

Bogotá, D. C., octubre 6 de 2021

Señor Representante
JULIO CÉSAR TRIANA QUINTERO
Presidente Comisión Primera
Cámara de Representantes
Ciudad

REF: INTERVENCIÓN AUDIENCIA PÚBLICA PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 125 DE 2021 CÁMARA “POR EL CUAL SE REFORMA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES”

Señor Presidente:

En atención a la invitación formulada por la Comisión Primera de la Cámara de Representantes para participar en la audiencia pública referida al proyecto de acto legislativo de la referencia, presento a consideración de esa célula legislativa el escrito de intervención en representación de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

La presente intervención se dividirá en cinco partes: i) reglas sobre organización de la cúpula del poder judicial, ii) ampliación de la oferta de operadores judiciales, iii) establecimiento del precedente judicial como fuente, iv) modificación de términos de la detención preventiva, v) limitación legal de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual del Estado.

i) Reglas sobre organización de la cúpula del poder judicial

Los artículos 4° y 6° a 10° contemplan sobre este tópico la obligatoriedad de la provisión de los cargos de elección por las cortes y el Consejo Superior de la Judicatura por convocatoria pública reglada, la ampliación de la inhabilidad para los mismos cargos y los de elección popular de los magistrados de las cortes y titulares de órganos de control y de la organización electoral a 4 años y de ejercicio profesional y para cargos en el ejecutivo a 2 años, la reducción de las listas de elegibles para las cortes de cierre de 10 a 3 integrantes y la modificación de la distribución de su integración según su origen, el aumento de la edad mínima y la experiencia para ser magistrado de cortes, el incremento del período de los magistrados de 8 a 12 años, la suspensión de magistrados por falta de confianza de las salas plenas de las respectivas cortes, el establecimiento de plazos y mayorías para la elección de las vacantes y el periodo presidencial

en las cortes de dos años, y la elección del Auditor General por el Congreso en pleno y del Procurador General por el Senado de listas de elegibles conformadas previa convocatoria pública.

Consideraciones preliminares

Aunque en principio el diseño institucional de la justicia en Colombia comprende los elementos mínimos para garantizar su funcionamiento independiente, existen reglas sobre los mecanismos de selección, requisitos de ingreso y competencias ajenas al ejercicio de la función jurisdiccional que hacen que esa pretendida independencia carezca de la entidad suficiente como para que, a partir de la misma, se garantice un funcionamiento efectivo del aparato judicial que redunde en una percepción favorable de su legitimidad por parte de los propios actores del sistema.

En esa medida, y sin perjuicio de otros factores que también son relevantes para que la justicia adquiera esa legitimidad, como el proceder ético y eficiente de los jueces y magistrados y los de su personal de apoyo respecto de todos los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, se imponen como necesarias un conjunto de reformas constitucionales a las reglas de diseño institucional, varias de las cuales luego pueden requerir desarrollo legal, que se encuentran previstas en el proyecto de acto legislativo, que tiene vocación para incidir positivamente para alcanzar ese cometido y que se refieren a la eliminación de las funciones electorales de las cortes, el refinamiento del mecanismo de cooptación indirecta, la ampliación del período por el cual son elegidos sus integrantes y el establecimiento de una edad mínima más alta y más años de experiencia para acceder a la respectiva corporación.

Supresión de las funciones electorales de las cortes

La asignación de funciones electorales al Consejo de Estado y a la Corte Suprema de Justicia para la postulación o elección de altos dignatarios de los organismos de control debe ser eliminada, pues esta atribución desdibuja su imparcialidad frente a las demás entidades del Estado, rompe con el principio de separación de poderes y propicia prácticas clientelistas asociadas a tales nominaciones o elecciones, por lo cual se encuentra atendible y conveniente la eliminación de su participación en los procesos de elección del Auditor General y del Procurador General.

No obstante, el proyecto se queda corto en este aspecto, pues también habría que encontrar una fórmula adecuada para reemplazar la participación que actualmente tienen las cortes en la elección del Fiscal General y el Registrador Nacional, cuya solución en todo caso no es fácil, pero existen referentes de otros diseños institucionales que podrían tomarse en cuenta para mejorar lo existente, eliminando el riesgo clientelista y reputacional que recae sobre las cortes.

Refinamiento de la cooptación indirecta

El sistema de elección de los magistrados del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, de cooptación indirecta, está bien configurado para proteger la independencia judicial, al evitar en la escogencia de los jueces de las cortes de cierre la intervención tanto del Ejecutivo como del Legislativo, pero hay demasiada discrecionalidad en el proceso de conformación de las listas de candidatos por parte del Consejo Superior de la Judicatura, de manera que la inclusión en la lista o la propia elección no es ajena al amiguismo o a prácticas insanas de cabildeo o clientelismo.

Ello implica que ya que se están tocando las reglas sobre el número de integrantes de las listas y los plazos y las mayorías para la elección de las vacantes, se debería deferir a la ley estatutaria de la justicia la regulación detallada del procedimiento de postulación y elección de los magistrados del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, de manera que se definan condiciones objetivas para garantizar una escogencia basada en la comparación entre los méritos de los aspirantes y en la constatación efectiva de su procedencia cuando se trate de la academia y del ejercicio profesional.

La ausencia de regulación constitucional y estatutaria detallada sobre el procedimiento para la elección de los magistrados promueve prácticas deslegitimadoras del sistema, en la medida en que, a falta de parámetros objetivos que faciliten y obliguen a la escogencia por comparación entre los méritos de los aspirantes, y en defecto de la realización de un concurso reglado o al menos de pruebas habilitantes o eliminatorias de conocimientos o competencias, terminan pesando en la conformación de las listas y en las propias elecciones factores subjetivos como el conocimiento previo, la recomendación, la amistad, la proveniencia regional, el colegaje o la universidad de formación, sin mencionar los riesgos de clientelización y politización.

Aunque existen reglas propias definidas mediante acuerdo por parte del Consejo Superior de la Judicatura para la convocatoria a los interesados, la verificación del cumplimiento por parte de los inscritos de los requisitos constitucionales para el desempeño del cargo, la selección entre los inscritos habilitados de aquellos que serán escuchados en audiencia pública, la formulación de comentarios u observaciones por parte de la ciudadanía sobre los aspirantes y la conformación de la lista de diez candidatos, no existen parámetros objetivos para establecer la conformación de la lista de convocados a la audiencia pública entre todos los que acrediten el cumplimiento de los requisitos constitucionales, como tampoco los hay para hacer la presentación en la audiencia pública, salvo el tiempo asignado, ni para la confección de la lista definitiva.

De igual manera, los reglamentos de las cortes determinan también la realización de otra audiencia pública para escuchar a los diez candidatos y establecen unas reglas sobre el sistema de votación para la elección, en cuya virtud se adelantan varias rondas para ir filtrando las listas,

reduciendo progresivamente los nombres que se van considerando hasta llegar a la votación sobre un nombre, quien es elegido si alcanza la mayoría de las dos terceras partes de los miembros activos de la corporación, pero no hay ninguna regla adicional que ayude a darle mayor legitimidad a la escogencia.

Por otra parte, el Congreso de la República, al actuar como constituyente derivado y motivado en atender estas percepciones que reflejan un sentir de la opinión pública, dispuso que la conformación tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado debería comprender de manera equilibrada a magistrados provenientes de la academia, del ejercicio liberal de la profesión y de la rama judicial.

No obstante, al no haber sido desarrollada esta previsión en el proyecto de ley de reforma a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que está siendo revisada por la Corte Constitucional, y para dar cumplimiento a su mandato, pues en todo caso esa norma está vigente, el Consejo Superior de la Judicatura mantendrá la práctica de incluir en cada lista a candidatos provenientes de los tres orígenes, determinados por la propia calificación que al momento de inscribirse hagan los aspirantes, conformación que no garantiza que al final las cortes estén integradas de manera equilibrada por magistrados que provengan de la academia, del ejercicio profesional y de la rama judicial.

Si se atendiera de manera adecuada la conformación de las listas en función de ese criterio de origen tripartito establecido por el constituyente, el cumplimiento cabal de esta exigencia ayudaría a conferir mayor legitimidad a las cortes, por la inclusión democrática que representa esa conformación diversa, que aporta visiones sociales distintas sobre el derecho y permite que la jurisprudencia evolucione y refleje las necesidades de la sociedad.

Ampliación del período de los magistrados de las cortes

Otro reparo al régimen actual concierne al período por el cual son elegidos los magistrados de las cortes, pues, aunque en apariencia ocho años es un término amplio, en la medida en que duplica el mandato de las autoridades de elección popular en Colombia, la mayoría de los referentes internacionales contemplan la permanencia vitalicia o hasta la edad de retiro forzoso, lo cual permite consolidar y estabilizar la jurisprudencia, cuya permanente variación por el ingreso permanente de nuevos magistrados a las diferentes subsecciones, secciones y salas atenta contra la seguridad jurídica y es otro factor que mina la percepción de legitimidad de la justicia, por lo cual se comparte el incremento de los períodos de 8 a 12 años.

Aumento de los requisitos para ser magistrado

Hay una consideración generalizada sobre la insuficiencia de los requisitos para ser postulado o elegido magistrado del Consejo de Estado o de la Corte Suprema de Justicia, en la medida en



que, si bien se estima que la exigencia de quince años de experiencia, establecida a partir del año 2015, en lugar de los diez que se requerían antes de esa reforma constitucional, puede ser apropiada, el hecho de que sea experiencia genérica y no específica en el campo disciplinar de la jurisdicción, salvo para los académicos, impide garantizar que en todos los casos el futuro magistrado cuente con la experticia necesaria para un desempeño apropiado del cargo y que el sistema no tenga que asumir el costo de su curva de aprendizaje.

Lo anterior se hace patente porque el proceso de selección no implica la presentación de ninguna prueba o examen ni la demostración expresa de conocimientos, habilidades ni destrezas, por lo cual para la postulación y elección basta con acreditar la nacionalidad, la ciudadanía, la ausencia de antecedentes o inhabilidades, la titulación como abogado y los quince años de experiencia en la academia, en el ejercicio profesional o en la rama judicial, sin requerirse que en las dos últimas categorías aquella haya debido producirse en el ámbito de los asuntos de competencia de la jurisdicción, por lo que, cumpliendo con los requisitos constitucionales, lo que se requiere para ser postulado y elegido es conseguir el apoyo mayoritario de los integrantes del órgano postulante o elector, en los cuales el único factor oficial de cotejo es una presentación de los aspirantes en una audiencia pública.

Además, no hay mecanismos reglados de constatación de la proveniencia, más allá de la auto-calificación del aspirante, especialmente cuando se invoca la condición de académico, pues no se exigen títulos de formación superior de maestría o doctorado, ni publicaciones arbitradas o indexadas, ni tener una vinculación laboral permanente con una universidad, pues basta con dictar alguna clase en cualquier universidad para dar por cumplida la acreditación de esa proveniencia, siendo aquellos factores que deberían pesar en una medición objetiva de los méritos de cada aspirante.

Tampoco hay parámetros que justifiquen la proveniencia del ejercicio profesional, pues no se exige un mínimo de participaciones como apoderado en trámites administrativos, actuaciones prejudiciales ni procesos judiciales, o un mínimo en número y duración de contratos de prestación de servicios de asesoría o consultoría jurídica, por lo que bastaría con haber llevado una asesoría o con haber sido apoderado por una vez para dar cuenta de esta otra proveniencia.

Finalmente, hay la percepción de que el ejercicio de la judicatura a este nivel requiere una especial madurez del juez, que solo se alcanzaría con la edad, por lo cual, dado que la experiencia de quince años permitiría que aún una persona menor de cuarenta pudiera llegar a ser postulada o elegida, además de la exigencia de los años de experiencia, que, como se indicó se reclama deba ser especializada, se plantea la conveniencia de fijar una edad mínima para llegar a la corporación, que podría ser la de cincuenta años como lo pretende el proyecto de acto legislativo.

ii) Ampliación de la oferta de operadores judiciales

Habilitación en el artículo 3° del proyecto de acto legislativo para que los notarios y los centros arbitraje y conciliación pueden ejercer funciones jurisdiccionales.

El proyecto de acto legislativo persiste en el enfoque de que el problema de la congestión judicial se resuelve con la habilitación como operadores judiciales a actores ubicados por fuera de la rama judicial cuando la solución debería ser el fortalecimiento estructural de la misma, acercando al país a los estándares internacionales con los cuales se quiere equiparar como parte de la OCDE, cuyos miembros ostentan una tasa de 67 jueces por cada 100.000 habitantes, mientras que en Colombia ella es de tan solo 11 jueces por cada 100.000 habitantes.

No es con el desmantelamiento de las funciones propias de la jurisdicción como se va a resolver el problema de la congestión; es con una decidida política de fortalecimiento de la oferta institucional de justicia como se contribuirá a una solución de fondo al respecto y por ello la respuesta desde el legislativo debería ser la orden de incrementar progresivamente el número de despachos judiciales a partir un enfoque territorial e interseccional (atención a demanda focalizada de justicia por razones de género, pertenencia étnica, vulnerabilidad), basado en el mapa de necesidades jurídicas insatisfechas, hasta alcanzar los estándares internacionales de los países desarrollados.

iii) Establecimiento del precedente judicial como fuente

Inclusión en el artículo 5° del proyecto de acto legislativo del carácter vinculante del precedente judicial en los términos que establezca la ley, respecto de la cual la propuesta es innecesaria, ya que, sin necesidad de establecerlo en la Constitución, su adopción como fuente formal y no como mero criterio auxiliar de interpretación la puede establecer directamente el legislador, como ya lo hizo para la jurisdicción administrativa.

En efecto, si bien en el ámbito de las jurisdicciones constitucional y administrativa la cuestión del precedente judicial y su carácter vinculante ya han quedado decantados, en lo que concierne al ejercicio de la función judicial en la jurisdicción ordinaria, la cuestión puede ser desarrollada mediante una reforma al Código General del Proceso.

Para tal efecto serían necesarias las siguientes reformas al Código General del Proceso:

- a) Modificar el artículo 7°, que consagra el principio de legalidad, en el sentido de establecer que los jueces, al ejercer su función sometidos al imperio de la ley, tengan en cuenta los precedentes de la Corte Suprema de Justicia y además las restantes fuentes que hoy ya están establecidas, establecer que la regla sobre el apartamiento de la doctrina probable



que actualmente consagra el inciso 2º de este artículo, se aplique al apartamiento del precedente.

- b) Incluir un párrafo adicional en el mismo artículo, que establezca cuáles de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia que tendrían el carácter de precedentes, conservando las restantes la condición de jurisprudencia y por ende su carácter de criterio auxiliar de la actividad del juez.

En ese orden de ideas se podría establecer que se tengan como precedentes las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en las cuales se fije un criterio hermenéutico fundamental que sirva de guía o criterio a todos los jueces para resolver problemas jurídicos similares en el futuro.

Finalmente, con el fin de preservar la estabilidad de los precedentes y por lo tanto contribuir a la seguridad jurídica, sería muy conveniente disponer que para modificar o dejar sin efecto un precedente ya establecido, la nueva decisión deba ser adoptada por una mayoría calificada, que podría ser las dos terceras partes de los miembros de la sala de casación respectiva.

- c) Adicionar el deber que tiene el juez, contemplado en el numeral 6 del artículo 42, de decidir, aunque no haya ley exactamente aplicable al caso recurriendo a la analogía, con la obligación de hacerlo así no haya precedente aplicable, pudiendo recurrir a la analogía no solamente con otras leyes sino también con otros precedentes. Esta mención explícita al precedente le daría alcance al reconocimiento que de su aplicación obligatoria se estatuiría en el artículo 7º.
- d) Adicionar el artículo 333 con un fin adicional de la casación, consistente en asegurar la aplicación uniforme de la jurisprudencia nacional, pues ello garantizaría que el precedente, horizontal y vertical, fuera asumido e incorporado como parte de la cultura jurídica de la administración de justicia en todos sus niveles.
- e) Adicionar en el artículo 336 una causal del recurso extraordinario de casación consistente en haberse dictado la sentencia contrariando uno o varios precedentes de la Corte Suprema de Justicia, pues ello sería consecuencia directa e inmediata del establecimiento legal de su aplicación obligatoria por parte de los jueces.

iv) Ampliación del término de la detención preventiva

Propuesta del artículo 1º del proyecto de acto legislativo de ampliar de 36 a 72 horas el plazo máximo de detención preventiva de una persona antes de ponerla a disposición de un juez, por

razones de distancia o seguridad, según desarrollo por ley estatutaria, y, por otro lado, limitar la duración de la detención preventiva a un máximo de 12 meses.

La primera parte de la propuesta tiene serios visos de ser violatoria de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo cual, de ser aprobada, es muy probable que sea declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

En efecto, conforme al artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, **sin demora**, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319) ha señalado que para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de ser llevado sin demora ante un funcionario judicial es necesario que el control judicial sea **inmediato** como medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, **inmediatez** que tiene particular relevancia cuando se aplica a capturas realizadas sin orden judicial.

Si la regulación constitucional vigente limita a 36 horas el término máximo dentro del cual una persona detenida debe ser puesta a disposición de la autoridad judicial, su extensión a 72 horas atenta contra la inmediatez del control judicial de la detención, implica una regresión respecto de la limitación que hoy está constitucionalmente admitida respecto del ejercicio del derecho a la libertad y con ello afecta el ejercicio del *habeas corpus* al duplicar el término a partir del cual un tercero podría solicitar la liberación del detenido que no haya puesto sido a disposición de la autoridad judicial competente.

v) **Limitación legal de indemnizaciones por responsabilidad del Estado**

Deferencia a la ley del establecimiento de límites al monto de las indemnizaciones e intereses a cargo del Estado por causa de los daños antijurídicos ocasionados a terceros, según lo prevé el artículo 2º del proyecto de acto legislativo.

El planteamiento contenido en la reforma va en contra del derecho que toda víctima de un daño tiene a su reparación integral. La preocupación por los efectos fiscales de las condenas contra el Estado, antes que buscar ser solucionada limitando el derecho a la reparación de los afectados, podría enfocarse en establecer tres líneas de acción que no requieren reformar la Constitución: a) la prevención del daño antijurídico; b) la tramitación oportuna de los procesos judiciales, c) el pago a tiempo de las condenas judiciales.

Ahora bien, lo que sí podría hacerse, como sucede en otras latitudes, y para lo cual se estima que no es necesaria una reforma constitucional, pues así sucede en otros sistemas jurídicos, es



la expedición de una ley que fije estándares normativos para el establecimiento de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, de manera que exista una mucha mayor seguridad jurídica para los operadores de las entidades públicas al momento de decidir sobre la conciliación de una reclamación, y que se limite la amplitud de la decisión judicial sobre la materia, justamente por la carencia de parámetros legales, lo que ha llevado a una construcción pretoriana, y por lo tanto menos estable, de las reglas para el establecimiento de esta clase de responsabilidad.

Con toda atención,

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA

Profesor Emérito

Director Escuela Doctoral de Derecho

Facultad de Jurisprudencia

Universidad del Rosario