



De la serie Espacios Interiores 2000
Clemencia Uribe Restrepo, profesora
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia

CAPACITACIÓN JUDICIAL: TODO PARA CONSTRUIR

RESUMEN

Se plantean dos falencias que el autor observa en un plan de capacitación presentado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia en el Segundo Encuentro de esta institución, celebrado en Medellín entre el 21 y el 24 de noviembre de 2001, basado en la necesidad de atender especialmente dos aspectos, a saber: en primer lugar, la formación política del juez como herramienta necesaria para entender el carácter de Poder Público de la Judicatura, lo mismo que las nuevas tareas que el modelo de Estado (Social de Derecho) que ha sido adoptado por la Constitución Política colombiana en su artículo 1.º le asigna en su tarea de administrador de justicia, lo mismo que la necesidad de conocer y entender la sociedad en la que se desenvuelve como requisito fundamental para darle mayor importancia y pertinencia a la noble labor que cumple y finalmente como elemento fundamental de la consolidación de la independencia judicial, afectada de diferentes maneras, desde dentro y desde fuera del Estado. En segundo lugar, se llama la atención sobre la necesidad de contar con la academia colombiana para mejorar la formación judicial, no solamente en los aspectos dogmáticos sino políticos, de tal forma que se supere cierta "endogamia" presente cuando son los mismos funcionarios judiciales quienes realizan la capacitación de otros miembros de la rama judicial.

Palabras clave: capacitación, poder judicial, política, Estado, academia, administración de justicia, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial.

JUDICIAL TRAINING: ALL TO BE CONSTRUCTED

ABSTRACT

Two failures are stated by the author on the training plan presented by the Administrative Court of the Upper Council of the Judiciary of Colombia at the second meeting of that institution, held in Medellín November 21st to 24th of 2001, based in the need of attending specially two aspects, namely: In first place, the judge's political education as a necessary tool to understand the nature of the Public Power of Judiciary, as well as the new chores that the model of state (Social of Law) that had been adopted by the Political Constitution of Colombia in its 1st article assigns in its task of administrator of justice, as well as the need of knowing and understanding the society in which it develops as a fundamental requirement to give more importance and pertinence to the noble task that it carries out and finally as a fundamental element of the consolidation of the judicial independence, affected in different ways, from inside and outside of the state. In the second place, attention is called over the necessity of counting on the Colombian academy to improve the judicial training, not only on the dogmatic but also in the political aspects, in a way that overcome certain "endogamy" present when is the judicial functionaries themselves who carry out the training for other members of the judiciary.

Key words: training, judicial power, politics, State, academy, justice administration, Upper Council of the Judiciary, Judicial School.

* Profesor asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

CAPACITACIÓN JUDICIAL: TODO PARA CONSTRUIR¹

En el presente artículo pretendo plantear lo que considero fundamental en la formación del juez, en la actividad de la rama judicial al inducir y capacitar a sus miembros, y en el aporte que las facultades de derecho pueden brindar a los futuros jueces en su proceso de formación académica.

Para elaborar este escrito se tuvo como referente el documento del Consejo Superior de la Judicatura y de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla que contiene la propuesta de formación judicial en Colombia para los años 2001 y 2002.² En él se destaca su referencia a los jueces que han estado vinculados al sistema judicial (algunos por muchos años) y además se piensa en la formación de aquellos que por primera vez acceden o accederán al servicio judicial. Se plantean en la propuesta temas importantes en la formación de los funcionarios judiciales, relativos a filosofía del derecho, interpretación y argumentación jurídicas, derechos humanos, acción de tutela, informática, entre otros.

Se pretende, desde una perspectiva de modernización de la justicia, capacitar al Juez para realizar su trabajo de la mejor manera posible, con las mejores herramientas jurídicas, una tarea fundamental en cualquier Estado, más aún en uno como el nuestro que se define hoy como Estado Social de Derecho (artículo 1.º de la Constitución Política).

Es muy positivo que se dirija la capacitación a los subalternos judiciales y a los jueces de paz. Ellos también participan del proceso de funcionamiento del Estado (en una de sus ramas del poder público) y de la sociedad (destinataria de los servicios que debe ofrecer el Estado), son también actores fundamentales dentro de la estructura general del proceso de producción de decisiones que permiten solucionar conflictos jurídicos.

No obstante, cabe plantear dos preguntas a los funcionarios encargados de la administración y de la capacitación de los jueces y funcionarios judiciales:

1. ¿Cuáles otros contenidos debe incluir la formación de los funcionarios judiciales?
2. ¿Quién o quiénes deben también participar en el proceso de formación de los jueces?

1 Una primera versión del presente artículo fue presentada como ponencia para El Segundo Encuentro del Consejo Superior de la Judicatura, realizado en Medellín entre el 21 y 23 de noviembre de 2001, dentro del panel: La formación del juez.

2 República de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Plan Anual de Capacitación y Capacitación de la rama Judicial 2000-2001*. Bogotá D. C.: Impreso por Ágora Editores Limitada. Noviembre de 2000. 101 p.

Frente a la primera pregunta, cabe decir lo siguiente para tratar de contestarla:

La propuesta de capacitación judicial que presenta la Rama Judicial es útil y puede producir un impacto muy positivo en la formación académica de las personas encargadas de administrar justicia en Colombia. Sin embargo en la propuesta no han sido planteados temas de vital importancia tales como la teoría del derecho, la teoría de la función judicial y la teoría general del proceso, amén de otras no propiamente jurídicas pero trascendentales a la hora de garantizar al juez una adecuada formación académica para entender mejor su trabajo y las tareas que se espera cumpla en una sociedad en crisis como la nuestra.

Los contenidos presentados en la propuesta de la Escuela Judicial y del Consejo Superior de la Judicatura no son suficientes para garantizar la consolidación de la independencia judicial, para apoyar la conformación de un verdadero *poder* judicial, es decir, un verdadero tercer poder del Estado (al lado y al mismo nivel de los demás), que tenga capacidad para cumplir la tarea política de control de los demás poderes y además servir de garante real de la vigencia de los derechos constitucionales.

Cabe preguntar, en primer lugar, si ¿existe alguna reflexión colectiva, de la misma administración de justicia, sobre lo que significa ser un poder público concreto, vivo, fuerte, unificado, con capacidad de resolver asuntos importantes y tener vida en una sociedad y en un Estado como el nuestro? ¿Se han planteado los administradores de justicia (y los administradores de la administración de justicia) si realmente estamos frente a un verdadero *poder público* o simplemente, se asume que es un asunto sobre el cual no se justifica discutir hoy, precisamente porque está plenamente establecido, esto es, aclarado?

¿Sería adecuada esta posición? ¿Existe claridad en la Judicatura de Colombia y en la sociedad sobre que el sistema judicial en general es realmente un *poder público* y como tal tiene las condiciones, características y potestades de los demás poderes públicos? ¿Puede decirse que en Colombia hay un claro equilibrio entre los poderes públicos para colaborar armónicamente y con independencia en el cumplimiento de los fines para los cuales está constituido el Estado? ¿Tienen los jueces capacidad de autorreconocerse como poder público y además reconocer que, a diferencia del ayer, cuando el juez era considerado solamente como la “boca de la ley” (según palabras de Montesquieu) y se le exigía una mirada retrospectiva a la actividad del legislador para resolver un caso concreto, y que actualmente se le exige hacer realidad unos derechos consagrados constitucionalmente y para ello debe interpretar la norma fundamental, aplicarla de la mejor manera posible para que esos derechos fundamentales sean una realidad en cada caso que le corresponde estudiar? ¿Es consciente la judicatura de que hoy el desarrollo de la tarea

que se asigna a la Justicia hace que sean cada vez más diluidas las tradicionales líneas de separación entre legislación, administración y jurisdicción?³ Es consciente la judicatura de las nuevas tareas que le implica el modelo de Estado acogido por la nueva constitución política, esto es, el Estado Social⁴ de Derecho, tal como lo dice el artículo 1.º constitucional?

¿Es consciente la judicatura de que hoy tiene la posibilidad de participar activamente en el proceso de definición de políticas públicas y que por tanto cuenta con nuevos poderes, nuevas tareas y por ello su existencia e importancia son superiores a como eran antes de la Constitución Política de 1991? ¿Saben los jueces que realmente hoy tienen mayores espacios de discrecionalidad en sus decisiones que les permiten nuevas competencias, nuevas tareas y funciones? ¿Es consciente la judicatura de que las nuevas instituciones deben convertirla en un interlocutor válido, respetable (con cosas para decir, aportar y exigir), de los demás poderes públicos y como tal, puede lograr mejores beneficios para sí y sus integrantes en aspectos tan importantes como la asignación de presupuesto, definición de salarios y prestaciones, definición de condiciones mejores de funcionamiento, poderes concretos para el ejercicio de sus funciones, presentar proyectos de ley, exigir determinadas decisiones al ejecutivo o al legislativo, entre muchas otras? ¿Sabe el poder judicial, que está hoy constituido en un verdadero actor político y como tal debe ser reconocido por los demás poderes públicos, acatado, respetado y protegido, pues ahora el juez tiene mayores oportunidades de hacer oír su voz? ¿Es

3 Sobre este punto puede verse además a:

a. GUARNERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Madrid: Taurus, Grupo Santillana de Ediciones, 1999. 209 p. En especial, puede leerse la introducción, pp. 15 a 30.

b. SARAZA PADILLA, Rafael. “Las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial”. Ponencia dentro del XI Congreso de Jueces para la democracia. Santander, España. 7-9 de noviembre de 1996. En: *Jueces y Política. Memorias del XI Congreso de Jueces para la democracia*. S.E. S.e. 1996. 167 p.

4 Algunos trabajos importantes que ayudan a delimitar lo que significa (el alcance) del nuevo modelo de Estado pueden ser:

1.º GALLEGU MÉNDEZ, María Teresa. “Estado Social y crisis del Estado”. En: *Manual de Ciencia Política*. Rafael del Águila, editor. Madrid: Editorial Trotta S.A., 1997. pp. 107-137.

2.º LUCAS VERDÚ, Pablo y Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. “Manual de Derecho Político”. España: Editorial Tecnos S.A., 2.ª ed. 1990. 330 p. Aquí especialmente los capítulos III de la segunda parte denominado “El Estado Demoliberal” (pp. 67-81) y Capítulo Único de la tercera parte, denominado “La crisis del Estado Social” (pp. 113-121).

3.º SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. “Introducción al Estado Constitucional”. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1.ª ed. 1993. 315 p. En especial los capítulos 5 “El Estado Social” (pp. 139-154) y 6 “La crisis del estado Social” (pp. 155-178).

4.º CAMINAL BADÍA, Miquel. “Manual de Ciencia Política”. España: Editorial Tecnos S.A., 1996. (en especial la parte III: “El Estado Democrático y Social” (pp. 177-260).

consciente el poder judicial de su papel en una democracia y en especial, de que un poder judicial fuerte es elemento fundamental para hacer fuerte esa democracia ya que en esta los derechos fundamentales son una realidad concreta, es decir, no se quedan en la mera consagración normativa (especulativa)?

Lo anterior entonces debe llamar a la reflexión en términos de lo que ahora nos ocupa. Puede preguntarse nuevamente: ¿es del interés de la misma rama judicial la capacitación de los jueces en aspectos tan importantes como los que aquí se plantean?. Como consecuencia de lo anterior, ¿Es conveniente al Estado que los jueces sean conscientes de las nuevas capacidades y responsabilidades que hoy se les asignan por el Estado Constitucional de Derecho (entendido este como la “versión jurídica” del Estado Social de Derecho)?

Si analizamos la propuesta de capacitación que se presentó por el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, podríamos afirmar que no aparece por ninguna preocupación sobre estos importantes aspectos. ¿Será que estas reflexiones no se dan en el interior de la misma rama judicial, o lo peor, será que se quiere deliberadamente que no se den esas reflexiones como una estrategia de mantener un poder judicial controlado (o arrodillado)? ante los demás poderes del Estado?⁵ Las preguntas deben hacerse entre los mismos jueces y magistrados, fundamentalmente, pero toda la sociedad debe tener interés en ello.

Desde hace mucho tiempo se habla en Colombia de la modernización de la justicia como una necesidad urgente para sacarla de una aparente crisis. Esa modernización se ha entendido de una manera, a mi modo de ver, instrumental, es decir, dirigida fundamentalmente a contar con recursos informáticos (*software* y *hardware*), conexiones a Internet, mejor dotación de las oficinas, una preocupación individual y colectiva sobre la eficiencia y la eficacia de su labor, una revisión de los códigos (principalmente procesales) para agilizar los trámites judiciales, la introducción de mecanismos alternos de solución de conflictos como la conciliación y el arbitraje, entre otros, la actualización en asuntos sustantivos y procesales propios de cada una de las especialidades judiciales, todo ello como estrategia para lograr la agilidad de la gestión, sin dejar de atender las relaciones del equipo

5 Vale la pena citar acá las palabras de Valeriano Hernández Martín: “La presencia inevitable de estos factores de erosión del mandato general dictado por el poderoso (el legislador, se aclara) hacen que el juez sea la institución idónea para ofrecer resistencia a la aplicación de la norma y en definitiva a la voluntad política. Si una oposición política utiliza adecuadamente estos factores, se pone de manifiesto que el juez tiene el enorme poder de decir, en última instancia, qué es lo que ordena la ley. Si se controla al juez se controla realmente el contenido de la norma. He aquí por qué el órgano judicial llega a compatibilizar dos funciones en principio incompatibles, la de “obedecer”, al poder político aplicando la norma dictada (función administrativa) y la de “desobedecer” como contrapeso político, el mandato contenido en la norma (función política)” (p. 36). En: *Independencia del juez y desorganización judicial*. 1.ª ed. Madrid: Editorial Cívitas y Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991. 213 p.

de trabajo en los despachos judiciales y entre los diferentes niveles de administración de justicia, algunos de ellos presentes en el proyecto de capacitación que presentan las entidades encargadas de la capacitación judicial, como es el caso de “el juez director del despacho” y “optimización del talento humano”, que si bien son muy importantes, no enfrentan el problema de fondo, es decir, no abordan el verdadero problema de la modernización de la justicia.

La modernización de la justicia no hay que buscarla sólo en esos aspectos tan instrumentales, es decir, tan exteriores al juez mismo y al sistema judicial en general. Pareciera que la preocupación fuera solamente buscar condiciones para mayor eficiencia de la gestión, facilitar las condiciones para la toma de decisiones, pero para nada que el juez se piense a sí mismo y que se piense como parte de un poder público, que no se piense en función de sus nuevas tareas y sus nuevas responsabilidades en el contexto de un Estado Social de Derecho y su expresión jurídica como Estado Constitucional de Derecho.

Creo entonces que la tarea de la capacitación judicial, si bien es cierto los elementos hasta ahora propuestos son útiles, debe avanzar hacia la *formación política del juez*, como única forma de garantizar su verdadera modernización y la del sistema judicial en general.

Para muchos la pretensión de la formación política del juez puede afectar la necesaria imparcialidad con la que debe actuar en el cumplimiento de sus funciones. Pero, debe tenerse en cuenta que una cosa es la imparcialidad y otra bien diferente es su **neutralidad**. Si bien es cierto al momento de decidir un proceso cualquiera el juez no puede tener como elemento de su decisión sus afinidades políticas (su carácter de miembro de un partido político o el profesamiento de alguna específica ideología política) para beneficiar o perjudicar a alguien con una decisión (con base en lo cual se argumenta su presunta apoliticidad), ello no implica que el juez no pueda tener convicciones políticas y que por tanto, al momento de la interpretación de una norma o al momento de resolver algún asunto concreto en el que no exista norma plenamente aplicable o resolver un vacío de la legislación o en el ordenamiento jurídico (que por lo demás no es ni puede ser completo, como se predicaba anteriormente por el positivismo jurídico) el juez necesariamente expresará sus convicciones políticas de acuerdo con la forma como interprete la ley, llene el vacío legal o haga la adecuación de las normas al caso concreto que le corresponde juzgar. Hoy la tarea del juez no es un mero silogismo, es decir, aquella operación intelectual que supone que la sentencia es el resultado de un razonamiento lógico cuya premisa mayor es la ley y la premisa menor es el caso particular juzgado.⁶

6 En forma crítica dice Capella lo siguiente: “El sistema de tribunales trata de afirmar la *neutralidad* estatal en la vida social. Lo cual es una petición de principio, pues da por supuesto que la propia

La tarea del juez no es hoy tan simple, a pesar de que la tarea interpretativa y los instrumentos o mecanismos con los que ella se realiza (el conjunto de cánones y reglas de interpretación de las normas, los principios, tópicos, juicios de valor aceptados por los abogados, la doctrina académica, etc.) se formaron durante mucho tiempo a partir de la concepción de la actividad judicial como un silogismo. Ello resultaba funcional a la idea de que la tarea del juez no debía oponerse a la seguridad jurídica y a la certeza que el sistema económico requiere para un mejor funcionamiento.

Hoy se debe aceptar como un hecho cierto y absolutamente indiscutible el carácter político de todo el derecho (incluyendo obviamente el llamado derecho privado) y su función redistributiva. El derecho como tal no es imparcial, no es neutro, pues obedece a unas directrices propias del sistema económico (que valga decirlo de una vez, es el que hoy más que nunca domina al Estado, al derecho y al mundo) que a través de los diferentes mecanismos políticos se concreta en las normas, o mejor, en las leyes, que por este aspecto ya pierden su calidad de presunta imparcialidad derivada de su generalidad. Por otro lado, el derecho mismo no es justo en sí mismo, pues a pesar de su pretensión de neutralidad y generalidad, no es posible ser justo cuando el derecho obedece a una lógica de mercado, capitalista y se expide en una sociedad de grandes y marcadas desigualdades estructurales.

Como dice Capella:

Las normas jurídicas establecen esquemas de distribución de cargas. Ello ocurre hasta en las instituciones aparentemente menos políticas, como la familia: hasta allí llega hoy sin embargo, el cuestionamiento político del derecho. Pues el derecho de familia existente es —por ejemplo— un esquema que tiende a juridizar toda relación de convivencia, aunque no existan

legislación que aplican es socialmente neutral. Inicialmente se impuso una concepción de la actividad de los jueces y magistrados teorizada por Montesquieu según la cual los tribunales no añaden nada al derecho: su función es limitarse a ser —según la expresión consagrada— la mera *boca de la ley*.

Se pretende, pues, que la ley habla por la boca de los magistrados cuando estos deciden controversias específicas y que los juzgadores no añaden nada al derecho legislado (o al consuetudinario aceptado por el legislador. Con independencia de que se defendiera esta tesis simplista para mantener la verosimilitud del relato político moderno, con la ley como emanación de la voluntad general, de ella nació una de las interpretaciones más peregrinas de la actividad de juzgar que imaginarse pueda: la llamada concepción *silogística* de la decisión judicial que hizo fortuna en la doxología jurídica.

La idea del *silogismo judicial* supone que la sentencia es el resultado de un razonamiento lógico de tipo silogístico cuya premisa mayor, universal, está constituida por el enunciado de la ley; la premisa menor, particular, por el enunciado de los hechos, de lo que se infiere como conclusión un enunciado que aplica a lo descrito en la premisa menor la cualificación jurídica contenida en la mayor". (cursivas en el texto, pp. 144-145). CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y el Estado*. Madrid, España: Editorial Trotta. 296 p.

hijos, imputando deberes a sujetos débiles —mujeres y menores, sobre todo—, y limitando o negando derechos a quienes no se acogen o no se pueden acoger a la normativa familiar (las uniones de hecho). Más en general: todo el derecho contemporáneo, desde las normas más generales hasta las sentencias judiciales, puede ser analizado en términos de política, y en particular de política económica, para poner de manifiesto la distribución de cargas que realiza entre los distintos grupos y sujetos sociales.⁷

Por su parte, dice así García Pascual frente a la aparente separación entre derecho y política:

Como es sabido, el positivismo jurídico ofreció a la teoría política del estado de derecho un conjunto de conceptos jurídicos en los que apoyarse o sobre los que construirse. En este sentido es en el que se afirma que la crisis del Estado de Derecho se desarrolla paralelamente a la superación del positivismo jurídico. Tal destino paralelo pone en crisis una de las distinciones conceptuales típicas del formalismo jurídico, la distinción entre el mundo de la política y el mundo del Derecho.

Para el positivismo jurídico la diferencia entre la política y Derecho presupone una previa distinción entre las esferas separadas del Estado y de la sociedad. La sociedad requiere un Derecho, un conjunto de reglas con las que ordenar la vida en comunidad, reglas, por otra parte, formuladas desde el ámbito de la política. Al Estado desde ese ámbito le corresponde, además de la creación de las normas, el monopolio y los mecanismos de imposición del Derecho. En la dicotomía entre política y Derecho, entre Estado y sociedad, al jurista y en concreto al juez, actor del derecho, le compete coherentemente una función, por cuanto jurídica, eminentemente técnica y alejada de cualquier tipo de valoraciones morales, políticas o económicas. Desde la doctrina jurídica se declaraba, sin reparos, la neutralidad y apoliticidad del juez. De algún modo, en el formalismo positivista se confundía el deseo o la aspiración de un juez *bouche de la loi* con la realidad de la función de juzgar. En este sentido, y como indica Dieter Simon, los grandes esfuerzos por mantener la división conceptual, poco realista, entre el Derecho y la política, partían de la ilusión de creer que a través de la división de los conceptos se puede lograr también la partición de las funciones: por un lado los administradores del Derecho, por otro lado los administradores de la política. Pero este "paraíso de las distinciones artificiales", como ha sido denominado por el jurista alemán, no tardará en derrumbarse. El juez político ocupará el lugar en el que antes se encontraba el juez neutral.⁸

7 CAPELLA, J. R. "Fruta Prohibida". *Ob. cit.* p. 202.

8 GARCÍA PASCUAL, Cristina. *Legitimidad democrática y poder Judicial*. España: Edicions Alfons el Magnànim. Generalitat Valenciana. Diputació Provincial de Valencia, 1996. 327 p. En la p. 149, en esta cita, se refiere al texto del alemán SIMON, Dieter. *La Independencia del juez*. Barcelona, Editorial Ariel: 1985. 193 p.

En sentido semejante se pronuncia en otro aparte Dieter Simon cuando afirma:

El juez político es el abominable usurpador del trono que hace poco era ocupado por el juez neutral. El juez neutral, es decir, el juez apolítico, es parte sustancial de la misma visión sociopolítica de la que provienen el silogismo de la justicia y el concepto abstracto-general de la ley. El constitucionalismo había dividido Derecho y Política en dos esferas diferentes y antitéticamente confrontadas. Esta trascendente concepción correspondía a la dicotomía entre estado y sociedad... Ya para Marx la ley era tan solo el instrumento con el que el "legislador" hace de sus "ideas políticas" una realidad social. En la versión teórico-sistemática más reciente, reza así el concepto: el legislador formula el programa finalístico, y el juez se halla en el programa condicional; la justicia dicta fallos programados, y el poder legislativo fallos programables.⁹

La apoliticidad del juez (y con ella su carácter "técnico") sigue siendo, no obstante, un defendido principio que se pretende coincidente con su imparcialidad e independencia, modelo este que la misma historia se ha encargado de desvirtuar, no solamente en América, como en el caso de la magistratura argentina y chilena, principalmente en los tiempos de las dictaduras, lo mismo que las judicaturas brasileña y mexicana. La colombiana, especialmente en las altas Cortes, no está muy lejos de una situación similar.¹⁰

Lo que ocurre es que la supuesta apoliticidad del juez resulta un cómodo expediente para hacer a la Judicatura funcional al sistema ideológico y político vigente, precisamente so pretexto de la imparcialidad de su función y de la generalidad (e imparcialidad) de la ley que corresponde aplicar.

Ferrajoli ha dicho que:

aunque insostenible en el plano teórico, la tesis de la apoliticidad sigue siendo todavía el principio indiscutido y más celosamente guardado por el bagaje ideológico del juez medio... Todo esto no debe causar sorpresa. La

9 SIMON, Dieter. *La independencia del juez*. Traducción de Carlos Ximénez-Carrillo. Barcelona, España, Editorial Ariel: 1985. 193 págs. Capítulo V "El juez político" pp. 107-129. La cita corresponde a las páginas 107-108.

10 Al respecto puede verse a BERGALLI, Roberto. "La quiebra de los mitos. Realidades de la independencia judicial y de la selección de los jueces en Latinoamérica". En: *Revista Nuevo Foro Penal*. N.º 55. Enero-marzo de 1992. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, pp. 51-69. También: SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. "La prevalencia del ejecutivo en la reforma judicial. En: *Nuevo Foro Penal*. N.º 55. Enero-marzo de 1992. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, pp. 41-50. Además: RICO, José María. "Justicia Penal y transición democrática en América Latina. Siglo XXI Editores, 1.ª ed. 1997. 315 p. En particular aquí debe verse el capítulo VI sobre "El sistema judicial", y dentro de él el tema de la independencia judicial, tratado a partir de la página 178.

razón de tan obstinada resistencia de la mayoría de los jueces a una toma de conciencia tan elemental como la del carácter ilusorio de su profesada apoliticidad no es ciertamente una aversión intelectual frente a una adquisición teórica, sino el reflejo de una concreta posición política. Ser apolíticos o declararse tales no significa en efecto estar fuera o encima de la política, sino aceptar pasivamente los valores políticos o ideológicos dominantes, por cuya virtud el poder es siempre apolítico, mientras políticas son sólo las oposiciones.¹¹

Por el contrario, debe hoy sostenerse que el juez debe ser un funcionario sólidamente formado, no sólo en cuanto a sus conocimientos jurídicos (debe mantenerse la importancia de su formación dogmática, pues necesariamente ella será la base de su decisión, complementada por una adecuada formación teórica en derecho, es decir, en la teoría del derecho, la filosofía del derecho, la sociología del derecho, la ciencia política y en general las ciencias sociales en cuanto se relacionan con el derecho), sino que también y principalmente, debe ser *políticamente formado*. Sólo de esta manera podrá ser un juez independiente e imparcial, podrá reconocer la ideología que desde el Estado se le pretende imponer (incluida la de su necesaria apoliticidad y su carácter técnico), podrá adoptar una actitud crítica frente al poder, al Estado, a las instituciones, a las normas que le corresponde aplicar, podrá ser un verdadero garante de los derechos fundamentales de aquellas personas que comparecen al proceso que le corresponde resolver y en fin, sólo de esta forma, con una sólida formación política, el juez podrá reconocerse como un poder público, como un funcionario independiente (independencia personal, propia del siglo XIX, y los nuevos desarrollos de la misma, esto es la independencia colectiva¹² y la independencia interna) en sí mismo, ajeno a presiones de diferente tipo (públicas o privadas), consciente de su papel en la sociedad, de la importancia de su tarea de garante de los derechos concedidos a la sociedad.

De esta manera, con su formación política, podrá comprender además la problemática social que le corresponde enfrentar y en la que le corresponde ejercer su función, y podrá valorar la capacidad propia y de la institución a la que pertenece para enfrentar los problemas cuya solución se le asigna, amén de que podrá descubrir permanentemente los fines ocultos perseguidos por los otros poderes cuando le asignan competencias a los jueces en asuntos problemáticos en los que en realidad no tienen ninguna capacidad para ofrecer soluciones estructurales o de fon-

11 FERRAJOLI, Luigi. "Magistratura democrática y el ejercicio alternativo de la función judicial". En: *Política y Justicia en el estado capitalista*. Barcelona, España: Editorial Fontanella, 1978. p. 201. Citado por RICO, José María. *Justicia penal y transición democrática en América Latina*. México: Siglo XXI Editores. 1997. 315 p. (la cita corresponde a las páginas 200-201, nota 231).

12 GARCÍA PASCUAL, Cristina. "Legitimidad democrática y Poder Judicial". *Ob. Cit.* p. 162.

do, podrá cumplir su función creadora (y por tanto dinamizadora) del derecho, podrá asumir la defensa de los derechos subjetivos de las personas (una de sus más clásicas funciones), entender el alcance de los nuevos derechos colectivos o difusos que hoy se reconocen en nuestra Constitución Política (sobre los cuales existe una permanente preocupación ciudadana, en búsqueda de la justicia material) y conocer y entender lo que la sociedad espera de su función.

De la misma manera podrá asumir con seriedad el control de constitucionalidad difuso que hoy se aplica en Colombia (por esta vía se asume un control del legislador ordinario o extraordinario), podrá entender la relación existente, no solamente entre política y derecho sino entre estos y la economía y podrá ver el alcance que ésta tiene como verdadero poder (difuso y en algunos casos oculto pero real y efectivo, incluso con carácter supraestatal), podrá asumir las tareas que le corresponden en el control de la administración pública¹³ y con ella de cada vez más intereses públicos, podrá entender el fenómeno de la “hiperinflación normativa” y los distintos desarrollos del principio de legalidad y su impacto sobre las funciones que se le asignan, amén de que podrá enfrentar la función de solución de conflictos que se presenten entre órganos superiores del Estado y tendrá la capacidad para, fortalecida su independencia, tomar decisiones que vayan en contra de los fines o intereses políticos del ejecutivo o del legislativo, a los cuales debe controlar.

Con estas nuevas funciones y con esa formación jurídica y principalmente política, la judicatura podrá constituirse en un verdadero poder del Estado, dejará de ser una mera “administración de justicia”, entendida como “aplicación de la ley a un caso concreto” y podrá constituirse igualmente en un contrapoder¹⁴ que permita equilibrar las fuerzas políticas, hasta ahora desiguales.

13 Sobre el tema del control de la administración pública por parte de la judicatura pueden verse dos obras del profesor Eduardo García de Enterría. Son ellas: *Democracia, jueces y control de la administración*. 3.ª ed. Madrid, España, Editorial Civitas: 1997. 340 p. Y: *La Lucha contra las inmunidades del poder en El derecho Administrativo*. Madrid, España, Editorial Civitas: 3.ª ed. 1983. 99 p.

Puede verse también sobre el tema al profesor argentino José Roberto Dromi en su obra *El poder judicial, en la Constitución, en la crisis, en la democracia*. Tucumán, Argentina: Ediciones UNSTA (Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino Católica de Tucumán), 1982. 287 p.

14 Entre las funciones que se han asignado al juez existen dos muy importantes que le permiten constituirse en un contrapoder, a saber: el control de constitucionalidad, ejercido en nuestro caso por todos los jueces pero en especial por la Corte Constitucional. Además, existe la facultad del control sobre los demás poderes frente a su gestión por la vía de la responsabilidad penal que les cabe a los parlamentarios y los miembros del ejecutivo, control ejercido en primer lugar por la Corte Suprema de Justicia (recuérdese que fueron llamados a indagatoria los 111 integrantes de la Cámara de Representantes que votaron en 1996 favorablemente la absolución del presidente Ernesto Samper de los cargos de enriquecimiento ilícito por haber permitido la entrada de dineros provenientes del narcotráfico en su campaña presidencial en 1994), pero también a otros niveles de la administración por otros miembros de la Rama Judicial. Sobre este tema puede leerse a: GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. 1.ª ed. Barcelona, España: Editorial Ariel. 1996. 279 p.

Por otro lado, no debe olvidarse que el derecho es expresión de la política y hoy al juez se le reconoce una función creadora de derecho¹⁵ (puesto que la ley no es la única razón de la decisión jurídica), lo que bien expresa el carácter político, reconocido por la más moderna teoría de la función judicial.¹⁶ En conclusión puede decirse que el juez debe ser político, es político y debe ser políticamente formado como garantía de imparcialidad e independencia y ello como muestra clara de su carácter de *poder público*.

Esas nuevas funciones que se atribuyen a los jueces, lo mismo que el mayor margen de discrecionalidad de los jueces en la interpretación, aplicación y creación del derecho, llaman la atención sobre dos problemas estrechamente relacionados. Son el de la *legitimidad* y el de la *responsabilidad* del juez. La función judicial como función del Estado es analizada en términos de su justificación (legitimidad) y de su limitación (responsabilidad), más ahora que entre las tareas asignadas se encuentran unas de importancia política, como la del control al legislador (órgano mayoritario, de elección popular y de representación popular) por el juez (no elegido popularmente) y la calidad de intermediador (y por tanto definidor en algunos aspectos) de los conflictos que se presenten entre instancias políticas.

15 Dice García Pascual, luego de plantear la decadencia del positivismo jurídico y el surgimiento de tendencias antiformalistas como la “jurisprudencia sociológica”, “el realismo jurídico” y la “jurisprudencia de intereses”, entre otras, tesis estas que parten de “una misma intuición o viven de un mismo descubrimiento: el descubrimiento de la insuprimible e innegable necesaria libertad del jurista en la “búsqueda del derecho”. Es decir, la existencia de un margen de elección personal responsable que no puede ser eliminado ni por la codificación más exhaustiva y que no puede ser colmado con las operaciones puramente lógicas de la metodología clásica. El antiformalismo... pone en evidencia, en definitiva que el papel del juez es más difícil y complejo de cuanto se había pensado y que el juez es más responsable, moral y políticamente, de sus decisiones de cuanto habían sugerido las doctrinas tradicionales... La mayoría de juristas y filósofos del derecho reconocen en nuestros días un cierto grado de creación judicial del derecho, pero parte del consenso en torno a la evidencia de dicha creación se basa en la ambigüedad de la propia expresión “los jueces crean Derecho”. Así, bajo este enunciado se encuentran de un lado los defensores de las tesis más extremistas, aquellos que asimilan, prácticamente, la actividad judicial a la función legislativa o que afirman, incluso, que la labor de los jueces representa el principal momento de creación del derecho, una creación que además se reivindica autónoma. De otro lado la expresión “los jueces crean derecho” cobija también la moderación de aquellos, entre los cuales nos encontramos, que se niegan a abandonar las mejores conquistas del Estado de Derecho, es decir, que consideran, por ejemplo, que la creación judicial del derecho es compatible o tiene cabida en la teoría del ordenamiento jurídico”. *Ob. cit.*, pp. 150-152.

16 Puede afirmarse que en realidad siempre ha existido la función de creación de derecho en el juez, sólo que se ha querido ocultar bajo la supuesta calidad de “boca de la ley” y su carácter técnico y neutral. Ello por cuanto los jueces nunca han sido autómatas, ni la ley se ha ocupado de todos los detalles que son necesarios para acomodarla a un caso concreto. Estos márgenes de libertad que se generan en la aplicación de la ley y que hacen propicia y necesaria la interpretación por el juez, es en realidad de menor amplitud que la libertad creadora del derecho que tiene el legislador, pero al fin y al cabo son espacios de libertad en los cuales el juez se mueve para resolver un caso concreto, y es en esa decisión no solamente donde crea Derecho, sino en donde se expresa su carácter político.

Siguiendo nuevamente a García Pascual, entendemos por legitimidad la cualidad que se atribuye a cualquier institución jurídico-política en cuanto a su reconocimiento como un dominio y por tanto su aceptación como sujeto capaz de dictar órdenes que deben obedecerse. De ahí que se asocie esa legitimidad con la justificación del poder mismo.

Este asunto no fue siempre de interés, pues podría decirse que dada la naturaleza de las funciones que cumplían los jueces (ser la “boca de la ley”, es decir, aplicar una ley general a un caso concreto por la vía del conocido silogismo judicial) su justificación o su legitimidad estaba garantizada en tanto la ley (supuestamente general, abstracta, imparcial) era el origen de su justificación, pues ella debía ser “actualizada” al ser aplicada al caso concreto. Al estar legitimada la ley (expresión del trabajo del legislador por su carácter de emanación de la voluntad general) esa legitimidad (de tipo formal) se proyectaba sobre quienes la aplicaban y la función misma de aplicarla (no debe olvidarse que para Kelsen la legitimidad proviene de la legalidad y conceptúa que la justicia y el derecho son la misma cosa, esto es, que lo “justo” es lo “legal”), sin necesidad de una legitimidad material o consensual.

Argumentando sobre esta misma cadena de legitimación, cabría preguntar ¿qué ocurre cuando, como hoy en Colombia, la legitimidad del órgano legislativo y la expresión de su trabajo, la ley, están seriamente deslegitimados, fuertemente cuestionados en cuanto a su justificación y frecuentemente la sociedad trata de operar al margen de la legalidad emanada de ese organismo de elección popular? En fin, ¿qué debe hacer el juez cuando se presenta una situación de deslegitimación de la ley y de quien la expide y es de esa misma ley de donde proviene su propia legitimidad?

Las teorías modernas sobre el derecho (ante la desformalización del mismo) y la función judicial superan ese formalismo reduccionista y de ahí que sea necesario modificar el concepto positivista de legitimación, llamando la atención sobre el problema de la falta de legitimación democrática del juez, esto es, la falta de participación ciudadana en su designación y más aún, la falta de expresión de la voluntad popular en el resultado de su gestión, esto es, la sentencia.

De ahí que se haya propuesto para países como el nuestro que la forma de concederle legitimidad al poder judicial sea la de disponer su elección popular para que de esa manera adquieran la misma legitimación que se concede al legislativo y a no pocos funcionarios del ejecutivo.

Ello parte de la base, equivocada según muestra la experiencia permanente, que efectivamente los funcionarios elegidos representan la voluntad popular y que por tanto frente a ellos existe un consenso o aceptación mayoritario entre la población, lo cual no es así. Aquí cabe insistir sobre algo ya dicho: basta una mirada a

las instituciones parlamentarias (y nuestro país es paradigma de ello) para darse cuenta, por un lado, que los elegidos son cada vez más los representantes de determinados sectores de opinión y no de la mayoría o de la generalidad de los electores (a pesar de que nuestro artículo 133 constitucional establezca que ellos representan **al pueblo**), y por otro lado, que de las instituciones políticas del Estado, el mayor descrédito (y por ello ilegitimidad por falta de reconocimiento) se asigna al parlamento en su conjunto, esto es, la corporación en pleno, la cual no puede expresar una voluntad general cuando, como decíamos, sus miembros proceden de determinados sectores de opinión, aquellos que financian sus campañas, ofrecen su respaldo y obviamente esperan su retribución durante el ejercicio del cargo y ello se expresa en las propuestas legislativas que se presentan, en la votación de otras propuestas, en los pactos con otros sectores de opinión o partidistas y en últimas en el resultado de su trabajo, esto es, en la ley, la que pierde así una de sus características esenciales, la generalidad, y asociada a ella la imparcialidad.

Cosa semejante puede decirse, no sólo de la corporación sino de los parlamentarios (individualmente considerados) que en varios casos han ido a parar a la cárcel por irregularidades en el proceso de acceso a sus cargos o en la gestión cumplida (por ejemplo, por enriquecimiento ilícito). Otros, no pocos, han perdido su investidura por otras irregularidades, como es el caso de quienes violan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Así las cosas, no puede decirse ahora que es suficiente la formalidad que aparece consagrada constitucionalmente (artículo 133 de la C. P. de 1991) de que el parlamento y sus integrantes representan no a quienes los eligieron, sino a la totalidad del pueblo (o de la nación, como antes se decía). En esto, la realidad dista mucho de la citada formalidad, lo que a su vez hace poner en duda que sea precisamente la elección popular la fuente mayor de legitimidad para cualquier poder.

Esto hace que la desventaja que se atribuye a la legitimidad de la judicatura en cuanto a que su forma de designación no es por elección popular, si se le compara con el parlamento o incluso al ejecutivo, es menor de lo que se estima o incluso no existe, pues la elección popular por sí misma no agrega nada a la legitimidad del poder, aunque debiera hacerlo si se cumplieran todos los requisitos y condiciones formales y materiales que en una democracia se establecen para este tipo de elección.

Hoy, esa legitimidad supera la mera formalidad de la elección popular para exigir que ella se busque en el funcionamiento de las instituciones así conformadas y en el estudio crítico del trabajo de las personas elegidas, a fin de darle un contenido y sentido material. En conclusión, no basta el presupuesto formal de la elección popular para garantizar la legitimidad de ningún poder público. Contrario sensu, no puede decirse que por no ser elegido por el voto popular, se carece de legitimidad por parte del juez.

Ferrajoli¹⁷ considera que la legitimidad del poder judicial se debe establecer a partir de dos fuentes, una formal y otra sustancial. La formal estaría dada por la clásica sujeción a la ley, es decir, por el respeto al clásico principio de legalidad. Así, el poder judicial será legítimo en la medida en que se adecue a la ley, aunque esta postura no garantice la calidad de verdadero poder en el judicial, que así se puede calificar como “poder nulo”, semejante a como ocurría en el siglo XIX.

La legitimidad sustancial o social, para Ferrajoli, se manifiesta en la función de garantía de los derechos y en la solución de los conflictos intersubjetivos que se asigna a la judicatura. Es coincidente con la transformación del Estado de Derecho en Estado Constitucional, en la medida en que en éste se establece una primacía de la Constitución Política y, como ya se ha dicho, se asigna a los jueces la función primordial de garantizar y proteger los derechos establecidos en la norma superior (de ahí que hoy estén consagradas acciones especiales, de rango constitucional, cuyo destinatario es el juez, como son la acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares, amén de la facultad de no aplicar normas que estén en contravía con las normas superiores, esto es, el control de constitucionalidad difuso), lo cual constituye al juez en un poder suficiente para controlar a los demás poderes públicos en todo aquello que afecte, limite, haga desaparecer o, en todo caso, entorpezca la plena eficacia de los derechos reconocidos constitucionalmente a todos los ciudadanos.

Las dos citadas fuentes de legitimidad del juez, que nada tienen que ver con la elección popular de los jueces, exigen de su parte independencia e imparcialidad. La sujeción a la ley (legitimidad formal) y el carácter cognitivo de la labor judicial (su labor se dirige a la búsqueda de la verdad) excluye la importancia de la voluntad o los intereses de la mayoría. Igualmente, la tarea de los jueces de proteger y garantizar los derechos fundamentales (que son individuales) hace que frente a ello carezca de importancia el principio de las mayorías, más aún cuando su labor al hacer realmente vigentes esos derechos puede ir en contra de las mayorías, pues la ley (expedida por la mayoría, representada en el parlamento) no podría afectar ninguno de los derechos constitucionales y si lo hace, el juez puede ejercer sus poderes para “hacer respetar” esos derechos constitucionales, esto es, hacer prevalecer la Constitución, todo lo cual puede hacerlo *motu proprio* (cuando observa en un caso concreto que tiene bajo su conocimiento que se da una violación de un derecho fundamental o una norma constitucional) o a petición de los interesados.

17 FERRAJOLI, Luigi. “Democrazia e potere giudiziario. I paradossi dello stato di diritto”, *Ragion Pratica*, N.º 1, 1993. pp. 143 y ss. Citado por GARCÍA PASCUAL, Cristina. *Legitimidad democrática y poder judicial*. Ob. cit., p. 176.

Pero, estas no se consideran las únicas fuentes de legitimación del poder judicial. Otras que Cappelletti¹⁸ denomina “virtudes pasivas” de los jueces, se introducen como elementos, si bien cercanos a la legitimación formal, con amplio sentido y contenido de legitimación material. El autor italiano considera que estas son aquellas reglas procesales que exigen del juez su actuación como un tercero superior a las partes (es decir, su imparcialidad) esto es, que al decidir una controversia cualquiera, él no sea partícipe con algún interés ni que esté sometido a presiones de ninguna clase.

Así mismo, se exige que el proceso judicial tenga carácter contradictorio, o sea que los intervinientes tengan efectivamente la posibilidad de ser oídos por el juez y que se les brinden iguales oportunidades de controvertir las alegaciones o afirmaciones en su contra, esto es, que se les permita ser oídos en el respectivo juicio, lo cual incluye la posibilidad de probar y contraprobar en beneficio de sus argumentos y pretensiones y en ataque a las de las demás partes o sujetos procesales. Finalmente, considera el autor italiano que es necesario que el juez tenga en todo el proceso un papel pasivo, es decir, que el proceso no se inicie y adelante oficiosamente, sino que la actividad del juez sea motivada por la actividad (o acción) de un actor interesado, lo cual es la base del proceso acusatorio.

Otras “virtudes” pueden adicionarse a las anteriores, como la obligación de argumentar o motivar las decisiones, para lo cual es necesario un estudio detallado y una respuesta clara a los argumentos y peticiones de las partes, lo mismo que una explicación de los motivos por los cuales se acogen determinadas pruebas y se rechazan o sopesan de determinada manera otras. Además, un respeto sin límites a la presunción de inocencia en todo momento del proceso penal, cuando de ello se trate, pues a pesar de que existan diferentes evidencias de que el acusado ha cometido una conducta típica (por ejemplo, al ser capturado en flagrancia) ello por sí sólo no es suficiente para afirmar, como se hace frecuentemente y con ligereza por los funcionarios instructores, la responsabilidad penal del individuo. Situaciones como la flagrancia y otras que van debilitando la presunción de inocencia solamente permitirán un juicio de responsabilidad en la sentencia, lo que implica un compromiso del juez de respetar la presunción de inocencia en todo momento del proceso y solamente hacer afirmaciones de responsabilidad en el único momento en que ello es posible, esto es, en la sentencia.

Podría incluirse aquí también como base de la legitimidad del juez (penal) otra “virtud pasiva” como es el respeto a la libertad del imputado. Ello para no come-

18 CAPPELLETTI, M. “Giudici Legislatori?”. Milán. Giuffré. 1984. p. 66. Citado por GARCÍA PASCUAL, Cristina. Ob. cit., p. 177.

ter arbitrariedades e incluso, para no equivocarse, pues se trata de un derecho fundamental lo que está en juego y ello amerita que el juez sea exageradamente riguroso al momento de decretar o mantener la prisión preventiva (o cualquiera otra medida de aseguramiento) o al definir la adecuación típica de las conductas investigadas o las penas aplicables o incluso, al momento de analizar situaciones como la captura para determinar si ella fue legal o no, a fin de introducir los correctivos del caso o cuando va a conceder los conocidos "subrogados penales" consagrados en nuestro Código Penal.

El juez también debe tener en cuenta en todo momento de su intervención en un proceso que éste busca, por un lado, eliminar la posibilidad de reacciones privadas contra el demandado o acusado, es decir, disminuir el arbitrio de los particulares al "aplicar justicia por propia mano", sea por parte de la víctima, los afectados, sus familiares o de la sociedad misma.

El proceso debe concebirse por el juez, además, como un sistema de garantías, el cual está instituido para todos los intervinientes aunque en el proceso penal principalmente para el procesado y en esa medida se constituye en un límite a la arbitrariedad y al capricho de la contraparte y del Estado (representado por la Fiscalía General de la Nación) y del juez y de los otros sujetos procesales.

De la misma manera el legislador (ordinario o no) al construir el proceso debe tener en cuenta estas limitaciones, de tal manera que se relacione la manera de juzgar con el grado de civilización (y con ello de libertad) existente en un determinado país. Así las cosas, el juez deberá reconocer y respetar todas las garantías procesales concedidas en beneficio del implicado, para lo cual deberá conocerlas, determinar los alcances que se les han dado (por la misma ley) y al momento de aplicarlas será mejor que les reconozca una aplicación e interpretación extensivas.

Esto significa que la actividad del juez no puede ser arbitraria, no puede ser libre, pues debe hacerlo dentro de unos precisos cauces procesales de la ley, entendidos en sentido sustancial, en los cuales descansa la esencia de la actividad judicial, sin que el hecho de que el juez pueda decidir con base en principios como la equidad, la justicia material, y otros reconocidos por la teoría del derecho pero no exactamente coincidentes o normatizados en el derecho positivo, desdiga de la naturaleza de su actividad jurisdiccional. Por el contrario, serán fuente fundamental de su legitimidad.

Para García Pascual la legitimidad interesa en cuanto relacionada con una democracia, caso en el cual ella proviene también de fuentes materiales o sustanciales y formales, entendiendo que la legitimidad material

viene constituida por la vinculación o por el cumplimiento de los principios, valores y normas, tanto morales como jurídicos, que forman el orde-

namiento del que deriva una concepción de la función judicial como valedora de los derechos del individuo y de la constitucionalidad de las normas. La fuente de legitimidad formal sería, más que la sujeción a la ley (como quiere Ferrajoli), que en realidad es una fuente de legitimación material, la sujeción del juez a unos límites procesales en su actividad.¹⁹

Se aparta aquí de Ferrajoli para acercarse a Habermas, para quien las propiedades formales del derecho en general deben buscarse sobre el plano de la institucionalización jurídica de los procedimientos, los cuales deben regular discursos jurídicos que resulten permeables a argumentaciones morales. Así, dice Habermas, es posible basar la legitimidad en la legalidad. La legitimidad de la legalidad entonces surge de la estrecha relación de los procedimientos jurídicos con la argumentación moral obediente de la propia racionalidad procedimental.²⁰

En cuanto al problema de la *responsabilidad* del juez, debe decirse que ella se ha clasificado de diferentes maneras, esto es, responsabilidad civil, penal, disciplinaria y la más importante para estos efectos es la responsabilidad política. En principio el Estado debe asumir responsabilidad (llamada administrativa) por los hechos que causen daños antijurídicos a los ciudadanos, en virtud del principio de que el daño debe resarcirse y del principio de igualdad de los particulares frente a las cargas públicas. Esta es conocida como responsabilidad del Estado por su actividad lícita. También el Estado debe responder por los daños antijurídicos que causen sus agentes (responsabilidad por la actividad ilícita del Estado) y debe repetir, esto es, reclamar de sus funcionarios (si actuaron dolosamente o con grave culpa) el pago de los perjuicios que causen con su actuar, según lo establecido por el artículo 90 constitucional. Esta norma fue desarrollada para el caso de los funcionarios judiciales por los artículos 65 y 71 de la Ley 270 de 1996 o ley estatutaria de la Administración de Justicia.

En cuanto a la responsabilidad penal, es la derivada de la ejecución de alguna de las conductas establecidas en el Código Penal, particularmente los delitos cometidos en ejercicio del cargo, esto es, en primer lugar los delitos "contra la administración pública" y los delitos "contra la administración de justicia", pero en segundo lugar muchos otros que pueden afectar personas en particular o grupos integrados por personas individuales. Sería el caso de los homicidios, lesiones, secuestros, torturas, etc. que puedan cometer los funcionarios públicos. En estos casos, la responsabilidad penal de los funcionarios lleva aparejada su responsabilidad civil, pues todo delito que se cometa puede acarrear perjuicios a un particular que

19 GARCÍA PASCUAL, Cristina. *Ob. cit.* p. 178.

20 HABERMAS, Jürgen. "Morale, Diritto, Politica". Traducción italiana de L. Ceppa. Turín: Einaudi. 1992. pp. 17-18. Citado por GARCÍA PASCUAL, Cristina. *Ob. cit.* p. 178.

no está obligado a soportarlos, razón por la cual se deducirán paralelamente ambas responsabilidades.

La responsabilidad disciplinaria tiene como objetivo el control por la misma administración de justicia del funcionamiento y la gestión de los funcionarios judiciales. Es una responsabilidad de tipo administrativo, la cual puede aplicarse en forma simultánea a las otras dos que se han mencionado.

En cuanto a la responsabilidad política del juez, debe pensarse inicialmente en lo difícil que ha sido hasta ahora que se entienda su sentido. Ello porque tradicionalmente se ha entendido que los jueces, al no ser ellos elegidos popularmente, no tienen responsabilidad política, siendo esa forma de elección la que se ha tenido siempre como base de la responsabilidad política. Esto significa que el juez, al no ser elegido popularmente (por la vía de las elecciones y como expresión de una votación mayoritaria), carece de responsabilidad política.

Para Ferrajoli el modelo de juez electivo, esto es, el juez responsable políticamente frente al electorado, que como ejemplo se expresa hoy en Estados Unidos cuando se establece la elección popular de los jueces estatales, no se encuentra acorde con sus planteamientos sobre la legitimidad judicial pues para él no debe el juez ser representante de mayorías y considera que el consenso de mayorías no solamente no es necesario sino perjudicial "para el correcto ejercicio de sus funciones de averiguación de la verdad y de tutela de los derechos fundamentales de las personas juzgadas por él".²¹

Esto por cuanto al necesitar de la confianza popular para ser reelegido, él buscará, con toda seguridad, satisfacer las demandas ciudadanas al resolver los casos sometidos a su juicio, sin importar que ello no sea realmente apegado a la ley o a la Constitución, pues no siempre las mayorías demandan el cumplimiento de las normas que pueden convertirse en incómodas cuando de asuntos particulares se trata. El juez que así actúa pierde su imparcialidad, pero de esa manera pierde también su legitimidad. Por el contrario, puede el juez no ser reelegido, sin ser su actuación irregular, pues la ciudadanía o las fuerzas políticas tenderán a "cobrarle" de esa forma su independencia, su aplicación de la Ley y la Constitución, su carácter de garante de los derechos fundamentales de las personas que por él son sometidas a juicio. Más grave resulta el asunto en sociedades con partidos únicos (como Cuba) o con hegemonías partidistas fuertes (como México hasta la elección del actual presidente Vicente Fox).

Igual cosa ocurre cuando el juez es elegido por su representación política, es decir, elegido por los mismos partidos políticos o por los órganos de representación

21 FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón". *Ob. cit.* p., 595.

política (parlamentos). Es lo que ocurre en Colombia, por ejemplo, con la elección de los miembros de la Corte Constitucional (art. 239 de la Constitución Política y art. 44 de la Ley 270 de 1996) que son elegidos por parte del Senado de la República y los miembros del Consejo Superior de la Judicatura (sala disciplinaria) que son elegidos por el Congreso Nacional (art. 254 nral. 2 de la Constitución Política y 76 de la Ley 270 de 1996). Frente a ellos, sea que su origen sea parlamentario o gubernamental, existe una relación de confianza política o profesional que desdice de su independencia.

Dice al respecto Ferrajoli, después de citar el caso de los jueces ingleses y norteamericanos, que:

Es claro que en estos casos la integración en el sistema político y la lesión al principio de división de poderes es todavía más patente que en el sistema del juez electivo... en ellos la independencia del juez resulta fuertemente comprometida por los filtros políticos que excluyen preventivamente del acceso a la función a quienes no se caracterizan por su adhesión a los valores consolidados, por las verdaderas y propias progresiones o promociones a que los jueces están sujetos, por los vínculos ideológicos y de solidaridad política y cultural que ligan a los jueces con las clases de gobierno.²²

Queda entonces un tercer modelo, el juez elegido por concurso de méritos, como es el caso colombiano, y la responsabilidad que le puede caber. Para Ferrajoli este carece de responsabilidad política por estar por fuera de los procesos de selección que lo vinculan con las instancias políticas o con los demás poderes del Estado. Particularmente se refiere a los jueces italianos actuales, en donde existe concurso pero no existen jerarquías entre ellos, esto es, una carrera judicial como la que hoy se conoce en Colombia.

No acierta el profesor italiano ya que en ello debe andarse más lento. Veamos:

Si se concibe la responsabilidad política únicamente en relación con la elección popular o con las afinidades o relaciones entre los jueces y los partidos políticos o las instancias de poder tradicionalmente político, esto es, el legislativo o el ejecutivo, tiene razón el citado autor italiano, profesor de la Universidad de Camerino. Pero, a mi juicio resulta un estrecho concepto de responsabilidad política que no puede aplicarse hoy entre nosotros.

En las condiciones actuales de nuestro país, con una Constitución Política recientemente expedida (1991) en trance de ser desarrollada y con las grandes expectativas que ha generado en la sociedad, con la gran cantidad de tareas que asigna y

22 FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón". *Ob. cit.* p., 596.

que implica para la judicatura colombiana (entre ellas la de defensa de los derechos fundamentales de todo aquel que recurra a ella o la de ejercer control sobre los demás poderes a través de acciones como la de constitucionalidad), cuando se le entrega a los jueces una gran responsabilidad en el proceso de creación del derecho, cuando, a pesar de ser desacreditada por problemas como la congestión y la impunidad (reconocibles no solamente en el campo penal sino en las otras ramas del derecho) es casi el único espacio con algún grado de credibilidad y legitimidad para una sociedad que busca ávida soluciones a sus problemas, cuando el Estado hace una gran inversión (que dicho sea de paso ha aumentado en los últimos años en forma considerable, principalmente desde 1992 cuando se puso en funcionamiento la Fiscalía General de la Nación) de recursos públicos en su funcionamiento, cuando hemos dicho que el derecho, aplicado por la judicatura es esencialmente político y que además la rama judicial debe dejar de ser un poder neutro para constituirse en lo que es, un verdadero poder público, resulta imposible hablar de una falta de responsabilidad política del juez.

Es que, precisamente el Estado ha sido conformado o constituido por la sociedad como un instrumento necesario para satisfacer sus necesidades. Si él se divide en tres ramas diferentes, todas ellas tienen origen o carácter político y por ello mismo, tienen todas ellas, incluida la rama judicial, responsabilidad política. Esa responsabilidad política está fundamentada, para todas las ramas del poder público, en el cumplimiento de las funciones que se les han asignado y en caso de no hacerlo, en caso de no cumplir las tareas y los fines para los que fueron creados, pues no podrá menos que exigirse de ellas una responsabilidad política, la cual, hay que decirlo de una vez, tiene una estrecha relación con el concepto, también político, de la legitimidad, entendido como se dijo antes, como justificación del poder de que se trata. Si no se cumple con esa expectativa ciudadana, con las tareas y fines para los que un órgano determinado fue creado, no puede decirse que el órgano se justifique, es decir, no es legítimo y al cuestionarse la legitimidad se está demandando una responsabilidad que es política, dado el origen político del órgano mismo.

Estos argumentos se pueden aplicar a la jurisdicción pues ella no es menos política que otros órganos del Estado. Veamos lo que dice Bedoya Giraldo al respecto:

En la tradición más importante de la teoría estatal, la jurisdicción se asume, pues, como independiente del poder político, en cuanto se considera que no debe estar sujeta a los intereses e influencias de aquel; se considera, también, que su labor debe ejercerse con un criterio estrictamente técnico jurídico de evaluación de las actuaciones de los individuos y de las instituciones a la luz de la normatividad vigente, sin tratar, con ello, de influir en el devenir político ni dejar que éste determine la forma o el contenido de los actos jurisdiccionales.

Todo ello, sin embargo, se halla suficientemente lejos de suponer que deba el "poder judicial" separarse absolutamente de "la política"; pues, bajo cualquier perspectiva que se lo mire, se encontrará vinculado a ésta, como una manera de contribuir al logro de los fines que, desde la política, la sociedad se propone²³ (p. 72).

Y más adelante afirma el mismo autor:

El Estado es una conformación política; como tal, todos sus estamentos y elementos adquieren un papel y una responsabilidad que se define como política. No existe por ello ningún organismo estatal que no adquiera responsabilidad política. Luego, tal y como la producción de la norma y sus reglamentos y la producción y ejecución de los actos administrativos se hallan sujetas al cumplimiento de los propósitos e intereses políticos de la sociedad —y en tal virtud se ejercen diferentes controles que el juego político ha concebido para ello: elecciones, censura, juicio político, etc.—, igualmente la función jurisdiccional se encuentra condicionada por el objetivo final que se halla a la vista de la organización estatal en su conjunto (p. 78).

Y luego concluye:

Puede decirse entonces que, en primer lugar, el juez al juzgar o fallar no está "simplemente" aplicando el derecho o las normas, sino actuando en nombre del poder vigente que es, en todo caso, poder político. Se trata entonces, de una "táctica política" —como dice Foucault— y de ello se deriva, por tanto, la responsabilidad política de quien la ejerce. Que se llegue a afirmar que esa responsabilidad es en frente del estado, es decir, del derecho, y no en frente de la sociedad, es otra cosa y ello ameritaría una discusión, pero hay indudablemente, una responsabilidad política en el juez (p. 82).

El mismo Ferrajoli²⁴ (también citado por Bedoya Giraldo) parece admitir la responsabilidad política del juez, sin decirlo expresamente, cuando llama la atención de su carácter de controlador de los distintos órganos del poder por diferentes vías, a saber: el control constitucional sobre los actos del legislativo, el control por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos de la administración, y el control por el juez penal de los actos de todos los integrantes de los poderes públicos. Si ese control que es una de sus tareas no se cumple, resulta obvio que a una instancia de origen político se "demande" responsabilidad política.

23 BEDOYA GIRALDO, Húbed. "La responsabilidad política de la jurisdicción". En: *Estudios Políticos* N.º 11. Julio-diciembre de 1997. Revista del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Medellín. pp. 63-84.

24 Ferrajoli, Luigi. "El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad". En: *Corrupción y estado de derecho. El Papel de la Jurisdicción*. Perfecto Andrés Ibañez, editor. Editorial Trotta. Madrid, España. 1.996. pp. 15-29.

Sobre la base de que queda claro que **sí existe responsabilidad política de los jueces**, considero necesario responder a la pregunta no resuelta por Bedoya Giraldo respecto de quién es el que puede demandar responsabilidad política del juez. A mi modo de ver no es el Estado mismo a través de sus demás órganos (legislativo y ejecutivo) pues ello haría fácil que los jueces perdieran su independencia, pues al ser objeto de cuestionamiento, control y hasta censura por parte de los otros poderes públicos, ellos querrán controlar, influir o señalar las decisiones que en las instancias judiciales se deben tomar, lo cual no es adecuado dentro de un Estado como el de derecho.

Tampoco puede considerarse que es el Estado a través de sus órganos de control (Procuraduría y Contraloría) el que puede demandar la responsabilidad política de los jueces, pues su labor es estrictamente jurídica y solamente en ese ámbito debe permanecer.

Creo, entonces, que quien puede demandar la responsabilidad política de la judicatura es la misma sociedad, la cual debe estar atenta al funcionamiento de la rama judicial, debe estar atenta al cumplimiento de sus fines, debe demandar de ella sus servicios y realizar una veeduría permanente de todo su accionar. Ello, que si bien para algunos (incluidos los mismos jueces) puede poner en entredicho su independencia, no es así si contamos con un juez sólidamente formado no solamente en aspectos jurídicos (como ya se dijo antes) sino también y *principalmente en aspectos políticos* como los ya mencionados en otro lugar. Sólo un juez consciente de su carácter de poder político puede mantener y defender su independencia y ella es precisamente una de las tareas que debe cumplir. De él depende entonces que se respete su independencia, pero a su vez de él depende la legitimidad (aceptación, reconocimiento y justificación) en la sociedad. La responsabilidad política y la legitimidad están así estrechamente ligadas.

En estos términos se encuentra suficientemente **justificada la necesidad de la formación política del juez**, razón por la cual debe incluirse en el programa de capacitación judicial que presentan los organismos encargados de tal tarea. Además, el juez debe preocuparse por mejorar su formación en este aspecto, complementario de la formación jurídica, todo lo cual le ayudará a responder mejor a las necesidades sociales frente al trabajo del poder judicial.

Frente a la segunda pregunta planteada al comienzo de este escrito, esto es, ¿quién o quiénes deben participar (también) en el proceso de formación de los jueces?, se puede decir lo siguiente:

La propuesta presentada por las instancias encargadas de la capacitación del personal Judicial en el “plan anual de formación y capacitación para la rama judicial 2000-2001” resulta útil, en la medida en que, como se ha dicho, los jueces requie-

ren de la formación que allí se propone, pero, como hemos dicho, ello es sólo una parte de la necesaria formación del juez. Además, se propone que se establezca un proceso de autoformación en la ama judicial, es decir, que la capacitación sea un proceso en el que participen casi exclusivamente los mismos jueces y magistrados, los cuales, “sin dejar de ejercer sus funciones”, se convertirán en multiplicadores de lo aprendido en su propia experiencia y en los cursos de formación para multiplicadores.

Por supuesto que dentro de la rama judicial hay grandes personalidades de reconocimiento nacional e internacional en su formación jurídica, sea en aspectos sustantivos o procesales y por ello es lógico que la misma rama judicial puede y debe contar con ellos como los llamados naturales a participar en esos importantes procesos. Obviamente, ellos con su experiencia y su preparación (formación) deben ser unos excelentes formadores de otros compañeros. Más aún resultan útiles cuando en el mismo documento antes citado se dice expresamente que se busca orientar los programas de capacitación judicial hacia la práctica judicial, es decir, a lo que es el trabajo diario en cada despacho.

Sin embargo, allí podemos ver dos problemas:

En primer lugar, no se ha reconocido para nada lo que hasta ahora se ha dicho respecto de la formación política del juez. Pareciera que no se reconoce su importancia o que se pensara, por el contrario, que es un peligro tener jueces políticamente formados y por ello nada se hace para tenerlos de esas características. Es necesario un replanteamiento de la estrategia formadora. Se han presentado suficientes argumentos para demostrar que el juez que exige nuestro Estado Constitucional de Derecho, expresión jurídica del Estado Social de Derecho es un juez completamente diferente a aquel “boca de la ley” y que por ello el sistema judicial debe participar en el proceso de su propia transformación. Las experiencias de otros países, especialmente europeos, es bastante útil en este sentido, pues allí existen pasos muy avanzados en la constitución del juez político y no por eso ha dejado de haber democracias como sistemas de gobierno estables, si es que se piensa que fortalecer el juez (contrario a lo que aquí se ha afirmado) debilita la democracia en la que al menos formalmente vivimos.

En segundo lugar, creo que es necesario permitir la participación en la capacitación judicial de personas ajenas al sistema judicial. Me refiero fundamentalmente a la *academia* representada en la intelectualidad presente en las universidades colombianas. Bastaría citar algunos ejemplos para reconocer que en ellas existe una intelectualidad de diverso tipo, de diferente formación, que podría ayudar con grandes aportes en el proceso formativo de ese nuevo juez que hemos demandado aquí. No hacerlo, no contar con profesores, académicos puros de las universida-

des, resulta un grave error si se piensa que la formación o autoformación puede conducir a una suerte de *autismo* intelectual que no dejará ver lo positivo que se discute, elabora, analiza y desarrolla en otros espacios.

Creo que la formación del juez también es objeto de preocupación de la intelectualidad y que en otros espacios se puede aportar en tan importante proceso. Al fin y al cabo, a todos nos interesa el desarrollo de la judicatura y compartimos con sus directivas el interés de mejorar la calidad y la eficiencia dentro del sistema judicial, de tal manera que *juntos* podemos hacer más grande a la rama judicial.