Revista de Derecho público

El Consejo Superior de la Judicatura: ni democrático ni independiente

Miguel Emilio La Rota

Contenido

EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA:
NI DEMOCRÁTICO NI INDEPENDIENTE. *Miguel Emilio La Rota* 3

Resumen 3
Abstract 3

INTRODUCCIÓN 4

LA NOMINACIÓN DEMOCRÁTICA NO SÓLO ES NECESARIA
EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL 4

LA INDEPENDENCIA Y DEMOCRACIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA COLOMBIANA 8

LA SALA ADMINISTRATIVA Y LA DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS Y JUECES 8

EL OTRO EXTREMO: LA SALA DISCIPLINARIA DEL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA 10

HACIA UN SISTEMA JUDICIAL INDEPENDIENTE Y DEMOCRÁTICO 12
OBJETIVOS DEL DISEÑO INSTITUCIONAL 12

POR UN SISTEMA REPRESENTATIVOE INDEPENDIENTE 13

Conclusión 16
Bibliografía 17

EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA: NI DEMOCRÁTICO NI INDEPENDIENTE

*Miguel Emilio La Rota**

RESUMEN

Este escrito examina la manera como en Colombia se aplica la propuesta de Garoupa y Ginsburg, los cuales analizan las comisiones de la judicatura responsables de administrar la rama judicial, designar a los jueces y sancionarlos disciplinariamente. En primer lugar, analiza si hablar de la tensión entre independencia y responsabilidad política es válido para el sistema de justicia ordinaria de un país como Colombia. Segundo, estudia el diseño institucional de dicho sistema. Tercero, desarrolla propuestas para lograr que el Consejo Superior y la justicia ordinaria sean a la vez más independientes y responsables políticamente. A lo largo del escrito se concluye que en el caso colombiano la rendición de cuentas se puede incrementar sin necesidad de limitar la independencia judicial.

Palabras clave: rendición de cuentas, responsabilidad e independencia política, Consejo Superior de la Judicatura

ABSTRACT

This paper examines the way in which the proposal of Garoupa and Ginsburg, regarding the analysis of the judiciary commissions responsible for the administration of the judicial branch, the assignment of judges and disciplinary sanctions, is applied to Colombia. First, it analyses if it is suitable to refer to a tension between political independence and responsibility in the ordinary judicial system of a country like Colombia. Second, it studies the institutional design of that system. Third, it develops a scheme to achieve that both the Superior Council and the ordinary judiciary become more politically independent and responsible. Through out this paper the author concludes that in Colombia accountability can be increase without limiting the judicial independence.

Key Words: Accountability, political responsibility and independence, Judiciary Superior Council

* Abogado y Economista de la Universidad de los Andes. Master en Políticas Públicas y Administración Pública de la Universidad de Columbia en Nueva York. Investigador principal del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJuSticia.

INTRODUCCIÓN

El diseño institucional de las Salas Administrativa y Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura colombiano es de *extremos simultáneos.* De una parte, la Sala Administrativa, encargada de administrar la rama judicial y de nominar a los magistrados y jueces de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, es independiente de manera exagerada. Esto dificulta la rendición de cuentas de la rama judicial, disminuye su receptividad a las demandas sociales, culturales y económicas del entorno en el que imparte justicia, y obstaculiza el nivel de amplitud y la consciencia práctica de los argumentos jurídicos. De otra parte, en lo disciplinario, la integración del Consejo Superior es enteramente política. Esto lo hace vulnerable a la captura y amenaza a la imparcialidad de las decisiones judiciales.

En vez de cohabitar de manera esquizoide en estos dos extremos, la integración del Consejo Superior habría de moverse a un punto intermedio que a la vez preserve la independencia y permita que la administración de justicia sea más representativa y democrática.

Garoupa y Ginsburg analizan las comisiones de la judicatura responsables de administrar la rama judicial, designar a los jueces y sancionarlos disciplinariamente; se refieren más que todo a la administración de justicia ordinaria[1]. Este escrito examina la manera como en Colombia se aplica la propuesta de Garoupa y Ginsburg. En primer lugar, analiza si hablar de la tensión entre independencia y responsabilidad política es válido para el sistema de justicia ordinaria de un país como Colombia. Segundo, estudia el diseño institucional de dicho sistema. Tercero, desarrolla propuestas para lograr que el Consejo Superior y la justicia ordinaria sean a la vez más independientes y responsables políticamente. A lo largo del escrito se concluye que en el caso colombiano el "accountability" se puede incrementar sin necesidad de limitar la independencia judicial.

LA NOMINACIÓN DEMOCRÁTICA NO SÓLO ES NECESARIA EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En primer lugar se aclara por qué el debate de Garoupa y Ginsburg, que está principalmente dirigido a los Consejos de la Judicatura, se aplica a Colombia. No es descabellado concluir que en nuestro sistema la discusión acerca de la responsabilidad política de los jueces tiene relevancia exclusivamente respecto de la justicia constitucional. A Hans Kelsen, miembro fundador de la Corte Constitucional austriaca, le resultaba difícil comprender el sistema norteamericano, en el que una misma Corte Suprema decidía asuntos constitucionales y legales. A diferencia de la interpretación de normas de nivel legal, el rol de la jurisdicción constitucional era político, pues fundamentalmente le concernía la defensa de la democracia y el apoyo al sistema parlamentario a través de la protección de las minorías.[2] Así, salvo excepciones, las normas constitucionales tienen una textura abierta y regulan temas generales y relacionados con los fundamentos políticos del país. Por ello, su interpretación requiere de un ejercicio valorativo y de mayor incidencia política. En comparación, las leyes y normas administrativas son más concretas y tratan de temas específicos, de tal forma que su aplicación está sujeta a menos vacíos y no genera tantas consecuencias respecto del entramado político y social. Ante esta diferencia, se espera que una juez constitucional realice una

1 Aunque estrictamente hablando esto sea inexacto, para facilidad de la exposición, este escrito se refiere a la justicia ordinaria como la que incluye a las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativa, cuyo magistrados y jueces se nominan bajo las mismas reglas, a partir de listas de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

2 Riskin (2002; p. 60)

labor más política que una que hace parte de la jurisdicción ordinaria.

Bajo esta perspectiva, sólo tendría sentido permitir la influencia política en la nominación de los magistrados de la Corte Constitucional. Al fin de cuentas, en Colombia (y en varios países analizados en otro ensayo de Ginsburg y Garoupa[3]), se habla desde hace un tiempo de una judicialización de la política y a la vez de una constitucionalización del derecho. La pregunta de quién vigila a los magistrados se ha presentado más que todo como respuesta a las sentencias constitucionales que tienen consecuencias políticas y económicas. El debate acerca del juez legislador o el juez inmiscuido en la economía, viene más que todo del derecho constitucional. Entonces, ¿por qué politizar a la justicia ordinaria?

Empero, una mirada detenida lleva a concluir que la jurisdicción ordinaria es más parecida a la constitucional de lo que parece, y tiene una incidencia respecto del poder y de las políticas públicas que no es despreciable. Por ello, en la nominación de sus operarios, su administración y la imposición de disciplina en la rama, no sólo ha de perseguirse la independencia, sino también debe buscarse un sistema democrático y legítimo políticamente. Esto sucede por las cuatro razones expuestas a continuación.

Primero, la textura de las normas legales y administrativas en todo caso es abierta y su interpretación está inevitablemente sujeta a disquisiciones hermenéuticas que dependen de la valoración personal de los jueces. Es ampliamente reconocido que la ley contiene vacíos, inconsistencias y ambigüedades. Al controlar su significado, el aparato de justicia ejerce una autoridad normativa que es significativa.

Sería ingenuo creer que la interpretación textual de las normas lleva siempre a soluciones certeras. Un excelente ejemplo de esto es la jurisdicción ordinaria francesa, de la cual se esperaría que fuera un modelo del sistema de derecho civil. Siguiendo el análisis de Michel Lasser (2004) la Corte de Casación y el Consejo de Estado franceses profieren sentencias solamente fundamentadas en silogismos que contienen la norma legal y el hecho bajo discusión. Pretenden que el ejercicio jurisdiccional dependa enteramente de una deducción simple proveniente del texto literal de la norma. Sin embargo recientemente se ha descrito que esta manera de administrar justicia es en realidad una fachada pública y que, en una esfera recluida, los magistrados franceses argumentan de manera amplia y se apartan del silogismo formalista. Según Lasser, en dicho nivel interno la argumentación "en vez de ofrecer deducciones textuales secas, se enfoca en preocupaciones institucionales, económicas, sociales y de política pública, en la necesidad de modernizar y adaptar la ley a las cambiantes realidades sociales, y muy seguido, en asuntos de fundamental justicia y equidad."[4]

3 Ginsburg y Garoupa (2008) analizan los casos de Estados Unidos, Brasil, Israel, Francia, Italia, Holanda, y el Reino Unido.

4 Lasser (2004; p. 1007). Traducción del autor. Lasser describe el enfrentamiento entre la Corte de Casación y el Consejo de Estado con la Corte Europea de Derechos Humanos, respecto de si los procedimientos utilizados en Francia satisfacen los estándares europeos de debido proceso. El resultado de dicha confrontación ha sido que "la integridad del modelo de derecho civil francés (...) puede que esté ahora en peligro mortal." (p. 997) Más allá de sus méritos concretos, es inevitable comparar las sentencias de la Corte Europea con las tutelas contra providencias judiciales que en casos excepcionales han determinado que decisiones de la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado constituyen vías de hecho. El enfrentamiento con la Corte Europea ha causado una apertura del procedimiento francés hacia "un modo de toma de decisiones judiciales más democrático y argumentativo, más familiar para los estudiantes de la práctica judicial norteamericana" (p. 1000). Se observa una transición a un sistema cuyo control y legitimidad de la judicatura depende del marco institucional, a otra, más de estilo norteamericano, en la que dicha legitimidad depende de la calidad de las decisiones mismas. (p. 1002) Esto se relaciona en opinión de Lasser con el hecho de que los jueces de Estados Unidos tienen un poder explícito de crear normas, por lo que se les asigna mayores niveles de responsabilidad individual y exigencia de transparencia respecto de la argumentación y los efectos

Así, no existe un sistema de textura cerrada en donde la aplicación de la norma es siempre clara y directa. En todo caso, el juez ordinario toma decisiones fundamentadas en asuntos externos a la norma misma. Como es ya sabido, aún cuando en teoría existan respuestas idealmente correctas, el proceso mediante el cual se llega a ellas depende de juicios de valor acerca de los cuales personas razonables pueden estar en desacuerdo. La escogencia de la metodología y los argumentos con los que se solucionan los problemas jurídicos es inevitablemente valorativo y no son suficientes las consideraciones estrictamente legales.[5]

Pretender que siempre se apliquen silogismos con fundamento en textos literales es cerrar la puerta a un debate transparente y en donde la calidad de los argumentos puede ser escrutada por el público. La diferencia entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria se presenta entonces, no en si uno es político y el otro no, sino en el grado en el que cada uno reconoce que sí lo es.

Un segundo argumento se refiere a la obligatoriedad del precedente jurisprudencial. De acuerdo al principio de la doctrina probable establecido desde el año 1896[6], dadas ciertas circunstancias la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria es vinculante. Esta doctrina ha sido entendida por la jurisprudencia contemporánea en el sentido de que "la Corte Suprema de Justicia como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión."[7]

Aunque el carácter vinculante de la jurisprudencia ordinaria está lejos de tener el nivel de desarrollo y profundidad del precedente constitucional, las decisiones acerca de cómo deben ser entendidos los textos legales y de qué forma deben ser aplicados acaban siendo vinculantes. La jurisprudencia no tiene solamente un carácter auxiliar relativo a la solución de problemas interpretativos. Se le reconoce una función activa de fijar el contenido de las normas legales y que constituye una fuente principal de derecho. Nos alejamos así de un sistema "puro" de derecho civil, que reconoce que la jurisprudencia cumple un rol importante en darle forma a la ley pero que niega que las decisiones judiciales creen normas[8] (por ejemplo, las sentencias del Consejo de

prácticos de sus decisiones. (p. 1003) Por el contrario, en la mecánica francesa los requerimientos argumentativos en la toma de decisiones judiciales son muy bajos, "no se hace virtualmente ningún intento de presentar discusiones judiciales o explicaciones, (...) y no se realiza ninguna referencia a anteriores decisiones judiciales o acerca de la literatura académica o especializada." Por ello, el sistema francés ha sido catalogado como "crudo, teóricamente poco sofisticado, retrógrado jurisprudencialmente, públicamente hipócrita, y ante todo, profunda y dañinamente formalista." (p. 1004) En consecuencia, algunos de los cambios procedimentales adoptados por la Corte de Casación han llevado a una mayor visibilidad de la rama judicial y a una apertura del poder argumentativo de la Corte, lo cual a su vez ha provocado en palabras de Lasser "un enorme crecimiento en el poder, el estatus y la autoridad del sistema judicial francés." (p. 1062)

5 Este es el argumento relativo al juez Hércules de Ronald Dworkin. Citado por Ferejohn y Kramer (2002; pp. 973 y 974)

6 El artículo 4º de la Ley 169 de 1896 dispone: "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores."

7 Sentencia C-836 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil; aclaración de voto de Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra; salvamento de voto de Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández). En dicha sentencia se declaró la exequibilidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, bajo el condicionamiento citado. La Corte consideró que la obligatoriedad de la doctrina probable se fundamenta en los deberes que detentan los jueces respecto de "a) la igualdad frente a la ley, b) la igualdad de trato por parte de las autoridades, (...) (y) c) el principio de buena fe, que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos."

8 Ver René David. 1972. "French Law, its Structure, Sources and Methodology". Louisiana State University Press.

Estado y la Corte de Casación franceses nunca citan decisiones judiciales anteriores[9]).

Otorgar un carácter vinculante al precedente reconoce que la jurisprudencia crea normas jurídicas, lo que a su turno, concede que los jueces cumplen un papel de alta relevancia política.

Tercero, las decisiones de la jurisdicción ordinaria también afectan las políticas públicas. Son innumerables los casos en Colombia en los que decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado conducen a radicales choques políticos, a profundas modificaciones de políticas públicas y a cuantiosos gastos fiscales.

No se niega que las consecuencias políticas de los fallos judiciales sean más profundas en la jurisdicción constitucional. La Corte Constitucional controla al Congreso; sus sentencias de constitucionalidad pueden expulsar del foro democrático de decisiones tomadas por el legislativo; y en caso de querer contradecirla, el Congreso tiene que adelantar una reforma constitucional. Pero las implicaciones de las decisiones de la jurisdicción ordinaria también tienen incidencia política, tal como se constata de las recientes decisiones penales de la Corte Suprema de Justicia.[10] Además, tumbar una decisión de la Corte Suprema de Justicia requiere de una ley, lo cual implica un costo que no es insignificativo. Siempre que dicho costo sea relevante, las decisiones de los jueces tienen una incidencia política.

Por último, se ofrece un argumento más sencillo de tipo orgánico. Los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria también tienen a su cargo la aplicación de normas constitucionales y por ende son responsables de la interpretación y aplicación de la Carta. De una parte, todos los jueces del país han de resolver acciones de tutela. Aunque la última palabra en la materia la tiene la Corte Constitucional, la bajísima tasa de procesos de tutela seleccionados para revisión, y el poco y difícil seguimiento de los precedentes de la Corte, sugieren que los jueces y magistrados de la justicia ordinaria gozan de un amplio margen de maniobra. De otro lado, en la misma definición del significado de un texto legal o administrativo y en la decisión de cómo se emplea éste en una realidad particular, la juez ha de tener en cuenta la Constitución. Debe decidir qué interpretación de la disposición se ajusta más a la Carta, hasta el punto en el que está obligada a inaplicar la norma si de su cumplimiento resulta una situación inconstitucional. Por lo tanto, la jurisdicción ordinaria tienen la función permanente de dilucidar el significado de la Constitución y destinar dicho análisis a la resolución de situaciones concretas.

En suma, la jurisdicción ordinaria no es tan diferente de la constitucional. La interpretación de las normas legales y administrativas no es fácil ni se realiza estrictamente a partir de silogismos; su aplicación inevitablemente tiene en cuenta la realidad social. La justicia ordinaria toma innumerables decisiones que tienen una incidencia importante en la política y las políticas públicas; tiene la obligación de incorporar las disposiciones constitucionales en sus providencias; y su jurisprudencia puede ser fuente de derecho. Por ello, la polémica que plantean Ginsburg y Garupa se aplica no sólo a la Corte Constitucional, sino también a la administración de justicia cuya nominación y disciplina dependen del Consejo Superior de la Judicatura. Se pasa entonces a analizar qué tan independiente y democrática es la jurisdicción ordinaria colombiana.

9 Lasser, Op. Cit, p. 1011.

10 Según Malleson (2007; p. 1) el aumento del poder judicial se ha presentado de diversas formas dependiendo del sistema jurídico. En países de Europa continental de tradición de derecho civil, el activismo judicial se ha manifestado en investigaciones penales a líderes políticos. En sistemas de common law, la principal fuente de la judicialización ha sido la ampliación de exigibilidad de los derechos humanos y el control abstracto de normas legales. En países que han experimentado transformaciones políticas rápidas, la mayor autoridad judicial se ha presentado en el comportamiento de cortes constitucionales poderosas. Parecería que en Colombia, se han presentado los tres fenómenos.

LA INDEPENDENCIA Y DEMOCRACIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA COLOMBIANA

El sistema de designación de jueces y magistrados en Colombia[11] es paradójico, pues de una parte es autocontenido y aislado, y de otra, en cuanto a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, es enteramente político. Esto ha resultado en un exceso por doble vía, que de un extremo se caracteriza por una administración de justicia recluida y poco democrática, y del otro, por una jurisdicción disciplinaria posiblemente cooptada por el poder político. A continuación se describen estas dos situaciones.[12]

LA SALA ADMINISTRATIVA Y LA DESIGNACIÓN DE MAGISTRADOS Y JUECES

Los seis integrantes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura son designados por el Consejo de Estado (3 magistrados), la Corte Suprema de Justicia (2) y la Corte Constitucional (1).[13] Los miembros de los consejos seccionales de la judicatura son nombrados por el Consejo Superior de la Judicatura.[14]

Por su parte, los 23 magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los 27 consejeros de estado son elegidos por cooptación por estas mismas entidades, a partir de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.[15] Los magistrados de los tribunales superiores o administrativos son nombrados por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Esta-

11 En este trabajo se analizan las nominaciones de los jueces y magistrados en la justicia ordinaria (jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativa). Se excluyen las designaciones de los magistrados de la Corte Constitucional, de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación y de los operadores de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

12 El diseño institucional poco ponderado no es un invento de la Constitución de 1991. De acuerdo a Uprimny (2001; pp. 274-276), desde el plebiscito de 1957 hasta la Constitución de 1991, la rama judicial fue, de un lado, absolutamente independiente en cuanto a lo orgánico, y del otro, casi totalmente dependiente del ejecutivo en lo administrativo y financiero. En virtud del artículo 12 del Plebiscito y los artículos 156 a 158 de la Constitución anterior, los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado eran elegidos por cooptación, y a la vez designaban a los miembros de los tribunales. Estos últimos designaban a los jueces. Según Uprimny, "no había (...) ninguna influencia directa de los órganos políticos en la conformación del poder judicial, un caso de autonomía judicial casi único en el mundo, y que, para bien o para mal, distanció bastante al gremio judicial de la llamada clase política." Es curioso además que dicha fórmula no fue introducida por jueces, grupos de abogados, movimientos ciudadanos o partidos políticos, sino que fue impulsada únicamente por la Junta Militar (p. 275). Al otro extremo, el aparato judicial estaba subordinado al Fondo Rotatorio de Justicia adscrito al Gobierno, lo cual llevaba a que "en la práctica el manejo cotidiano y los niveles de remuneración (de la Rama) estaban fuertemente condicionados a las decisiones gubernamentales (...)." (p.276)

13 El artículo 254 de la Constitución indica que la Sala Administrativa está "integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado."

14 El Acuerdo No 113 de 1993 del Consejo Superior dispone como función de la Sala Administrativa "Nombrar a los Magistrados de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura y elaborar listas para la elección de los Magistrados de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los mismos Consejos."

15 Según el artículo 231 de la Constitución, "los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura." A su vez, el artículo 53 de la Ley 270 de 1996 dispone: "Elección de Magistrados y Consejeros: Corresponde a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado proveer las vacantes que se presenten en la respectiva Corporación, de listas superiores a cinco (5) candidatos, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. (...). Con el objeto de elaborar las listas a que se refiere este artículo, el Consejo Superior de la Judicatura invitará a todos los abogados que reúnan los requisitos y que aspiren a ser Magistrados, para que presenten su hoja de vida y acrediten las calidades mínimas requeridas. (...)." Por último, el Acuerdo 022 de 1998 dispone como función de la Sala Plena de la Corte Suprema "elegir Magistrados de la Corte Suprema de Justicia previo estudio, por la Sala de Casación Especializada a la que corresponda la vacante por proveer, de las hojas de vida de los integrantes de la lista enviada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (...)".

do respectivamente, de listas que también son remitidas por la Sala Administrativa.[16] Los jueces son elegidos por los tribunales correspondientes, también de nombres enviados por las salas administrativas de los consejos seccionales de la judicatura, en concordancia con los resultados del concurso de méritos.[17]

Se constata que el proceso de nombramiento de todos los jueces y magistrados se realiza en todas sus etapas por magistrados.[18] El sistema judicial es impenetrable desde afuera de una élite judicial, lo cual lo hace poco representativo y de escasa legitimidad política.[19] La impermeabilidad del sistema resulta, al menos, en las siguientes tres consecuencias negativas.

En primer lugar, la jurisdicción ordinaria está integrada por personas que, salvo excepciones, son homogéneas en cuanto a sus visiones del derecho, sus posiciones hermenéuticas, sus experiencias de vida y sus percepciones de la realidad social, política y económica. En el mismo sentido, el poder judicial ordinario tiene pocos incentivos para tener en cuenta los cambios que suceden con el paso del tiempo. El sistema es poco consciente de la evolución en asuntos judiciales, políticos, éticos, socioeconómicos y de políticas públicas, entre otros. Igualmente, es poco representativo de las tendencias sociales y de la variedad política, y es escasa su sensibilidad acerca de las maneras como funciona la sociedad y respecto de los principales problemas que la aquejan.

Segundo, la jurisdicción ordinaria no es transparente. De una parte, le otorga poca importancia a la fundamentación de sus decisiones y la mayoría de sus providencias contienen argumentos formalistas y procedimentales. Por lo general, realiza un análisis poco riguroso y superficial de las pruebas. Las decisiones conceden una atención precaria a los argumentos de las partes, los cuales se malinterpretan o muchas veces simplemente se ignoran. Son pocas las providencias que explícitamente consideran el contexto en el que se profieren y las consecuencias que generan respecto de los mismos valores constitucionales o legales que los jueces están obligados a proteger. La enorme mayoría de providencias se fundamentan en formatos preestablecidos sin

16 En virtud del artículo 256 de la Constitución, al Consejo superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso, les corresponde "elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. (...)." El artículo articulo 162 de la Ley 270 establece que las etapas del proceso de selección de funcionarios de Carrera Judicial comprenden las etapas de "concurso de méritos, conformación del Registro Nacional de Elegibles, elaboración de listas de candidatos, nombramiento y confirmación. (...)" Al Acuerdo 022 de 1998 establece como función de la Sala Plena de la Corte Suprema "elegir Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, previo estudio por la respectiva Sala de Casación Especializada, de los candidatos que integren la lista remitida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (...)." En el mismo sentido, el Acuerdo 058 de 1998 dispone que es función de la Sala Plena del Consejo de Estado "Elegir directamente Magistrados de los Tribunales Administrativos en encargo o en provisionalidad, y en carrera judicial de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura."

17 El artículo 20 de la Ley 270 de 1996 establece que "corresponde a la Sala Plena de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (...) elegir a los jueces del respectivo Distrito Judicial, de listas elaboradas por la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional de la Judicatura, en la calidad que corresponda, según el régimen de la carrera judicial." El artículo 41 de la misma Ley dispone que la Sala Plena de los Tribunales Administrativos tienen la función de "elegir a los jueces de lo contencioso administrativo de listas que, conforme a las normas de la carrera judicial, le remita la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional de la Judicatura."

18 La única influencia política en este proceso es indirecta, pues un integrante de la Sala Administrativa es designado por la Corte Constitucional, cuyos magistrados a su turno son nominados y seleccionados en un proceso político. Sin embargo, esta incidencia es tan lejana que se considera irrelevante.

19 Esto se parece a lo que Lasser (2004; p. 999) describe de la justicia ordinaria en Francia, en la que la jerarquía judicial es impenetrable y elitista, y en donde "a un pequeño cuerpo de juristas de elite (...), educados, entrenados y apretados en un marco institucional meritocrático y jerárquico, se les confía con la tarea de debatir y resolver las controversias legales, de tal forma que se promueva el interés general y el bien público." Traducción del autor.

un estudio suficiente de si éstos aplican o no al caso particular.

De otra parte, la excesiva independencia del poder judicial ha limitado la fiscalización y el control público sobre su funcionamiento.[20] El sistema de información y de recopilación de datos acerca de la gestión tiene un acceso limitado, está incompleto, es poco confiable y contiene muy pocos datos.[21]

Tercero, relacionado con el punto anterior, la jurisdicción ordinaria es corporativista y burocrática, de tal forma que facilita los favores internos que limitan la imparcialidad de los jueces, es defensiva y dificulta la rendición de cuentas hacia afuera.[22]

Los tres problemas descritos tienen interacciones entre ellos. Además, es difícil atribuirles como sus únicas causas el diseño institucional de la Sala Administrativa y el sistema de designaciones de los magistrados y jueces. Para llegar a esta situación se han de presentar una multiplicidad de factores que interactúan por medio de múltiples canales. Pero es razonable asumir que la calidad y el carácter del sistema judicial lo producen tanto las personas que lo componen, como la estructura de incentivos que resulta de su diseño institucional. Sin descartar la importancia de otras variables, es inevitable concluir que un sistema de nominaciones y administración cerrado y autorreferente produce resultados poco democráticos. Lo anterior choca con el carácter excesivamente político del área disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que se analiza a continuación.

EL OTRO EXTREMO: LA SALA DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

La Sala Disciplinaria tiene un diseño institucional muy distinto al de la Sala Administrativa. Las siete personas que la integran son nominadas por el Presidente de la República y elegidos por el Congreso[23]. Aunque el ánimo de dicho diseño institucional fue el de evitar la excesiva cercanía entre la Sala y los disciplinados[24], esta solución creó una situación aún peor, en la que no se evita el corporativismo pero sí se facilita la cooptación del área disciplinaria. La designación política de todos sus miembros ha puesto a la Sala al alcance de los intereses políticos. Según Revelo (2009), desde los años 2007 y 2008, la Sala Disciplinaria fue capturada por el ejecutivo, al haber sido designados seis de sus siete magistrados

20 En el reciente informe de Transparencia por Colombia, se asigna al Consejo Superior de la Judicatura una calificación del índice de transparencia nacional que lo ubica en el puesto 85 de 138 entidades públicas nacionales evaluadas, con un puntaje muy parecido al promedio de todas las entidades y peor que el de la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional de Medicina Legal. En cuanto al factor de visibilidad (relativo a la disposición pública de información que tiene la entidad sobre los aspectos de su gestión administrativa) el Consejo Superior tiene un desempeño aún peor, con una calificación significativamente inferior al promedio de las entidades de nivel nacional. Ver Corporación Transparencia por Colombia (2009).

21 Los informes anuales del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso son un buen ejemplo de este problema. Dichos informes no constituyen una herramienta que pueda servir de fundamento para la toma de decisiones de gestión de la rama.

22 Vargas Viancos (2002; p. 2) indica que en muchos países latinoamericanos se ha presentado una sustitución de "presiones externas a los jueces para que fallen de una determinada manera, por presiones de los superiores de estos jueces." En su opinión, "los poderes judiciales han tendido a estructurarse como instituciones corporativas, (...) que ven todo lo externo como una amenaza.

23 El artículo 254 de la Carta dice que la Sala Disciplinaria está "integrada por siete magistrados elegidos (...), por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno. Podrá haber Consejos Seccionales de la Judicatura integrados como lo señale la ley."

24 La razón de este diseño fue la necesidad, percibida en la Asamblea Constituyente, de evitar el corporativismo judicial (Revelo; 2009; p. 2). Esto es paradójico, pues el sistema de nominación de los demás magistrados y jueces de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, facilitan un sistema que facilita las presiones internas, con excepción del sistema de sanciones disciplinarias.

de perfil político y de adscripción abiertamente partidista con la coalición del gobierno.[25]

En todo caso, al Gobierno le convendría cooptar a la Sala Disciplinaria, pues sus funciones incluyen algunas que pueden en su momento avanzar sus intereses.[26] En primer lugar, la Sala disciplinaria puede ejercer presión sobre el comportamiento de jueces, magistrados y abogados, pues conoce de los procesos disciplinarios en su contra. Aunque no se conoce de casos en los que esto haya sucedido como consecuencia de presión gubernamental, en abstracto es preocupante que los jueces y abogados puedan ser disciplinados por un órgano integralmente nominado por el Gobierno.[27] La Sala también administra justicia directamente al resolver conflictos de competencia y decidir respecto de acciones de tutela. En varias situaciones sus decisiones están aparentemente alineadas con los objetivos políticos del gobierno. Por ejemplo, recientemente la Sala Disciplinaria concedió múltiples tutelas adjudicando notarías a favor de accionantes que no pasaron el concurso de méritos.[28]

En conclusión, en Colombia el órgano que impone disciplina a jueces y abogados responde a los intereses del Gobierno. Pero a la vez, la administración del aparato de justicia y la designación de la mayoría de operarios encargados de administrar justicia es poco representativa y legítima políticamente.[29]

El diseño institucional descrito no está en un punto en el que, siguiendo a Garoupa y Ginsburg, se presenta una tensión entre independencia y responsabilidad democrática. Estamos lejos de una escenario óptimo en el cual incrementar el respeto de uno de estos principios conlleve a disminuir el del otro. Como se analiza en el apartado siguiente, en Colombia es posible, de forma simultánea, hacer más democrática e independiente la jurisdicción ordinaria.

25 Ver (Revelo; 2009; p. 10). En este informe reciente, Dejusticia investigó la composición y las actuaciones de la Sala Disciplinaria, concluyendo que ésta ha pasado a ubicarse en un ámbito de influencia en el cual dependen política y decisionalmente del Gobierno.

26 Puede haber dos tipos de nominados políticos. De un lado puede haber designados que son independientes y cuya profesión es relativamente autónoma. Si existen suficientes protecciones después del nombramiento y durante la vigencia de su mandato, estas personas pueden ser imparciales respecto de su nominador. De otro lado, aquellas personas que hacen parte activa de un proyecto partidista del nominador y que están comprometidas con su agenda tienen menos posibilidades de ser independientes frente a éste. De este tipo de designados se esperaría una menor independencia después de la nominación. Aunque definir una línea entre estas dos categorías puede ser difícil en muchos casos específicos, al menos cuatro de los siete magistrados de la Sala Disciplinaria tienen una relación profesional cercana y directa con la coalición del Gobierno.

27 Artículos 256 y 257 de la Constitución. Artículos 112 y 114 de la Ley 270 de 1996. La excepción son los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la judicatura y el Fiscal General, quienes son investigados por el Congreso (artículos 174, 175 y 178 de la Carta).

28 Ver nota en la sillavacia.com. http://www.lasillavacia.com/queridodiario. Adicionalmente, Revelo (2009; pp. 15-18) describe seis decisiones que la Sala Disciplinaria tomó desde el 2007, que son de relevancia política y que presuntamente favorecen a la coalición del Gobierno.

29 De manera similar Burgos (2007; p. 2) evalúa al Consejo Superior de la Judicatura como "un órgano derivado, en su sala administrativa, de unos poderes que a su vez son derivados lo cual les resta peso político y de representación social a una instancia que requiere de una alto perfil para ejercer sus funciones las cuales requieren de una grande capacidad de interlocución con las demás ramas del poder público, con diversos sectores de la sociedad y con los distintos niveles de la rama judicial. Por su parte la sala jurisdiccional disciplinaria tiene su origen en el Gobierno y en el Congreso, si bien su integración se origina en dos poderes directamente constituidos por la voluntad popular, los requisitos resultaron poco exigentes, y la elección de los magistrados se han regido por otros criterios en detrimento del perfil de los Consejeros. || "(E)l impacto de sus políticas ha estado limitado por los problemas de bajo perfil institucional y ausencia de representación de las expectativas de los jueces, funcionarios y otros actores jurídicos vinculados de manera directa y permanente a la acción del Consejo y las funciones de la Rama. (...) A fin de promover un mayor reconocimiento y seguimiento de su labor por los actores directamente implicados en la labor judicial y garantizar un equilibrio entre los intereses de la cúpula del poder judicial y otros actores, parece más que conveniente ampliar la representación."

HACIA UN SISTEMA JUDICIAL INDEPENDIENTE Y DEMOCRÁTICO

Como se observó en el apartado anterior, el sistema de nominaciones actual constituye un obstáculo para que las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa sean democráticas e independientes. Sin embargo, es importante precisar qué se entiende por independencia y responsabilidad política en nuestro contexto y de esta manera aclarar qué objetivos se perseguirían con una reforma institucional.

OBJETIVOS DEL DISEÑO INSTITUCIONAL

Por justicia independiente se entiende la capacidad de los jueces y de la rama judicial de decidir libres de presión externa, sea esta personal, económica o política, incluido todo miedo a represalias.[30] La independencia se predica de fuerzas externas que incluyen el electorado, los poderes políticos, los grupos de interés y las organizaciones criminales. Por su parte, una administración de justicia democrática tiene dos componentes esenciales: (i) tiene controles abiertos al público para evaluar su gestión y vigilar que no se actúe de manera inapropiada. (ii) Incentiva que las decisiones judiciales tengan un fundamento apropiado, que tenga en cuenta seriamente los argumentos de las partes, que sean sensibles a considerar la realidad en la que se inscriben sus fallos y que sean permeables a una diversidad de argumentos acerca de los efectos de la aplicación de las normas, aún los externos al derecho.[31]

Como se empieza a observar, desde el punto de vista conceptual la independencia y la responsabilidad democrática tienen varios puntos en común. De acuerdo a Ferejohn y Kramer (2002) los ideales de independencia y responsabilidad política de la judicatura no son objetivos en sí mismos, sino herramientas para la consecución de un fin de mayor importancia: la construcción de un sistema de administración de justicia que funcione imparcial, justa y regularmente.[32] El sistema judicial y sus operarios han de estar protegidos de presiones e influencias arbitrarias e impertinentes[33], pero de manera simultánea, deben ser sensibles a factores externos al derecho, incluyendo la realidad de los casos concretos, y el contexto político, económico y social de las decisiones en conjunto con las consecuencias de los fallos respecto de dicho contexto.

Los jueces han de tener en cuenta los debates políticos y morales y han de jugar un papel activo en dicho debate, sin que ninguna de las partes de éste pueda capturarlo. Todo ello se refleja en la fundamentación de sus decisiones. Por esto, se debe desarrollar una forma de decidir entre aquellas razones que son pertinentes y apropiadas y aquellas que no.[34]

A su vez, la independencia y la responsabilidad política son relevantes tanto para los jueces individuales como para la rama judicial.[35] Además de buscar la imparcialidad en las decisiones judiciales

30 Cox Archibald, "The independence of the Judiciary: History and Purposes", en Dayton Law Review, Vol. 21, p. 565, citado por Ferejohn y Kramer (2002; p. 965)

31 Acá se pasa de una descripción de cómo los jueces en realidad toman decisiones, la cual fue desarrollada en el apartado anterior, a señalar cómo los jueces deben hacerlo. Al respecto, ver el texto clásico de Karl Llewellyn (1931; pp. 55-57) en el que el autor resume los conceptos básicos del realismo jurídico. Estos incluyen la concepción de la ley como un flujo impulsado por las decisiones judiciales; la determinación de que el derecho es un medio y no un fin; la visión de que la interpretación judicial ha de estar al tanto de las necesidades sociales; y la insistencia de que la interpretación de las normas ha de realizarse en términos de sus efectos, para lo cual se han de tener en cuenta argumentos de política pública.

32 Ferejohn y Kramer (2002; pp. 963, 964 y 967)

33 Ibid; p. 970

34 Ibid; p. 971 y ss.

35 Ferejohn y Kramer (2002) y Vargas Viancos (2002) consideran que la independencia aplica en mayor medida para los jueces particulares, mientras que el sistema judicial puede estar sujeto a un mayor nivel presión externa, que busque asegurar ciertos niveles de prudencia en la administración de justicia. Sin embargo, salvo en casos muy especiales, no es previsible que los jueces consideren los beneficios o costos de sus decisiones respecto de la rama judicial.

en casos concretos, el poder judicial como rama del poder público ha de mantener una capacidad de impulsar los cambios ordenados por la Constitución y las leyes, más allá de si las otras ramas del poder apoyan estas iniciativas. Esto sucede en mayor medida en un contexto constitucional transformativo como el colombiano[36], en el cual el poder judicial tiene la obligación de jugar un papel activo en el desarrollo del país, a pesar de la existencia de eventuales grupos de presión que busquen preservar el estatus quo.[37] Así, además de la imparcialidad necesaria en las decisiones concretas, la independencia significa que el poder judicial pueda "actuar como un redistribuidor de poder en el interior de la sociedad (...)."[38] Dicha independencia es un elemento esencial de la responsabilidad política del sistema. Es por ello, que De Souza Santos (2001; p. 103) diferencia entre la *independencia corporativa*, que se dirige a preservar los objetivos e intereses de los jueces como grupo social, y que "está relacionada con un desempeño reactivo de los jueces, centrado en el microlitigio clásico y políticamente neutralizado", de la *independencia democrática*, en la cual se protege a la administración de justicia con miras a que ésta asuma sus obligaciones para con un sistema más democrático, aún así ello resulte en un práctica políticamente controversial.

Ello no significa que los jueces o el sistema judicial deban invadir las responsabilidades de otras esferas del poder. Es posible tomarse en serio los mandatos constitucionales de protección de los derechos, sin dejar de lado la prudencia que ha de caracterizar a la administración de justicia, y la deferencia que ésta ha de tener frente las competencias y los mayores niveles de experticia de otras autoridades.

Por último, un sistema autónomo y transparente de nominación y disciplina, incrementa la independencia, pues disminuye el margen de incidencia de los poderes externos al sistema y a la vez incrementa la rendición de cuentas al público, pues se presentan parámetros más claros para evaluar las designaciones de magistrados y jueces.

POR UN SISTEMA REPRESENTATIVO E INDEPENDIENTE

En los apartados anteriores se verificó que tenemos un déficit de responsabilidad democrática en la jurisdicción ordinaria y otro de independencia en la Sala Disciplinaria. Estas carencias, en vez de compensarse, resultan en un aparato poco democrático por un lado y politizado por el otro. Se requiere entonces de un diseño que aproxime dichos dos extremos a un punto medio en el cual las áreas administrativa y disciplinaria estén abiertas a la influencia política y a la vez, preserven su independencia de embates externos.

Hoy en día no tenemos el nivel de detalle necesario para hacer una propuesta específica acerca de cómo han de conformarse las salas administrativa y disciplinaria.[39] Para esto, es necesario contar con información más concreta acerca la gestión de la administración de justicia, que posibilite analizar cómo se aplicarían los diferentes modelos de nominación, administración y sanción disciplinaria al contexto colombiano.[40]

36 Ver entre otros a Sunstein (2001; pp. 224 y 225), quien distingue las constituciones preservativas que buscan mantener el status quo, de las transformativas que establecen cierta dirección a la que han de dirigirse la realidad social y las políticas públicas, a su vez, entendida como un cambio frente a la situación y las prácticas del pasado.

37 Litvachky et. al. (2008; pp. 193 y 194) señalan que en el caso argentino se muestra "otro cariz de la independencia judicial, en la medida en que los jueces adquiere(n) protagonismo, politizan su función y no temen confrontar con el poder administrador cuando es necesario."

38 Ibid (2008; p. 195)

39 Aunque Germán Burgos (2007; p. 3) propone un Consejo de la Judicatura conformado por ocho miembros, "no magistrados, que recoja la representación de los jueces, magistrados de tribunales, de los funcionarios y empleados de la Rama, de los abogados, de las facultades de derecho, del Presidente de la República."

40 Es posible hacer una tipología de modelos de consejos de la judicatura, a partir de los textos comparativos de Malleson y Russell (2007).

Pero no es prematuro afirmar que tal como quedó diseñado, el Consejo Superior de la Judicatura no funciona bien y necesita ser más representativo en los asuntos administrativos y de designación de jueces, y menos político en los temas disciplinarios. Dichos cambios del Consejo Superior de la Judicatura se analizan a partir de las siguientes propuestas:

La democratización del sistema requiere que la Sala Administrativa esté integrada por personas que no sólo provengan de la magistratura, que no sólo sean jueces y que representen diferentes sectores de la sociedad y diversas posiciones acerca del papel de la administración de justicia. Como lo observan Garupa y Ginsburg, no está probado que la mayor proporción de jueces en los consejos de la judicatura logren mayores niveles de independencia del sistema.[41] En este sentido, es necesario hacer más representativa la composición de la Sala Administrativa, sin permitir capturar el sistema. Es posible, por ejemplo, repartir a los participantes de dicho proceso de tal manera que ningún sector aparte del judicial pueda contar con una mayoría simple.[42]

Existe sin embargo el riesgo de que unos pocos integrantes del Consejo Superior designados por los poderes políticos puedan ejercer una influencia desproporcionada sobre él y terminen por cooptar el órgano a pesar de su minoría numérica. No obstante, este riesgo depende de que los miembros del Consejo que intentan capturarlo tengan una preeminencia sobre sus demás integrantes, al contar por ejemplo con ventajas en la información. Aunque esto sea cierto en muchos entes políticos y administrativos, no es muy factible en el caso del Consejo Superior de la Judicatura. Si acaso, serán los jueces los que gocen de la asimetría de la información a su favor, dados sus vínculos con la rama.

Así, la estructura de un sistema más democrático no significa que sea politizado. Pero los sistemas autocontenidos e impermeables pueden sufrir de altos niveles de politización interna. Aunque los jueces sean independientes de fuerzas externas, pueden ser vulnerables a otros tipos de presión, tales como la jerarquía judicial y otros tipos de influencias institucionales.[43] A su vez, a pesar del máximo nivel de protección que goza la jurisdicción ordinaria en Colombia, la presión externa es común y constante, pasando desde por el cabildeo hasta por el intento de soborno y la amenaza.

Las propuestas mencionadas tendrían consecuencias respecto de la nominación de los demás magistrados y jueces de la jurisdicción ordinaria pues en el proceso de conformación de las listas de personas a elegir participaría un grupo de funcionarios más abierto, diverso y representativo. Ahora bien, esto no quiere decir que sea necesario acabar con la carrera judicial

41 Garupa y Ginsburg (2009). No obstante, de los resultados de su ejercicio empírico no se puede concluir como ellos lo pretenden que la nueva ortodoxia de la selección por méritos "está injustificada" (p. 129). La ausencia de identificación de una relación estadística entre el índice de poder de los Consejos de la Judicatura o su composición, con la independencia o la calidad de la administración de justicia se debe a la codificación de sus variables o a las pocas observaciones de su muestra. Puede que una mejor caracterización de las variables o un mayor número de observaciones resulten en diferencias estadísticamente significativas. Por lo tanto, de sus resultados se concluye que por ahora no hay evidencia de la asociación mencionada, pero no que las prácticas actuales sean injustificadas.

42 Por ejemplo, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil, está compuesto por nueve jueces, dos fiscales, dos abogados del colegio de abogados y dos personas designadas por la legislatura. En Israel, los jueces son nombrados por un panel que incluye dos ministros del Gobierno, dos miembros del Parlamento, dos representantes del colegio de abogados y tres jueces en ejercicio, incluyendo el presidente de la Corte Suprema. El Consejo Superior de la Magistratura francés está compuesto entre otros por el Presidente de la República, el Ministro de Justicia y varios jueces de reconocida trayectoria. En Italia, la mitad del Consejo está compuesto por jueces y la otra mitad por profesores universitarios y designados del Parlamento. La Comisión de Designaciones Judiciales de Gran Bretaña consta de miembros de la rama judicial, además de dos abogados que ejercen la profesión y dos designados que no son abogados. (Garupa y Ginsburg; 2008; pp. 24-38)

43 Garoupa y Ginburg (2008; pp. 8 y 9)

por méritos. Dicho sistema ha funcionado bien respecto la alta proporción de jueces nombrados en propiedad tras haber tenido éxito en el concurso de méritos y quienes cuentan con más incentivos para decidir imparcialmente. Ahora bien, para que la carrera judicial sea democrática y heterogénea se necesita que en el diseño de los exámenes, en la selección de los criterios de evaluación y en el nombramiento de jueces y magistrados, participe una Sala Administrativa que esté compuesta por personas externas a las élites judiciales, tales como representantes de las fuerzas políticas, la academia, los colegios de abogados, y sindicatos de trabajadores de la rama judicial.[44]

De otra parte, un Consejo de la Judicatura más diverso hace posible que la administración de la rama se lleve a cabo de acuerdo a una gestión pública moderna y se centre menos en principios y doctrinas (en el mejor de los casos) o en criterios burocráticos internos (en el peor). Si se asume que los jueces como profesionales responden a una estructura de incentivos parecida a la de las demás personas[45] es más probable que el entramado del aparato judicial funcione mejor si se aplican técnicas de gestión que integran, al menos en parte, dichos incentivos. Además, el monitoreo del desempeño de los jueces y la evaluación de la gestión de la rama han de depender de un órgano representativo y abierto al público.[46]

Por último, es necesario disminuir el número de personas de la Sala Disciplinaria que son designadas por el Presidente y el Congreso, con el fin de cerrar la posibilidad de captura de dicho órgano. Queda por verse el esquema mediante el cual se ejercería la competencia disciplinaria. El diseño institucional podría variar entre (i) continuar con el modelo de dos salas, siempre y cuando la composición de ambas sea independiente y representativa, (ii) juntar las salas administrativa y disciplinaria, siempre que en su diseño se eviten tanto el corporativismo como la politización, (iii) separar el disciplinamiento de los operarios judiciales del de los abogados y dejar el de los segundos en manos de los colegios de abogados, y/o (iv) sacar la función disciplinaria de los jueces y magistrados a un órgano independiente que no hace parte de la rama judicial y que tampoco es capturable por las fuerzas políticas.[47]

44 También es posible hacer más horizontal la rama judicial incluyendo jueces de escalafones intermedios y bajos en el Consejo Superior.

45 A falta de un evidencia empírica de las motivaciones de los jueces y magistrados en Colombia, se sugiere que, tal como se ha propuesto para otros países (Ver Posner; 1995) dichos operarios judiciales tienen preferencias muy parecidas a las de las demás personas. Los factores que los operarios judiciales valoran incluyen el avance de sus visiones de la sociedad y el derecho, el prestigio, la influencia social y el dinero (este último, al parecer en menor medida que otras personas). A su vez, según las entrevistas realizadas por García et. al. (2008; pp. 93-163) a distintos jueces en zona de conflicto, se concluye que sus intereses se relacionan directamente con su avance en la carrera judicial y con su influencia social. No obstante, dichas entrevistas se realizan a una muestra no representativa de jueces y la metodología utilizada incentiva la manipulación estratégica de las respuestas por parte de los entrevistados. Esto último puede subvalorar el verdadero interés de los jueces por la retribución económica en relación con otros factores.

46 Aunque una composición más democrática ayudaría a mejorar la administración de la rama, es posible ir más allá y replantear las funciones del Consejo. Por ejemplo, vale la pena analizar si la recolección, el análisis y la publicación de datos acerca del desempeño de la justicia sea una función en manos de una autoridad afuera del sistema judicial. Esta podría ser una competencia en cabeza del Ministerio de Justicia (si éste vuelve a incorporarse), o de una entidad más independiente como el DANE.

47 Considerar el nivel de democracia del sistema judicial lleva a plantearse un sinnúmero de preguntas adicionales que no es pertinente incluir en este escrito. Por dar sólo un ejemplo, el debate acerca del manejo del prepuesto de la rama es más complejo de lo que algunos indican. Desde hace años, se ha realizado una propuesta de fijar un porcentaje del presupuesto para la rama judicial y de sacar de las manos del Gobierno y del Congreso la decisión respecto del valor de dichas partidas. Esto, bajo el argumento de que el sistema judicial sólo sería independiente si tiene el control del monto de los recursos a su disposición. Sin embargo, esta posición puede generar algunas desventajas. Primero, haría imposible tener en consideración el costo de oportunidad que genera fijar los gastos públicos en un área, respecto de usos alter-

CONCLUSIÓN

Colombia tiene hoy una jurisdicción ordinaria que tiene escasa legitimidad. Aunque existen varias excepciones, es corporativista y burocrática, vulnerable a las pujas internas de poder pero impermeable a los cambios de la estructura de poder, defensiva, poco transparente y de escasa rendición de cuentas, y finalmente poco consciente de la realidad en la que actúa y de los conflictos sociales que ha de resolver.

Esto en parte ha resultado de la forma como está diseñado el órgano responsable de nominar a los magistrados y jueces, administrar la rama judicial e imponer sanciones disciplinarias a los operarios judiciales. El Consejo Superior de la Judicatura está dividido en dos extremos: responde a los intereses de la política en lo disciplinario, pero simultáneamente es poco democrático y representativo en la administración del aparato y en la designación de operarios.

Dicha compartimentalización en extremos no se compensa y por ende no resulta, como lo esperaban los constituyentes, en un balance entre independencia y responsabilidad política. Por esto, es necesario, que ambos órganos gocen a la vez de protecciones para decidir imparcialmente, y de incentivos públicos para funcionar de forma abierta y democrática. Ello contribuirá a una rama judicial fuerte, independiente y responsable.48

Para lograrlo, es importante superar el déficit de investigación que hay en estas materias. Entre otros asuntos que necesitan de estudio, los más importantes incluyen la necesidad de evidencia empírica acerca del funcionamiento de la rama, en cuanto a su independencia tanto interna como externa, el sistema de incentivos profesionales de la carrera judicial, y los objetivos profesionales de los jueces y magistrados. Además, se han de estudiar modelos acerca de qué tan descentralizada debe ser la administración de justicia y cómo ha de ser el sistema de gestión (qué tan vertical por ejemplo). Por último, es necesario analizar de qué forma proteger a los jueces de presiones adentro de la rama, pero al mismo tiempo crear incentivos para que el precedente sea respetado.

Para finalizar, ha de tenerse en cuenta el contexto político en el que se inscribiría una reforma que busque una mayor responsabilidad de la jurisdicción ordinaria. Es probable que el presente no sea el mejor momento para dar dicho debate, pues éste se inscribiría en un ambiente de suspicacias protagonizado por los procesos de la parapolítica y el enfrentamiento entre la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y el Gobierno.

nativos que eventualmente podrían generar un mayor beneficio social. Segundo, la independencia del presupuesto podría levar a que la rama sea aún menos democrática, al recluirla aún más del debate público.

48 La reforma de un Consejo Superior probablemente no constituye la solución suficiente de los problemas de la politización de la justicia o de su bajo nivel de representatividad y transparencia. Existen casos en los que las reformas estructurales no modifican estas tendencias. En Argentina por ejemplo, se pasó de un sistema de nombramiento integralmente político de los jueces a uno de nominación por parte de un Consejo de la Magistratura mixto, pero cuyas "ternas que elevó al ejecutivo tuvieron el mismo perfil de jueces al que tradicionalmente estamos acostumbrados: no hay pluralismo ideológico en las nuevas designaciones (...) y salvo honrosas excepciones los jueces y juezas que designaron van a seguir haciendo lo que hacían aquellos a quienes vienen a reemplazar." Pochak et al. (2007; p. 2)

BIBLIOGRAFÍA

Burgos, Germán. 2007. "Consejo de la Judicatura y Tribunal Disciplinario" en *Propuesta de Acto Legislativo; Reforma al Consejo Superior de la Judicatura*. Sin publicar.

Corporación Transparencia por Colombia. 2009. "Índice de Transparencia Nacional; resultados 2007-2008." *Colección Documentos Observatorio de Integridad,* No. 10. Bogotá: Embajada Británica y Embajada del Reino de los Países Bajos. Julio.

De Souza Santos, Bouaventura. 2001. "Los paisajes de las justicias en las sociedades contemporáneas" en De Souza Santos, Bouaventura y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo I*. Bogotá: Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, pp. 85-150.

Ferejohn, John A. y Kramer, Larry D. . 2002. "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institucionalizing Judicial Reestrain" en *New York University Law Review*, Vol. 77, pp. 962 - 1039.

Fiss, Owen. 2003. "The Right Degree of Independence" en *The Law as it Could Be*. Nueva York: New York University Press. Capítulo 3.

Garoupa, Nino y Ginsburg, Nino. 2009. "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence" en *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, pp. 103 - 134.

_____. 2008. "The Comparative Law and Economics of Judicial Councils" en *Illinois Law and Economics Research Papers Series*, No. LE08-036. Publicado también en el *Berkeley International Law Journal*. 2008.

García Villegas, Mauricio. 2008. "Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado". Bogota: Siglo del Hombre Editores, Konrad Adenauer , Dejusticia, John Merck Fund.

Lasser, Michel. 2004-2005. "The European Pasteurization of French Law", en *Cornell Law Review*, Vol. 90, pp. 995 - 1083.

Litvachky P., Zayat D. Y Museri Anabella. 2008. "Independencia para una justicia democrática" en *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2008*, Centro de Estudios Legales y Sociales CELS. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Llewellyn, Karl N. 1930-1931. "Some Realism about Realism; Responding to Dean Pound" en *Harvard Law Review,* Vol. 44, pp. 1222 - 1264.

Malleson, Kate y Russell Peter (Eds.). 2007. "Appointing Judges in an Age of Judicial Power; Critical Perspectives from around the World". University of Toronto Press.

Pochak A., Litvachky P. Y Zayat D. 2007. "Todo lo que usted quería saber sobre el Consejo de la Magistratura (pero le daba fiaca preguntar)". Publicaciones de Trabajo del Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, 5 de Septiembre. Buenos Aires.

Posner, Richard. 1995. "What do Judges Maximize?" en *Overcoming Law,* Harvard University Press, pp. 109 - 144

Revelo, Javier. 2009. "El Consejo Superior de la Judicatura: entre la eliminación y la cooptación", en García Villegas, Mauricio y Revelo, Javier (Dirs.), *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia (2002-2009)*. Bogotá: DeJuSticia y Open Society Institute.

Rinsken, Alfred. 2002. "The Federal Constitutional Court and the German Political System" en Rogowski, Ralf y Gawron, Thomas (eds.) *Constitutional Courts in Comparison; the US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. Nueva York: Berghahn Books, pp. 55-91

Sunstein, Cass. 2001. "Designing Democracy; What Constitutions Do". Oxford University Press.

Uprimny, Rodrigo. 2001. "Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia", en De Souza Santos, Bouaventura y García Villegas, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Tomo I*. Bogotá: Siglo del hombre editores y Uniandes, pp. 261-315.

Vargas Viancos, Juan E. . 2002. "Independencia y responsabilidad judicial; independencia versus control del poder judicial" en *Revista Sistemas Judiciales*, No. 4., Diciembre. Santiago de Chile: Centro de Estudio de Justicia de las Américas CEJA e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales INECIP.