

La prevalencia del ejecutivo en la reforma judicial

Comentarios político-criminales

*Jaime Sandoval Fernández**

INTRODUCCIÓN

En nuestro país desde hace ya bastante rato se viene discutiendo sobre las bondades de una reforma de procedimiento penal que incluya el sistema acusatorio y a la Fiscalía General de la Nación como su órgano central. Tal proyecto en sus distintas propuestas ha encontrado considerable resistencia, hasta el punto de haberse configurado en su contra un discurso jurídico político que si bien propende por una reforma de nuestra justicia, considera que no resultan del todo convincentes los argumentos más usuales con los cuales se presenta el proyecto de fiscalía (efectos declarados), si se colocan frente a sus efectos ocultos o no declarados.

Los gestores de la reforma expresan que el nuevo sistema traería consigo la modernización de la justicia, la separación de la función acusatoria de la juzgadora, radicada cada una de ellas en funcionarios jurisdiccionales distintos, la centralización de la instrucción —acusación en la Fiscalía General, con las ventajas de la inmediatez, centralización de los recursos técnicos, etc. Junto a esos efectos declarados que aparecen como la razonada justificación del cambio, estarían otros más que a pesar de no hacer parte del discurso oficial se ven como los efectos que realmente serán conseguidos, los cuales parecen encuadrar en un régimen de inclinaciones autoritarias.

El discurso disidente destaca dos aspectos centrales en la política criminal oficial que hacen parte de esos efectos no declarados de la reforma. Primero: Cada vez más el ejecutivo expande su primacía

* Prof. de derecho penal en la Universidad del Norte, Barranquilla.

sobre las otras ramas del poder público y, en especial, en lo que ahora nos atañe al órgano jurisdiccional. Segundo: Las reiteradas reformas a la justicia penal han sepultado los pocos logros hacia un derecho penal democrático y afianzado la justicia que recorta los derechos de los ciudadanos y entroniza el autoritarismo.

Examinemos si estos planteamientos —especialmente el primero— tienen aside-ro en la actual reforma de nuestra justicia —Constitución Nacional y Código de Procedimiento Penal— y para tales fines analicemos la relación del ejecutivo con tres de las instituciones básicas del sistema jurídico: Fiscalía, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura, no sin antes hacer una alusión superficial a los tribunales militares para los civiles.

1. LA INTROMISIÓN DEL EJECUTIVO EN LA RAMA JURISDICCIONAL

A) Legislación extraordinaria y consejos verbales de guerra

La intromisión del ejecutivo en la rama jurisdiccional es de vieja data¹. El estado de sitio, que de excepción se transformó en regla general, permitió al ejecutivo legislar a su antojo. De esta forma se establecieron los consejos verbales de guerra (tribunales militares) para juzgar civiles, inicialmente en los delitos políticos y con posterioridad en el narcotráfico. Estos procedimientos, muy a pesar de haber sido aplicados durante un extenso lapso, fueron considerados por sectores de oposición como abiertamente inconstitucionales y lesivos de la democracia participativa. La Corte Suprema de Justicia —la del palacio— en histórica votación, llegó a dividirse en dos sectores numéricamente iguales que se pronunciaron en pro y en contra de su constitucionalidad, divergencia que fue decidida por un conjuerz quien dio vía libre a la continuación de estos procedimientos (C. S. de J., sent. 3 julio 1984).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia —posterior al palacio—, en decisión esperada y afortunada recogió la opinión de mayor respaldo entre los juristas demócratas colombianos y se pronunció por la inconstitucionalidad de los tribunales militares para los civiles (C. S. de J., sent. 5 marzo 1987).

Esta tradición democrática fue seguida por nuestra Constitución vigente. El art. 213 *in fine*, al referirse a los estados de excepción manifiesta: “En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”. Asimismo, el art. 214 num. 3 expresa: “No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado”. Y, por último, el art. 252 dispone que aún durante los estados de excepción (212-213) “el go-

¹ Esa dependencia del poder judicial al ejecutivo ha sido señalada como una de las características del autoritarismo en América Latina. (Ver EMILIO GARCÍA MENDEZ, “Poder, política y derecho en América Latina”, en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 26, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1985, pág. 223).

bierno no podrá suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento”².

Resulta reconfortante saber que nuestra Constitución siguió dicha orientación, sobre todo en estos días, cuando importantes personajes de la vida política intentan desempolvar la vieja fórmula de los consejos verbales para los civiles, no obstante ir a contrapelo de la tradición democrática en Colombia³.

B) Ejecutivo y Fiscalía General de la Nación

Uno de los aspectos más polémicos cuando se discute sobre la Fiscalía General de la Nación concierne a su ubicación en las ramas del poder, así como al órgano (funcionario) del que depende su nombramiento. En últimas, de lo que se trata es de saber *si estamos ante un órgano jurisdiccional independiente de las otras ramas* —del ejecutivo— o si, por el contrario, depende de aquel.

Lo anterior también tiene su explicación histórica. La rama jurisdiccional que tenía en el vértice de su autoridad a la Corte Suprema de Justicia, mediante la implantación del sistema de cooptación para elegir sus miembros, mantuvo siempre su independencia del ejecutivo. Ello garantizaba que en el ejercicio de la actividad jurisdiccional el gobierno no tenía injerencia directa. Por eso, frente a las propuestas de reforma a la justicia siempre existió la preocupación de conservar esa autonomía, más aún cuando algunos tropiezos del pasado hacían prever que se pretendería menguarla.

La Constituyente permitió que se expresaran los dos modelos antes mencionados. Para el proyecto de reforma constitucional del gobierno⁴, el fiscal sería nombrado por el presidente de la república y era de su libre remoción⁵. Esta opinión representaba la más clara propuesta de injerencia del ejecutivo en la rama jurisdiccional. Por supuesto semejante pretensión provocó un rechazo enorme.

Siguiendo esencialmente la misma línea del proyecto de gobierno para el M-196 el fiscal debía ser nombrado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia

² El exministro de justicia, en aquel entonces constituyente, se mostró incómodo con esta última disposición, pues de acuerdo con el gobierno y su desmesurado fervor de penetrar la rama jurisdiccional, encontraba aquí un serio obstáculo. Sus palabras fueron las siguientes: “...no podemos amarrar al ejecutivo, único responsable de la preservación y restablecimiento del orden público para que no pueda modificar los organismos involucrados en la acusación y juzgamiento de los delitos” (FERNANDO CARRILLO, *Gaceta Constitucional*, núm. 81, pág. 15).

³ La Corte Suprema de Justicia ha cuestionado estos organismos, inclusive en tratándose del juzgamiento de militares, dada la forma como funcionan. Las palabras que transcribimos nos eximen de cualquier otro comentario: “Pero el juez militar no pertenece a la carrera judicial separada orgánicamente de las demás ramas. Su dependencia del ejecutivo no es precisamente el signo más claro de su autonomía” (PABLO CÁCERES, *Gaceta Constitucional*, núm. 57, pág. 22).

⁴ Ver *Gaceta Constitucional*, núm. 5, pág. 19.

⁵ El exministro de justicia caracterizó a la Fiscalía como “entidad cercana al poder ejecutivo” (F. CARRILLO, *Gaceta Constitucional*, núm. 69, pág. 5). Pero si se examina lo propuesto más bien se trataba de una entidad totalmente dependiente del ejecutivo.

⁶ Ver *Gaceta Constitucional*, núm. 8, pág. 11.

de lista que enviara el presidente de la república⁷. A primera vista parecía que esta propuesta cuyo agenciador tenía el rótulo de ser el principal grupo de oposición en la Constituyente, estaba cimentada en la tradición democrática de la rama jurisdiccional, mas no es así, pues como ya vimos esta ha mantenido su total autonomía del ejecutivo. Al traspies hay que buscarle alguna otra explicación. Quizás pueda encontrarse en el exacerbado afán presidencialista que recorrió la Constituyente en cabeza de las jefaturas allí representadas, o tal vez de cierta prevención ante la rama jurisdiccional, de la que después del holocausto de palacio era demasiado optimista esperar un tratamiento igualitario, con perdón y olvido⁸.

Otros proyectos —como el de HERNANDO LONDOÑO— mantuvieron la total independencia de la Fiscalía en relación con el ejecutivo⁹, aunque lamentablemente no tuvieron el respaldo necesario y quedaron en minoría.

Al final se aprobó la fórmula del art. 249 de nuestra Constitución, que sigue los pasos de la propuesta del "Eme". "El fiscal de la nación será elegido para un período de cuatro años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el presidente de la república"¹⁰.

Como es fácil deducir, con esta norma se saldó de un tajo la vieja discrepancia. Si se pregunta quién elige al fiscal, se contesta que la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, ello solo es así formalmente. Es como si dijésemos: "Usted elige, pero yo le digo a quién". El que nombra realmente al fiscal es el presidente. Él dice quiénes son los tres candidatos entre los cuales la Corte Suprema "escoge"

⁷ Esta fórmula no era nueva; la utilizó la reforma constitucional del 79. (Ver MARÍA TERESA GARCÉS, *Gaceta Constitucional*, núm. 90, pág. 15). ABELLO ROCA en el informe-ponencia para primer debate sugería que el fiscal fuese "escogido por el presidente de la república de terna enviada por el Consejo Superior de la Judicatura" (CARLOS DANIEL ABELLO ROCA, *Gaceta Constitucional*, núm. 81, pág. 11 y núm. 73, pág. 3). Esta propuesta permitía también la injerencia del ejecutivo en la elección del fiscal, aunque era menos deficiente que la aprobada finalmente. El que partiese del Consejo Superior de la Judicatura sin previamente haber clarificado su composición no daba mayor autonomía a la Fiscalía; bien podía haberse tomado este órgano el ejecutivo y por intermedio suyo nombrar "su fiscal". Siguiendo ese mismo camino, era menos defectuosa la propuesta que consideraba que debía ser la Corte Suprema de Justicia la que debía presentar la terna y el presidente elegía (JAIME FAJARDO, *Gaceta Constitucional*, núm. 128, pág. 8). Con anterioridad ABELLO ROCA había propuesto que el fiscal fuese escogido por el Senado de lista enviada por el Consejo Superior de la Judicatura (*Gaceta Constitucional*, núm. 51, pág. 10) lo que nos pareció todavía menos confiable no solamente por lo que anotamos en relación con su otra propuesta, antes vista, sino además porque adicionaba la participación del Senado, por excelencia el órgano en que se desbordaban los vicios de la política en Colombia, lo que, a su vez, constituía un precedente poco recomendable para la elección del fiscal. A nuestro entender el fiscal y su nombramiento debían ser totalmente independientes no solo del ejecutivo sino también del legislativo, ateniéndose a los órganos que componen la administración de justicia.

⁸ La providencia del juez sin rostro contra la cúpula del M-19 parece confirmar esa prevención.

⁹ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *Gaceta Constitucional*, núm. 10, pág. 1. *Gaceta Constitucional*, núm. 9. Proyecto presentado con Juan Gómez Martínez, pág. 10 (art. 70): "será elegido por voto directo de los ciudadanos".

¹⁰ Con ella se manifestó de acuerdo, lógicamente, el exministro de justicia, calificándola de "la más conveniente" (F. CARRILLO, *Gaceta Constitucional*, núm. 81, pág. 14). De igual manera la acogió el ministro de aquel entonces (J. GIRALDO ÁNGEL, *Gaceta Constitucional*, núm. 128, pág. 6).

y, por consiguiente, el otrora postulado de la autonomía jurisdiccional ante el ejecutivo, una vez más sufrió variaciones fundamentales. Así el art. 228 de la Constitución, cuando se refiere a las decisiones judiciales y dice que "son independientes" a lo menos quedó notoriamente restringido.

De la misma manera se saldó la otra discrepancia. ¿A qué rama del poder pertenece la Fiscalía? Dice el último inciso del art. 249: "forma parte de la rama jurisdiccional". En el mismo sentido se pronuncia el art. 116. Pero el problema es otro. No se trata solamente de saber si formalmente es un órgano jurisdiccional. Además deberá preguntarse si mantiene su independencia como órgano jurisdiccional, autonomía con la cual no cuenta como ya hemos visto.

C) Poder selectivo del ejecutivo en la justicia

De lo dicho en el apartado anterior se coligen los reales efectos de la separación funcional entre instrucción y juzgamiento en lo que corresponde a la injerencia del ejecutivo en el poder judicial. De la fase instructiva-investigativa que antes era función exclusiva de los jueces —independiente del ejecutivo— ahora se ocupa la Fiscalía General, órgano que depende en su nombramiento del presidente.

El poder selectivo que está en manos del ejecutivo o bajo su injerencia es el más importante de la administración de justicia en cuanto decide, mediante la instrucción, qué personas serán juzgadas y cuáles no (C. de P. P., arts. 120 nums. 1 y 4, 121, 439 y 444) y mediante la investigación previa, contra qué personas habrá o no instrucción, "si hay o no ejercicio de la acción penal" (C. de P. P., arts. 319, 320 y 327).

El fiscal general tiene toda la potestad para ejercer ese poder selectivo en virtud de la facultad de "dirigir, realizar y complementar la investigación" (C. de P. P., art. 67), por lo cual puede apersonarse directamente de esta desplazando al fiscal delegado o remitir la investigación de un fiscal a otro, según lo establecido por la normatividad procesal penal. Según esta el fiscal de la nación podrá: "Cuando lo considere necesario y en los casos excepcionales que requieran su *atención directa*, investigar, calificar y acusar desplazando a cualquier fiscal delegado. Contra las decisiones que tome en desarrollo de la instrucción *solo procede el recurso de reposición*" (C. de P. P., art. 221 núm. 3) (el subrayado es nuestro).

Asimismo, el fiscal podrá "ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro..." (Ibíd. art. 121 num. 5).

En conclusión, no solamente hay injerencia del ejecutivo en la administración de justicia, sino que esta se ejerce en la parte más importante de su poder selectivo¹¹.

D) Ejecutivo y Corte Constitucional

La Constituyente fue escenario también de la confrontación entre dos opiniones divergentes sobre el control constitucional. De una parte, quienes eran partidarios

¹¹ Con anterioridad, mediante la ley 23 de 1991 y el decreto 800 de 1991 se otorgó competencia a los inspectores de policía para conocer de las contravenciones especiales —hechos punibles— que dado su carácter debían ser conocidas por los jueces. Es decir, se continuó la directriz de quitar espacio al poder judicial.

de que tal función la siguiera cumpliendo como hasta ese entonces la Corte Suprema de Justicia en compañía del Consejo de Estado. Y de otra, quienes estaban de acuerdo con la Corte Constitucional, organismo independiente de la Corte Suprema de Justicia, quitándole a esta dicha función.

En favor de la Corte Suprema de Justicia las razones técnico-jurídicas y las políticas se compaginan. De lo primero ya sabemos que la Sala Constitucional (de especialistas) complementada por la Sala Plena tenía la ventaja de integrar en conceptos síntesis las opiniones de constitucionalistas y especialistas de las demás ramas del derecho¹². Pero, además, el sistema que nos regía conservaba autonomía ante las otras ramas del poder: ejecutivo y legislativo. Con razón ha dicho VELASCO GUERRERO: "Si lo que se busca es entonces no abandonar la experiencia colombiana que en su forma actual nos viene del acto legislativo 3 de 1910 y goza merecida fama de ser uno de los mejores del mundo contemporáneo...", "pero tampoco de politizar nuestro sistema, cabría preguntarse para qué, entonces, cambiaríamos lo nuestro, original y de vieja data, solo por el prurito de importar lo que de suyo nos pertenece por derecho propio..."^{12 bis} (*Gaceta Constitucional*, núm. 36, pág. 26).

Para los partidarios de la Corte Constitucional —entre quienes se dice había muchos interesados en pasar factura de antiguas deudas a la Corte Suprema— se trataba de crear un nuevo organismo mediante regulaciones distintas. No obstante, punto clave en esta perspectiva era el cercenarle a la Corte Suprema de Justicia su autonomía frente a las demás ramas del poder en ejercicio del control constitucional. Alternaban en este grupo quienes eran partidarios del control ejercido por una Corte Constitucional elegida por el Congreso de acuerdo con la mayoría política del momento, hasta quienes se manifestaron por un origen híbrido en el que participarían los tres poderes, posición esta que fue la triunfante. Según el art. 239 de la Constitución, los magistrados serán elegidos por el Senado de la República de sendas ternas que le presenten el presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Obsérvese a su vez que el socorrido criterio de la Corte Constitucional integrada solo por constitucionalistas, al final se dejó a un lado, pues los magistrados serán "de diversas especialidades del derecho" (C. N., art. 239); evidentemente eran otras las razones del cambio.

En conclusión, el ejecutivo también interviene ahora en el control constitucional, en la integración de la Corte Constitucional, mediante el envío de terna al Congreso.

E) Ejecutivo y Consejo Superior de la Judicatura

Como si lo anterior fuera poco, el ejecutivo interviene en la conformación del Consejo Superior de la Judicatura. No solo indirectamente en la integración de la

¹² En la Constituyente, la Corte Suprema de Justicia presentó la propuesta de enriquecer este sistema cuando se decidan derechos ciudadanos sobre exequibilidad de leyes o sobre objeciones presidenciales contra proyectos de ley, que quedarían en la Sala Constitucional aumentada por un magistrado de las salas de casación civil, penal y laboral (PABLO CÁCERES, *Gaceta Constitucional*, núm. 57, pág. 22).

^{12 bis} *Gaceta Constitucional*, núm. 36, pág. 26.

Sala Administrativa a la cual corresponde un magistrado por la Corte Constitucional (C. N., art. 254 inc. 1°), sino de manera directa en la escogencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria que la integran siete magistrados elegidos por el Congreso de ternas enviadas por el gobierno (C. N., art. 254). No olvidemos que entre las importantes funciones de este organismo se encuentra la del art. 256 num 3 de la Constitución: "Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial...".

En consonancia con esta norma se dictó el decreto 2652 de 1991, que entre otras regulaciones señala en su art. 3° que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria conoce en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y el fiscal general, de los magistrados de los tribunales y consejos seccionales y de los demás funcionarios cuya designación corresponda al Consejo Superior.

El art. 10.1 del citado decreto expresa que la Sala Disciplinaria de los consejos seccionales de la judicatura conocen en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los jueces.

Como se ve claramente, el ejecutivo también interviene en las formas de control a la rama judicial. Asimismo, el ejecutivo determina las directrices de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, pues hace mayoría con 7 magistrados de 13 que componen aquella (decreto 2652 de 1991, arts. 1° a 4°). Esta sala tiene entre otras funciones las siguientes:

Según el num. 5 del art. 4° del citado decreto: determinar la estructura y las plantas de personal de las corporaciones y juzgados; crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la rama judicial.

De acuerdo con el num. 6 del mismo artículo: enviar a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, listas no inferiores a tres candidatos para proveer los cargos que se hallen vacantes en estas corporaciones, dentro de las cuales deberá incluir por lo menos uno que provenga de la carrera judicial.

Es decir, el ejecutivo también penetró la cooptación de los organismos jurisdiccionales señalándoles entre quiénes se elegirán los cargos vacantes; una vez más "ustedes eligen y yo digo a quién".

Y, según el num. 7: elaborar y presentar a la Corte Suprema y al Consejo de Estado, las listas de candidatos que reúnan las condiciones para ser designados magistrados de los respectivos tribunales, de acuerdo con las normas de carrera judicial.

No creemos que quede aún alguna duda sobre la injerencia extrema del ejecutivo en la rama jurisdiccional.

2. LA INJERENCIA DEL EJECUTIVO EN LA RAMA JURISDICCIONAL. TENDENCIA GENERALIZADA EN LATINOAMÉRICA

Las dictaduras militares que surcaron Latinoamérica, afortunadamente no tuvieron operancia en Colombia (excepto la del 53, bastante lejos en el tiempo).

Acá se prefirió gobernar con un esquema de democracia restringida, en la que la predominancia del ejecutivo apoyada en los estados excepcionales (estado de sitio) dio gran protagonismo al ejército, sin necesidad de que este dirigiera formalmente al Estado mediante dictaduras. Por supuesto, tal protagonismo también incluyó la justicia militar para los civiles.

En la actualidad, Latinoamérica recompone sus sistemas de gobierno. Las antiguas dictaduras militares dieron paso a democracias restringidas, en las cuales el ejército o bien siguió manteniendo su importancia en el gobierno —aunque diezmada—, como por ejemplo Chile, donde Aylwin tiene como jefe de las fuerzas militares a Pinochet y en donde los procesos penales por desaparecimientos, a excepción de Letelier y otros pocos, parecen no poder llegar más lejos, o bien pasó a un segundo plano pese a sus coletazos reiterados, como en el caso argentino, donde no obstante la justicia penal tampoco llegó a más. Sin embargo, nuevas formas de autoritarismo se ensayan por estos lares. El ejemplo más reciente es el de Fujimori, quien arreció su injerencia disolviendo el Congreso e interviniendo el poder judicial, con la complacencia de organismos internacionales decisorios. Ahora propone una constituyente que reforme las instituciones peruanas, pero después de haberse consumado su ilegítimo proceder¹³.

Por lo pronto, nuestro país no ha necesitado acudir a tan nefastos accionares, aunque también se haya orientado a consolidar la tendencia autoritaria del gobierno y, en especial, a invadir las funciones jurisdiccionales. Mal precedente para una Constitución que en su art. 1º nos habla del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista. Y que en el art. 113 nos señala: “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente...”.

Colaboración es distinto de injerencia. La función separada de la rama jurisdiccional es administrar justicia. No es saludable para la democracia que el ejecutivo intervenga, porque así nuestra Constitución se coloca en el mismo camino que cruzó Latinoamérica: el afianzamiento del autoritarismo.

Las pugnas interinstitucionales que comenzaron a darse en Colombia: veedor-Procuraduría-Congreso-Corte Constitucional-Corte Suprema de Justicia-poder judicial-Congreso-presidente, y las demás que surgirán, nos presentan a un ejecutivo entrometido en la función jurisdiccional con los riesgos normales de que las decisiones judiciales puedan ser dirigidas externamente.

3. EJECUTIVO Y RAMA JURISDICCIONAL EN LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA CONSTITUCIÓN

Hasta aquí hemos analizado la relación del ejecutivo con el poder judicial, ateniéndonos a lo dispuesto por la Constitución y el Código de Procedimiento Penal.

¹³ Otro caso especial es el de Carlos A. Pérez en Venezuela, que para conjurar su caída ha nombrado canciller al exministro de defensa, general Fernando Ochoa.

Por último, haremos un bosquejo de lo que acontece en las disposiciones transitorias de la Constitución Nacional.

A) *Fiscalía General de la Nación y Código de Procedimiento Penal*

Es de todos sabido que las facultades extraordinarias concedidas al presidente se constituyeron en el mecanismo por excelencia para hacer y reformar códigos penales en Colombia. Por esta razón fue de buen recibo que la Constitución Nacional hubiera puesto punto final a esta desviación del poder, al disponer expresamente en su art. 150, num. 10 inciso final que dichas facultades no se podrán conferir para “expedir códigos...”, función por excelencia del Congreso.

Todo parecía color de rosa hasta que el art. transitorio 5º expresó: “Revístase al presidente de la república de expresas facultades extraordinarias para: a) Expedir las normas que organicen la Fiscalía General y las normas de procedimiento penal”.

En virtud de estas facultades el presidente expidió el decreto 2700 de 1991 o Código de Procedimiento Penal que entró a regir en el mes de julio de 1992.

En conclusión, el ejecutivo continuó su intromisión en la rama jurisdiccional ejerciendo la facultad de expedir códigos (propia del Congreso). Así dio las últimas pinceladas a la organización de la Fiscalía, entidad que como ya vimos le permite usufructuar la función jurisdiccional. Es decir, “se bailó su propia música”.

B) *Ejecutivo y Corte Constitucional*

Dispuso el art. transitorio 22 que la primera Corte Constitucional estará integrada por siete magistrados, de los cuales dos serán designados por el presidente, sendos por la Corte Suprema, Consejo de Estado y procurador general. Estos cinco elegirán a los otros dos de ternas que presente el presidente. En conclusión: de los siete magistrados, cuatro son del presidente, esto es, el ejecutivo dispone en la Corte Constitucional. Por supuesto se logró el objetivo. El control constitucional tenderá a ser proclive al ejecutivo en momentos tan delicados como los actuales, en que se requiere mayor celo para resguardar la Carta. La ley que “legalizó” los auxilios, sancionada sin reparos por el presidente, nos da una idea de para qué sirve ese control funcional. A lo menos se trata de una precaria imparcialidad de quien decide sobre la constitucionalidad o no de la ley, si su origen se entrecruza con quien tiene interés manifiesto de que sea reconocida conforme a la Constitución.

C) *Ejecutivo y Consejo Superior de la Judicatura*

Ya vimos que el gobierno debe presentar las ternas para que el Congreso elija los miembros de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria. El art. transitorio 25 agrega que por primera vez los designará el presidente directamente.

En síntesis, Fiscalía, Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura —Sala Disciplinaria y Sala Plena— están en manos del ejecutivo, muestra palpable de la injerencia desmedida del ejecutivo en la rama jurisdiccional.

4. CONCLUSIONES

1. La actual reforma judicial le restó autonomía a la rama jurisdiccional frente al poder ejecutivo.

1.1 Antes la instrucción la ejercían los jueces sin injerencia directa del ejecutivo. Ahora le corresponde al fiscal nombrado mediante terna que elabore el presidente.

1.2 La injerencia del ejecutivo en la rama jurisdiccional le permite ejercer poder selectivo —el más importante— mediante el cual se decide sobre qué personas se ejerce la acción penal y sobre qué otras no, así como quiénes serán o no juzgados.

1.3 El ejecutivo interviene en el control constitucional. Para la elección de magistrados de la Corte Constitucional presenta terna al Senado.

1.4 El ejecutivo interviene en el Consejo Superior de la Judicatura. Indirectamente, pues un magistrado de la sala administrativa corresponde a la Corte Constitucional y, directamente, porque la Sala Jurisdiccional Disciplinaria será elegida por el Congreso de ternas enviadas por el gobierno. Cabe relieves que este organismo cumple función de control a los jueces.

De la misma manera decide las directrices de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, organismo que elabora las ternas para llenar las vacantes en estas corporaciones, determina la estructura, plantas de personal de corporaciones y juzgados, crea, suprime, fusiona y traslada cargos en la rama judicial.

2. Se afianza en Colombia una tendencia del ejercicio del poder en Latinoamérica que permite la predominancia del ejecutivo sobre los otros poderes, en particular en la rama jurisdiccional.

2.1 La colaboración entre poderes se afirma sobre las funciones separadas de cada uno de ellos. La función de administrar justicia corresponde a la rama jurisdiccional y cualquier intromisión en esta entorpece la colaboración armónica.

2.2. La pugna interinstitucional que ya ha comenzado en Colombia: Veedor-Procuraduría-Congreso, Corte Constitucional-Corte Suprema de Justicia, poder jurisdiccional-presidente y las demás que vendrán, nos presentan un ejecutivo que penetró la función jurisdiccional con los riesgos propios de que haga prevalecer su parecer en las decisiones judiciales cuando lo estime conveniente.

3. Tal parece que la politización, entendida como la influencia de los grupos hegemónicos del poder político en las decisiones de la rama judicial alcanzará niveles desmesurados con la reforma actual de nuestra justicia.

La quiebra de los mitos

(Realidades de la independencia judicial y de la selección de los jueces en Latinoamérica).

Roberto Bergalli*

La rama jurisdiccional es seguramente el flanco más débil de los Estados latinoamericanos. Diferentes aspectos vinculados a la denominada *cuestión judicial* hacen que la legitimación de las administraciones de justicia se haya hecho cada vez más difícil dentro de la forma que el Estado ha ido asumiendo en Latinoamérica.

Mientras el derecho y los discursos jurídicos se han mantenido dentro del marco de concepciones iusnaturalistas-tomistas o iuspositivistas, la idea de una administración de justicia que aplica meramente el ordenamiento jurídico ha impedido que surgieran interrogantes o que se cuestionara el papel que la jurisdicción cumple frente a regímenes de injusticia social.

En efecto, la cultura jurídica latinoamericana, con pocas fisuras, se ha mantenido unida o dependiendo de las tradiciones francesas o germanas que, hasta mediados del siglo XX, han continuado en Europa la función legitimante de los ordenamientos jurídicos cumplida por la disciplina que los estudia. Esta ha sido una función que, de modo más o menos cambiante, se ha llevado a cabo a través de sus propias conceptualizaciones; es decir, mediante las operaciones que ella ha realizado sobre las normas y para justificar la inserción de las innovaciones legislativas en relación con todo el ordenamiento jurídico, [V. para todos estos aspectos, DE GIORGI, 1979].

Mas, a finales de la década de 1970 se vuelve a poner en primer plano en Europa, como objeto privilegiado de reflexión, la antigua ambigüedad que siempre ha caracterizado el papel del jurista a partir de la experiencia del derecho moderno. Ambigüedad esta en el sentido de que el jurista se había colocado, por una parte, en la sociedad y en el equilibrio de los poderes institucionales como *custodio de la legalidad positiva*, o sea de la positividad del derecho y, por tanto,

* Catedrático de la Universidad de Barcelona.