

El fracaso de la reforma constitucional de la justicia

Jaime Giraldo Angel¹

I. Introducción

Las dos razones que motivaron al pueblo colombiano a buscar una reforma constitucional, habiendo tenido que actuar inclusive como constituyente primario para lograr su convocatoria, fueron las inmensas crisis por las que estaban atravesando dos de las instituciones fundamentales en una democracia: La Justicia y el Congreso. Paradójicamente en el momento actual parece ser que la situación para ambas instituciones sigue siendo tan crítica como antes de la reforma.

En este estudio nos referiremos únicamente a la reforma de la Justicia, pues como tuvimos en su realización una participación directa, por haber actuado como Presidente del Consejo Superior de la Judicatura y como Director de la Carrera Judicial cuando éramos Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, primero, y luego como Ministro de Justicia en la época en que se expidió la reforma constitucional por la Asamblea Nacional Constituyente, nos sentimos obligados a dar una explicación de su fracaso.

Los índices que se utilizaron para medir antes de la reforma constitucional la eficacia y eficiencia de la justicia fueron los de congestión, y el tiempo de duración de los procesos. Los datos que se encontraron fueron muy preocupantes, pues se estableció, por ejemplo, que en el campo de la justicia penal sólo llegaban a sentencia el 2.5% de los procesos iniciados, y que aunque en la justicia civil el rendimiento no era tan pobre, el hecho de que el término de duración de un proceso fuera superior a tres años, hacía que ella fuera inaccesible por lo menos para el 70% de los colombianos que no tienen la capacidad económica para esperar todo este tiempo para que se les reconozcan sus derechos, máxime si se tiene en cuenta además que esta justicia debe buscarse con la mediación de un abogado, lo que implica un costo que muchas veces es superior a las pretensiones de los afectados.

Como causas de estas fallas se formularon varias hipótesis, que fueron el fundamento de las reformas presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente: En el campo de la justicia penal se destacó la carencia de un

¹ Investigador Asociado Instituto SER, Ex-Ministro de Justicia.

sistema investigativo eficaz, y se pensó en la organización de la Policía Judicial y en la creación de la Fiscalía General, como entidades responsables de cumplir estas funciones, la una en la etapa de las diligencias preliminares, y la otra durante el sumario. En el campo del derecho privado y en el contencioso administrativo, se pensó en la creación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, teniendo en cuenta el éxito que tenía en el campo laboral la conciliación administrativa previa, y la que se daba extraprocesalmente dentro de la actuación judicial.

Igualmente se consideró conveniente elevar a canon constitucional la organización administrativa que se le había dado a la Rama Judicial con ocasión de la declaratoria de inconstitucionalidad de la participación de la Rama Ejecutiva en su gobierno, para garantizar con ello la autonomía en el manejo de sus recursos.

Estas propuestas fueron sometidas por el Gobierno a la consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, pero por distorsiones sufridas en ésta, desarrollos legislativos inadecuados, y prácticas regresivas, la proyectada reforma constitucional en el campo de la justicia se ha convertido en un frustrante fracaso, como pasa a demostrarse con los resultados de la medición del rendimiento de la justicia en el año de 1994, hecha por el Instituto SER de Investigación².

Para tal efecto nos circunscribiremos en esta presentación a la justicia civil, penal y de familia, excluyendo la laboral porque desde antes de la reforma venía utilizando mecanismos alternativos que la han hecho com-

parativamente muy eficaz, y accesible a las personas de escasos recursos económicos. Igualmente limitaremos nuestro estudio a la primera instancia, que es en donde se da la mayor congestión.

II. Eficacia de la justicia en el año de 1994

A. Justicia civil

El promedio de procesos acumulados en los despachos de los jueces civiles del circuito a 31 de diciembre de ese año fue de 1.315, y en los municipales de 2.261, índices que son muy elevados. A ello hay que agregar que el porcentaje de descongestión en el mismo período fue del 73% para los del circuito, y del 68% para los municipales, lo que implica que dicho acumulado continuará creciendo año por año.

Pero lo más preocupante es que sólo el 28% de los procesos salidos de los despachos de los jueces de circuito, y el 27 de los salidos de los municipales, terminaron con sentencia de mérito, y que el mayor número de procesos salidos lo fueron por rechazo o retiro de la demanda (32% para los primeros y 34% para los segundos), lo que simplemente implica un aplazamiento inútil de la solución del conflicto.

B. Justicia penal

1. Diligencias preliminares

El promedio de procesos por fiscal en las fiscalías regionales fue de 120, en las seccionales de 127 y en las locales de 146. Esto indica

las dificultades que se presentan para que un Fiscal pueda llevar simultáneamente ese volumen de casos, sin contar que además debe adelantar los que por ley le competen, que son los procesos que están en sumario.

Sin embargo, si se mira el porcentaje de los procesos que salieron durante el año de 1994, con relación a los entrados, con excepción de las fiscalías regionales en que sólo se llegó al 52%, en las demás superó el 100%. Pero se trata de una descongestión ficticia, pues en las fiscalías seccionales el 16% salió por falta de competencia, y el 37% por suspensión del trámite por haber transcurrido 180 días sin poder determinar al autor del ilícito. En las fiscalías locales la situación es mucho más grave, pues el porcentaje de expedientes que salió por falta de competencia fue del 78%, y por suspensión del trámite del 9%.

2. Sumario

El promedio de procesos que además de las diligencias preliminares debe adelantar cada Fiscal en la etapa del sumario, es el siguiente: Regionales, 37; Seccionales, 97; y Locales, 162.

Aquí el índice de descongestión es igualmente alto, pero también artificial, pues en las fiscalías regionales alcanza al 90%, en las seccionales al 110%, y en las locales del 345%. Sin embargo, cuando se analizan las causas de salida se encuentra que en las fiscalías regionales el 19% de los procesos salió por falta de competencia, el 17% por preclusión, y el 17% por reasignación del proceso a otro fiscal. En las

fiscalías seccionales salió el 18% por falta de competencia, el 31% por preclusión y el 11% por reasignación. En las fiscalías locales salió el 73% por falta de competencia, el 12% por preclusión, y el 1% por reasignación.

3. El juicio

El rendimiento de los jueces penales regionales y del circuito es bueno, pues como se les quitó el adelantamiento de la investigación de los procesos sin que a pesar de ello se hubiera suprimido ningún cargo, el promedio de procesos que tienen bajo su responsabilidad es muy reducido. Para los primeros es de 41 procesos por juez, y para los segundos de 78. Sólo llama la atención que el 49% de los procesos de los jueces regionales salen por sentencia anticipada, lo que implica que la delincuencia organizada, que es de la que se ocupa esta jurisdicción, ha encontrado un camino muy fácil para obtener penas muy benévolas, a pesar de la gravedad de sus delitos.

En cuanto a los jueces penales municipales no se puede hacer ninguna evaluación, pues tienen un porcentaje de procesos salidos (324%) que obedece únicamente a que al haber asumido la Fiscalía General la competencia para adelantar la investigación de estos delitos, simplemente se limitaron a enviar a esta entidad los expedientes respectivos.

C. Justicia de familia

La justicia de familia es tal vez la de mayor índice de congestión, pues el promedio de

² Las cifras de este estudio pueden consultarse en el indicador de justicia publicado en este mismo número.

procesos a su cargo al 31 de diciembre de 1994 era de 2.339 por juez. El porcentaje de descongestión es del 76%, lo que implica que ese acumulado se irá incrementando año por año.

D. Conclusión

Como se puede ver, el rendimiento de la Justicia, tres años después de la reforma constitucional, sigue siendo tan bajo como antes de ella. Sólo se encuentra alguna luz en las jurisdicciones que han venido utilizando eficazmente los mecanismos alternativos de solución de conflictos, tanto judiciales como extrajudiciales, como ocurre en la laboral. Pero en la civil, en la penal y en la de familia, la situación ahora es tal vez más preocupante que la que existía antes de la reforma constitucional. No implica ello que no se reconozca el inmenso favor que le ha hecho al país la Fiscalía General de la Nación al actuar en contra de la delincuencia organizada, que había sido intocable. Pero el resto de la justicia penal está en situación más precaria que antes.

En los párrafos que siguen trataremos de presentar las causas que a nuestro juicio han determinado este fracaso.

III. La desaparición de la función de policía

Cuando se habla de Justicia, se deben analizar todas las instancias estatales y no estatales encargadas de dirimir los conflictos que se suscitan en la sociedad entre sus miembros, o entre éstos y el Estado. En esta concepción la Justicia formal, la administrada por la Rama Jurisdiccional, es una parte, que en principio

debería ser la más reducida, pues ella sólo debería actuar cuando fracasaran todos los demás mecanismos creados para la solución de los conflictos. La Justicia formal es un acto de ejercicio del poder coercitivo del Estado, que por su naturaleza misma debería tener un carácter excepcional.

Sin embargo, la Dogmática Jurídica ha creado el mito de que es el juez el único legitimado para resolver los conflictos que se suscitan en la comunidad y ha procedido a desmontar todos los mecanismos no judiciales de solución de conflictos. La culminación de este proceso se dio en la reforma constitucional de 1991, en donde se eliminó la función de policía, y se dejó sin herramientas al Estado para manejar el orden público.

En cualquier Estado de derecho, a las autoridades de policía les corresponde preservar el orden público, el cual está constituido por la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad ciudadanas, y por todo lo relacionado con el ornato y el equilibrio ecológico. Es decir, el orden público constituye la esencia misma de la vida de la comunidad. Igualmente a estas autoridades se les ha confiado la solución de una multiplicidad de conflictos civiles, como los relacionados con ocupaciones de hecho, perturbaciones a la posesión y conflictos de servidumbres, y eran de su competencia el conocimiento de un gran número de delitos leves, como todos los de hurto simple, estafa, abuso de confianza y daño en cosa ajena inferiores a 10 salarios mínimos mensuales, violaciones al domicilio y al lugar de trabajo, y lesiones personales con una incapacidad hasta de treinta días, siempre que no hubiera secuelas.

Dichas autoridades constituyen la dirección administrativa del Estado, pues son el Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes, los Corregidores y los Inspectores. Para lograr su cometido, estos funcionarios tenían bajo su responsabilidad el manejo de la fuerza pública, constituida por los distintos cuerpos de policía que la conforman.

Pero infortunadamente en nuestro país la clase política ha utilizado el manejo de los recursos humanos y presupuestales para afianzarse en el poder, por lo que a los cargos de las autoridades policivas más próximos a la comunidad -Alcaldes, Inspectores y Agentes de Policía-, solo llegaban personas con la responsabilidad expresa de garantizar la reelección del político que imponía su nombramiento, y sin ningún conocimiento sobre las funciones que debían desempeñar. Llegó a tal punto el deterioro de esta situación, que el país padeció una de las guerras civiles más crueles y prolongadas -de 1947 a 1957-, al acceder el partido Conservador al poder aprovechando la división del Liberalismo, pues aquél se quiso afianzar utilizando toda esta fuerza de choque de Alcaldes y policías en los sitios que estaban bajo su control, mientras que éste trataba de recuperar el poder, utilizando esta misma fuerza en donde estaba bajo el suyo.

La solución de esta grave crisis fue contradictoria, pues por un lado el órgano operativo de la función policiva, la Policía Nacional, se puso bajo el control del Ejército para despolitizarla, integrándola de hecho como uno de los componentes de las Fuerzas Militares, cuando por su naturaleza debe ser un cuerpo civil, perdiendo así los funcionarios

públicos toda capacidad de actuar, pues carecen de órgano que haga cumplir sus decisiones.

Un poco más tarde se sustrajo igualmente a los Gobernadores y Alcaldes de esta influencia politiquera, estableciendo su elección por voto popular, hecho que ha incidido muy positivamente en la moralización del manejo de los asuntos públicos, y que condujo a que muchos de estos funcionarios trataran de sustraer también a los Inspectores de Policía del influjo pernicioso de los caciques políticos, haciendo concursos para su selección. Comenzó también a hablarse de restablecerle el carácter civil a los Cuerpos de Policía.

Y cuando parecía que por lo menos en las grandes ciudades se iba a recuperar la capacidad de manejo del orden público a través de las autoridades de policía, apareció otra vez el rechazo a la acción del Estado, aunque esta vez en la Constituyente, por razón de la concepción neoliberal que concibe a éste como un órgano represivo cuyo poder se debe restringir al máximo para evitar que perturbe el ejercicio de los derechos individuales, concepción que tuvo su venta fácil con la sola evocación de la guerra intestina que sufrió el país por causa de la corrupción en el ejercicio de la autoridad, a la que aludimos en los párrafos precedentes. Eso le permitió al Constituyente establecer como derechos fundamentales únicamente las libertades individuales, los derechos políticos y las garantías procesales; crear un mecanismo muy expedito para garantizar la intangibilidad de estos derechos, la tutela; y eliminar cualquiera posibilidad de actuación de las autoridades administrativas que pudiera afectar dichas

libertades, al disponer que nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni su domicilio registrado, ni detenido, ni sometido a prisión o arresto, sino con orden de autoridad judicial.

Con eso terminó para el Estado colombiano la posibilidad de garantizar el orden público a través de los mecanismos administrativos normales. Para ello se debe recurrir al estado de conmoción interior, situación absurda que ahora quiere el Gobierno que se instaure como *modus operandi* permanente, en vez de tratar de rescatar la capacidad de acción del Estado a través de la reimplantación del Estado de Derecho.

Frente a esta mutilación de la capacidad de las autoridades para preservar el orden público, la Corte Constitucional se inventó la teoría de la detención preventiva de carácter administrativo hasta por treinta y seis horas, con base en el inciso segundo del artículo 28 de la Carta, cuando hubiera motivos graves para ello. Pero esta calificación no está liberada al criterio de quien realiza la detención administrativa, sino del funcionario a quien le corresponde controlar su conducta, creándose con ello una absoluta incertidumbre sobre las consecuencias que le puede acarrear a quien toma una decisión que a su juicio puede ser necesaria para mantener el orden público. Por eso esta aparente salida ha resultado más perjudicial que la privación absoluta de la capacidad jurídica para actuar, pues hoy en día todas las autoridades administrativas que tienen que tomar decisiones de esta índole están en manos de los organismos de control disciplinario, creándose con ello el llamado "síndrome de la Procuraduría", que tanto daño

le ha hecho al oportuno ejercicio de la autoridad.

La forma como esta supresión de la función de policía ha incidido en la Justicia es doble: por una parte, implicó el regreso a los jueces del conocimiento de una serie de conductas que se deberían manejar con una filosofía preventiva y no represiva, pues son expresión de una problemática social. Tal ocurre con las contravenciones cuyo conocimiento había asignado la ley 23 de 1991 a los Inspectores de Policía, referidas a delitos contra la propiedad inferiores a 10 salarios mínimos, a violaciones de domicilio y a lesiones de menos de 30 días de incapacidad, y sin secuelas, que pasaron al conocimiento de los jueces penales municipales por mandato de la ley 228 de 1.995. Igual pasa con la violencia intrafamiliar, la cual, según el Código del Menor, era objeto de un tratamiento interdisciplinario por abogados, psicólogos y trabajadores sociales de Bienestar Familiar, y que por mandato de la ley 294 de 1996 pasó a ser competencia de los jueces de familia. Hasta la función de los jueces de paz, previstos para fallar en equidad, se jurisdiccionalizó al ponerlos el Código de Procedimiento Penal a conocer de las contravenciones.

En segundo lugar, la falta de una acción del Estado para garantizar el orden público, es una fuente permanente de delitos: Si las autoridades públicas no pueden hacer "bataidas" en los sitios en donde merodean los atracadores y raponeros para detectar personas que tengan órdenes de captura en su contra, o para identificar a quienes han detectado cometiendo delitos a través de las pantallas de televisión ubicadas en dichos sitios;

si no pueden requisar a los ciudadanos para verificar que no porten armas con que puedan agredir o atracar a otros; si no pueden retener a un sospechoso mientras se indaga por sus antecedentes; si no pueden retener los testigos de un delito mientras se les interroga, la labor de prevención del delito es imposible.

Más que combatir la delincuencia, lo que el país requiere es prevenirla, y para ello es necesario tomar decisiones que en la mayoría de los casos no permiten conseguir una orden judicial que las autorice.

IV. El desmonte de la policía judicial

Corolario de la actitud de desconfianza hacia las autoridades administrativas, es el rechazo al ejercicio autónomo de funciones de Policía Judicial por parte de aquéllas. Aquí la situación no nace de una decisión del Constituyente, sino de una política excluyente de la Fiscalía General de la Nación, que quiere tener el monopolio de la investigación penal a través de sus fiscales. Es más, parecería que la idea es la de convertir la Fiscalía en un organismo dedicado exclusivamente a adelantar las diligencias preliminares, dentro de un esquema típicamente acusatorio, en el que el debate probatorio se desenvuelve únicamente dentro del juicio.

Pero no es ésta precisamente la filosofía plasmada en la Constitución y las leyes colombianas. Muy por el contrario; por primera vez en la historia de nuestro país, se le da rango constitucional a la Policía Judicial, y se le asigna expresamente esta función a la Policía Nacional, a la Procuraduría y a la Contraloría General de la República. Además, se defiere a

la ley la facultad de asignar funciones permanentes de Policía Judicial a otros entes del Estado, tal como ocurre hoy con el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, el Instituto de Medicina Legal, los Alcaldes e Inspectores de Policía, y se faculta al Fiscal para que asigne transitoriamente funciones de Policía Judicial a otros entes públicos.

Y es que una de las reformas fundamentales de la Constitución de 1991 en el campo penal, es el reconocimiento explícito de la institución de la Policía Judicial, concebida como una multiplicidad de órganos administrativos que prestan apoyo a la Justicia en el adelantamiento de las diligencias preliminares, pues no hay ninguna razón para que cuando la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría, o las Superintendencias, la Dirección de Aduanas, realizan sus funciones propias de control, inspección y vigilancia sobre entidades públicas o privadas, y eventualmente encuentran que se ha realizado una conducta que pueda ser constitutiva de delito, no pongan las pruebas recaudadas en conocimiento de las autoridades judiciales, para que éstas, sin tener que repetir las, puedan abrir la correspondiente investigación penal para vincular a quienes se reputen como responsables. Igual se puede decir de la Policía Nacional o de los organismos de seguridad, cuando cumplen sus funciones de velar por la seguridad de las instituciones y de la comunidad.

Reflejando estas ideas, el artículo 47 del Decreto Extraordinario 2699 de 1991, Estatuto Orgánico de la Fiscalía, que nunca ha sido derogado ni modificado, dice: "todas las entidades que desempeñen funciones de

policía judicial tendrán las siguientes funciones: recibir las denuncias o querellas de los delitos dentro del ámbito de su competencia y adelantar las diligencias preliminares".

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación siempre ha desconocido esta facultad de las Unidades de Policía Judicial, y ha atribuido la responsabilidad del adelantamiento de las diligencias preliminares a los fiscales, lo que ha constituido uno de los factores que más ha incidido en su congestión, si se tiene en cuenta que aproximadamente el 70% de los procesos penales se encuentran en esta etapa. Sobre este punto el Instituto SER de Investigación realizó un estudio, que pone de presente esta gravísima situación.

A la Fiscalía General se le dio la dirección y control del ejercicio de la función de Policía por las distintas entidades titulares de ella, pero no el adelantamiento de la misma. El haberlo hecho, le ha implicado una limitación significativa en el cumplimiento de su función propia, la de adelantar el sumario hasta su calificación, afectando seriamente su eficacia.

V. El sobredimensionamiento de la Fiscalía

La Fiscalía General de la Nación fue propuesta como un ente responsable de las investigaciones contra la delincuencia organizada. Y la razón es muy simple: Dentro de un típico sistema acusatorio, a la Fiscalía le corresponde adelantar las investigaciones para descubrir los autores de los hechos delictivos que llegan a su conocimiento, recaudando la prueba en su contra, para formular los cargos correspondientes ante un Juez de la República. El

Juez pone en conocimiento del presunto responsable los cargos que le formula el Fiscal, y se abre el juicio para que el primero pretenda demostrar los cargos formulados, y el segundo defenderse de los mismos.

Este esquema funciona en un país rico como los Estados Unidos de Norte América, en donde si el delincuente no tiene los recursos suficientes para pagar todo el costo que implica allegar la prueba a su favor, el Estado le presta este servicio gratuitamente, a través de servicios muy eficientes de abogados contratados para el efecto. Pero en un país como cualquiera de los países de América Latina, en donde más del 70% de los delinquentes son personas sin recursos económicos, poner al sindicado a que por sus propios medios allegue la prueba de descargo, mientras todo el aparato del Estado se orienta a buscar la prueba de cargo, es volver a revivir el circo romano. Así lo estableció el Instituto SER en una investigación que adelantó sobre el funcionamiento de los mecanismos de defensa de las personas de escasos recursos económicos, cuando en el año de 1979 se aprobó una reforma constitucional que adoptaba el sistema acusatorio, la cual no alcanzó a operar porque la declaró inexecutable la Corte Suprema de Justicia.

Por eso en la propuesta del Gobierno se pensó en introducir el típico sistema acusatorio, en donde la Fiscalía cumple únicamente funciones de investigación para acusar ante los jueces, debiendo ser básicamente una entidad administrativa para poderle dar una organización jerarquizada, no supeditada a ninguna restricción procedimental, aunque sujeta al más estricto respeto a los derechos

humanos, debiendo pedir la intervención del juez cuando hubiera que restringirlos para el recaudo de alguna prueba, pero circunscribiendo su acción al adelantamiento de la investigación de los delitos cometidos por la delincuencia organizada, porque ésta tiene suficientes medios económicos para asesorarse de los mejores abogados y técnicos en criminalística, que le permitieran allegar la prueba de descargo.

Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente se empecinó en que la Fiscalía tenía que conocer de todos los delitos. Tomada esta decisión por la Corporación, el Gobierno propició el cambio de la naturaleza administrativa de la institución a la de órgano jurisdiccional, para que el fiscal tuviera que actuar con la independencia e imparcialidad que es inherente a la función de juez en todas las decisiones que tuvieran este carácter, y tuviera la obligación de allegar tanto la prueba de cargo como la de descargo. Por eso resultó una Fiscalía sui generis, que no obedece a ninguno de los modelos que existen en los países en donde se ha creado esta institución. Solo quedó la organización jerarquizada para los asuntos administrativos, entendiendo que entre ellos está el recaudo de pruebas, que no es por su naturaleza función judicial.

Así se superó uno de los escollos que ofrecía la decisión del Constituyente. Pero lo que sí es insuperable, es la incapacidad para la Fiscalía de asumir directamente la investigación de todos los delitos, pues el número de funcionarios sería incosteable. Baste pensar, por ejemplo, que en ciudades como Villeta solo tenían para la fecha en que se hizo el estudio de las relaciones entre la Fiscalía y la

Policía Judicial que se menciona atrás, dos Fiscales Locales y dos Fiscales Seccionales, para adelantar la investigación en los diez municipios que conforman su jurisdicción. Paradójicamente esto ha conducido a que ahora la investigación está en manos de los Inspectores de Policía y de los Comandantes de Estación, como se desprende del estudio a que antes hicimos referencia. En la página 30 del mismo se dice que el 54% de las denuncias que se presentan en el ámbito de competencia de Villeta son recibidas por los Inspectores y los Comandantes de Policía, e igualmente que ellos abren formalmente las diligencias preliminares en el 18% de los casos.

En resumen, si a la competencia que le otorgó el Constituyente a la Fiscalía General de la Nación para que adelantara la investigación de todos los delitos, le agregamos el hecho de que ésta se abrogó el monopolio de las diligencias preliminares, se puede afirmar sin vacilaciones, que pronto esta Institución va a sucumbir bajo un cúmulo de procesos similar al que motivó la reforma constitucional de la Justicia.

VI. El garantismo en el derecho procesal penal

Otra expresión de la filosofía neo liberal que sustenta la constitución de 1991, es la preeminencia del ritualismo procesal sobre el derecho sustantivo. En la Asamblea Nacional Constituyente se hicieron presente estas dos tendencias, habiendo obtenido la aprobación la primera de ellas, en una habilidosa jugada de cambio de temario en una sesión en la que el quorum era muy precario, y en la que no estaban presentes la mayoría de los que defen-

dían la tesis de la preeminencia del derecho sustancial. Este último postulado quedó inserto en una de las normas que hablan de la organización judicial; sin embargo, dentro de los llamados derechos fundamentales, que tienen preeminencia sobre todos los demás, sólo quedaron los postulados del formalismo jurídico.

Por ejemplo, cuando la corriente del derecho sustantivo propugnaba porque se aprobara la tesis de que el derecho de defensa se debe garantizar en las actuaciones judiciales y administrativas, lo que consagró la norma fue el respeto al debido proceso. Igualmente cuando se propugnaba por la aprobación de una norma que dijera que era inexistente la prueba obtenida con violación de los derechos humanos, la que se aprobó dice que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Es decir, que se sacralizó el rito procesal, y no sólo en las actuaciones judiciales, sino también en las administrativas. Esto va a aumentar el número de nulidades en los procesos judiciales, que ha constituido uno de los cánceres que han incidido más seriamente en su eficacia. Y va a ritualizar el procedimiento administrativo, que se había caracterizado por darle preeminencia a la verdad real sobre la verdad formal.

Lo mismo ocurre con otra serie de medidas de corte garantista introducidas en dicho artículo. El hecho de que una persona se presume inocente hasta que no sea declarada judicialmente culpable, crea las dificultades para tipificar conductas como el enriquecimiento ilícito, en donde la misma Corte Constitucional ha actuado erráticamente. Y

es que ni siquiera se explica cómo se pueden dictar medidas de aseguramiento contra una persona que por Constitución se presume inocente.

El disponer que toda persona tiene derecho a la asistencia de un abogado desde cuando se inicia la investigación, en un país en donde en muchos de los municipios no existe esta clase de profesional, ha generado una multiplicidad de nulidades, y está generando la grave impunidad que ha puesto de presente en varias oportunidades la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Inclusive, el hecho de haber consagrado en ese mismo artículo el derecho a controvertir las pruebas, dio pie para que la Corte Constitucional llegara al exceso de afirmar que este derecho debe garantizarse desde las diligencias preliminares, haciendo imposible el adelantamiento de cualquiera labor de inteligencia.

Detrás de esta filosofía garantista, se vino toda una legislación que hace nugatoria la acción punitiva del Estado. La llamada actualmente política de sometimiento a la justicia, es una caricatura grotesca de la que se formuló inicialmente, pues los beneficios que se concedían por razón de la colaboración prestada a la Justicia para desarticular las redes delictuales, fueron sustituidos por otros que no tenían ninguna relación con este propósito; además, se eliminaron los aspectos represivos que contenía el estatuto para la defensa de la Justicia, pilar fundamental de dicha política.

En efecto, la razón fundamental por la cual los narcotraficantes se sometían a una

justicia que era bastante severa, era la garantía de que no se les extraditaría. Pero la misma Constitución prohibió la extradición de nacionales colombianos, dejando sin piso la política para esta clase de delitos.

Por otra parte, cuando en dicha política se exigía que para tener derecho a los beneficios era necesario que el sindicado estuviera libre y concurriera voluntariamente ante un juez de la República a confesar sus delitos, y que dicha confesión fuera base de la sentencia, en el Código de Procedimiento Penal expedido para concordar la legislación con la reforma constitucional, se suprimieron esas dos exigencias, por lo que en la actualidad a una persona que se le captura porque es prófugo de la justicia, y contra la cual existe plena prueba de su responsabilidad, si confiesa los delitos, tiene derecho a que se le rebaje la pena en una sexta parte. Si además pide terminación anticipada del proceso, se le debe rebajar dos sextas partes más. Es decir, que tiene derecho a que se le rebaje la mitad de la pena, sin colaborar para nada con la justicia.

Adicionalmente, de la pena que se le imponga tiene derecho a que se le rebaje otra tercera parte por trabajo o estudio; y que cuando lleve dos terceras partes de pena cumplida, incluyendo como tal esta última rebaja, se le aplique la libertad condicional. Es decir, que escasamente le queda una sexta parte de la pena para pagar, sin haber colaborado para nada con la justicia. Por eso ahora las sentencias anticipadas superan el 50% del total de sentencias dictadas por la justicia penal regional, pues todos los delinquentes que presienten que van a ser condenados, recurren a estas rebajas gratuitas,

que hacen nugatoria cualquiera acción punitiva del Estado. A esto hay que agregar que si llegaren a colaborar con la Justicia, tienen derecho a una rebaja adicional hasta de dos terceras partes de la pena. Es decir, que el Estado le quedaría debiendo. Por eso en alguna norma de la ley 81 de 1993 se dice que de todas maneras se le impondrá alguna sanción.

Por otra parte, se hizo imposible adelantar labores de inteligencia, pues cuando en las normas de sometimiento a la justicia se permitía aplazar el debate probatorio para el juicio, y la vinculación de un sindicado o el conocimiento de alguna prueba hasta cuando el funcionario judicial lo considerara conveniente, en las normas posteriores es obligatorio inclusive informar al sospechoso en una diligencia previa, que se le va a hacer algún seguimiento, supuestamente para que haga valer su derecho de defensa.

Se pusieron términos preclusivos para decidir sobre una actuación, disponiendo obligatoriamente la apertura de investigación o el inhibitorio, o la formulación de acusación o la preclusión del proceso, creando con ello términos de caducidad de la acción punitiva del Estado, que no existen en ningún otro ordenamiento jurídico. Se llegó inclusive a establecer en el Estatuto Orgánico de la Justicia que si dentro de los 90 días de cometido un delito de competencia de los jueces municipales, 180 en los delitos de competencia de los jueces de circuito, o 270 en los de competencia de los jueces regionales, no se había identificado al autor del mismo, caducaba definitivamente la acción punitiva del Estado. Esta norma fue declarada inconstitucional

por la Corte, pero no porque contraría la filosofía garantista de la Carta, sino porque no correspondía al Estatuto Orgánico de la Justicia. Es pues de temer que cualquier día vuelva a ser expedida como norma del Código de Procedimiento Penal.

En las normas de sometimiento a la Justicia había tres mecanismos para quitarle a los delincuentes el fruto de sus delitos, o los instrumentos utilizados para cometerlos. Uno de carácter administrativo, pues los bienes que no estaban legalmente en el país por violación de reglamentos aduaneros o cambiarios, eran decomisados de inmediato a favor del Estado, sin sujetar esta decisión al correspondiente proceso penal que se estuviera adelantando. Otro jurisdiccional, aunque desligado del proceso penal, decretando la extinción del dominio a favor del Estado de todos los bienes incautados como provenientes de los delitos o utilizados para su comisión, cuando los dueños no se hacían parte dentro del proceso penal para reclamarlos, y ya había transcurrido un año desde su incautación. Y el tercero, como sanción accesoria por la sentencia condenatoria, según la cual todos los bienes provenientes de la comisión del ilícito, o utilizados para su comisión, pasaban a favor del Estado. De todos estos mecanismos la legislación posterior solo conservó el último de ellos, limitándolo inclusive a los bienes provenientes de la ejecución del delito, y excluyendo los utilizados para su comisión.

De la política inicial de sometimiento a la justicia sólo quedan los jueces y testigos sin rostro, figura creada para proteger a los funcionarios judiciales y a los ciudadanos que colaboraran con la justicia, y que es tan

respetuosa de los derechos fundamentales que la actual Corte Constitucional la declaró ajustada a los mandatos de la Carta. Sin embargo se han hecho muchos esfuerzos por acabar con ella.

El país está consciente de que con la legislación actual es imposible combatir la criminalidad. Lo más grave es que frente a proyectos de ley que pretenden recuperar algo de la capacidad punitiva del Estado, el ponente ante las Comisiones Primeras de Senado y Cámara manifiesta su preocupación porque con ellos se van a quebrantar los principios garantistas consagrados en la Constitución de 1.991.

VII. El gobierno administrativo de la rama judicial

Una de las causas a las que reiteradamente se le imputaban las fallas de la Justicia y su poca eficiencia, era la falta de autonomía para manejar su presupuesto, pues se decía que los dineros llegaban tarde, y generalmente se dilapidaban en obras que implicaran un beneficio político para el Ministro de turno, y no para la Rama Judicial.

Ya desde 1987 la Rama Judicial había adquirido la autonomía para manejar sus recursos humanos, gracias a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en donde se declaró inconstitucional la participación del Ministro de Justicia en el Consejo Superior de la Judicatura, y de sus Delegados en los Consejos Seccionales. El Consejo Superior, conformado por Magistrados delegados de la Corte, el Consejo de Estado, el Tribunal Disciplinario, los Tribunales y los Empleados

judiciales, inició de inmediato la organización de la Dirección Nacional de la Carrera Judicial, los Consejo Seccionales y las Direcciones Seccionales. Ya en el año de 1988 empezaron los concursos para ingreso al servicio y a la carrera judicial, y los programas de capacitación para funcionarios y empleados.

En el año de 1989 la ley Orgánica del Presupuesto le dio a la Dirección de la Carrera Judicial la administración del presupuesto de funcionamiento de la Justicia, aspiración que no se pudo concretar porque un Magistrado del Consejo de Estado se opuso a ello. Sin embargo, la Dirección Nacional y las Direcciones Seccionales se organizaron administrativamente para asumir esta función cuando las circunstancias fueran propicias, lo que aconteció cuando la Corte Suprema de Justicia declaró exequible la facultad que la misma ley orgánica le había dado al Congreso de la República para manejar su propio presupuesto.

Este modelo funcionó muy eficientemente, por lo que se propuso a la Asamblea Nacional Constituyente su incorporación a la Constitución Nacional. Sin embargo, parece que un propósito claro de poner bajo el control político los distintos órganos que conforman la Rama Judicial, incidió en un cambio sustancial en la filosofía que originó la creación del Consejo Superior de la Judicatura.

La idea fundamental que orientó la propuesta del Gobierno, era que dicho Consejo estuviera integrado por las cabezas directivas que conformaban la Rama Jurisdiccional, para darle unidad de dirección, tal como venía aconteciendo con el Consejo Superior exis-

tente. Esta Rama tiene la particularidad de que está conformada con distintos órganos - la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la Fiscalía General de la Nación- que no tienen ninguna relación de dependencia entre sí, por lo que cada uno de ellos busca alcanzar sus propios objetivos, y pretende tener un control de los recursos asignados para toda la Justicia. El Consejo debía ser por tanto el órgano de integración institucional. Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente resolvió crear un quinto ente, con personal ajeno a la Rama Judicial, creando el caos organizativo que hoy presenta, en donde la Corte Suprema de Justicia se niega a aplicar las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura, mientras el Consejo de Estado las suspende por ser contrarias a normas de carácter superior, y aquél a su vez amenaza con someterlos al poder sancionatorio de su Sala Disciplinaria.

Por otra parte, integró dentro del Consejo una Sala Disciplinaria nominada por el Congreso, expresión de una clara injerencia de ese órgano en la Rama Judicial. Para lograr el control de la Justicia, el Congreso en su ley orgánica introdujo un artículo según el cual los Magistrados que habían sido nombrados para un período de ocho años, cesan en sus funciones, quedando facultada la Corporación para proceder a nombrar de inmediato sus reemplazos, norma que fue rechazada en la plenaria del Senado y de la Cámara, pero la Corte Constitucional, que en ese momento estaba buscando su reelección por el Congreso, la declaró extrañamente constitucional. Al mismo tiempo se tramitó un proyecto de ley según el cual las decisiones del Consejo Superior de la Judicatura tienen que ser

tomadas en Sala Plena conformada por la Sala Administrativa y la Disciplinaria, y que las decisiones deben ser adoptadas por siete votos, número que corresponde a los Magistrados de esta última. Con eso se iba a lograr que los Magistrados que acababa de nombrar el Congreso, representantes definidos de los grupos políticos que lo conformaban, tuvieran la capacidad para postular todos los cargos de funcionarios de la Rama Judicial, y decidir sobre su presupuesto. Por fortuna la misma Corte Constitucional, ya reintegrada, declaró inexecutable la participación de la Sala Disciplinaria en los asuntos administrativos de la Rama Judicial, evitándose así el zarpazo de los políticos al único órgano que desde la reforma plebiscitaria de 1957 ha estado sustraído a su órbita de influencia.

El Consejo Superior de la Judicatura perdió por tanto su razón de ser, cuando nació como un órgano ajeno a la Rama Judicial, y como una quinta cabeza de la misma. Por otra parte, su origen tenía una clara orientación de politizar la Justicia, lo que en parte se logró al dejar en manos de personas que no son jueces, ni tienen la responsabilidad de administrar Justicia, muchas de ellas de origen o aspiraciones políticas, la postulación de los funcionarios de la Rama Judicial, y el manejo de su presupuesto.

VIII. La parálisis de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

La norma más importante en la reforma constitucional de la Justicia es el artículo 116, en la cual se rompió el mito del monopolio exclusivo de los jueces para dirimir los conflictos de la sociedad, al disponer que además

de éstos, podrán administrar justicia las autoridades administrativas en los asuntos que no correspondan a la investigación o juzgamiento de delitos, los particulares como árbitros, conciliadores o jueces de paz, y las autoridades de las comunidades indígenas.

No hay duda que éste es el único medio como puede la justicia recuperar su eficacia, al lograr con ello que sólo lleguen a los despachos judiciales aquellos conflictos que no pudieron ser resueltos por mecanismos sociales. Pero no es ésta la razón más importante para justificar esta reforma, sino el hecho de que se devuelve a la comunidad la facultad de participar en la solución de los conflictos, lo que necesariamente conduce a que los ciudadanos entiendan que la justicia es un problema que nos concierne a todos, y que debemos abandonar la actitud litigiosa que nos caracteriza, y que constituye la orientación fundamental de la enseñanza del Derecho. Por otra parte, en la aplicación del Derecho por los ciudadanos, éste acaba introyectándose como patrón de conducta, y a la vez se va enriqueciendo con la forma como cada grupo humano va interpretando sus mandatos.

Sin embargo, ya hemos visto que la tendencia a judicializarlo todo prima sobre cualquier intento de abrir la administración a la comunidad. Basta citar los casos atrás mencionados de la ley 228 de 1995 por medio de la cual se devolvió a los jueces penales municipales el conocimiento de las contravenciones que se le habían asignado a los inspectores de policía, de la ley 294 de 1996, en la que se le asigna a los jueces de familia asuntos que eran de competencia de los comisarios de familia, y la asignación a los jueces de paz del conoci-

miento de las contravenciones, hecha por el Código de Procedimiento Penal.

IX. Resumen y conclusiones

No hay duda que una de las más grandes frustraciones del país ha sido la reforma constitucional de la Justicia. Ella constituyó una de las banderas principales que motivó al pueblo colombiano a adoptar plebiscitariamente la creación de una Asamblea Nacional Constituyente, pero tres años después de la expedición de la nueva Carta, las estadísticas, y el sentir general del país, ponen de presente que en este campo nada se ha logrado, excepto la existencia de una institución, la Fiscalía General de la Nación, que por su estructura jerárquica tiene capacidad de enfrentar la delincuencia organizada. Sin embargo, en el campo de la delincuencia común, la situación es más delicada que antes, y seguramente con una tendencia a hacerse cada vez más grave.

Incidieron en este fracaso de una manera fundamental la filosofía demoliberal que sustentó la reforma constitucional, la que le puso piso jurídico a la corriente garantista del derecho penal, la cual arrasó con toda la

capacidad punitiva del Estado, y acabó de erradicar del orden jurídico colombiano la función policiva, creando un vacío absoluto de presencia del Estado, que han llenado las organizaciones subversivas y los paramilitares.

Se equivocó igualmente el Constituyente al crear una Fiscalía con competencia para investigar todos los delitos, desbordando con ello la capacidad operativa de cualquiera institución, y dejando sin funciones a los jueces ordinarios, que venían conociendo de la investigación y el juicio en los casos de delitos comunes. Igualmente se equivocó la Fiscalía General misma, al abrogarse las funciones de la Policía Judicial, dejando a estos cuerpos sin funciones, sin que le sea posible llenar ella misma ese vacío.

Por último, le hizo mucho daño a la Justicia el intento que hicieron tanto constituyentes como legisladores al tratar de politizar la Justicia, creando un organismo foráneo para su gobierno, haciendo de la Rama Judicial un órgano de cinco cabezas, que, por consiguiente, no puede tener ninguna coherencia en la formulación de su política ni en la realización de sus planes y programas de acción.