraron establecer una parajusticia, es decir, varios escenarios paralelos de administración de justicia que estuvieran bajo su control o fueran confiables, que suplantarán a la administración de justicia o le arrebatarán competencias, en las materias estratégicas que consideraban esenciales para preservar el orden. Con ese propósito ejecutaron las siguientes acciones: 1. Para enjuiciar a rebeldes de los grupos guerrilleros usaron repetidamente a la justicia penal militar, hasta que la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional emplearla en el juzgamiento de civiles; 2. Generalizó el uso de la extradición a Estados Unidos de jefes guerrilleros y narcotraficantes imputados, aun cuando en la gran mayoría de los casos ellos debían ser juzgados en Colombia; 3. Decidió administrativizar, esto es, someter a la competencia de autoridades gubernamentales dependientes del ejecutivo, muchas materias cuyo conocimiento era atribución de autoridades judiciales; 4. Desarrolló los tribunales de arbitramento para someter a sus laudos asuntos antes de competencia judicial, que involucraban grandes disputas contractuales, que con frecuencia implicaban a empresas multinacionales. La parajusticia, en resumen, estaba integrada por la justicia penal militar, la justicia penal estadounidense, los procesos administrativos y los tribunales de arbitramento.

Con todo, en este periodo, el mayor y más severo golpe contra la independencia de la justicia, así como también contra el movimiento jurídico progresista que dominaba en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado, se produce durante los asaltos al Palacio de Justicia en noviembre de 1985. Ejecutados por el grupo guerrillero M-19 el primero, y por el Ejército el segundo, siendo el último el que ocasiona el mayor número de bajas entre los magistrados y rehenes de la toma. El ataque irracional de la guerrilla fue el pretexto ideal para que el Ejército encontrara justificado arrasar con la cúpula judicial³². El Ejército disparó con un tanque contra un baño donde se habían refugiado los rehenes y el último reducto de guerrilleros, ocasionando muertes y lesiones indiscriminadas. Varios rehenes, cuyos cuerpos no fueron incinerados, evidenciaron impactos de armas del Ejército. Después de recuperar el Palacio, el Ejército lavó con mangueras la escena y los cuerpos de varios muertos borrando todo rastro. Algunos cadáveres sin identificar fueron enterrados con otras víctimas, y solo varios lustros después pudieron ser reconocidos al ser exhumados. Otros rehenes fueron desaparecidos. Al final, las salas constitucional y penal de la Corte Suprema de Justicia, las más progresistas, perdieron casi todos sus magistrados. Los magistrados sobrevivientes de la sala penal perecieron poco después.

Finalmente, es aprobada una nueva Constitución en 1991 por una Asamblea Nacional Constituyente, cuya convocatoria fue avalada por la Corte Suprema de Justicia en un fallo sobre su exequibilidad. Empero, las élites no alcanzan una posición hegemónica en la constituyente, pues el ala de izquierda del Partido Liberal y el M-19 (guerrilla que se había desmovilizado) obtienen votaciones importantes, por ende, una representación considerable. Esto hace necesario negociar y buscar consensos. A la postre, el proyecto estratégico de articulación solamente fue ejecutado de manera parcial y limitada. Como se vio en el apartado anterior al describir la estructura de la administración de justicia queda el siguiente balance: 1. Es creada la Corte Constitucional, pero con intervención de la Corte Suprema y el Consejo de Estado en la nominación de la mayor parte de los magistrados, siendo el poder de nominación el más importante; 2. Se mantiene la cooptación para las elecciones de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado; 3. Es creada la Fiscalía General de la Nación, cuyo jefe será nombrado por la Corte Suprema de Justicia, pero con el poder clave de nominación en manos del ejecutivo; 4. Es introducido el Consejo Superior de la Judicatura

32 Sobre las tomas del Palacio de Justicia, sus razones y consecuencias, G. SILVA GARCÍA. *El proceso de paz. Un paso adelante, dos pasos atrás*, FESIP y CSPP, Bogotá, 1985, pp. 162 y 163.

que, de modo particular, en el caso de la sala disciplinaria, en razón al mecanismo de elección, aparece en gran medida permeada a la influencia del poder legislativo.

Aun cuando el proyecto político de articulación logró alcanzar algunas de sus metas con la reforma constitucional de 1991, las élites se encontraban todavía insatisfechas. En ocasiones, advirtieron que algunos remedios, como la creación de la Corte Constitucional, había resultado peor, pues mantuvo la línea de la Corte Suprema de Justicia en materia de libertades y garantías individuales, pero como novedad incursionaron de modo repetido, profundo y extendido en la defensa de derechos económicos y sociales. Por lo que las élites volvieron a plantear reformas, pero ahora para aumentar los poderes de la Corte Suprema de Justicia y reducir atribuciones de la Corte Constitucional.

Así, al comienzo del primer gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006) fue preparada una propuesta de reforma constitucional. El proyecto disminuía las atribuciones de la Corte Constitucional, procuraba también limitar la acción de tutela e incursionaba en el tema del control disciplinario de los jueces³³. La iniciativa estaba bastante sintonizada con la estrategia histórica de las élites de articular al poder judicial al ejecutivo. Es más, como se afirmó ya, aquí se trataba, de manera adicional, de corregir una desviación respecto de esa estrategia, pues arrebatar a la Corte Suprema el control de constitucionalidad y crear un tribunal en la materia no solo no había servido, sino que ahora el problema era la Corte Constitucional con sus posiciones innovadoras y progresistas. Con todo, los escasos apoyos políticos, sumados a la renuncia del ministro que abanderaba el proyecto de reforma, llevaron a que no fuera tramitado³⁴. Una lección importante radicaba en su naturaleza acomodada a las particularidades de la coyuntura, un error que supone preparar reformas no para una vida institucional de largo aliento, de acuerdo a las necesidades de una nación, sino para pretender dar una respuesta normativa a situaciones singulares. Lo paradójico es que para el segundo gobierno de Uribe Vélez, dado el desbalance que significaba intervenir durante ocho años en la designación de magistrados de la Corte Constitucional, este tribunal morigeró de modo sustancial sus posiciones mientras, en cambio, los enfrentamientos del gobierno con la Corte Suprema de Justicia se agravaron de modo bastante considerable.

Por ende, durante la segunda administración de Álvaro Uribe Vélez (2006-2010) arreciaron las amenazas a la independencia judicial, mediante ataques verbales contra la Corte Suprema de Justicia, interceptaciones telefónicas ilegales a la Corte Suprema, denuncias penales contra magistrados, escabrosos montajes para intentar implicar a magistrados en hechos de corrupción, presiones contra un magistrado auxiliar que investigaba los nexos entre grupos paramilitares y políticos uribistas, presiones contra otro magistrado por la apertura de una investigación contra un senador primo de Uribe Vélez, que a la postre fue condenado por paramilitarismo, reuniones secretas de altos cargos del gobierno con jefes paramilitares en el Palacio del presidente³⁵.

En estos años el poder judicial procesa y condena un alto número de parlamentarios y funcionarios públicos del gobierno de Uribe Vélez dentro de lo que se conoce como la parapolítica³⁶. De este modo, la notable influencia de los grupos paramilitares de extrema derecha en el Congreso de la República, comprometidos en el narcotráfico y numerosas infracciones a los derechos humanos y el derecho

33 G. SILVA GARCÍA. «¿A quién le canta la sirena? La reforma a la administración de justicia en el Gobierno de Álvaro Uribe Vélez», *Opera*, 2003, pp. 231-265.

34 La renuncia obedece a un escándalo. El ministro de Interior y Justicia es sorprendido por un micrófono que se había quedado abierto en un salón donde se llevaba a cabo una reunión con parlamentarios, a quienes presionaba de modo indebido para que apoyaran la agenda del gobierno en el Congreso, y que permitió escucharlo en otras habitaciones del recinto.

35 Parte de estos hechos son descritos y analizados en J. REVELO-REBOLLEDO. «La independencia judicial en tiempos de Uribe», *Papel Político*, vol. 13, n° 1, 2008, pp. 53-94.

36 Sobre la incidencia del paramilitarismo en la política local y nacional B. PÉREZ-SALAZAR. «Redes y coaliciones legales e ilegales en Colombia: conjeturas para el manejo futuro del conflicto colombiano», *Diálogo de Saberes*, n° 28, 2008, pp. 177-192. M. ÁLVARO RODRÍGUEZ. «La parapolítica: la infiltración paramilitar en la clase política colombiana», *Ánfora*, vol. 15, n° 24, 2008, pp. 1-14. E. de J. VELÁSQUEZ RIVERA. «Historia del paramilitarismo en Colombia», *Historia*, vol. 26, n° 1, 2007, pp. 134-153.

internacional humanitario, no solo es contenida, resulta fuertemente dañada³⁷.

En 2012, siendo presidente Juan Manuel Santos (2010-2014) en su primer periodo, el país fue testigo de la bochornosa aprobación y posterior hundimiento de la reforma constitucional a la justicia, que había sido aprobada en todas las instancias por el Congreso de la República, pero que el ejecutivo, dada la cantidad y gravedad de los cuestionamientos existentes, decidió objetar. No obstante, en estricto sentido jurídico, el presidente de la república no tiene la facultad de objetar una reforma constitucional, pese a lo cual echó mano de ese recurso, devolviendo el proyecto al Congreso donde, finalmente, fue archivado. El proyecto era una nueva tentativa de ajustar el control sobre el poder judicial. Incluía así mismo mandatos que contribuían a excluir del acceso a la justicia a los más vulnerables, como el arancel judicial. Empero, sobre todo el texto de la reforma fue plagado de normas que favorecían la impunidad de funcionarios públicos y congresistas. Su archivo fue una maniobra para salvar responsabilidades del ejecutivo y el parlamento³⁸.

IV. INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN COLOMBIA.

Colombia ha trasegado por un conflicto armado por más 60 años. Las tasas de homicidios, y las cifras de criminalidad en términos generales son bastante altas, incluso si son examinadas de modo comparativo con otros países latinoamericanos. El aparato judicial se encuentra considerablemente congestionado. La administración de justicia, en especial la penal, es recargada en muchas ocasiones con asuntos que deberían ser gestionados en otras jurisdicciones o, incluso, por fuera del escenario judicial, en instancias de conciliación extrajudicial o administrativas. El delito de inasistencia alimentaria es un buen ejemplo de como es congestionada la justicia con un tipo de conflicto que podría ser mejor tratado en el ámbito civil³⁹. Esto muchas veces tiene un impacto negativo adicional en la saturación de las cárceles⁴⁰. La introducción del sistema procesal de tendencia acusatoria o mixto moderno quedó por debajo de las expectativas, pues la mayoría de las denuncias no tienen ningún avance, los asuntos que tienen alguna gestión son aquellos con preso o con importancia política o mediática. A lo que se agregan varias críticas sobre ausencia de garantías suficientes en varios momentos claves del procedimiento⁴¹.

Frente a estos problemas, en la historia del país, con harta frecuencia, a veces utilizando argumentos estrafalarios o en verdad excéntricos, como que los abogados y los estatutos expedidos han sido magnánimos con los delincuentes, que se legisló preocupándose innecesariamente por la culpabilidad de los acusados, que se reemplazó el verbo causar por ocasionar al tipificar el homicidio para favorecer a los asesinos, que si el 95% de los acusados por la Fiscalía eran luego condenados por los jueces hacer juicios era innecesario, se ha demandado mayor represión penal y un endurecimiento de la administración de justicia⁴². Este ha sido el tono general, crear más delitos, aumentar penas, obviar garantías procesales parecen ser las constantes.

Al final, el proyecto político de articulación del poder judicial al ejecutivo, por medio de su subordinación, largamente analizado en el apartado anterior, no ha podido materializarse al máximo de acuerdo con las aspiraciones de las élites. Existe insatisfacción en el país sobre el funcionamiento de la

37 Un análisis bien documentado de la organización, actividad y proyecciones de estos grupos en B. PÉREZ-SALAZAR. «Los grupos paramilitares en Bogotá y Cundinamarca 1997-2005», *Desafíos*, n° 14, 2006, pp. 338-381.

38 A. DE ZUBIRÍA SAMPER. «La historia de la rama judicial en Colombia», op. cit., p. 186.

39 G. SILVA GARCÍA. «Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria», en Gonzalo Cataño, (coord.), *Teoría e investigación en sociología jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 323-352.

40 Lo cual fue advertido de manera bastante temprana, G. SILVA GARCÍA. «Fluctuaciones de la población penitenciaria colombiana», *Derecho Penal y Criminología*, vol. XVII, n° 54/55, 1995, pp. 125-172.

41 D.M. BAYONA ARISTIZABAL, A. GÓNEZ JARAMILLO, M. MEJÍA GALLEGOS y V.H. OSPINA VARGAS. «Diagnóstico del sistema penal acusatorio en Colombia», *Acta Sociológica*, n° 72, 2017, pp. 71-94.

42 SILVA GARCÍA. «Una revisión del análisis económico sobre el derecho», *Economía Institucional*, vol. 2, n° 2, 2000, pp. 173-196. G. SILVA GARCÍA e I. PACHECO. «El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina», *Economía Institucional*, vol. 3, n° 5, 2001, pp. 185-208.

administración de justicia, pero las reformas que de manera continua se proponen apuntan a reorganizar su estructura, lo que tiene una alta relevancia política, pero no posee mayor incidencia sobre la mejora de la calidad del servicio judicial. Esto denota que se busca una justicia políticamente dominada, no una justicia independiente y de calidad.

La utilización política de los poderes de la Fiscalía para perseguir a rivales políticos o generar inmunidades para copartidarios y jefes es uno de los problemas más graves. Se encuentran acreditados casos en los cuales la manipulación con el concurso de procesos de construcción social de la realidad, mediante definiciones e imágenes, ha servido para anular contrincantes políticos en periodos electorales⁴³. A su vez, en Colombia, la búsqueda por parte de la Fiscalía General de la Nación de mayores facultades discrecionales para calificar los delitos, realizar acuerdos negociados con los imputados y aplicar el principio de oportunidad, podía tener serias implicaciones tanto para aumentar la instrumentalización política de los procesos, como para acrecentar los márgenes que favorecen la corrupción⁴⁴.

En Venezuela y de manera bastante caricaturesca en Nicaragua, las dictaduras de Chávez/Maduro y Ortega han usado la criminalización de candidatos opositores como estrategia predilecta para eternizarse en el poder. En el pasado reciente, en Brasil, la justicia penal fue usada para excluir, al menos, de modo temporal a un candidato a la máxima jefatura del país y para deponer a una presidenta⁴⁵. Respecto de Colombia, en el caso del candidato presidencial Sergio Fajardo, solamente la demora de la Fiscalía en presentar una acusación en su contra ante la Corte Suprema de Justicia -cinco años- y hacerlo en el año previo a las elecciones, arroja un manto de duda sobre su motivación⁴⁶. Así mismo, en razón de la politización partidista comentada, la Fiscalía ha sido cuestionada de favorecer al expresidente Álvaro Uribe Vélez, quien fue investigado y detenido por la Corte Suprema de justicia, hasta que el proceso paso a competencia de la Fiscalía. En ese momento, a diferencia de la Corte Suprema, la Fiscalía optó por una percepción muy distinta sobre la evidencias probatorias del caso, y se inclinaba por precluir la investigación. Cuestionamientos similares han sido planteados frente a otras decisiones de la Fiscalía que favorecen a seguidores del uribismo. De este modo, los poderes de la Fiscalía pueden ser usados para la persecución de rivales políticos, pero, también, casi más importante, para asegurar procesos de selección penal negativa, que derivan en situaciones de impunidad crónica⁴⁷.

La aprobación en 2016 de los acuerdos de paz con la guerrilla de las FARC supuso la creación de la Jurisdicción Especial de Paz -JEP-. Esto ha marcado otro capítulo en los atentados contra la independencia de la justicia, por cuanto los enemigos de los acuerdos, partidarios de la continuación de la guerra, de modo repetido han enfocado sus ataques contra los acuerdos de paz cuestionando las decisiones de la JEP. El objetivo trazado ha sido desestabilizar los acuerdos de paz, lo que ha involucrado múltiples acciones⁴⁸. No obstante, los acuerdos subsisten gracias al apoyo de la Corte Constitucional y de la comunidad internacional,

43 G. SILVA GARCÍA. «Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho», *Acta Sociológica*, n° 79, 2019, pp. 85-108.

44 G. SILVA GARCÍA. «¿Justicia penal o justicia premial? Un análisis sociojurídico sobre la justicia penal en Colombia», en *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México D.F., 2015, pp. 109 a 137.

45 La historia latinoamericana registra una larga estela de conflictos y problemáticas relativas a la independencia de la justicia. Para México A. CUÉLLAR VÁZQUEZ. *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, UNAM y Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, México D.F., 2000, pp. 47 y ss. Respecto de Argentina, R. BERGALLI. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 47 y ss. Para Brasil, C.M. BARBOSA. «Algunos aspectos de la independencia del poder judicial en Brasil», en Germán Burgos S. (ed.). *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ILSA, Bogotá, 2003, pp. 417 y ss. Sobre el continente en general, ver J.M. RICO. *Crimen y justicia en América Latina*, 2ª ed., Siglo XXI, México D.F., 1981, pp. 262 y ss.

46 Sergio Fajardo había ocupado el tercer lugar en las elecciones de 2018, con una alta votación. La sensación que dejó era que, en medio de la polarización que reinaba, si las encuestas no se hubiesen “equivocado” tanto con el pronóstico sobre la votación que recibió, en segunda vuelta habría ganado las elecciones.

47 P.E. GONZÁLEZ MONGUÍ. *Procesos de selección penal negativa*, Universidad Libre, Bogotá, 2013, pp. 267 y ss.

48 B. PÉREZ-SALAZAR. «Construcción de paz en el orden del derecho transnacional penal: el caso colombiano», *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n° 1 extra, 2018, pp. 65-78.

además de al menos la mitad del país, para respiro de los integrantes de las Fuerzas Armadas que han visto una disminución sustancial de la violencia que debían enfrentar de modo cotidiano.

Desde fines de los años 70 del siglo XX hasta la fecha, las mayores afectaciones a la independencia de la administración de justicia emergieron, por una parte, de los asaltos al Palacio de Justicia en 1985 y, por otra parte, han surgido de la corrupción que ha golpeado a las altas cortes.

La corrupción, de modo bastante paradójico, empieza a introducirse en razón de las facultades de nominación y elección de cargos que habían sido conferidas a las cortes y tribunales en razón de su rectitud y honestidad. La participación de las cortes y tribunales en la elección de los jefes o mandos supremos de la Fiscalía General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República, de la Auditoría y de las contralorías departamentales, distritales y municipales, genera clientelismo y compromete la independencia de los magistrados. A la postre, se encontraban casos de magistrados que, de modo simultáneo, tenían esposa, hijos y hermanos trabajando en altos cargos de libre nombramiento y remoción, no de carrera, de la Fiscalía, la Contraloría y la Procuraduría. De manera adicional, en casos de relevancia política, cuando un magistrado era recusado por tener un pariente muy cercano en la entidad en la que debía fallarse un asunto, este no aceptaba el impedimento, lo que llevaba a que la recusación fuera decidida por otro magistrado que la negaba, pero que también tenía parientes próximos trabajando en la misma entidad. El Consejo de Estado hace control judicial sobre las decisiones de la Procuraduría y de la Contraloría, la sala penal de la Corte Suprema de Justicia hace control judicial sobre los procesos a cargo de la Fiscalía, la Corte Constitucional conoce de tutelas impetradas contra resoluciones de Procuraduría, Contraloría y Fiscalía, pero, en las condiciones anteriores ¿Cómo podría pensarse en una justicia independiente?⁴⁹

Las reformas a la justicia, aunque si consideraron prohibir las elecciones de exmagistrados en cargos sometidos al poder electoral de la cortes, para evitar que los magistrados electos por cooptación votaran por quienes a su vez los habían nombrado, no han prohibido el nombramiento de familiares cercanos de magistrados en organismos de control (Fiscalía, Contraloría, Procuraduría, Auditoría). Esto, ya se ha visto, no puede gestionarse con la regulación sobre impedimentos y recusaciones.

En los últimos años un grupo de exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia, que ya habían concluido su periodo, y de magistrados, tenía una enorme influencia en la designación de otros magistrados mediante el sistema de cooptación. En ese periodo, casi todos los magistrados fueron elegidos al contar con su anuencia. El mismo poder operaba de modo decisivo para elegir entre la terna de candidatos al cargo de fiscal general de la nación. Llegaron a vincular al grupo al jefe de la unidad especial de la Fiscalía a cargo de los procesos de corrupción. Este poder tenía también incidencia en el sentido de algunas decisiones jurisprudenciales con alta relevancia política. Sin embargo, el principal propósito de este grupo, llamado el “Cártel de la Toga”, era asegurar determinadas decisiones de la Fiscalía y de la Corte Suprema a cambio de pagos de sobornos o coimas. Varios de los integrantes del grupo han sido procesados y empiezan a recibir condenas. Este era un caso típico de vulneración de la independencia de la justicia.

Ha emergido también una gran desconfianza sobre los fallos de tutela. Magistrados que han estado vinculados a las altas cortes, los cuales fueron entrevistados para esta investigación, hablan de pagos para obtener fallos de tutela en segunda instancia o en revisiones. En la Corte Constitucional hace pocos años se presentó un caso escandaloso que derivó sentencias de condena en materia penal.

Los sucesos anteriores dejan un balance negativo en materia de independencia. Ni las fuerzas políticas, ni los movimientos sociales, al margen de sus debilidades, que son considerables, parecen ser conscientes de la problemática. Como lo indica José Juan Toharia, la independencia de la justicia es el asunto de mayor relevancia en la relación en la fricción de la justicia con la sociedad⁵⁰.

49 G. SILVA GARCÍA. «Corrupción y derechos humanos. El Estado hacendal y la cleptocracia», *Opción*, vol. 35, n° 25 esp., pp. 12-49.

50 J.J. TOHARIA. *Opinión pública y justicia. La imagen de la justicia en la sociedad española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 93.

V. CONCLUSIONES.

Colombia tiene una historia importante en materia de independencia de la rama judicial, constituida así en un poder independiente. Comparativamente con otros países latinoamericanos, la experiencia colombiana era la más destacada y avanzada. Los tribunales han jugado un papel político y social trascendente en el país en las últimas décadas. En particular la visión del neoconstitucionalismo fue muy importante para el desarrollo de un nuevo Derecho centrado en las garantías fundamentales y los principios constitucionales. Son casi 45 años de historia en el país, en lo que las cortes han resistido el proyecto de articulación de las élites. Sin embargo, aunque el poder judicial se recuperó lo mejor que pudo del duro golpe de los asaltos al Palacio de Justicia de 1985, la politización descontrolada de la Fiscalía y la corrupción judicial han erosionado de modo grave la independencia de la justicia.

La defensa de la independencia de la justicia, en ausencia de otros actores, parece depender de la academia y de los propios miembros de la profesión jurídica. Se trata de un escenario que envuelve un conflicto permanente en el país, con resultados cambiantes. Tanto en Colombia, como en América Latina, este debería ser el primer punto de una amplia agenda de discusión con la participación de la sociedad.

La reorganización de la justicia, de acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores, debería comprender medidas de política jurídica como: designación del fiscal general de la nación por parte del presidente de la república, de terna presentada por la Corte Suprema de Justicia; eliminación del carácter judicial de la Fiscalía General de la Nación; establecimiento de un mecanismo ad-hoc para investigar y hacer acusaciones a altos cargos del gobierno, cuando pueda haber conflictos de interés; elección del fiscal general ad-hoc, cuando se declara impedido, por el mismo procedimiento previsto para el nombramiento del fiscal titular; prohibición para familiares cercanos de magistrados de las altas cortes para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción en los organismos de control; consolidación de los sistemas de concurso de méritos para el nombramiento de jueces y fiscales, únicamente bajo dirección del consejo superior de la judicatura; conformación de un Consejo de la Judicatura electo por los jueces, por los funcionarios judiciales subalternos y por los decanos de las facultades de derecho con acreditación de alta calidad; preservación del sistema de cooptación para la elección de los magistrados de las altas cortes; confirmación del sistema de elección de los magistrados de la Corte Constitucional, aun cuando con la no intervención del presidente de la República; integración de un tribunal disciplinario para los jueces elegido por el Consejo de la Judicatura; prohibición para los jefes de los organismos de control para ser candidatos presidenciales o al parlamento por un periodo de ocho años después de dejar el cargo.