

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque
ético, deontológico
y preventivo



COMISIÓN NACIONAL DE
**Disciplina
Judicial**



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque
ético, deontológico
y preventivo



COMISIÓN NACIONAL DE

**Disciplina
Judicial**



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Memorias **2022**

Memorias 2022

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Presidente Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Diana Marina Vélez Vásquez

Vicepresidente Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Magda Victoria Acosta Walteros

Magistrados Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Alfonso Cajiao Cabrera

Juan Carlos Granados Becerra

Carlos Arturo Ramírez Vásquez

Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo

Julio Andrés Sampedro Arrubla

Secretario Judicial Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Emiliano Rivera Bravo

Comité Editorial Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Despacho de presidencia

Oficina de prensa

Autores

Presidente Comisión

Nacional de Disciplina Judicial

Diana Marina Vélez Vásquez

Magistrado Comisión

Nacional de Disciplina Judicial

Alfonso Cajiao Cabrera

Ministro, Superior Tribunal

de Justicia. Argentina

Eduardo D. Fernández Mendía

Vicepresidente Grupo

Iberoamericano de la Magistratura

Francisco de Asís Silla Sanchis

Magistrada Corte Constitucional

Paola Andrea Meneses Mosquera

Secretario General de la

Conferencia de Ministros de Justicia

de los Países Iberoamericanos

Enrique Gil Botero

Procurador delegado, presidente Sala Disciplinaria de Instrucción
Luis Francisco Casas Farfán

Doctor en Derecho, catedrático y tratadista en la materia
José Rory Forero

Procuradora tercera delegada para la Casación Penal ante la Corte Suprema de Justicia
Paula Andrea Ramírez Barbosa

Corredactor del Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica
Manuel Atienza Rodríguez

Magistrado promotor de la acción disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial. España
Ricardo Conde Diez

Expresidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho
Rodolfo Luis Vigo

Profesor Universidad de Valencia, Derecho Constitucional
Rubén Martínez Dalmau

Directora CENDOJ

Paola Zuluaga Montaña

División de Publicaciones

y Divulgación

Juan Francisco Garavito Suárez

ISSN: 2954-9868

Editor

Consejo Superior de la Judicatura
Calle 12 No. 7-65

Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Diciembre de 2022

Bogotá - Colombia

CONTENIDO

CAPÍTULO 1. ASPECTOS GENERALES

Comisión Nacional de Disciplina Judicial	11
---	-----------

Magistrados Comisión Nacional de Disciplina Judicial	13
--	----

Magistrados Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial	20
---	----

Presentación

Deontología y ejercicio de la profesión de abogado

Alfonso Cajiao Cabrera

Magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial	23
---	-----------

Introducción

Derecho Jurisdiccional Disciplinario

Diana Marina Vélez Vásquez

Presidente Comisión Nacional de Disciplina Judicial	27
---	-----------

CAPÍTULO 2. ARTÍCULOS ARGUMENTATIVOS

Adyacencias en la persona del juez y del derecho disciplinario

(ocurrencias de un juez austral, producto de soliloquios vespertinos)

Eduardo D. Fernández Mendía

Ministro, Superior Tribunal de Justicia. Provincia de La Pampa, Argentina	37
---	-----------

Reflexión Liminar	38
--------------------------	-----------

1. Derecho administrativo disciplinario de referencia	39
---	----

2. Circunstancias ad extra y disruptivas	40
--	----

3. Elenco Incompleto de circunstancias vecinales	41
--	----

Epílogo	48
---------	----

Principios de ética judicial en España: pasado, presente y futuro

Francisco de Asís Silla Sanchis

Magistrado (España)

Vicepresidente Grupo Iberoamericano de la Magistratura (UIM)	51
--	-----------

Introducción	52
---------------------	-----------

1. Código ético para la carrera judicial	55
1.1. Código ético: principios	56
1.2. La comisión de ética	56
2. El futuro	60
Conclusiones	61
Referencias	62

**Mora judicial (retardo excesivo), desde una mirada constitucional:
la importancia del plazo razonable, límite normativo y ético**

Paola Andrea Meneses Mosquera
Magistrada de la Corte Constitucional

67

Introducción **68**

1. La Corte Constitucional frente al fenómeno de la mora judicial	71
1.1. Primera etapa de la jurisprudencia: los años noventa (1992-1999). Establecimiento de los fundamentos teóricos de la doctrina constitucional sobre la mora judicial	71
1.2. Segunda etapa de la jurisprudencia: el decenio de los años dos mil (2000-2010). Esquematización de los criterios para evaluar la justificación de la mora judicial y aparición de la razonabilidad del plazo	77
1.3. Tercera etapa de la jurisprudencia: la primera mitad del segundo decenio de los años dos mil (2011-2016). Necesidad de distinguir las dilaciones justificadas de las dilaciones injustificadas. Reglas aplicables a estas y aquellas	83
1.4. Cuarta etapa de la jurisprudencia. Estado actual de la doctrina constitucional sobre la mora judicial. Reglas vigentes	86
Conclusiones	94
Referencias	96

Retos y desafíos, propuestas para una justicia oportuna

Enrique Gil Botero
Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia
de los Países Iberoamericanos (COMJIB)

101

Introducción **101**

1. La mora en la resolución de los conflictos es equivalente a la denegación de justicia	103
--	-----

2. ¿Pueden sistemas basados en inteligencia artificial sustituir al juez?	108
---	-----

Régimen probatorio del código general disciplinario

Luis Francisco Casas Farfán

Procurador delegado

Presidente Sala Disciplinaria de Instrucción

109

Introducción

109

1. Marco general del sistema probatorio disciplinario	110
1.1. Inspección disciplinaria	111
1.2. Negación de pruebas	111
1.3. Pruebas por comisionado	112
1.4. Prueba trasladada	113
1.5. Controversia de la prueba	113
2. Los medios de prueba en particular	114
2.1. Confesión	115
2.2. Testimonio	117
2.3. Peritación	119
2.4. Inspección disciplinaria	120
2.5. Documentos	121
2.6. Indicio	122
Conclusiones	122
Referencias	122

Aportaciones de la teoría de las relaciones especiales de sujeción al derecho disciplinario jurisdiccional, administrativo y delegado, colombiano

José Rory Forero

Doctor en Derecho, catedrático y tratadista en la materia

125

Introducción

125

1. La relación especial de sujeción como categoría dogmática del derecho disciplinario jurisdiccional, administrativo y delegado colombiano	127
1.1. La noción univoca de las relaciones especiales de sujeción	127
1.2. El vínculo del servidor público con el Estado	128
1.3. Interpretación acertada de la Constitución Política en las relaciones especiales de sujeción	128
1.4. La consagración de las relaciones especiales de sujeción en la jurisprudencia colombiana es acertada	130

1.5. Valoración del servidor público en las relaciones especiales de sujeción	132
2. Nuevos fundamentos en las relaciones especiales de sujeción	133
Conclusiones	135
Bibliografía	136

Inteligencia artificial y sus aportes al derecho sancionador

Paula Andrea Ramírez Barbosa Procuradora tercera delegada para la Casación Penal ante la Corte Suprema de Justicia	141
--	------------

Introducción

1. La inteligencia artificial y sus dimensiones jurídicas	142
2. La inteligencia artificial y las responsabilidades derivadas de su aplicación	145
3. Ejemplos de inteligencia artificial aplicados al derecho	149
4. Inteligencia artificial, Big Data y sus aportes	151
5. La revolución tecnológica y sus aportes al derecho sancionador	154
6. Retos y desafíos de la inteligencia artificial, Big Data en el derecho sancionatorio	157
Reflexión final	159
Bibliografía	160

Plurinacionalidad y justicia originaria en las nuevas constituciones latinoamericanas

Rubén Martínez Dalmau Catedrático de Derecho Constitucional	165
--	------------

Introducción

1. Originalidad y creación en las nuevas constituciones latinoamericanas	168
2. Plurinacionalidad como realidad y pueblos indígenas como actores	170
3. Pueblos indígenas como sujetos y plurinacionalidad como construcción	175
4. Complejidad y retos del desarrollo constitucional: la justicia originaria	182
Referencias	185

CAPÍTULO 3. CONFERENCIAS DE LA JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA 2022

Registro fotográfico

II Jornada de la Jurisdicción Disciplinaria **191**

Ética en la decisión judicial

Manuel Atienza Rodríguez
Corredactor del Código
Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica **201**

Mora judicial (retardo excesivo), desde una mirada constitucional: la importancia del plazo razonable, límite normativo y ético

Paola Andrea Meneses Mosquera
Magistrada Corte Constitucional de Colombia **217**

Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados en España: la convergencia de la ética y sus aportes en la función judicial

Ricardo Conde Díez
Magistrado Promotor de la acción disciplinaria
del Consejo General del Poder Judicial. España **237**

La argumentación jurídica, relevancia ética e implicaciones en la labor del jurista

Rodolfo Luis Vigo
Expresidente de la Asociación
Argentina de Filosofía del Derecho **255**

Inteligencia artificial y compliance en la jurisdicción disciplinaria

Paula Andrea Ramírez Barbosa
Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal
ante la Corte Suprema de Justicia **275**

Derecho Constitucional y pluralismo jurídico en el ejercicio del poder disciplinario

Rubén Martínez Dalmau
Profesor de la Universidad de Valencia, derecho constitucional **289**

CAPÍTULO 1.

ASPECTOS GENERALES

Comisión Nacional de Disciplina Judicial

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial fue creada mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2015, que en su artículo 19 modificó el artículo 257 de la Constitución Política y estableció que “La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial”, de igual forma estableció que “La Comisión Nacional de Disciplina Judicial será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión...”.

En el mismo artículo se precisó que la Comisión estaría integrada por siete magistrados, los cuales serían elegidos por el Congreso en pleno de ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura y el presidente de la República, respectivamente.

Del mismo modo, en el párrafo transitorio 1o se dispuso “Los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirán los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial...”.

El Congreso de la República en sesión conjunta llevada a cabo el 2 de diciembre de 2020 eligió a los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, quienes fueron posesionados el día 13 de enero de 2021 por el presidente de la República, habilitando plenamente a esta colegiatura para ejercer la función jurisdiccional disciplinaria a partir de dicha fecha, en su calidad de máximo tribunal en materia disciplinaria y conformando así parte de la Rama Judicial del poder público.

El 13 de enero de 2021 iniciaron las labores de este nuevo órgano de la Rama Judicial, con la tarea de ocuparse de más de 5.000 procesos disciplinarios que venía conociendo la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura,

y con el reto de asumir el conocimiento de procesos disciplinarios en contra de empleados de la Rama Judicial, función que no tenía la extinta Sala Disciplinaria y que incluye a los empleados de la Fiscalía General de la Nación.

Así las cosas, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial emprende su trabajo con el objetivo de ejercer un claro liderazgo a favor de la ética de abogados y jueces, transparencia y autonomía de la Rama Judicial y con el derrotero de ser faro en la lucha contra la corrupción en la Judicatura y en la profesión del derecho.

Magistrados Comisión Nacional de Disciplina Judicial



Diana Marina Vélez Vásquez

Presidente Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Abogada de la Universidad Libre de Colombia con Maestría en Gobierno Municipal de la Universidad Externado, Especialización en Gestión y Administración de Entidades Territoriales y Especialización en Gerencia Pública de la misma universidad.

Tiene más de tres décadas de vinculación en el sector público, acumulando conocimiento y experiencia en las diferentes ramas y sectores de la función pública.

Se desempeñó como Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, Superintendente Delegada para la Gestión, Inspección, Vigilancia y Control de las Cajas de Compensación Familiar, Directora General del Fondo de Prestaciones Económicas y Pensiones del Distrito- FONCEP, Directora de Bienestar y Desarrollo de la Contraloría General de la República, Asesora de la Gerencia de la Empresa de Energía de Cundinamarca, Fiscal Delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz, Gerente del Fondo de Vigilancia y Seguridad del Distrito en Bogotá, Gerente del Fondo de Pensiones de Cundinamarca, Personera Delegada, Directora de la Oficina Jurídica de la Contraloría de Cundinamarca, Abogada de la Oficina Jurídica de COMCAJA y Técnico Judicial II - Asistente Fiscal Delegado ante Tribunal Nacional.



Magda Victoria Acosta Walteros

Vicepresidente Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Abogada de la Universidad Externado de Colombia con especialización en Derecho Administrativo, Maestría en Gobierno y Políticas Públicas (en convenio con la Universidad de Columbia, N.Y.) y candidata a Doctora en Derecho de la misma universidad.

Con amplia experiencia en el sector público en cargos de dirección y manejo, asesoría jurídica y en la alta magistratura. En la Rama Judicial su experiencia es notable en la Jurisdicción Disciplinaria donde inició como Magistrada Auxiliar, posteriormente fue elegida Magistrada en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y, finalmente, elegida por el Congreso de la República como Magistrada de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

En el desempeño de la función judicial ha abanderado la justicia de género, haciendo aportes para la consolidación de los estándares de convencionalidad en este tema y su aplicación en casos específicos de su competencia. Ha sido docente universitaria, ponente y conferencista en temáticas de derecho disciplinario en varias universidades y en la Escuela de Formación Judicial Rodrigo Lara Bonilla.



Alfonso Cajiao Cabrera

Magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Abogado de la Universidad Externado de Colombia con Maestría en Ciencia Política de la Università degli Studi di Salerno, Italia y Universidad Católica de Colombia, posgrado en Alta Gerencia de la Universidad de los Andes, Especialización en Derecho Disciplinario de la Universidad Cooperativa de Colombia, diplomado en Derecho Disciplinario del Instituto de Estudios del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) y curso de especialización sobre Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, España.

Ha trabajado en la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior, el Consejo Superior de la Judicatura, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Superintendencia de Puertos y Transporte, Ecopetrol S.A. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Inició su actividad docente como instructor de cátedra en la Universidad de los Andes. Ha sido profesor de posgrado de Derecho Administrativo y de la Facultad de Educación Continua de las universidades Católica de Colombia, Pontificia Javeriana y Sergio Arboleda. Profesor de las especializaciones en Derecho Disciplinario de las Universidades Externado de Colombia y Cooperativa de Colombia. Catedrático externo y Formador Emérito del Instituto de Estudios del Ministerio Público.



Juan Carlos Granados Becerra

Magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Abogado en la Universidad Nacional del Colombia con Magister en Seguridad y Defensa Nacionales de la Escuela Superior de Guerra y una Maestría en Derecho Disciplinario en la Universidad Libre de Colombia. Actualmente adelanta un postdoctorado en Derecho en la Universidad de Salamanca, España.

Se desempeñó como director del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Fue concejal y alcalde municipal, Representante a la Cámara, Gobernador de Boyacá y Contralor de Bogotá.



Carlos Arturo Ramírez Vásquez

Magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Abogado Magíster y Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, con estudios de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, Especialista en Derecho Disciplinario, Casación Penal y Derecho Comercial, con más de 27 años de experiencia profesional específica en derecho disciplinario, constitucional, público, administrativo y penal.

Ha trabajado en la Procuraduría General de la Nación, el Congreso de la República, el Instituto Nacional de Adecuación de Tierras, Juez de la República, Defensoría Pública, Ministerio de Transporte y el Fondo Nacional de Caminos Vecinales.

Es profesor universitario y conferencista internacional en derecho disciplinario, coautor del Código Disciplinario del Abogado y del Código General Disciplinario.



Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo

Magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Disciplinario, Magíster en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho.

Fue conjuer de las Secciones Segunda y Tercera del Consejo de Estado, árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla.

Docente de la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario y de Contratación Estatal de la Universidad Libre de Barranquilla, también ha sido docente en la Universidad Sergio Arboleda y la Universidad Santo Tomás.

Autor de “La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa”, “Los contratos estatales en Colombia”, “Contratación pública con entidades sin ánimo de lucro – Decreto 092 de 2017”, “Derecho Disciplinario de la Contratación Estatal”.



Julio Andrés Sampedro Arrubla

Magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana y doctor en derecho (Ph.D.) de las universidades Rosario, Javeriana y Externado de Colombia, con la tesis doctoral “La humanización del proceso penal. Hacia la reformulación del modelo tradicional desde la victimología”.

Ha sido consultor de organismos internacionales como el Banco Mundial y la Organización de Naciones Unidas (ONU); así como del Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Ejerció la defensa del Estado Colombiano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Fue miembro de la Comisión Constitucional Redactora de la Reforma Penal, y lideró la inclusión de la justicia restaurativa como parte del sistema penal acusatorio.

Autor de diferentes publicaciones, entre ellas: “Apuntes para la rehumanización de la justicia penal: en busca de un modelo re-creativo del sistema penal desde las víctimas”, “La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal” y “Las víctimas y el sistema penal. Aproximación al proceso desde la victimología”.

Magistrados Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial

Antioquia

Gloria Alcira Robles Correal
Gladys Rubiela Zuluaga Giraldo
Claudia Rocio Torres Barajas
Gustavo Adolfo Ledesma Henao

Atlántico

Mario Humberto Giraldo Gutiérrez
Rocio Mabel Torres Murillo
María José Casado Brajín.
Martha Liliana Arteaga Pantoja

Bogotá

Jorge Eliécer Gaitán Peña.
Richard Navarro May
Luis Wilson Laureano Báez Salcedo
Elka Ruth Venegas Ahumada
Mauricio Martínez Sánchez
Martha Inés Montaña Suárez
Paulina Canosa Suárez
Martín Leonardo Suárez Varón

Bolívar

Derys Susana Villamizar Reales
Orlando de Jesús Díaz Atehortúa
Jaime Rafael Sanjuan Pugliesse

Boyacá

Pablo Emilio Cepeda Novoa
Tania Victoria Orozco Becerra
José Oswaldo Carreño Hernández

Caldas

Juan Pablo Silva Prada

Sandra Karyna Jaimes Duran
Miguel Ángel Barrera Núñez

Caquetá

Manuel Enrique Florez.
Gloria Iza Gómez

Casanare

María Nidiam Larrotta Rodríguez
José Fernando Ramírez Castaño

Cauca

Javier Andrade González
Wilson René González Cortés
Héctor Fabio Calvache

Cesar

Gloria Inés Meza Armenta
Edgar Ricardo Castellanos Romero
Nayarith Yarineth Hernández

Córdoba

María del Socorro Jiménez Causil
José Adolfo González Pérez
Alfonso Estrella Otero

Cundinamarca

Jesús Antonio Silva Urriago
Martha Patricia Villamil Salazar
Fernando Augusto Ayala Rodríguez

Chocó

Humberto Rodríguez Arias
Adriana Victoria Vasco Monsalve

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

La Guajira

Hernán Reina Caicedo
Jorge Rafael Isaza Jiménez
Juan José Turbay Cure

Huila

Floralba Poveda Villalba
Héctor Orlando Gómez Beltrán
Lina María Guarnizo Tovar

Magdalena

Rodrigo Hernán Ortiz Rosero
Julián Fernando Pérez Carbonell
Norly Esther de Arco Robles

Meta

José Alejandro Quintero Lizarazo
Yira Lucia Olarte Avila
María de Jesús Muñoz Villaquirán

Nariño

Oscar Carrillo Vaca
Carlos Mario Herrera Muñoz
Álvaro Raúl Vallejo Yela

Norte de Santander

Calixto Cortés Prieto
Sady Enrique Rodríguez Santander
Martha Cecilia Camacho Rojas

Quindío

José Erasmo Guarnizo Nieto
Álvaro Fernán García Marín

Risaralda

José Duván Salazar Arías
Jorge Isaac Posada Hernández

Santander

Martha Isabel Rueda Prada

Edgar Higinio Villabona Carrero
José Ricardo Romero Camargo

Sucre

Mauricio Andrés Coronel Sossa
Emiro Eslava Mojica
Efraín Antonio Manotas Acuña

Tolima

Carlos Fernando Cortés Reyes
Alberto Vergara Molano
Cristiam Manuel Zamora Rivera

Valle del Cauca

Luis Rolando Molano Franco
Luis Hernando Castillo Restrepo
Inés Lorena Varela Chamorro
Gustavo Adolfo Hernández Quiñonez



Presentación

Deontología y ejercicio de la profesión de abogado

Alfonso Cajiao Cabrera

Magistrado

Comisión Nacional de Disciplina Judicial

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial en su segundo año de labores, consciente de que el ejercicio de la profesión de abogado implica, en palabras de la Corte Constitucional, un llamado a cumplir una función social, “*pues se encuentra íntimamente ligada a la búsqueda de un orden justo y al logro de la convivencia pacífica, en razón a que el abogado es, en gran medida, un vínculo necesario para que el ciudadano acceda a la administración de justicia*”¹, dio inicio a una serie de charlas con carácter pedagógico y preventivo por todo el país, en sedes universitarias públicas y privadas con el exclusivo ánimo de contribuir al buen suceso de la gestión de la profesión.

Tres son los presupuestos que caracterizan el ejercicio de la profesión de abogado en Colombia. La primera, es por fuera del proceso al aconsejar, asesorar, emitir conceptos a las personas cuando se los solicite, orientados al correcto desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas; segundo mediante la representación judicial o administrativa en los procesos donde las personas manifiestan sus pretensiones o son requeridas, en busca de satisfacer sus derechos o resolver sus controversias y el tercero, que la vigilancia de la conducta de quienes ejercen la profesión, está a cargo del mismo Estado, a través de la jurisdicción disciplinaria, partiendo de la garantía constitucional² de la libertad para escoger profesión y oficio, y de que existe una regulación para expedir los títulos de idoneidad acompañada de la facultad para establecer y ejercer los debidos controles³.

1. Sentencia C-884 de 2007.

2. Constitución Política, artículo 26.

3. Cfr. Artículo 19 de la Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado.

Todo ello para concretar la imperatividad de la norma jurídica, que se endereza a promover un determinado comportamiento, que en la interrelación de las personas se traduce en que la sociedad avanza hacia un orden justo que asegura la convivencia pacífica.⁴

La atención a un cliente, la representación de sus intereses, el consejo para resolver los conflictos, el evitar la violencia o el planteamiento inútil de peticiones o controversias, la búsqueda de la efectividad de los derechos garantizados por la Constitución, demanda entonces una alta relevancia constitucional en el proceder de los abogados, que los sitúa como trascendentes promotores de los derechos humanos y principalísimos garantes de los deberes de los colombianos, positivizados constitucionalmente en el artículo 95, cuando señala deberes tales como respetar *los derechos ajenos y no abusar de los propios*, respetar y apoyar a las autoridades, colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, lo cual nos lleva al punto central de *”Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica”*, tal y como lo manda el numeral 4°.

Estas breves consideraciones ponen de presente la importancia de tal profesión y la naturaleza pública de la autoridad que controla el ejercicio de la abogacía. Es entonces un imperativo que sea el Estado, la autoridad pública, la que debe procurar que el actuar del abogado se sintonice, que sea acorde con estos importantes fines. Y en esa virtud el abogado es el primer llamado al cumplimiento de las reglas éticas, le compete en primera medida el encumbrado deber de adecuar su conducta aun modelo de comportamiento que procure siempre, en lo público y lo privado el cumplimiento de deberes que le acrediten como ciudadano ejemplar.

Y en tanto los deberes como postulados fundamentales sobre los que se construye de la filosofía kantiana⁵, que aseguran modelos de comportamiento, nos conducen al campo de la deontología, entendida esta como aquella parte de la ética que se ocupa de los deberes de una profesión, los preceptos que la gobiernan.

La deontología de la profesión de abogado está positivizada en la Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado en el artículo 28, otrora en el Decreto 196 de 1971, cuando determina aquellas conductas que están ordenadas con carácter imperativo, en el gobierno de las relaciones que el abogado tiene, inicialmente con sus

4. Constitución Política, artículo 2.

5. Cfr. Kant Emmanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Editorial Porrúa. México 2007. Páginas 24 y siguientes.

clientes, luego con quienes representan a las autoridades judiciales y administrativas, y finalmente con los demás colegas.

El deber conlleva un trasunto ético, que subyace a la formulación legal, y su desconocimiento acarrea la imposición de una sanción. Pues uno de los deberes principales del ejercicio de cada profesión, y en particular de la abogacía es el de saber, saber lo que se tiene que hacer, en el momento preciso y en la circunstancia particular y concreta “y a qué consecuencias se exponen haciendo o no haciendo”⁶, como lo impone el artículo 4 de la Ley 1123 de 2007, al indicar que la conducta reprochable es aquella que compromete *alguno de los deberes consagrados en el presente código*, para que la función del abogado no termine limitada al subjetivismo propio de la conveniencia individual que reduce el derecho “*más que a una pura regla de cálculo, en la que se pesarían, de un lado, las ventajas, y de otro, las pérdidas; y de una especie de balance nacería la decisión*”⁷, cuando el objeto de la misma es el beneficio del interés general al promover la prosperidad general, la garantía y efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, que, se insiste, garanticen un orden justo y la convivencia pacífica, basado en la libertad.

En tal virtud, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial liderada por su Presidente Diana Marina Vélez Vásquez y su Vicepresidente Magda Victoria Acosta Walteros conscientes de las falencias en la formación jurídica de algunos abogados, prevalida de las estadísticas, de las quejas ciudadanas, se empeñó durante este 2022 en llevar dichas trascendentales disquisiciones a las aulas de las facultades de derecho en Colombia, a donde también acudieron los abogados para, una vez más, recordar con carácter pedagógico y preventivo, en compañía de quienes tenemos el honor de ser partícipes de la jurisdicción disciplinaria, la nobleza que invoca nuestra profesión de abogado, la necesidad de proceder como seres íntegros dotados de inteligencia, conocimientos y profundidad de la voluntad, al promover en nombre propio o ajeno, las causas de la justicia, lo que trae implícito el debate más amplio de si se efectivizan los derechos humanos en el mundo contemporáneo, anclados en las normas constitucionales, máxime cuando buscamos avanzar en el modelo de Estado social de derecho, el cual privilegia principios y derechos con las “virtudes” de la justicia, la puesta en escena de las libertades y los deberes, la democracia y, sobre todo, de la soberanía de los ciudadanos, en una nación que nos demanda día a día la solución pacífica de los conflictos.

6. Carnelutti, Francesco. *Cómo Nace el Derecho*. Trad. Santiago Sentís Melendo Editorial Temis S.A. Bogotá 2007. Página 55.

7. Von Ihering, Rudolph. *La Lucha por el Derecho*. Editorial Temis S.A. Bogotá 2007. Página 21.

Introducción

Derecho Jurisdiccional Disciplinario

Diana Marina Vélez Vásquez
Presidente Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Ha pasado 1 año y 7 meses desde la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, periodo en el cual, nos hemos esforzado en dignificar la jurisdicción disciplinaria y recuperar la confianza de la sociedad en la administración de justicia, desarrollando las bases para la operatividad, posicionándonos como lo que somos, una Alta Corte, trabajando como nos corresponde, con compromiso, responsabilidad y honestidad, pasando desde la creación de nuestro reglamento, la realización de 150 salas ordinarias y extraordinarias, hasta la expedición de más de 9.368 providencias.

Conscientes de que la jurisdicción disciplinaria no solo está concentrada en la Comisión Nacional de Disciplina, sino también en nuestras seccionales, hemos visitado una gran mayoría de ellas, para conocer de primera mano sus preocupaciones y necesidades.

En ese mismo ejercicio, la Comisión ha querido acercarse al ciudadano de a pie, a la academia, a los estudiantes de derecho y a toda la comunidad jurídica, con, el fin de informarles respecto a sus derechos, deberes y obligaciones.

A nuestra jurisdicción, le corresponde asumir el especial papel que representa ser, “*Juez de Jueces*” y de vigilar la conducta de los abogados, por lo que, en un ejercicio constante de diálogo, a partir de este año comenzamos a implementar una cultura de la prevención.

Notamos, que, si bien tenemos una función sancionatoria que debemos cumplir con rigor, de manera objetiva con eficiencia y con eficacia, observamos que la imposición de esos correctivos, no resultaban suficientes como mensajes de prevención ni de contención, para quienes de manera reiterada cometen faltas disciplinarias.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Es necesario entonces, devolvernos a nuestras raíces y empezar a reflexionar, con toda la sociedad: abogados, funcionarios, empleados judiciales, estudiantes de derecho, la academia y todos los que hacemos parte de la administración de justicia, respecto a la necesidad de actuar bajo los parámetros de la ética y la ética judicial.

De nada sirve el establecimiento de nuevas normas, con más y mejores garantías procesales, si no actuamos bajo los principios deontológicos en el ejercicio de la profesión, no podemos olvidar que, como lo señaló Sancho Gargallo: *“Un buen profesional es mucho más que un buen técnico”*.

La ética se trata de esforzarse a diario para formar el carácter necesario para tomar decisiones justas, honestas y equitativas.

Es por esto que, en esta segunda jornada de la jurisdicción disciplinaria, nos reunimos para reflexionar y analizar cada una de nuestras labores, bajo la perspectiva de la ética y la deontología, centrándonos en una mirada integradora entre los principios que rigen el ejercicio de la profesión del derecho, el carácter humano de la justicia y una cultura de la prevención.

El buen abogado, en paralelo con lo que la academia ha denominado el paradigma del *“buen juez”*, exige que actuemos con ética y moral, en la búsqueda siempre, del bienestar y de la vigencia de un orden justo.

Es urgente superar el enfoque exclusivamente orientado a la creación de un mayor número de normas, como opción principal de la prevención, es preciso una respuesta que aborde las fuentes de los problemas y la necesidad de avanzar en la integridad, aún más, cuando estamos ad portas de superar la revolución 4.0 y a comenzar una 5.0, en la cual, discusiones como la ética en el ciberespacio, el metaverso, el mundo digital, virtual y tecnológico y además la inteligencia artificial, serán los nuevos paradigmas de nuestra sociedad y los desafíos de la administración de justicia.

Como lo ha destacado la OCDE: *“la integridad resulta crucial para la gobernanza pública, protegiendo el interés general y reforzando valores fundamentales como el compromiso con una democracia plural basada, en el imperio de la ley y el respeto a los derechos humanos”*.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Desde nuestra entrada en funcionamiento se han impuesto 1.594 sanciones a abogados y funcionarios, sanciones que involucran faltas en las que incurren los sujetos disciplinables, en muchas ocasiones, por desconocimiento de los deberes, de las prohibiciones y de las incompatibilidades.

Esas malas prácticas de transgresión de deberes se han vuelto una costumbre y esa costumbre, en muchas ocasiones se está convirtiendo en delitos.

A la fecha cerca de 400.000 abogados cuentan con tarjeta profesional vigente y al año, las facultades de derecho en el país confieren este título profesional a 17.000 estudiantes en promedio, lo que se traduce en que aproximadamente, por cada 100.000 mil habitantes en Colombia, existen 355 abogados, cifra considerablemente superior, frente a países como Rusia, Suecia y Francia, que no superan los 76 profesionales en promedio frente al mismo número de habitantes.

Bajo ese escenario, en el marco de la Ley 2195 de 2022, las entidades de todos los órdenes, estamos obligadas a realizar tareas de prevención, transparencia y ética, y en la Comisión, bajo la cultura de la prevención, hemos venido adelantando diferentes actividades.

La primera de ellas, vienen siendo las Jornadas pedagógicas, en las que, toda la jurisdicción disciplinaria, integrada tanto por mis compañeros Magistrados de la Comisión, como también apoyada por nuestros magistrados Seccionales, hemos realizado 23 jornadas académicas a lo largo y ancho del País, contando con la participación de 30 Universidades y la asistencia de forma presencial y virtual, de más de 10.000 estudiantes, estudiantes con los cuales reflexionamos sobre los deberes profesionales consagrados en la Ley 1123 y la importancia de actuar siempre, bajo los linderos de la ética y la moral, cumpliendo esa función social tan importante que nos impone nuestra profesión.

Se trata de formar en lo ético y en lo deontológico al estudiante para no tener que sancionar al profesional y que sea el próximo jurista, quien actué en legalidad por convicción y no bajo la previsión de una sanción.

Esta interrelación con la academia nos ha permitido sensibilizar, no solo a los estudiantes de derecho, sino a sus maestros y directivos. Por ello, nos complace anunciar que, respetando las normas internas y la autonomía de las Universidades, de manera conjunta

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

y en un espíritu de colaboración armónica, las facultades de derecho firmarán en esta jornada, un compromiso para que se incluya en el pénsum académico, el estudio de los deberes y la deontología de la profesión de abogado, bajo los postulados enunciados en la Ley 1123 y, donde ya exista la cátedra se fortalezca.

La Comisión se ha integrado a las mesas de trabajo convocadas por el Consejo Superior de la Judicatura y el ICFES, para la construcción del examen habilitante, que a partir del 2024 se aplicará y será exigible a los egresados, para ejercer la profesión de abogado, en virtud de la Ley 1905 de 2018.

Gracias a este trabajo, logramos que los postulados y los deberes contenidos en la Ley 1123, sean tenidos en cuenta, a efectos de la construcción del marco de referencia para la implementación de esa prueba.

No obstante, nuestra labor continua. Con el ánimo de contribuir a la forma de estudio y construcción de la ética y también la deontología de la profesión, junto con la Universidad Libre, mi alma mater y a la que reitero mi más profundo agradecimiento por el apoyo permanente, lanzamos, el diplomado virtual titulado: *“De la reflexión deontológica a la práctica de la ley 1123 de 2007”*.

Con esta herramienta didáctica, disponible en nuestra página web sin ningún costo; tendrán acceso a 120 horas de contenido que pretende de una manera muy amable, con componentes éticos y filosóficos, estudio de las normas deontológicas, podcasts y análisis de las sentencias de la Comisión, metaverso y casos prácticos; que todos los estudiantes y el mundo jurídico, conozcan de los principios y deberes que rigen el ejercicio de la profesión.

Esperamos que estos trabajos de prevención, adelantados por la jurisdicción disciplinaria, tengan una implicación en el desarrollo profesional de los abogados, sin importar donde desempeñen su labor: en el litigio, en la academia, en el sector privado y público incluida la Rama Judicial y que este trabajo preventivo, nos permita la reducción tanto de la incursión en faltas disciplinarias por los juristas, como el mejoramiento de la imagen y legitimidad del ejercicio de la profesión, para recuperar la confianza de la ciudadanía.

Nuestro enfoque preventivo no solo está centrado en los estudiantes de derecho, las Universidades y los abogados, sino también, se diseñó un frente de acción respecto a los

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

usuarios, buscando mediante un lenguaje sencillo, claro y amigable, acercarlos a la administración de justicia.

Actualmente se está difundiendo por los medios televisivos nacionales y regionales, un comercial institucional, en el cual se le explica a los ciudadanos, empresarios y servidores públicos, como realizar la consulta de antecedentes y vigencia de la tarjeta profesional de los abogados, esto con el fin de contener a aquellos profesionales que aun, estando sancionados, siguen actuando.

De la misma manera, se actualizó y modernizó la página web de la Corporación, generando un espacio digital amigable, con facilidad para el acceso y la interacción.

En ella, se comenzó a visibilizar, cada una de las actuaciones con el tono naranja, nuestro color institucional, esto con el fin de posicionar una marca que permita identificar, de forma fácil, cualquier acción que adelante la Comisión.

Igualmente, al inicio del portal de forma inmediata, se le informa al usuario, las competencias de la jurisdicción y se le instruye en cómo puede radicar una queja disciplinaria, la misión y la visión de la Corporación y todas las normas que regulan nuestras actuaciones.

También están publicadas de forma actualizada y oportuna, las estadísticas de la institución y las sanciones impuestas a los abogados y funcionarios, un espacio de respuesta a las preguntas más frecuentes, un buzón de quejas y reclamos y el nuevo portal de relatoría, en el cual, mediante diferentes criterios de búsqueda, se encuentran visibles para su consulta todas las providencias dictadas por la Corporación.

Como parte de esa difusión, transparencia de la información y acercamiento al ciudadano, no solo se han querido mantener las providencias publicadas, sino, que, mediante podcasts y videos cortos, se explican las decisiones de toda índole, que ha proferido la Corporación, las cuales, además, se difunden por todas nuestras redes sociales, ¡los invito a que nos sigan!

Hoy me complace poner a disposición de toda la comunidad, una versión interactiva del código disciplinario del abogado, acompañada por material digital y de decisiones judiciales, con el fin de que todas las personas, puedan bajo un lenguaje sencillo y accesible, acercarse a los contenidos de la Ley 1123.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Como soporte de la labor que a diario realizamos y de la cultura de la prevención, fortalecimiento y posicionamiento, se logró, con un inmenso apoyo del Consejo Superior de la Judicatura y por primera vez desde que existe la jurisdicción disciplinaria, la creación de más de 200 cargos permanentes y el establecimiento de una nueva Seccional, en Casanare.

Somos conscientes, que estos cargos no son suficientes para garantizar un servicio de administración de justicia más eficaz y efectivo, en atención a la alta carga laboral que tenemos y al especial papel de ser, juez de jueces.

Sin embargo, continuamos tocando puertas, para lograr robustecer nuestra planta de personal, acudiendo al Gobierno Nacional y al Consejo Superior de la Judicatura; reconociendo el trabajo tan importante y el gran esfuerzo que han venido realizando nuestros magistrados, en las Seccionales.

La Comisión también se ha dedicado, en el presente año, a ajustar su reglamento, a efectos de enfrentar los retos que trajo consigo la Ley 1952 de 2019, e iniciar el camino hacia la certificación en calidad, justicia digital y aprovechamiento de las TICs.

Se expidieron los acuerdos necesarios para regular las Salas de decisión, respetar la división de roles, doble instancia, doble conformidad y la forma en la cual, se aplicará el poder preferente por parte de la Corporación.

Igualmente, estamos actualizando nuestros procesos y procedimientos, de cara a alcanzar la certificación en calidad y garantizar oportunidad, transparencia y efectividad en los trámites internos y con los usuarios, en aplicación de las normas SIGCMA.

La jurisdicción continua el camino de la digitalización de sus expedientes y en general de todos sus trámites, con el fin de alcanzar la aplicación de una justicia digital.

Hemos comenzado a desarrollar con el apoyo del Consejo Superior de la Judicatura, programas tecnológicos, que nos permitan la radicación de quejas en línea y un reparto automático y seguro, de los procesos de primera y segunda instancia y también, la remisión inmediata, de los asuntos que corresponden por competencia a las Seccionales.

Nos encontramos trabajando en un proyecto de acto legislativo, con el fin de que se modifiquen los artículos 156, 254 y 257A de la Constitución para obtener: 1. Cambio de

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

nombre: Corte de Disciplina Judicial o Corte Jurisdiccional Disciplinaria, 2. Recuperar la competencia de conocer la acción de tutela, 3. Obtener Iniciativa Legislativa. Asimismo, estamos promoviendo un proyecto de Ley, con el fin de que, resulte obligatorio para todas las entidades, consultar el certificado de antecedentes disciplinarios de abogados y el certificado de vigencia de la tarjeta profesional, antes de realizar cualquier trámite, vinculación o contratación, en la cual intervenga un profesional del derecho.

En la Comisión analizamos la escasa regulación de las formas de rehabilitación cuando los profesionales han sido excluidos de la profesión, conforme a lo consagrado en el artículo 108 de la Ley 1123, por lo que, solicitamos al Consejo Superior de la Judicatura, que incluya en los cursos que desarrollará la escuela Judicial o las Universidades, dos componentes, el primero, con contenidos éticos y deontológicos de la profesión, centrados en el estudio de la Ley 1123, y, el segundo, con un componente social: un mes de práctica en el ejercicio de la profesión, en Centros de Reclusión, Casas de Justicia, Centros de atención Especial, o cualquier espacio para brindar un servicio a la comunidad, en virtud de esa función social, tan importante, de la profesión.

Gracias al trabajo de la presente jornada, lanzaremos una publicación que sirva de guía y apoyo, para la cátedra de ética, que se incluirán en las Universidades, respecto a la deontología de la profesión de abogado y la cultura de la prevención.

Como desafíos futuros de la jurisdicción, no podemos perder de vista, que la ética, se instala como un presupuesto real, que guía los comportamientos de los ciudadanos y posibilita la construcción, de un modelo global de buenas prácticas, debida diligencia y observancia de la legalidad.

De ahí, que lo que sigue es valorar, no solo la ética y la deontología en un plano tangible, sino que, resulta necesario, pensar en los desafíos que implica la inserción de la tecnología, que invade cada una de nuestras esferas.

Igualmente, le corresponde a la Jurisdicción, continuar el camino hacia la certificación de calidad, la ejecución de una administración de justicia de forma digital y la cultura de la prevención.

Debemos continuar trabajando por aumentar la percepción positiva, por parte del ciudadano, para otorgar legitimidad y empoderamiento a la jurisdicción disciplinaria y luchar por nuestra independencia y nuestra autonomía.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Los invito a que continuemos en el camino de la integridad, en la Rama Judicial y que actuemos siempre, bajo los parámetros de la ética y la moral, que permitan dignificar el ejercicio de nuestra profesión.

No me queda más que dar las gracias a todos. Carlos Mario. A la vicepresidente Magda por su apoyo permanente, Alfonso, Juan Carlos, Mauricio, Carlos Arturo y Julio y a mis compañeros magistrados de las Seccionales. A nuestros colaboradores, al Consejo Superior de la Judicatura, a la Dirección Ejecutiva, a la Escuela Judicial, a todas las Universidades que nos han permitido realizar el trabajo pedagógico y reflexivo. En especial, a las Directivas de la Universidad Libre, por su acompañamiento y apoyo ilimitado.

Les doy la bienvenida y agradecimiento a nuestros conferencistas nacionales e internacionales, esperando que esta jornada de reflexión, contribuya a la construcción de la ética, la deontología y la cultura de la prevención.

Infinitas Gracias, a todos los que han contribuido al desarrollo de esta actividad tan representativa para la jurisdicción disciplinaria.

CAPÍTULO 2.

ARTÍCULOS ARGUMENTATIVOS

Adyacencias en la persona del juez y del derecho disciplinario

(ocurrencias de un juez austral, producto de soliloquios vespertinos)

Eduardo D. Fernández Mendía
Ministro, Superior Tribunal de Justicia.
Provincia de La Pampa, Argentina.

Abstracto

El derecho jurisdiccional disciplinario, como toda rama del derecho, que se materializa en un procedimiento iluminado por el debido proceso legal, recibe reflejos colaterales en su curso, como las márgenes de un río. En estas breves reflexiones tratamos de advertir sobre la incidencia, en ese itinerario “hidrográfico”, de las adyacencias o márgenes cuyos líquidos son afluentes de ese río, que, como decía Heráclito, nunca será el mismo río. En este trabajo, distintas realidades, como así también las disciplinas que las estudian, son insinuadas de una manera heterodoxa y embrionaria, para una mejor aplicación del derecho jurisdiccional disciplinario, DJD, en virtud de que, dada su creciente influencia, aún no es posible sistematizados ni establecer una epistemología. Empero, su recepción es insoslayable si se quiere comprender en total “la cuenca” que conforman el DJD y sus circunstancias adyacentes, con elementos estáticos y dinámicos que hacen a su complejidad, la cual se caracteriza por su permanente evolución, propia de la evolución del hombre, desiderátum del derecho que nos convoca.

Abstract

Disciplinary jurisdictional law, like any branch of law, which materializes in a procedure illuminated by due legal process, receives collateral reflections in its course like the banks of a river. In these brief reflections we try to warn about the incidence in that “hydrographic” itinerary, of the adjacencies or banks whose liquids are tributaries of that river, which as Heraclitus said, will never be the same river. In this work, different realities as well as the disciplines that study them, are insinuated in a heterodox and embryonic way, for a better application of disciplinary jurisdictional law (DJD), by virtue of the fact that given its growing influence, it is not yet possible to systematize nor establish an epistemology. However, its reception is unavoidable if one wants to fully understand “the basin” that makes up the DJD and its adjacent circumstances, with static and dynamic elements that make up its complexity, which is characterized by its permanent evolution, typical of the evolution of man, desideratum of the law that summons us.

Reflexión liminar

El itinerario un poco errático de estas asistemáticas reflexiones, pretenden empíricamente desentrañar algunas contingencias que preceden, acompañan, irrumpen, enrarecen, etc. el caso disciplinario judicial, de similar manera y complejidad que, con conflictos sometidos a los jueces, en su labor jurisdiccional.

Esas contingencias raras veces tienen recepción en el debido proceso legal, en cualquiera de sus expresiones, porque aquel requiere de estructuras segmentadas, con características de compartimentos estancos, en orden a la preclusión saneada, más allá que la mala praxis judicial y abogadil, interfiera con témpanos en la navegación que retrasen, desvíen, hagan retroceder el crucero del proceso o lo hagan naufragar como el Capitán del Crucero Costa Concordia Francesco Schettino.

Por encima de la hipérbole de esta figura retórica del mundo de la navegación comercial, lo cierto que el “descarrilamiento” es una circunstancia disruptiva cada vez más naturalizada en los procesos en que los jueces “Schettino”, por distintos motivos, malogran la normalidad de la “navegación”, en que muchos seres humanos terminan involucrados de diversas maneras, en desmedro de cualquier predictibilidad.

No se nos escapa que el derecho disciplinario, como cualquier obra humana, tiene un antes y un después, en nuestro caso del que poco se habla, pero que hace a la función de gobierno del Poder Judicial, y no resulta ocioso afirmar que, todavía, ese entorno es – usando una figura retórica astronómica – una nebulosa inorgánica que, con la ayuda de la interdisciplina, podremos desentrañar y luego ordenar, para que nuestro Poder tenga un sistema inmunitario cada vez más eficiente y actual.

Es que el derecho disciplinario, como respuesta medicinal, es un estadio inexorable de la organicidad institucional judicial y no debería estar interferido por colateralidades no asumidas preventivamente por la Superintendencia Judicial, sea la misma unificada o fragmentada en varios órganos estatales.

1. Derecho administrativo disciplinario de referencia

Fernando García Pulles en un artículo publicado en *Prudentia Juris*, Número Aniversario, 2020, pág. 263 y sigs. Titulado *La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del derecho penal*, expresa que “Hace más de doscientos cincuenta años Cesare Beccaría, en su *Tratado de los delitos y de las penas*, describió una decena de principios que constituirán cláusulas pétreas para el derecho de castigar a los ciudadanos, que no podríamos separar de a potestad sancionatoria administrativa, entre ellos:

- a) Solo las leyes pueden establecer delitos o fijar sus penas.
- b) La ley crea la infracción y la pena debe ser previa, y previsible para ser digna de reproche.
- c) Ningún Magistrado puede decretar a su voluntad penas contra un individuo bajo pretexto de celo o de bien público.
- d) Las sanciones deben ser proporcionales a la ofensa y progresivas.
- e) Es necesario que acusador y acusado no decidan el conflicto, sino que lo haga un tercero imparcial.
- f) La sanción debe darse del modo más próximo posible al hecho.
- g) No es la crueldad de las penas la que actúa como prevención de los delitos, sino la vigilancia y la severidad de los magistrados.

Dicho esto, y a modo anticipatorio de mis reflexiones, pienso que el derecho disciplinario no puede emerger como última ratio medicinal y mucho menos como encarnizamiento terapéutico, como modo de retornar a la normalidad funcional, por cuanto ello no contribuye a la adecuada institucionalidad del Poder Judicial, incluso en línea con los objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

Creo oportuno para el itinerario asumido en este trabajo consignar una reflexión, que, por su erudición y comprensión de la realidad disciplinaria, pertenecen al jurista cordobés (Argentina) Domingo J. Sesín en su trabajo “Responsabilidad disciplinaria de los jueces” publicado en la obra colectiva “La responsabilidad judicial y sus dimensiones” dirigida por Alfonso Santiago (h), Tomo I, Capítulo Primero, Numeral 51 y sigs.

Expresa Sesín “...Quien tiene la potestad de sancionar también tiene, expresa o implícitamente, la atribución de controlar e introducir las medidas pertinentes para prevenir posibles inconductas. Más que la sanción interesa la **prevención**, de allí que la clave de los poderes judiciales modernos es imaginar permanentemente nuevas alternativas que fomenten el encauzamiento de la conducta de los jueces dentro de los estándares normales exigidos por la sociedad. Es por ello por lo que los **códigos de ética son de fundamental importancia para esta tarea**, porque recuerdan a magistrados los cánones de conductas exigibles”.

Esto que subrayamos como un *aggiornamento* organizacional - que no debe ser confundido con un proceder corporativo para eludir o suavizar las consecuencias de comportamientos anómalos de la judicatura - es, en realidad, una flexibilización, al sistema administrativo disciplinario que humaniza razonablemente un proceso otrora inquisitivo, como lo es, con otras aristas, el proceso penal.

2. Circunstancias ad extra y disruptivas

Luego de estas reflexiones iniciales, ingresaremos a describir enunciativa y someramente algunas circunstancias que entorpecen el peregrinar en la vida funcional del operador judicial.

Esas *circunstancias* que el Diccionario de la RAE define como condición o característica no esencial (de tiempo, lugar, modo, persona, etc.) que rodea a una persona y que influye en ella o en hechos relacionados con ellas, son, en esencia, las que motivaron la

reflexión que realizó el filósofo y ensayista español José Ortega y Gasset, en su obra *Meditaciones del Quijote*.

La expresión completa de Ortega era “Yo soy yo y mi circunstancia, y sino la salvo a ella, no me salvo yo”.

Si se me permite una digresión rápida, en la legislación argentina, en el Código Penal, al referirse a la imposición de pena por la comisión de un delito, prescribe en su artículo 40 “En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes y de conformidad...”.

El Código Penal argentino consigna alrededor de 25 veces el concepto de circunstancias, influyendo en la resolución de conflictos con reprochabilidad criminal. Las máximas de la experiencia me permiten inferir un complejo desafío intelectual dilemático, consustancial a la labor hermenéutica del juez.

3. Elenco incompleto de circunstancias vecinales

Este “catálogo” enunciativo y polémico, está subordinado al plexo axiológico de los jueces y a sus idoneidades científicas y empíricas, cada día más indispensable en este maremágnum del Nuevo Orden Mundial. Civilmente proféticas han sido las advertencias del secretario de las Naciones Unidas, Antonio Gutiérrez, sobre las tensiones actuales del mundo, a las que denomina como **los cuatro jinetes del apocalipsis**, como lo son *las tensiones mundiales, la falta de confianza, el lado oscuro de la tecnología y el cambio climático*.

Cada uno de los jinetes (similares a los indicados en la Biblia) contienen una relevancia ontológica, la mitad de las cuales inciden en la vida de la Judicatura, como lo son la falta de confianza y la coparticipación opaca de las tecnologías.

Una de las circunstancias que más repercuten en la mentalidad actual es el fenómeno social llamado Postmodernidad o Modernidad Líquida, esta última según el sociólogo polaco Zygmunt Bauman.

Sin ánimo pedagógico y solo con el fin de situarnos en tiempo y geografía, esbozaré lo que se entiende por Postmodernidad en la opinión generalizada de expertos.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

El concepto aparece en la penúltima década del siglo pasado, con la conjunción de varios sucesos sociales, políticos, culturales, etc. (caída del muro de Berlín, la Perestroika en la ex Unión Soviética, atenuación de la guerra fría e irrupción de enfrentamientos étnicos en diversos continentes, etc.). Y se produce en sectores de la población sensaciones de *desencanto, decepción y pesimismo constante respecto de la modernidad y sus valores, una visión fragmentaria de la existencia, de cierta tristeza melancólica, un marcado temor a la finitud de la vida temporal, una marcada apostasía de las religiones monoteístas, acudiendo por ello a las “anestias” orientalistas y panteístas.*

También las ciencias sociales reconocen que el hombre postmoderno está afectado por una debilidad en la razón lógica que no puede alcanzar a la Verdad, en tanta búsqueda infructuosa, reemplazable por verdades relativas o chispas desfiguradas de las verdades racionales.

Se observa además que la transgresión que otrora generara vergüenza propia se convierte en una actitud elogiada, como lo son además el carácter dubitativo, relativista, hedonista, iconoclastas. Donde la diosa Libertad destronó a la diosa Razón.

Sobre esta grave problemática disimulada por la fiebre de la conectividad, el consumismo y la frivolidad manifiesta, podríamos conversar prolongadamente, pero es necesario desembarcar en **el mundo del derecho** y ver cómo afecta al uomo di diritto.

Preliminarmente, se advierte en la sociedad una *crisis regulativa del derecho en su carácter vinculante* como marco de ordenamiento social, en donde la opinión (que es el grado más bajo del conocimiento, según Platón) los consensos, las editoriales, etc. tienen a veces más influencias que las leyes.

También se advierte en los operadores jurídicos una crisis de la razón jurídica, donde el criterio judicial adolece en muchos casos de bases sólidas, y además suele estar interferido por pulsiones – en términos psicoanalíticos – de diversa índole.

En algunos supuestos el criterio está “fundado” en la torpe ignorancia, y ya lo decía el jurista argentino Julio Chiappini en un artículo que “la ignorancia suele ser prepotente”.

También se hace cada vez más notoria una crisis de credibilidad hacia la Justicia como poder y un permanente cuestionamiento a su legitimidad de origen y de ejercicio.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Coincido con Luigi Ferrajoli, en que los jueces, por el hecho de dedicarnos a la custodia de las garantías de los derechos humanos, tenemos plena legitimidad, incluso por el carácter **no consensual** de sus resoluciones. Nuestra legitimidad es la corrección y fundamento racional de las decisiones en función de las garantías.

Epilogando esta descripción de esta singular etapa mundial postmoderna y líquida, es claramente visible como se enfatiza un individualismo egoísta que impregna todos los escenarios de la vida social. Según Gilles Lipovetsky esto conlleva la fractura de la socialización disciplinaria, y por el otro, la elaboración de una sociedad flexible basada en la información y en la estimulación de necesidades (La era del vacío. Barcelona, Anagrama 1986).

Otro escenario adyacente cada vez más frecuente es el de la **salud mental de los jueces** en el desempeño jurisdiccional, que en muchos casos no es abordado inicialmente y con posterioridad en su discurrimiento vital.

Ciertamente que carezco de aptitud para señalar el cuántum de su incidencia, pero lo cierto es que no se puede soslayar el tema en la esfera del gobierno judicial y en la superintendencia disciplinaria.

Resulta ilustrativo compartir un fragmento de un trabajo efectuado en España (autor Miguel Rodríguez Jouvencel, La salud mental de los jueces: su control y prevención, publicado en www.peritajemedicoforense.com (28 de septiembre 2021) y dice “El desempeño de la actividad judicial supone un trabajo predominantemente psíquico, abstracto-verbal, variable, perceptual. Requiere capacidad de observación, ordenación y comprensión de las secuencias psicosociales y psicoindividuales (calificativo que designa a la serie de interrelaciones dinámicas que se establecen en el individuo y el grupo), buena memoria de datos verbales (artículos legales...) capacidad de juicio lógico y ético, superiores al promedio; resistencia a los agentes sugestivos y coactivos, firmeza de carácter y honestidad...”.

Esta realidad psicosocial y psicojudicial en el que se entremezclan tensiones, agotamiento, horizontes complejos, etc. debe ser examinado interdisciplinariamente en la faz preventiva del gobierno judicial y también en el marco administrativo disciplinario.

En este recorrido sinóptico se observa un entramado de lo social con lo biopsíquico propio de las neurociencias en sus diferentes expresiones, que también deben ser evaluados con sentido científico y empírico. Esta postmodernidad líquida genera un debilita-

miento y confusión conceptual a lo cual no está ajena la judicatura, porque no siempre puede preservarse de esa dañina influencia.

La experiencia en la evaluación de aptitudes en concursos de ascensos, en mi paso por el Consejo de la Magistratura (16 años) con el aporte de dictámenes psicológicos, he advertido la presencia incipiente de lo que se da en llamar *disonancias cognitivas*, que también se encuentran en la faz disciplinaria. Por no ser de mi incumbencia, solo diré que se trata de un concepto psicológico desarrollado inicialmente por León Festinger en la década de 1950. El autor nos explica que los seres humanos se sienten mal al tener en mente pensamientos contradictorios y conflictivos, sobre una misma cosa o situación, y de un modo particular cuando su comportamiento está en pugna con su moral, máxime si el tema resulta relevante.

En estos casos uno puede encontrarse en situaciones reales de confusión con conflictos personales y funcionales. Pero también nos encontramos con otras “sorpresas” ya no tan sorprendidas.

La explicación de actos reprochables de jueces que acuden a falacias o sofismas de argumentación, como así también otras herramientas retóricas para disfrazar, subvertir, manipular, etc. hechos o conceptos de la realidad.

En otras situaciones nos encontramos con conductas impregnadas de lo que en psicología se suele llamar “cinismo postmoderno”, en donde la disociación entre su conducta y la ética es muy notoria, y se verifica un fenómeno *helicoidal* con otras disociaciones como la hipocresía tan bien caracterizada por Moliere en su obra Tartufo.

La palabra hipocresía proviene de las voces griegas Hipo “por debajo” y Krinei que significa “juzgar”, El hipócrita juzga por debajo, en tanto proclama un principio ante los demás, pero por debajo, en el subterráneo de su conciencia, niega todo aquello que proclama. Podría decirse que el cinismo nace en reacción contra la hipocresía, otros aseguran que son las caras de la misma moneda.

Toda esta malformación moral, que se transforman en caricaturas de las miserias humanas, puede verse muy bien graficadas con un verdadero sentido autocrítico, por un colega juez uruguayo Edgardo Ettlin en un artículo “Los jueces y los siete pecados capitales”, publicado en www.edgardoettlin.blogspot.com.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Obviamente, no se trata de demonizarnos en nuestro desempeño jurisdiccional, sino transparentar el juicio crítico hacia las conductas susceptibles de reproche disciplinario o de prevención.

Viene a cuento recordar y releer la obra literaria de Dante Alighieri, la “Divina Comedia” quien relata su periplo sobrenatural a través del paraíso, purgatorio y el Infierno. Someramente, recordamos que el Infierno de esta Comedia se divide en nueve círculos donde se alojan los condenados. Mientras más profundo se ubica el círculo, más penoso y cruel es el castigo. Y así, en el penúltimo círculo del abismo, está separado en diversas fosas. En la quinta fosa se castiga a los que trafican con los oficios que desempeñan en la República, junto con los fraudulentos y tramposos.

Esto denota claramente la gravedad para la época y para la convicción religiosa mayoritaria respecto de la moral o carencia de ella en funciones como la nuestra.

En un escenario más actual, el escritor e historiador Paul Johnson escribe una obra “Los intelectuales”, un ensayo en el cual - con documentación histórica - pone en evidencia el contraste entre las enseñanzas de preclaros intelectuales, y su vida privada, en función de sus personalidades, actitudes, etc. en las cuales se presume un menor margen de error o disonancia.

Observamos en ellos - según el aporte de Johnson - sus temperamentos egoístas, de adictos, libertinos, maltratadores, etc. a la vez que se autoproclamaban como apologetas del bien de la sociedad, la belleza, la solidaridad etc. El autor pretende deslegitimar tales tribunas de “doctrina”, situaciones que también pueden darse en la Judicatura.

En la obra desfilan personajes históricos como Jean Jacques Rousseau, Percy Shelley, Karl Marx, Henrik Ibsen, León Tolstoi, Ernest Hemingway, Bertold Brecht, Bertrand Russell, Jean Paul Sartre, George Orwell, Noam Chomsky y otros tantos.

Estas narraciones exteriorizan la faz privada de intelectuales que no tiene caracteres de Sancta Sanctorum y, sin embargo, lucen como guía en distintas disciplinas o actividades de la Humanidad.

Sirve para recordar que la naturaleza humana es atravesada por personalidades, pulsiones, tendencias, miserias, bajezas, etc. que deben ser evaluadas en la ponderación de las conductas, no desde el altar del puritanismo, sino desde la realidad que nos circunda y nos condiciona.

El polifacético José Ingenieros, autor del ensayo “El hombre mediocre” nos recuerda que “...seres desiguales no pueden pensar de igual manera. Siempre habrá evidente contraste entre el servilismo y la dignidad, la torpeza y el genio, la hipocresía y la virtud”.

A esta altura de la narración de algunas “**adyacencias**”, es necesario reparar en que el panorama de la casuística disciplinaria en general se suele presentar de manera clara o de cierta *complejidad*. Empero la complejidad en la situación del funcionario enjuiciado, su microcosmo y circunstancias (como así también lo es para el propio tribunal enjuiciante, cuando en su integración se verifica una diversidad o pluralidad de personalidades, con otro tipo de “complejidad colegiada”) requiere un ámbito de tramitación de mucha atención y seguimiento, con abordajes multi o transdisciplinario, con su metodología y epistemología.

El concepto de **pensamiento complejo** fue visibilizado por el filósofo francés Edgar Morin, y está relacionado con la capacidad de relacionar distintas dimensiones de lo real. Es que, ante un escenario de hechos u objetos multidisciplinares, interactivos y con componentes aleatorios, el investigador se ve compelido a establecer una estrategia de pensamiento y acción heterodoxa y colaborativa de diversas visiones técnicas o científicas.

En el actual escenario occidental y – a fuer de ser reiterativo – nos encontramos con la fragmentación o licuación del hombre postmoderno que habita esta *aldea global*, según la teoría del sociólogo canadiense Marshall McLuhan. Este pensador sostiene que, gracias al progreso de la comunicación, el mundo se había transformado en algo más pequeño y manipulable, como una común aldea, dirigida y gestionada “inadvertidamente” desde los centros decisorios del Poder Mundial en este hemisferio (obviamente resulta opinable describir sus integrantes de los precursores de este Nuevo Orden Mundial, pero cualquier lector sabe a qué nos referimos).

Entre los frutos más prolíficos de esta aldea global – que incide en el mundo judicial – está el fenómeno de la **posverdad** o verdad adulterada, y que metafóricamente podríamos decir que es la melanina de la madera de la verdad o la verdad asertiva sujeta a cotización en un mercado utilitarista.

Este fenómeno destructor de la dialéctica racional es un fenómeno instalado indisolublemente urbi et orbi, en el cual la realidad de los hechos no tiene importancia. Consecuentemente, ya no es posible distinguir entre un hecho y una opinión, ni entre lo verdadero y lo falso. Aunque el término se puso de moda en la década pasada, sin

embargo, con anterioridad Hannah Arendt y George Orwell, a mediados del siglo XX anunciaron el decreciente interés de la sociedad por la verdad *episteme* y su reemplazo por la *opinión doxa*.

Cabría preguntarse entonces en qué escenarios se despliega la mentira disfrazada de verdad.

El principal escenario prodigado por el Nuevo Desorden Mundial y su fruto tanpreciado como lo son las TIC y las Redes Sociales, la Verdad queda “enredada socialmente”, mediante una torpe manipulación informativa o *fake news* con el empobrecimiento del debate público, el desprecio por las opiniones informadas, y la conversión de burbujas tribales y virtuales donde sus integrantes estandarizados se nuclean bajo el pensamiento único y unificado, repeliendo agresivamente al distinto.

Esta enunciación inacabada de las circunstancias crece o decrecen según la cercanía que se tenga con las ciudades, la realidad social y antropológica del lugar, la existencia de más media y redes sociales, por cuanto tales fenómenos producen una fuerza gravitacional centrípeta, a la manera astronómica de ese “objeto” llamado Agujero Negro que absorbe todo tipo de materia de manera inevitable en virtud de su fuerza superlativa irrefrenable. Paradojalmente, la superficie del agujero negro se la denomina “horizonte de eventos” u “horizonte de sucesos”.

En nuestra singular actualidad, las Redes Sociales convocan con fuerza implosiva, que empequeñecen la esencia de muchos de los componentes humanos de las polis modernas.

Tal fuerza con capacidad de homogeneizar con pocos matices las mentes de esta aldea global occidental, es nuestra actual y preponderante colmena de consumo y esparcimiento, aunque cada vez llegue a menos habitantes.

En estas urbes viven los seres humanos y mascotas con diferentes roles de carácter público o privado, con similar origen y destino antropológico, pero no sociocultural.

La Judicatura también sufre el huracán postmoderno, y según su bagaje cultural puede asumir el rol de observador razonable de la realidad y administrarlos con poder de resolución a los conflictos que le llegan a su estrado o sucumbir al remolino postmoderno fallando sin legitimidad de ejercicio en el rebaño urbano.

Epílogo

Pretender abarcar la retahíla o letanía de *circunstancias* que conforman esta modernidad líquida sería imposible por el efecto multiplicador de la globalización; empero trataré de compartir una reflexión personal que intente servir de antídoto o refuerzo inmunitario, para navegar en este torrentoso río con cascadas y rápidos sorpresivos, como las que presenta el libro El cisne negro de Nassim Nicholas Taleb, especialista libanés en probabilidades o incertidumbres repentinas.

Aunque sea una verdad de Perogrullo la necesidad de guardar los principios éticos y morales, personales y especiales de la función, se vuelve perentorio recuperar el antiguo hábito de la parresía griega que restaurara el filósofo Michel Foucault, de hablar con verdad, coraje y sensatez, opino que la Judicatura – sometida a los embates de esta época – tiene una debilidad interna no diagnosticada y, mucho menos en tratamiento terapéutico cuál es, la **falta de épica funcional** que sea la savia y la médula espinal del desempeño legitimante.

España tiene su Cantar del Mio Cid, Grecia la Ilíada y la Odisea de Homero, Roma la Eneida de Virgilio, en Francia el Cantar de Roldán y en América Alonso de Ercilla, etc.

Resulta impostergable dar a luz a la Épica Judicial Republicana para recuperar el tiempo perdido, como la obra literaria de Proust.

Es necesario dar un final a estas reflexiones y para ello me permito transcribir unas ideas del escritor jesuita argentino Leonardo Castellani sobre la nobleza, que en la línea aristotélico tomista sería la disposición de lo perfecto para lo muy bueno.

Así escribe Leonardo Castellani, en el libro “El nuevo gobierno de Sancho”.

- ¿Y qué es un noble? - dijo Sancho.
- Difícil de definir, señor. Eso se siente y no se dice.
- Es un hombre de corazón.
- Es un hombre que tiene alma para sí y para otros.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

- Son los nacidos para ordenar.
- Son los capaces de castigarse y castigar.
- Son los que en su conducta han puesto estilo.
- Son los que no piden libertad, sino jerarquía.
- Son los que se ponen leyes y las cumplen.
- Son los capaces de obedecer, de refrenarse y de ver.
- Son los que odian la pringue rebañega.
- Son los que sienten el honor como la vida.
- Son que por poseerse pueden darse.
- Son los que a cada instante saben las cosas por las cuales se debe morir.
- Los capaces de dar cosas que nadie obliga y abstenerse de cosas que nadie prohíbe.
- Son los...
- Basta- dijo Sancho – entiendo ¿Entonces noble es aquel que sabe hacer cosas bien y no puede prestarse a chapucerías?
- Así es señor...

Principios de ética judicial en España: pasado, presente y futuro

Francisco de Asís Silla Sanchis
Vicepresidente Grupo Iberoamericano de la
Magistratura (UIM)

Resumen

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial de España, en la sesión celebrada el 16 de diciembre de 2016, aprobó los principios de Ética Judicial. Se terminaba con una de las deficiencias puestas de manifiesto por organismos internacionales y que habían sido parcialmente subsanados de manera provisional y urgente en el acuerdo del Pleno de 25 de febrero de 2016, adhiriéndose a los principios del Código Iberoamericano de Ética Judicial, en tanto en cuanto no se aprobase un código ético propio para la carrera judicial española. La Comisión de Ética, que se constituyó con nuestro Código, ha emitido diversos dictámenes de asesoramiento a los Jueces como respuesta a las consultas que se le han venido formulando. La regulación de los principios y las funciones atribuidas a la Comisión de Ética tiene una finalidad positiva, se configura como un instrumento para la consecución de la excelencia de los integrantes de la carrera judicial, se caracteriza por su carácter proactivo antes que represivo, totalmente diferenciado e independiente del área disciplinaria y pretende, entre otros objetivos, favorecer la confianza de los ciudadanos en la justicia cuando contemplan la conducta del juez, incluso al margen de su actividad jurisdiccional.

Palabras clave

Código Ético, Comisión de Ética, España, imparcialidad, independencia, integridad.

Introducción

El 1 de mayo de 1999, España, en el Consejo de Europa, fue uno de los diecisiete países creadores del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), cuyo objeto, según el artículo 1 de sus estatutos, es «mejorar la capacidad de sus miembros de luchar contra la corrupción, velando por la aplicación de los compromisos tomados en este ámbito, mediante un proceso dinámico evaluador y de presión mutuos».

A lo largo de su historia, España ha sido objeto de varias rondas de evaluación e informes sobre su cumplimiento. El 1 de enero de 2012 tuvo lugar la Cuarta Ronda de Evaluación sobre la «prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales». Entre las cuestiones objeto de examen se contemplaba la carencia de una regulación de los principios éticos, normas de conducta y conflictos de intereses.

En la evaluación efectuada en el año 2013, se destacaban algunas cuestiones, junto con el reconocimiento de que «En España, el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal son excelentes y, con excepción de algunos casos aislados, no hay pruebas sustanciales de que exista corrupción entre jueces o fiscales» (3) y que los jueces y fiscales «tienen un gran espíritu de servicio y una enorme dedicación» (4) se resaltaba en el aspecto negativo la sobresaturación de los órganos y algunas deficiencias que han suscitado críticas sobre el «riesgo de influencia política». Estas últimas, en principio, afectan a los órganos rectores del Poder Judicial y a los integrantes del Ministerio Fiscal, que, al igual que ocurre con el Tribunal Constitucional, según artículo 117 frente a los artículos 122, 124 y 159 y siguientes de la Constitución, no son Poder Judicial, pero que el conjunto de la ciudadanía los confunde e identifica y que motivan «la falta de confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia» (4).

Lamentablemente, según el referido informe, a partir del 2007 se produjo una pérdida de la buena imagen a nivel de corrupción que fue paralela, aunque menor, a la experimentada por los políticos, de manera que la creencia de la corrupción en la judicatura pasó del 17% en el año 2007 al 41% en el 2011 y difícilmente puede esperarse que mejore mientras

la ciudadanía no sea consciente de la diferencia entre el órgano de gobierno de los jueces y los integrantes del Poder Judicial, en la que, sin duda, mucho tuvo que ver el sistema de nombramiento de los vocales del Consejo General del Poder Judicial introducido en la Ley Orgánica 6/1985, cambiando el sistema regulado en la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, que derogó la nueva ley. El sistema que se introdujo, y pese a los programas políticos con los que han concurrido a las elecciones el partido que en su momento llegó a presentar recurso de inconstitucionalidad contra la nueva ley, ha sido mantenido, pese a gozar de mayorías suficientes para retornar al sistema de 1980.

El GRECO, en la comentada evaluación, apartados 100 y ss., mostraba su extrañeza de que a pesar de la participación activa de España en la elaboración de códigos de conducta que han sido modelos en otros países, no dispusiera de uno propio y que incluso pese a reconocer la aplicación práctica del vigente para América Latina, ni siquiera este haya sido legalmente adoptado.

Entre las Recomendaciones efectuadas, en la VII, la tercera de las cuatro que se efectúan con relación a los jueces, en la que destaca la primera, relativa al sistema de nombramientos de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, se incluyó que «se adopte y se facilite el acceso al público de un código de conducta para jueces y que se complemente con servicios de asesoría especializados en conflictos de intereses y demás materias relacionadas con la integridad».

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, el 25 de febrero de 2016, acordó adherirse al Código Iberoamericano de Ética Judicial. Simultáneamente, se promovió el específico para la carrera judicial española, a través del grupo de trabajo creado por la Comisión Permanente en abril de 2014. En este informe reincidía en que la finalidad fundamental era crear una herramienta que sirviera de «orientación a los miembros de la carrera al tener que decidir sobre su comportamiento profesional, teniendo en cuenta las demandas de la sociedad de este colectivo y como un medio para ampliar y fortalecer la confianza del público en la administración de justicia». En la 72ª reunión, tan sólo se entendió que se había cumplido parcialmente, y, en la siguiente en la que se volvió sobre la materia, la 78ª, 8 de diciembre de 2017, se le puso al corriente sobre el avance de los trabajos y la previsión de una Comisión de Ética Judicial, sin embargo, siguió entendiendo que la recomendación seguía tan sólo parcialmente implementada.

Con la puesta en funcionamiento de la Comisión de Ética Judicial, cuyos miembros fueron nombrados por acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ el 26 de abril de 2018 y el desempeño de sus funciones consultivas y emisión de informes y dictámenes sobre cuestiones relativas a uso de redes sociales, imparcialidad y neutralidad, mediación e incompatibilidad, conflictos de intereses y nepotismo, etc. GRECO concluyó con que la recomendación vii ha sido cumplida.

Como puede observarse, y ya se puso de manifiesto en el informe emitido por España sobre el cumplimiento de la recomendación, no se consideraba una necesidad dentro de la carrera judicial la existencia ni de un Código Ético ni de una Comisión, «No se detecta en la carrera judicial un sentimiento generalizado de necesidad de un código deontológico (...) Además, entre nuestros compañeros existe el temor de que se vaya a utilizar con fines disciplinarios, como un desarrollo reglamentario. Hoy por hoy no es una prioridad para nosotros» (BERMELL. 2016), así se pronunciaron las Asociaciones de Jueces. En último caso, lo primero se entendía cubierto con la adhesión al Código Iberoamericano y lo segundo con las consultas que, a nivel particular, en todo momento podían los integrantes de la carrera judicial efectuar con otros compañeros.

A esta opinión de la carrera en contra a un Código Ético, debía añadirse los recelos existentes sobre una confusión entre las exigencias éticas y las disciplinarias, que también habían sido objeto de implementación a través de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; sin embargo, estas opiniones se encontraban en el interior de la carrera, pero difícilmente podían compartirse con la ciudadanía y con la necesidad de, también, la “apariencia” de integridad en los componentes del Poder Judicial.

Paralelamente y a impulsos de las referidas carencias puestas de manifiesto por el GRECO, se forjaron los cimientos para la elaboración del Código Ético, así en sucesivas sesiones del CGPJ, se va impulsando su elaboración, en un primer momento, acuerdo de 9 de abril de 2014, se constituye un Grupo de Trabajo para impulsar la elaboración de un Código Ético de la Carrera Judicial, el 7 de julio y 5 de noviembre siguiente, se amplía el Grupo y el 25 de febrero de 2016 el Pleno del Consejo General del Poder acuerda adherirse a los principios del Código Iberoamericano de Ética Judicial en tanto «en cuanto no se apruebe un código ético propio para la carrera judicial española».

La aprobación de Códigos Éticos, en los últimos años, también se venía reconociendo como una necesidad en el ámbito asociativo internacional. En el Estatuto Universal del Juez, aprobado por el Consejo Central de la International Association of Judges (IAJ-UIM), el 17 de noviembre de 1999, tan sólo se contenía una referencia a los principios éticos (art. 12), para fundamentar el derecho al asociacionismo, como vía de consulta. El 14 de noviembre de 2017, se aprobó su actualización, y allí se contemplaba la importancia de Códigos Éticos, por cuanto que era un tema que no podía haber sido considerado en su momento y que obedecía a «solicitudes crecientes y legítimas de los ciudadanos y como desarrollo del concepto de imparcialidad» (IAJ-UIM 2017). El artículo 6, de los 9 que componen el estatuto, declara en su primer apartado que «en todas las circunstancias, los jueces deben guiarse por principios éticos», que deben formar parte de la formación del juez, y que deben guiar tanto su actividad judicial como la externa (art. 6.4), enumerando, como genéricos, la imparcialidad, dignidad, incompatibilidad, moderación y eficiencia, finaliza el apartado con el posible recurso del juez a una autoridad independiente para obtener asesoramiento.

El Código Ético pretende la consecución, al menos la búsqueda, de la excelencia, no conformarse con la mediocridad, en el Poder Judicial. No es ni una exclusiva ni un monopolio de la carrera judicial, simplemente la aspiración de toda profesión, que desde sus inicios tuvo un marcado carácter religioso, el juramento hipocrático, el juramento exigido a sacerdotes y juristas y posteriormente a toda “profesión” (CORTINA, A. 213, pág. 131; 217, pág. 125), el pretender con carácter prioritario el buscar el fin esencial en la profesión, el servicio a la sociedad, el compromiso con la sociedad, dentro de la división en la civitas, y que en los integrantes del Poder Judicial será, entre otros, conseguir la confianza de la sociedad en la justicia a través de los valores de imparcialidad, independencia, integridad.

1. Código ético para la carrera judicial

El 16 de diciembre de 2016 el Consejo General del Poder Judicial aprobó el texto final del Código Ético para la Carrera Judicial.

El texto se compone de dos partes diferenciadas, la I, en la que se establecen los Principios, y la II, donde se regula la Comisión de Ética Judicial.

Ya se expuso anteriormente que la elaboración venía siendo una exigencia del Consejo de Europa y mencioné los recelos iniciales que había en la carrera judicial,

incrementados por alguna desafortunada expresión utilizada por un alto cargo judicial (GUINDAL, C. 2014). Quizá como consecuencia de esto último a lo largo de todo el texto, incluso en algunos casos de forma innecesaria por reiterativa, se quiere dejar muy claro la diferencia entre el régimen disciplinario y las disposiciones de este Código, así en el párrafo quinto del preámbulo «Nada tiene que ver el régimen disciplinario con la ética judicial», al regular las funciones de la Comisión de Ética Judicial, artículo 1.2: «La actuación de la Comisión no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria», y en la Disposición Final: «Los presentes “Principios de Ética Judicial” no podrán utilizarse en ningún caso, ni directa ni indirectamente, con finalidad disciplinaria, salvo que redunde en beneficio del sujeto al procedimiento». Esta característica es un deseo en los países de nuestro entorno, aunque no siempre se haya conseguido (ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES. 2009).

1.1. Código ético: principios

Los principios siguen un criterio similar a los de Bangalore (2001) sobre conducta judicial, como así se refleja en el párrafo segundo del preámbulo, donde se recogen los seis valores, independencia, imparcialidad, integridad, corrección, igualdad, competencia y diligencia. En el texto español, se mantienen los tres primeros y por el mismo orden, concentrándose en el IV «Cortesía, diligencia y transparencia». El valor igualdad, se refleja en los principios de imparcialidad, 14, y en integridad, 25.

Es de destacar, también, la pretensión final conseguir a través de la conducta del juez: la confianza en la administración de la justicia por parte del ciudadano, de ahí que ya en el primer párrafo del preámbulo se manifieste como objetivo: «fortalecer la confianza de la ciudadanía en la justicia». En la independencia: «que no comprometan o perjudiquen la percepción que, en un Estado democrático y de Derecho, tiene la sociedad sobre la independencia del Poder Judicial», 9. En la imparcialidad, «evitar conductas que, dentro o fuera del proceso, puedan ponerla en entredicho y perjudicar la confianza en la justicia», 16; «apariencia de imparcialidad», 17 y 19. En la integridad: «evitar riesgo de una apariencia de favoritismo», 24; «apariencia de imparcialidad», 29 y 31.

1.2. La comisión de ética

En la Parte II se regula la Comisión de Ética Judicial, sus funciones, composición, elección de sus integrantes, mandato, funcionamiento, efectos de sus actos y publicidad.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

La Comisión está integrada por siete miembros, a quienes se les garantiza la independencia, de los cuales dos son Magistrados del Tribunal Supremo, tres Magistrados y un Juez, todos estos elegidos por los integrantes de la Carrera judicial en servicio activo. Entre ellos eligen a su presidente y al séptimo miembro, «persona de reconocido prestigio y acreditada trayectoria en el mundo académico de la Ética, la Filosofía del Derecho o la Filosofía Moral». Se trata de cargos honoríficos sin más compensación económica que el reembolso de los gastos.

Aun cuando el texto acordado en la sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2016 por el grupo de trabajo sobre ética judicial, se aprobó en la sesión del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 20 de diciembre siguiente, no fue hasta el 9 de mayo de 2018 cuando se celebra la primera reunión constitutiva de la Comisión y meses después cuando la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añade a las atribuciones del Consejo la 24ª, «La recopilación y actualización de los Principios de Ética Judicial y su divulgación, así como su promoción con otras entidades y organizaciones judiciales, nacionales o internacionales», añadiendo en su último párrafo que el “Consejo General del Poder Judicial se asegurará de que la Comisión de Ética Judicial, que a tal efecto se constituya, esté dotada de los recursos y medios adecuados para el cumplimiento de sus objetivos».

En cumplimiento del artículo 7 del Código Ético, la Comisión durante los cuatro años de existencia ha emitido las preceptivas memorias anuales donde se detalla el total de sesiones celebradas, treinta y cuatro, y el trabajo desarrollado por ella y por sus integrantes.

Una de las primeras labores fue dar cumplimiento al artículo 5.5, «La primera Comisión que se forme será la encargada de redactar, de acuerdo con lo establecido en este texto, sus reglas de organización y funcionamiento...». Es así como en la reunión del 22 de junio de 2020 se aprobaron las Reglas.

En los artículos 15, 16 y 17 de las Reglas de Organización y Funcionamiento se distingue las formas de sus pronunciamientos, dictámenes, acuerdos e informes. Los dictámenes para reflejar la posición de la Comisión sobre asuntos o cuestiones objeto de la consulta sobre casos concretos que le presenten las Salas de Gobierno de los Tribunales, las Juntas de Jueces, Asociaciones Judiciales o cualquier juez o jueza en servicio activo; los acuerdos, para la inadmisión de aquellas consultas que excedan de sus competencias; y los informes cuando se trate de pronunciamientos, excepcionalmente, sobre asuntos o

cuestiones de interés general relacionados con el comportamiento ético que se espera de los jueces y juezas, en los casos en los que lo soliciten los entes antes citados.

A la vista de las cuatro memorias anuales publicadas, la Comisión ha emitido un total de treinta y nueve dictámenes y once acuerdos de inadmisión de consultas, que como se recoge en el artículo 6 de la Parte II del Código Ético y se reitera en el 17 de las Reglas de Organización y Funcionamiento de la Comisión, carecen de «fuerza jurídica obligatoria y efectos vinculantes».

Los dictámenes emitidos sobre consultas relacionadas con el principio de imparcialidad han sido diversos, como los relativos a audiencias en el proceso con el letrado de una de las partes, participación en actividades docentes con despachos de abogados y colegios de abogados, intervenciones en relaciones sociales, mediación judicial, introducir a familiares en programas de formación, investigación de hechos fuera del proceso, implicaciones éticas del principio secundum allegata et probata, uso de redes sociales e intervenciones en medios de comunicación sobre hechos sentenciados.

En las Memorias anuales igualmente se detalla la labor de divulgación de la actividad y trabajos, a través de sesiones docentes en la formación inicial y permanente de Jueces y Magistrados, en Universidades, como en la de Zaragoza; reuniones con la Fiscalía General del Estado; y en el ámbito internacional, con la Red Europea de Consejos de Europa, Red Iberoamericana de Ética Judicial, actividades desarrolladas en Iberoamérica, como las llevadas a cabo en Perú, Chile y Colombia, Programa HELP del Consejo de Europa, Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, Escuela Judicial Italiana, reuniones de Jueces y Universidades de Portugal y con asociaciones judiciales, entre otras.

Las “puertas giratorias” en relación con la carrera judicial fue objeto del dictamen de 13 de mayo de 202, pese al carácter impersonal de la consulta, como se deja constancia de ello. Es incuestionable la aportación que los profesionales del Poder Judicial pueden añadir en órganos directamente relacionados con la organización, planta judicial e incluso en el legislativo y ejecutivo, donde pueden ocupar cargos técnicos, la cuestión, sin embargo, varía cuando esta intervención va más allá, participando de forma activa en la vida política, en campañas electorales junto a partidos políticos y sindicatos, lo que a los jueces les está vedado disciplinariamente (El artículo 417 califica de falta muy grave: «La afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio»).

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

En muchas ocasiones, cuando han pasado a situación distinta al servicio activo, ello no ha sido óbice para que su actividad jurisdiccional previa no haya podido levantar sospechas¹, sin embargo, el valor de imparcialidad se verá empañada de futuro cuando su actividad ha aparecido con siglas de partido, en el parlamento o en el ejecutivo, como interpelante o como interpellando en comisiones de control de gobiernos integrados por partidos políticos o en campañas políticas.

La mera propuesta como vocal judicial del Consejo por un determinado partido político, por ser el único camino que posibilita la Ley Orgánica 6/1985, mantenida hasta el presente, en todas las legislaturas posteriores, pese a compromisos contenidos en programas electorales sobre su derogación, aunque la única reforma que se practicó fue incluso para eliminar garantías que enunciaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986 como subsistentes, motivo por el que no declaró inconstitucional la Ley Orgánica 6/1985, ha provocado la recusación o abstención, en algún caso, de vocales vueltos a la función jurisdiccional, concluido su mandato en el Consejo (PÉREZ, J. 2016).

En el año 2013, el Equipo de Evaluación del GRECO, en la 62ª Reunión Plenaria, en la Cuarta Ronda de Evaluación ya ponía de manifiesto que la reforma operada en el año 2012, en la que se cambió el sistema al entender que los jueces que tomaban parte en la actividad política estaban en un “permiso sabático”, con pérdida del puesto de trabajo y de antigüedad en el servicio al de “licencia especial”, «plantea cuestiones desde el punto de vista de la separación de poderes y sobre la necesaria independencia e imparcialidad de los jueces en el fondo y en la forma, sobre todo ante las preocupaciones públicas por los riesgos de la politización de la función judicial en España» (Pág. 34).

El dictamen de la comisión de 13 de mayo de 2021 se pronunció sobre la conducta que debe observar el juez que pasa a la política y que retorna a la judicatura, máxime cuando en nuestro sistema no existe una regulación expresa ni del cooling off period ni revolving doors. Una vez más se incide en la necesaria imagen de imparcialidad, ante la confusión que genera la posición del juez, con independencia de su situación administrativa, al ser siempre considerado como juez, vuelva o no a su puesto de trabajo, siéndole exigible siempre el deber de lealtad institucional respecto al Poder Judicial.

1. Un claro ejemplo fue quien su trayectoria como juez constituyó un obstáculo para ser aceptado por un partido mayoritario como vocal del Consejo, que durante su trayectoria como vocal fue calificado del color político del partido que lo propuso y que de vocal judicial del Consejo pasó a ser ministro del gobierno del partido que obstaculizaba su nombramiento. Cfrs. AGUEDA, P. 2018; CUESTA, C. 2021; ESCOLAR, I. 2020. MARTIALAY, A. 2013.

El dictamen sigue los criterios establecidos en el Comentario sobre los principios de Bangalore, «Los jueces debían por lo menos abstenerse de toda actividad política que pudiese comprometer su independencia o afectar a la apariencia de imparcialidad» (Pág. 9); «el juez que utiliza la plataforma privilegiada de las funciones jurisdiccionales para entrar en la arena política partidista pone en peligro la confianza pública en la imparcialidad de la judicatura» (Pág. 57); «si un juez entra a la arena política y participa en debates públicos – opinando sobre temas controvertidos, participando en disputas con personajes públicos de la comunidad o criticando abiertamente al gobierno– no dará la impresión de actuar con justicia a la hora de desempeñarse como juez en el tribunal» (Naciones Unidas, 2013).

2. El futuro

La organización judicial española es compleja. De momento no existen tribunales de instancia y de apelación, sino que la estructura se encuentra atomizada mediante órganos independientes, al frente de los cuales se encuentra un juez o magistrado o presidentes de secciones en los tribunales colegiados, y en cada uno de estos órganos un letrado de la Administración de Justicia, funcionarios de tres categorías distintas, en la mayoría de los casos un Fiscal adscrito, médico forense; a todos estos debe añadirse otros profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia, abogados, procuradores y en muchas ocasiones Abogados del Estado y otros dependientes de las Comunidades Autónomas, así como los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Comunidades Autónomas, que realizan funciones de policía judicial, art. 126 de la Constitución 1978 (CE).

Solo los jueces y magistrados son los “integrantes del poder judicial”, art. 117.1 y 3 CE, y los únicos dependientes de su órgano de gobierno, del Consejo General del Poder Judicial, art.122. Los otros profesionales que se relacionan en el párrafo anterior dependen de la Fiscalía General del Estado, Ministerios de Justicia y de Interior, en su caso, diversas Consejerías de las Comunidades Autónomas, Colegios de Abogados y de Procuradores.

Sí, como ya se ha expuesto, existe confusión generalizada entre el órgano de gobierno del Poder Judicial y el propio Poder Judicial, predicándose, en muchas ocasiones, a los integrantes de este último las críticas negativas del primero, sobre todo como consecuencia del nombramiento de sus integrantes, otro tanto ocurre en las deficiencias que pueden afectar a cualquiera de los elementos esenciales en la Administración de Justicia con el Poder Judicial.

Es necesario, según se desprende del panorama descrito, no sólo la colaboración con las Comisiones de Ética de otros países con los que compartimos intereses comunes y pertenecientes a una misma cultura, sino también con todas aquellas entidades que colaboran en la Administración de Justicia. Sólo reforzando estas relaciones y participando en la colaboración y divulgación de los respectivos códigos éticos, se podrá conseguir la mejora de la imagen de la Justicia y “fortalecer la confianza de la ciudadanía en la justicia”.

No pueden, tampoco, considerarse los principios deontológicos estáticos, sino que como toda virtud y valor deben ser objeto de dinamización, acoplándose a las nuevas circunstancias y problemas que puedan ir surgiendo. En este sentido pueden resultar insuficientes en determinados momentos, los avances de las redes sociales y las nuevas tecnologías es un ejemplo de ello. En este sentido, como se afirmó en el compromiso ético de los jueces portugueses, el compromiso ético de cada juez es insuficiente, «la actividad judicial socialmente visible no es únicamente la suma de los actos individuales de los jueces en los procesos o en el espacio público, sino que es igualmente, y cada vez más, su representación colectiva e intervención en la definición y ejecución de las políticas públicas de Justicia», de ahí que dedica el último apartado al «asociativismo judicial», concluyendo en este sentido que «además de la afiliación formal, se rechazan también actuaciones concertadas de protesta o reivindicación profesional con cualesquiera entidades que no sean exclusivamente representativas de jueces».

Resulta, por tanto, cada vez cuidar las conductas personales y colectivas, que puedan generar dudas en la ciudadanía de una falta de imparcialidad, independencia e integridad, aun en la vida privada, cuando es conocida la condición de juez y si las leyes no llegan a regular esta actividad, se hace necesario asumir los compromisos éticos.

Conclusiones

De lo expuesto se desprenden las siguientes consecuencias:

Primero. Mediante el Código Ético, no se pretende más que la consecución de la excelencia en el aspecto profesional, garantía del servicio público que se presta y que obliga a todo profesional.

Segundo. A través de la excelencia profesional, incrementar en los ciudadanos la confianza en la Justicia, por cuanto difícilmente se puede deslindar en la persona del conocido

como juez su labor profesional de su actividad privada. No es suficiente el “optimismo estadístico”, la seguridad personal de independencia, imparcialidad e integridad, sino que esta realidad debe hacerse percibir al ciudadano, con independencia de la relación que haya podido o pueda tener con la Administración de Justicia.

Tercero. Dadas las características de las unidades judiciales españolas, en las que se relacionan una variedad de personas con dependencias orgánicas y funcionales diferentes, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía del Estado, Ministerio de Justicia, Ministerio del Interior, Comunidades Autónomas, Municipios, Colegio de Abogados, Colegio de Procuradores, es insuficiente la coordinación y colaboración internacional con otras comisiones de ética, pues esto sólo redundaría en la percepción del Juez, sino que es necesario hacerlo extensivo a todos los que intervienen en la administración de justicia, pues todos somos responsables de la imagen que perciben los ciudadanos y en su confianza en la Justicia.

Referencias

AGUEDA, P. «Grande-Marlaska salta de la órbita judicial del PP a ministro del Interior del gabinete Sánchez». *ElDiario.es*. 6 de julio de 2018. Recuperado de: <https://n9.cl/alvf>

ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES. *Compromiso Ético de los Jueces portugueses. Principios para la calidad y responsabilidad*. Lisboa 2009. Recuperado de <https://n9.cl/ohq58> [Accedido 24 de octubre de 2022].

BERMELL, C. “Las asociaciones de jueces no ven necesario el código deontológico impulsado por Lesmes”. *Confilegal*. 27.09.2016. Recuperado de <https://n9.cl/ng9d5> [Accedido el 20 de octubre 2022].

COMITÉ DE ÉTICA. Acuerdo de 22 de junio de 2020, por el que se aprueba el Código Ético para la carrera judicial. Recuperado de <https://n9.cl/q8fga> [Accedido 20 de octubre de 2022].

CONSEJO DE EUROPA. Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). Estatutos. Disponibles en <https://n9.cl/8v4mu> [Accedido el 20 octubre 2022].

CONSEJO DE EUROPA. Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). Cuarta Ronda de Evaluación sobre la «prevención de la corrupción respecto de parlamentarios,

jueces y fiscales». 1 de enero de 2012. Recuperado en www.coe.int/greco [Accedido el 20 de diciembre de 2022].

CONSEJO DE EUROPA. Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). Cuarta Ronda de Evaluación sobre la «prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales». 1 de enero de 2012. Recuperado de <https://rm.coe.int/16806ca049> [Accedido el 3 de noviembre de 2022], en la 62ª Reunión Plenaria.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Acuerdo de 9 de abril de 2014, se constituye un Grupo de Trabajo para impulsar la elaboración de un Código Ético de la Carrera Judicial. Recuperado de <https://n9.cl/ges8u> [Accedido el 20 de octubre de 2022].

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Acuerdo del Pleno por el que se adhiere a los principios del Código Iberoamericano de Ética Judicial, en tanto en cuanto no se apruebe un código ético propio para la carrera judicial española. Recuperado de <https://n9.cl/ain4c> [Accedido el 20 de octubre de 2022].

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Acuerdos del 7 de julio y 5 de noviembre de 2014, por el que se ampliase, amplía el Grupo para la elaboración de un Código Ético para la carrera judicial. Recuperado de <https://n9.cl/nvgd1> y <https://n9.cl/wcbmz> [Accedido el 20 de octubre de 2022].

CORTINA, A. ¿Para qué sirve realmente...? La Ética. Ed. Paidós. 7ª. Ed. Barcelona, 2013.

CORTINA, A. Ciudadanos del Mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía. Paidós. Alianza Editorial. Madrid. 2017.

CUESTA, C. «Sectores del PSOE cargan contra Marlaska: «Se ha convertido en el pelota de Podemos». Ok diario. 10 de enero de 2021. Recuperado de: <https://n9.cl/rs0cf>

ESCOLAR, I. «El búnker judicial: quién es quién en el gobierno de los jueces que ocupa el PP». ElDiario.es. 26 de septiembre de 2020. Recuperado de: <https://n9.cl/v1nck->

ESPAÑA. Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial Boletín Oficial del Estado. Núm. 11, de 12 de enero de 1980, páginas 837 a 842. Recuperado de <https://www.boe.es/eli es/lo/1980/01/10/1> [Accedido el 20, octubre, 2022].

ESPAÑA. Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado. Núm. 155, de 29 de junio de 2013, páginas 48734 a 48766. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2013/06/28/4> [Accedido el 20 de octubre 2022].

ESPAÑA. Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial Boletín Oficial del Estado. Núm. 314, de 29 de diciembre de 2018, páginas 129806 a 129826. Recuperado de <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/28/4> [Accedido el 24 de octubre de 2022].

ESPAÑA. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado. núm. 157, de 02/07/1985. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666> [Accedido el 20, octubre, 2022].

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO. «Sentencia número 108/1986, de 29 de julio. Recurso de inconstitucionalidad número 839/1985, promovido por don José María Ruiz Gallardón, Comisionado por 55 Diputados, contra la totalidad de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por vicios de procedimiento, y, subsidiariamente, contra determinados preceptos de la misma». Boletín Oficial del Estado, de 13 de agosto de 1986, núm. 193 pp. 14-26. Recuperado de: <https://n9.cl/8i7eg>

GUINDAL, C. “Los jueces exigen a Lesmes que rectifique el “palo y la zanahoria” o presente su dimisión”. EL CONFIDENCIAL. 31.03.2014 Recuperado de <https://n9.cl/03uo4u> [Accedido el 30.10.22].

INTERNATIONAL ASSOCIATION OF JUDGES. Actualización de los Estatutos Universales del Juez. Chile. 2017. Recuperado de <https://n9.cl/wgo5yy> [Accedido 24 de octubre de 2022].

MARTIALAY, A. «El PP coloca a Grande Marlaska en el CGPJ». El Mundo. 25 de noviembre de 2013. Recuperado de: <https://n9.cl/zp063> [Accedido el 3 de noviembre de 2022].

NACIONES UNIDAS. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Viena. Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la con-

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

ducta judicial. Naciones Unidas, Nueva York, 2013. Recuperado de <https://n9.cl/8bnxu> [Accedido 31 de octubre de 2022].

PÉREZ, J. «La Audiencia Nacional aparta a los jueces Espejel y López de la pieza de Gürtel sobre la visita del Papa». Público. 02 de noviembre de 2016. Recuperado de: <https://n9.cl/1msa> [Accedido el 20 de octubre de 2022].

UNIÓN INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS. Estatuto Universal del Juez. Adoptado por el Consejo Central de la UIM en Taiwán, el 17 de noviembre de 1999. Recuperado de <https://n9.cl/grvho>

Mora judicial (retardo excesivo), desde una mirada constitucional: la importancia del plazo razonable, límite normativo y ético

Paola Andrea Meneses Mosquera
Magistrada de la Corte Constitucional

Abstracto

Este documento tiene como objeto mostrar cuál ha sido el papel de la Corte Constitucional en el escenario de desprotección de los derechos fundamentales al que se exponen los ciudadanos por la *mora judicial* y, sobre todo, cuáles son los límites normativos que la jurisprudencia le ha impuesto a esta práctica. Aquí, plantearé y pretendo demostrar que la jurisprudencia constitucional no ha servido como plataforma de justificación de la *mora judicial*, sino que, por el contrario, ha contribuido a limitar esa práctica y a la protección de los derechos que en ella resultan vulnerados. Sin perjuicio de lo anterior, procuraré no referirme a los aspectos institucionales que generan la congestión judicial, entre otras cuestiones, porque es algo que le compete definir al legislador y a los órganos de administración de la Rama Judicial. Con todo, destaco que el compromiso ético de los jueces con una justicia diligente no es suficiente para descongestionar el aparato judicial del Estado colombiano, si es que los diferentes poderes estatales no contribuyen mancomunadamente a ese propósito.

Palabras clave

Mora judicial, ética judicial, jueces, sentencia, demora, justificación, plazo razonable, derechos fundamentales.

Abstract

This document is intended to show what the role of the Constitutional Court has been on the lack of protection of civil rights which citizens are exposed to due to judicial delay and, above all, the limits on the normative that jurisprudence has imposed onto this practice. I am intended to demonstrate that constitutional jurisprudence has not served as a platform for justifying judicial delay. On the contrary, it has contributed to limiting this practice and protecting civil rights. I try to avoid referring to the institutional aspects that generate judicial congestion among other issues since it is a matter that falls to the legislator and the Judicial administrative authority branch to define. However, I emphasize the ethical commitment of judges, (as a drive to diligent justice) is not enough to decongest the judicial apparatus of the Colombian State as long as the other state powers do not contribute jointly to this purpose.

Key words

Judicial delay, court ethics, judges, judgment, delay, justification, reasonable term, civil rights.

Introducción

El tiempo es relativo, incluso, en lo que se refiere a la administración de justicia. No quiero decir con esto que el procedimiento judicial se pueda adelantar al margen de los términos establecidos, bien por la ley, el juez o las partes. Tampoco quiero dar a entender que los actos procesales pueden realizarse en cualquier momento y, mucho menos, que la administración de justicia sea un acto atemporal. No, los términos judiciales imponen cargas a las partes y vinculan a los jueces de la República y a todo

aquel que, sin tener tal calidad, tenga a su cargo la administración de justicia, como los árbitros y jueces de paz.

Respecto de las partes, la ley impone el deber de ejercer el derecho de acción o contradicción, interponer los recursos ordinarios o extraordinarios o, simplemente, hacer uso de las herramientas procesales dentro de los términos que corresponde a cada uno de los procesos judiciales, so pena de que ya no sea posible llevar a cabo la respectiva actuación y, en consecuencia, no sea viable la definición de los derechos de los ciudadanos en sede jurisdiccional. Por ejemplo, el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece los términos de caducidad para los medios de control que se tramitan ante los jueces contencioso administrativos, así como los artículos 322 del Código General del Proceso (CGP) y 63 del Código de Procedimiento Laboral (CPL) disponen, respectivamente, la oportunidad para interponer los recursos ordinarios de apelación y reposición.

En la práctica, la parte que actúa al margen de los términos judiciales resulta “sancionada” debido a que pierde el derecho de acceder al aparato judicial del Estado, de hacer uso de las herramientas que le concede el ordenamiento jurídico o, simplemente, de ejercer las prerrogativas que se le confieren como parte del proceso. En el fondo, lo que persigue el legislador con este tipo de “sanciones” es garantizar la certeza jurídica e, indirectamente, la estabilidad normativa de las relaciones sociales, pues busca evitar el estado de zozobra que subyace al suspenso en el que se podría caer si no se marca un hito después del cual los derechos y obligaciones que orbitan una relación se tornan inmutables.

Respecto de los jueces, el legislador dispuso de unos términos dentro de los cuales se tienen que surtir las diferentes etapas del procedimiento e incidentes y, finalmente, proferir la decisión que corresponde. Por ejemplo, las demandas interpuestas en ejercicio de la acción popular deben ser admitidas en 3 días, según lo dispone el artículo 20 de la Ley 472 de 1998; así como el incidente de reparación integral en los procesos penales debe surtirse dentro de los 8 días siguientes a la firmeza del fallo condenatorio, en aplicación del artículo 102 de la Ley 906 de 2004. En ese mismo sentido, se tiene que en los procesos jurisdiccionales regidos por el CGP, la sentencia debe dictarse en el término máximo de un año, por disposición del artículo 121 de dicha codificación; o en el término de 30 días siguientes a la finalización de la audiencia de juzgamiento, en los procesos ordinarios surtidos ante los jueces de lo contencioso administrativo, como lo dispone el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador dispuso que los jueces deben resolver los casos en el orden en el que ingresaron al despacho. Esta obligación, claro está, tiene excepciones. Por un lado, la prelación que tienen algunos procesos judiciales, como las acciones de tutela¹, cumplimiento² y, en cierta medida, el hábeas corpus. Por otro lado, la preferencia que ostentan algunos procesos tramitados ante las altas cortes, en aplicación del artículo 63A de la Ley 270 de 1996³, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009. En efecto, al amparo de esta normativa, las referidas autoridades pueden alterar el sistema de turnos, por ejemplo, cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio público.

Al igual que ocurre respecto de las partes del proceso, el desconocimiento de los términos judiciales tiene consecuencias jurídicas relevantes, pues el funcionario en mora puede hacerse acreedor de una sanción disciplinaria porque su omisión puede constituir “mala conducta”, según el artículo 4° de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 1° de la Ley 1285 de 2009. Incluso, en los procesos regulados por el CGP, dicho juez puede llegar a perder su competencia para seguir conociendo el proceso y, de todos modos, ser sancionado disciplinariamente, en aplicación del artículo 121 *ibídem*. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre cuando las partes son las que desatienden los términos procesales, en donde solo estas se ven afectadas por la desidia en la que pudieron haber incurrido, el incumplimiento de los términos por parte de los jueces termina por afectar también los derechos de las partes y, en consecuencia, el acceso material a la administración de justicia, incluso, en aquellos casos en los que el funcionario es sancionado por la autoridad competente.

De una forma u otra, el incumplimiento de los términos judiciales siempre termina afectando al titular de los derechos en controversia. Aquí me ocuparé de esa situación problemática, particularmente, del papel de la Corte Constitucional ante el incumplimiento de los términos judiciales por parte de los jueces de la República, esto es, la denominada *mora judicial*. Esto, sobre una premisa que se erige como el fundamento empírico de mis consideraciones, esto es, que salvo contadas excepciones, los términos judiciales no se cumplen a cabalidad en los procesos que se tramitan ante las diferentes jurisdicciones. Esta, incluso, es una dura realidad que afrontan varios países de Iberoamérica.

1. Decreto 2591 de 1991, art. 15.

2. Ley 393 de 1997, art. 11.

3. Ley Estatutaria de Administración de Justicia

1. La Corte Constitucional frente al fenómeno de la mora judicial

Como ya lo señalé, pienso que la jurisprudencia constitucional no ha servido como plataforma de justificación de la *mora judicial* sino que, por el contrario, ha contribuido a limitar esa práctica y a la protección de los derechos que en ella resultan vulnerados, por medio de lo que ha llamado *plazo razonable* o *razonabilidad de plazo*. Para demostrar la tesis planteada, he decidido separar la jurisprudencia constitucional en cuatro etapas y mostrar cómo en cada una de ellas la jurisprudencia de la Corte ha establecido criterios analíticos que no buscan incentivar la *mora judicial*, sino proteger los derechos fundamentales en tensión y, por esa vía, garantizar la vigencia de diversos principios constitucionales.

En la primera etapa, que corresponde a las decisiones de los años noventa, explicaré cómo se establecieron los fundamentos sobre los que, hasta hoy, la Corte ha desarrollado la doctrina de la *mora judicial*, con fundamento en el artículo 228 de la Constitución Política. Luego, en la segunda etapa, que se adscribe a las decisiones adoptadas entre los años 2000 y 2011, me referiré a la forma como la Corporación inició la esquematización de los criterios para evaluar la justificación de las dilaciones procesales en clave de *razonabilidad del plazo*. En seguida, en la etapa que corresponde a los años 2011 a 2016, mostraré cómo se hizo explícita la necesidad de distinguir las *dilaciones justificadas* de las *dilaciones injustificadas* y, sobre todo, cuáles fueron las reglas creadas para estas y aquellas. Por último, al referirme a la cuarta y última etapa de la jurisprudencia, dejaré en evidencia el estado actual de la jurisprudencia constitucional sobre la materia (plazo razonable). Transversalmente, mostraré que las cuatro etapas tienen una regla en común, esto es, que la congestión judicial o la excesiva carga de trabajo no constituyen per se argumentos suficientes para justificar la dilación del proceso judicial.

1.1. Primera etapa de la jurisprudencia: los años noventa (1992-1999). Establecimiento de los fundamentos teóricos de la doctrina constitucional sobre la mora judicial

En la primera etapa de la jurisprudencia, la Corte Constitucional estableció los fundamentos sobre los que, hasta hoy, ha desarrollado la doctrina de la denominada *mora judicial*, con fundamento en uno de los apartes del artículo 228 de la Constitu-

ción Política, que establece que “Los *términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado*”. Por medio de las sentencias T-431, T-498 y T-572 de 1992, el Tribunal señaló lo siguiente: **(i)** que los términos judiciales son un medio y no un fin en sí mismo; **(ii)** que, como tal, garantizan el acceso oportuno a la administración de justicia y, además, el debido proceso “*sin dilaciones injustificadas*”; **(iii)** que, en todo caso, las dilaciones del proceso podrían estar justificadas y, por ende, no ser lesivas de las garantías constitucionales; y **(iv)** que, si no están justificadas, tales dilaciones pueden dar lugar a la imposición de sanciones a los jueces morosos. A continuación, me referiré brevemente a cada una de estas cuatro temáticas.

(i) Los términos judiciales son un medio para la vigencia de principios constitucionales y la protección de derechos fundamentales. En la Sentencia T-431 de 1992, primera en la que la Corte Constitucional se refirió a la mora judicial de forma sistemática, se señaló que el cumplimiento de los términos judiciales no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los fines de la justicia y la seguridad jurídica y, por esa vía, asegurar que, a través de su observancia plena, resulten eficazmente protegidos los derechos de las personas. En esa ocasión, la Corporación dispuso el amparo en un caso en el que el expediente llevaba ocho años en el despacho en turno para que se emitiera la sentencia.

(ii) Los términos judiciales garantizan el acceso a la administración de justicia y el debido proceso sin dilaciones injustificadas. En la Sentencia T-498 de 1992, la Corte Constitucional resaltó, en línea con lo dicho anteriormente, que los términos judiciales se erigen como garantía de la prerrogativa fundamental que a todas las personas les asiste de obtener una pronta y cumplida justicia. Igualmente, destacó que existe una estrecha relación entre el debido proceso y el cumplimiento estricto de los términos procesales⁴, de tal forma que la dilación de estos últimos supone un agravio de aquel⁵. Esto, porque, en el marco del Estado Social de Derecho, todo individuo puede poner en funcionamiento el aparato judicial del Estado y, consecuentemente, esperar obtener una respuesta oportuna sobre lo pretendido y, particularmente, aspirar a que los jueces de la causa no incurran en dilaciones injustificadas del procedimiento⁶.

(iii) Las dilaciones procesales podrían estar debidamente justificadas. Desde que profirió las primeras sentencias sobre *mora judicial*, la Corte Constitucional planteó

4. Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-190, T-334, T-347 y T-368 de 1995.

5. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-394 de 2016.

6. Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-230 de 2013 y T-441 de 2015.

la necesidad de diferenciar entre las *dilaciones justificadas* y las *dilaciones injustificadas*, pero adscribió la violación al derecho fundamental del debido proceso únicamente a las segundas, lo cual cambiaría más adelante. Con esa orientación, para definir si la dilación estaba o no justificada, el Tribunal tomó en consideración *factores externos al proceso*, como la carga laboral que tuvieran los jueces; y *factores internos del proceso*, como el interés jurídico involucrado. De una forma u otra, la jurisprudencia constitucional sugería valorar las circunstancias de cada caso. Desde ese momento, y hasta hoy, la Corte se ha abstenido de establecer parámetros temporales concretos para determinar la justificación de la mora judicial, ya que en un caso específico 1 año de dilación podría considerarse justificado, pero en otro 6 meses no tendrían tal naturaleza.

Los *factores internos del proceso* se tienen que definir en cada caso en concreto. Esto, habida cuenta de que la noción “*dilaciones injustificadas*” es un concepto jurídico indeterminado, según lo que la Corte concluyó en la Sentencia C-300 de 1994⁷. En esta decisión el Tribunal estableció, a título ilustrativo, que el carácter injustificado de la dilación se puede definir a partir de criterios como el tiempo promedio que demanda el trámite del proceso; el número de partes, terceros e intervinientes; las dificultades probatorias; la diligencia de las autoridades judiciales; y, en general, por la complejidad del asunto. De todos modos, cualquiera que fuera la “causa” que el juez alegaba para justificar la mora, debía tratarse de situaciones procesales probadas, sobrevinientes e insuperables. Así lo señaló la Corporación en las sentencias T-334 y T-546 de 1995. En esta última decisión, encontró que si bien es cierto que el magistrado moroso alegó limitaciones y carencias que le impedían fallar dentro de los términos de ley, lo cierto es que sus compañeros de Sala tenían mayores rendimientos, a pesar de estar sometidos a las mismas limitaciones y carencias de recursos. Por esta razón, la Corte amparó los derechos de la parte accionante y, en consecuencia, le ordenó al magistrado que registrara proyecto de fallo en cuarenta y ocho horas.

Por otro lado, la carga laboral fue uno de los principales *factores externos al proceso* que sirvió para definir el carácter injustificado de la dilación procesal. Por ejemplo, en la Sentencia T-162 de 1993, el Tribunal Constitucional tomó en consideración que el funcionario accionado se había incorporado a trabajar cuando ya el despacho a su cargo tenía varios expedientes represados y, particularmente, que, durante la mora

7. Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-196 de 1995 y T-464 y T-668 de 1996.

judicial, el magistrado tutelado evacuó más de doscientos procesos y asistió a más de veinte sesiones de las salas de decisión. En la misma línea, en la Sentencia T-190 de 1995, la Corte Constitucional tuvo en cuenta que el juez tutelado tenía 250 expedientes en turno pendientes para proferir sentencia, los cuales, expresó, ingresaron al despacho antes de que lo hiciera el caso de la parte accionante.

Es necesario aclarar que Colombia no es el único país que padece la congestión judicial. Por ejemplo, según cifras del *Plan Iberoamericano de Estadística Judicial del año 2021*⁸, en España “ingresaron” 3.233.369 casos nuevos, pero solo se terminaron 1.448.945. Incluso, en diversos pronunciamientos el Tribunal Constitucional Español ha reconocido que esta problemática estructural limita el derecho al debido proceso⁹. La situación también ocurre en Chile, que en el año 2016 reportó un déficit de 1.7775.148 expedientes; y en Costa Rica, cuyo déficit en el 2018 era de 552.322 casos. Estos son solo algunos ejemplos. Las causas de este fenómeno global son, igualmente, generalizadas. La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, en el año 2020 profirió el Dictamen sobre la justicia en plazo y los problemas estructurales de la administración de justicia en clave ética¹⁰. Allí informó que la mora judicial puede estar asociada al litigio temerario, la negligencia de las partes del proceso, el ejercicio abusivo de las herramientas procesales (e.g. recusaciones) y, por supuesto, el bajo número de jueces y empleados de apoyo para estos últimos.

Retomando, los turnos para dictar sentencia fue otro de los *factores externos al proceso* que la jurisprudencia llegó a tener en cuenta para definir el carácter injustificado de la dilación de los términos judiciales. En efecto, como el artículo 43 del Decreto 2651 de 1991¹¹ establecía que los jueces deberían dictar las sentencias en el mismo orden en el que hubieran entrado a despacho para tales fines, la Corte tendría en consideración que la demora de los jueces podría estar justificada en el deber que les asiste de resolver los casos antiguos antes que los recientes¹². En la misma línea, el Tribunal advirtió que, al ordenarle a los jueces fallar en términos perentorios, podría estar generando un problema de igualdad respecto de los otros casos más antiguos del

8. Se puede consultar en la siguiente página Web: <https://www.pliej.org/pliej/>.

9. Cfr. Sentencias STC 103/2016 del 6 de junio de 2016 (fj. 6), STC 142/2010 del 21 de diciembre de 2010 (fj. 4), SSTC 160/2004 del 4 de octubre de 2004, (fj. 5) y STC 153/2005 del 6 de junio de 2005 (fj. 6).

10. Se puede consultar en la siguiente página Web: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/CIEJ/Dictámenes/>.

11. “Por el cual se expiden normas transitorias para Descongestionar los Despachos Judiciales”.

12. La Ley 446 de 1998 adoptó como legislación permanente algunas de las disposiciones del Decreto 2651 de 1991, incluida la de los turnos procesales (artículo 18).

despacho. Por ejemplo, en la Sentencia T-502 de 1997, la Corporación encontró que la demanda de tutela no tenía vocación de prosperidad, entre otras razones, porque conceder las pretensiones suponía violar el derecho a la igualdad de, al menos, doscientas cincuenta personas que estaban a la espera de que el mismo juez resolviera los conflictos propuestos antes de que lo hiciera quien interpuso la demanda de amparo.

(iv) *Las dilaciones injustificadas pueden dar lugar a sanciones para los jueces en mora.* Como ya lo señalamos, la primera sentencia que dictó la Corte sobre mora judicial tuvo como fundamento el artículo 228 de la Constitución Política (T-431 de 1992). Allí el Tribunal destacó, brevemente, que dicha norma establece que el incumplimiento de los términos judiciales debía ser sancionado. Luego, por medio de la Sentencia C-591 de 1993, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 42 del Decreto 2651 de 1991, que permitía la sanción a los jueces por mora. Esto, claro está, sin perjuicio del reconocimiento que hiciera del deber de atender al principio de proporcionalidad al imponer la sanción y de la obligación de respetar el debido proceso del funcionario judicial.

Posteriormente, en la Sentencia C-036 de 1996, en la que efectuó el control de constitucionalidad de la Ley 270 de 1996¹³, el Tribunal manifestó que el juez disciplinario está obligado a evaluar si el juez moroso actuó de forma negligente o si, por el contrario, el retraso en el que incurrió se encuentra inmerso en alguna de las que denominó causales de *justificación de responsabilidad*, como “*la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa del tercero o cualquier otra circunstancia objetiva y razonable*”. El estándar de sanción que fijó la Corte Constitucional fue, como se observa, el de las circunstancias objetivas y razonables.

Aunque este criterio fue establecido para definir la responsabilidad disciplinaria de los jueces morosos, lo cierto es que el mismo terminó por complementar el estándar de garantía del derecho fundamental al debido proceso sin dilaciones. Para efectos prácticos, si la conducta del juez moroso estaba justificada, *primero*, a este no se le podía sancionar y, *segundo*, era inviable ordenarle que dictara la decisión en mora por medio de un fallo de tutela. Por el contrario, si la conducta no estaba justificada, además de la sanción, se hacía posible que el juez de amparo dispusiera que el funcionario moroso dictara la decisión de forma inmediata.

13. Estatutaria de la Administración de Justicia.

La decisión en comento, aunque es susceptible de diversas críticas teóricas, marcó el inicio del fin de la primera etapa de la jurisprudencia constitucional sobre *mora judicial*, pues, durante la mayor parte de la década de los noventa, la justificación de la demora se valoró, mayoritariamente, en términos de carga de trabajo de los jueces, pero, a partir de esta decisión, la jurisprudencia acogería una categoría general de valoración, esto es, la de las *circunstancias objetivas y razonables*, la cual sirvió como complemento de la pauta marcada anteriormente como factores internos del proceso (Sentencia C-300 de 1994).

El ocaso de la primera fase de la jurisprudencia constitucional, sin embargo, lo definieron las sentencias C-248 y T-292 de 1999. En la primera de tales decisiones, la Corte avaló la constitucionalidad del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, que estableció de forma permanente el sistema de turnos para fallo, con fundamento en que se trata de un criterio razonable que garantiza el derecho a la igualdad de los ciudadanos, sin distingo de la naturaleza o complejidad de los procesos que estos iniciaren. En la segunda decisión, el Tribunal aclaró que *“solamente una justificación debidamente probada y establecida fuera de toda duda permite exonerar al juez de su obligación constitucional de dictar oportunamente las providencias a su cargo, en especial cuando de la sentencia se trata”*. Una justificación de tal naturaleza, precisó, no puede provenir apenas del argumento relacionado con la congestión de los asuntos al despacho, por lo que resulta imperioso, dijo la Corporación, determinar si el juez correspondiente ha obrado con diligencia y cumplido a cabalidad la totalidad de sus obligaciones constitucionales y legales, de modo tal que la demora en decidir sea el resultado de un estado de cosas singularizado y probado que se constituya en motivo insuperable de abstención. En esa ocasión, la Corte valoró que la magistrada había recibido un despacho con bastantes expedientes debido a que el magistrado anterior habría estado varios días en incapacidad médica sin que el nominador encargara a alguien del despacho y, adicionalmente, se tomó en consideración que la funcionaria había solicitado medidas de descongestión para el despacho que tenía a su cargo y, finalmente, tomó nota de que, en los dos años anteriores, el reparto de expedientes se habría aumentado con ocasión de dos modificaciones legislativas que asignaron nuevas competencias legales¹⁴.

Para finales de la década de los noventa, entonces, el juez de tutela debía definir si existían dilaciones injustificadas teniendo en cuenta, por un lado, las limitaciones

14. Leyes 388 y 393 de 1997.

del juez para resolver los casos en estricto orden de ingreso al despacho¹⁵ y, por el otro, que, a pesar de actuar de forma diligente para la tramitación oportuna de los expedientes a su cargo, el juez moroso se habría visto abocado a circunstancias debidamente probadas que constituyeran un motivo insuperable de abstención. Para estos fines, según la jurisprudencia de finales de los años noventa, no era suficiente con alegar altas cargas de trabajo.

Primera conclusión previa: desde los albores de la jurisprudencia constitucional, la congestión judicial y las altas cargas de trabajo de los jueces son las causas principales de la mora judicial. Ante esta situación, el papel de la Corte se ha visto restringido a la garantía de los principios constitucionales y la protección de los derechos fundamentales de los usuarios de la justicia morosa. Para tales fines, sin embargo, la Corporación planteó de antaño que la congestión judicial no es razón suficiente para explicar la demora de los jueces.

1.2. Segunda etapa de la jurisprudencia: el decenio de los años dos mil (2000-2010). Esquematación de los criterios para evaluar la justificación de la mora judicial y aparición de la razonabilidad del plazo

En la segunda etapa de la jurisprudencia, la Corte Constitucional se ocupó del desarrollo de tres temáticas, principalmente¹⁶: **(i)** la esquematización de los criterios para identificar los casos en los que las dilaciones podrían estar justificadas; **(ii)** las hipótesis en las que es posible alterar el sistema de turnos que implementó la Ley 446 de 1998; y **(iii)** el perjuicio irremediable en los eventos de mora judicial. Para tales fines, el Tribunal tuvo como punto de partida la tesis con la que culminaría la primera fase de la jurisprudencia, esto es, que la congestión judicial o la excesiva carga de trabajo no constituyen per se argumentos suficientes para justificar la dilación judicial. Esto y aquello, por medio de los fallos T-243 de 2000 y T-1226 y 1227 de 2001, luego, a través de la sentencia T-1249 de 2004, cuyos criterios serían reiterados, mayoritariamente, hasta finales del año 2012; y, finalmente, mediante el proveído T-708 del año 2006. A continuación, me referiré a las tres temáticas.

15. Es del caso precisar que en esta primera etapa se dejó claro que la mora judicial es un fenómeno que no solo se produce en aquellos casos en los que no se dicta la sentencia, pues también se puede producir por la demora en resolver algún recurso o de adelantar alguna actuación del proceso judicial. Cfr. Sentencias T-348 de 1993 y T-334 de 1995.

16. En algunas pocas sentencias se refirió a los debates teóricos que ocuparon la atención de la Corte en la década de los años noventa. Cfr. Sentencia T-030 de 2005.

(i) *Características de la mora judicial que lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.* Entre los años 2000 y 2003, las salas de revisión de la Corte Constitucional reiteraron los criterios de valoración de la mora judicial con los que finalizó la primera década jurisprudencial, según los cuales la dilación procesal estaría justificada si es extraordinaria y proviene de hechos objetivos y razonables, tal y como, en esencia, lo había señalado el Tribunal en la Sentencia T-292 de 1999. Muestra de ello son las sentencias T-243 de 2000, T-1226 y 1227 de 2001 y T-710 de 2003. En las tres primeras se negó el amparo porque se probó la razonabilidad de la demora judicial, mientras que en el último fallo se concedió tal pretensión, porque se encontró probado que el juez accionado se abstuvo de señalar la fecha en la que reiniciaría una diligencia judicial que debió suspender porque no contaba con la prueba técnica que se requería para fallar, con lo que dejó a las partes en una situación de incertidumbre lesiva de sus derechos fundamentales.

Posteriormente, mediante la Sentencia T-1249 de 2004, la Corte Constitucional llevó a cabo un primer ejercicio de estandarización de los criterios para establecer el carácter injustificado de la dilación en los términos procesales. En este caso, la Corte negó el amparo de los derechos de un grupo de 1500 ciudadanos que, en ejercicio de la acción de grupo, demandaron al Banco Granahorrar por el cobro excesivo de intereses. Luego de estudiar cómo había transcurrido el complejo proceso, la Corporación concluyó que la mora judicial que se considera lesiva de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, se caracteriza por lo siguiente: “(i) *el incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación por parte del funcionario competente, (ii) la falta de motivo razonable y prueba de que la demora es debida a circunstancias que no puede contrarrestar y directamente relacionada con el punto anterior, (iii) la omisión en el cumplimiento de sus funciones por parte del trabajador, debida a la negligencia y desidia respecto de sus obligaciones en el trámite de los procesos*”.

A partir de estas características, el Tribunal señaló que es necesario distinguir entre el incumplimiento de los términos que se origina en la desatención injustificada del funcionario de sus deberes, por un lado, y la existencia de una sobrecarga de trabajo sistemática en algunos los despachos, que hace prácticamente imposible el respeto estricto de los términos judiciales, por el otro. De todos modos, la Corte estableció que, además de la excesiva carga de trabajo de los jueces de la República, es necesario valorar en cada caso en particular lo que allí denominó la “razonabilidad del plazo”.

Esto, a partir de los siguientes elementos de juicio: (a) la complejidad del caso; (b) el cumplimiento de las partes de sus deberes en el impulso procesal; y (c) el análisis global del procedimiento. Lo anterior, teniendo como referente la importancia del derecho a la igualdad de las demás personas cuyos procesos cursan ante el mismo despacho, esto es, el respeto por el sistema de turnos establecido por el legislador.

Aunque en algunos casos posteriores se intentaran retomar algunos de los criterios de la jurisprudencia de la década de los años noventa, como ocurrió en la Sentencia T-030 de 2005, la referida doctrina constitucional fue reiterada por la Corte hasta el año 2012, como se puede corroborar en las sentencias T-366 de 2005, T-220 de 2007, T-577 de 2008, T-747 de 2009, T-259 de 2010, T-693A de 2011 y T-058 de 2012. En términos generales, para valorar el carácter injustificado de la mora judicial era necesario tomar en consideración, primero, las cargas laborales o la congestión de los despachos judiciales, segundo, lo que la jurisprudencia denominó “razonabilidad del plazo” y, tercero, la posible violación que se podría generar al ordenar alterar los turnos para dictar sentencia.

(ii) Eventos excepcionales de alteración del sistema de turnos para fallar. En la segunda fase de la jurisprudencia constitucional, el respeto por el derecho a la igualdad de todos los usuarios de la administración de justicia tomó mayor importancia. Aunque ya había tomado en consideración esta situación para resolver casos de mora judicial, como ocurrió en la Sentencia T-502 de 1997, no fue sino hasta esta etapa que la Corte abordó el debate sistemáticamente para establecer, por un lado, que los “turnos para fallar” deben ser tomados como criterio de valoración del carácter injustificado de la mora judicial y, por el otro, unos eventos en los que podría ser viable, excepcionalmente, ordenar que se altere el sistema de turnos establecido, temporalmente, por el artículo 43 del Decreto 2651 de 1991 y, permanentemente, por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

En la Sentencia T-708 de 2006, la Corte estudió la tutela interpuesta contra la Sección Tercera del Consejo de Estado por la mora en resolver la apelación de un fallo de reparación directa. Allí, la Corporación amparó los derechos de la accionante y ordenó alterar el sistema de turnos para proferir sentencia. Para tales fines, el Tribunal tuvo en cuenta que la parte demandante probó ser un sujeto de especial protección constitucional, por estar en condición de discapacidad y de pobreza. Además, la Corte tuvo en cuenta el alto grado de congestión que ocurría al interior del Consejo de

Estado, que informó que se demoraría en resolver la apelación, al menos, siete años adicionales a los dos que ya habían transcurrido, esto es, hasta el año 2013, cuando los hechos ocurrieron en el año 2000. Incluso, en otro caso posterior que el Tribunal resolvió en el año 2008 (T-577), en el que los hechos objeto de la demanda ocurrieron en 1998, la Sección Tercera informaría que, para ese momento, tenía otros 700 procesos en turno para fallar.

En los mencionados procesos, la Corte Constitucional estableció que la alteración del orden para proferir la decisión judicial, en todo caso, dependía de las siguientes exigencias:

(a) Debía estarse en presencia de sujetos de especial protección constitucional que se encontraran “*en condiciones particularmente críticas*”. Esto, porque todo aquel que demanda justicia del Estado espera una decisión oportuna y, sobre todo, porque podrían ser muy diversas las circunstancias que las personas aleguen para pedir que se altere el sistema de turnos. Por esta razón, esta primera exigencia debe ser interpretada de forma restrictiva y estricta, pues “*la afectación del derecho a la igualdad de aquellos que se vean desplazados en el orden de los fallos sólo puede encontrar sustento en la situación evidente de debilidad, en niveles límite, que presente aquel en cuyo beneficio se de tal alteración*”.

(b) Por otro lado, es necesario que el atraso excediera los límites de lo constitucionalmente tolerable y que no se hubieren adoptado medidas legislativas o administrativas tendientes a superarlo o, eventualmente, que las medidas adoptadas no resultaren eficaces para remediar la situación de mora judicial. Se trataba, pues, de un atraso extraordinario en relación con la situación que, en general, presentaba la administración de justicia. En mi opinión, el criterio de tolerabilidad se puede asociar con el criterio de razonabilidad y, correlativamente, el de intolerabilidad con el de irrazonabilidad. Con todo, no dejaba de ser complejo definir lo que significaba “constitucionalmente tolerable” para efectos de establecer el carácter justificado de la mora *judicial*, lo que dejaba un margen de apreciación importante a todos los jueces de tutela.

(c) Por último, era indispensable que estuvieran relacionados el objeto de la controversia y las condiciones de las que se derivó la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Además, era necesario que, de resultar positivo el fallo ordinario, la decisión que se adoptara incidiera favorablemente en dicha condición. Por ejemplo,

si la condición de sujeto de especial protección constitucional se predicaba de la edad de la persona, no era viable que esta pidiera la alteración del turno en un proceso en el que, por dar algún ejemplo, estuviera demandando la nulidad del acto por el cual se le impuso una sanción tributaria.

El análisis de los tres mencionados requisitos le correspondía al juez de tutela, caso por caso. De todos modos, dicho análisis debía ser riguroso, ya que un estudio ligero que autorizara u ordenara la alteración de los turnos para dictar sentencia, necesariamente, conduciría a un *“irremediable colapso”*. Así lo consideró la Corte en la Sentencia T-945A de 2008, en la que concluyó que es necesario *“que la alteración de la fila respondiera a una situación **real, verídica, comprobada y grave**, que hiciera inminente la necesidad del fallo porque de la realidad del caso se deduzca que la omisión del mismo puede derivar directamente en una afectación definitiva de un derecho fundamental de una persona puesta en condiciones de debilidad manifiesta”* (negritas propias).

En esa ocasión, la Corte concedió el amparo y ordenó alterar el sistema de turnos porque encontró que las accionantes eran personas de avanzada edad, que tenían problemas de salud relevantes y que la pareja de una ellas habría fallecido durante el transcurso del proceso ordinario, dejándola a cargo de la manutención de dos hijos menores de edad. Adicionalmente, la Corporación valoró que el magistrado sustanciador del caso informó tener en turno más de 1440 procesos similares pendientes para dictar sentencia, así como otros 50 a los cuales debía dársele prelación por expreso mandato de la legislación vigente.

(iii) *La procedencia de la acción de tutela ante el perjuicio irremediable.* En la segunda década de la jurisprudencia constitucional, la Corte abrió el debate sobre la procedencia de la acción de tutela en casos de mora judicial, por cuestiones diferentes a la justificación de la demora, particularmente, lo hizo en el marco de la configuración del perjuicio irremediable. En efecto, por medio de la Sentencia T-1154 de 2004, la Corte reiteró que a fin de que procediera el amparo, era indispensable que la mora judicial estuviera injustificada, debido a que el mero incumplimiento de los términos judiciales no generaba la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Esto, aclaró, siempre que el peticionario no se encuentre en una situación de perjuicio irremediable. Con todo, en esa ocasión el Tribunal Constitucional no explicó el alcance del argumento sobre el perjuicio irremediable en los casos de mora judicial, pues se concentró en la falta de notificación

del auto admisorio de la demanda, pero no estudió la dilación procesal. El silencio se mantuvo en otra sentencia en la que la Corte reiteró que la tutela por mora *judicial* procede ante la configuración de un perjuicio irremediable, esto es, en la Sentencia T-1249 de 2004.

Sin embargo, a la luz de estas dos decisiones entiendo necesario distinguir, como lo hace la jurisprudencia reciente, entre los casos en los que se alega que la mora judicial es injustificada, frente a los cuales es aplicable todo lo expuesto hasta este momento; y aquellos eventos en los que el alegato no tiene nada que ver con la mora del juez sino con la condición particular del demandante, respecto de quien se alega un perjuicio irremediable para pedir que se altere el sistema de turnos. En estos últimos casos, lo dicho hasta aquí resulta irrelevante, pues la demora en la que habría incurrido el juez no es el factor relevante a estudiar.

Para finales del primer decenio de los años dos mil, entonces, el juez de tutela debía definir si existían *dilaciones injustificadas* teniendo en cuenta, *primero*, las cargas laborales o la congestión judicial, *segundo*, lo que la jurisprudencia denominó “razonabilidad del plazo” y, *tercero*, la posible violación al derecho a la igualdad que podría generar el alterar los turnos para dictar fallo. Adicionalmente, para esos momentos, era viable solicitar la alteración de los turnos para fallar por la vía de la acción de tutela, siempre que estuvieran configurados tres requisitos: (a) debía estarse en presencia de sujetos de especial protección constitucional que se encontraran “*en condiciones particularmente críticas*”; (b) el atraso debía exceder los límites de lo constitucionalmente tolerable y no debían haberse adoptado medidas legislativas o administrativas tendientes a superarlo o, eventualmente, que las adoptadas fueren ineficaces para remediar la *mora judicial*; y (c) que estuvieran relacionados el objeto de la controversia y las condiciones de las que se deriva el deber de especial protección constitucional.

Segunda conclusión anticipada: aunque el Tribunal ha estado abierto a estudiar casos de *mora judicial* al margen de las consideraciones sobre las problemáticas estructurales que agobian a la administración de justicia, lo cierto es que esto es excepcional y, en todo caso, justificado constitucionalmente en el deber de proteger a las personas que lo requieren por sus condiciones personales, por lo que la regla general es que la Corporación se ha esforzado por establecer parámetros objetivos que le permitan a todos los jueces de tutela definir cuándo la demora está justificada, los cuales, se

insiste, no se limitan a verificar la congestión judicial sino que tienen que ver con el *plazo razonable*.

1.3. Tercera etapa de la jurisprudencia: la primera mitad del segundo decenio de los años dos mil (2011-2016). Necesidad de distinguir las dilaciones justificadas de las dilaciones injustificadas. Reglas aplicables a estas y aquellas

En la tercera etapa de la jurisprudencia, la Corte Constitucional se ocupó del desarrollo de tres temáticas: **(i)** el alcance de las reglas que había establecido para definir si la *mora judicial* estaba o no justificada; **(ii)** la necesidad de distinguir entre los casos de *dilaciones justificadas* y los de *dilaciones injustificadas* y, sobre todo, las reglas aplicables a cada uno de esos eventos; y **(iii)** la aplicabilidad de la exigencia de subsidiariedad en los casos de *mora judicial*, justificada e injustificada. Para tales fines, el Tribunal reiteró la tesis característica de las dos fases previas de la jurisprudencia constitucional, esto es, que la congestión judicial o la excesiva carga de trabajo no constituyen per se argumentos suficientes para justificar la mora por parte de los jueces. Todo, por medio de las sentencias T-803 de 2012, T-230 de 2013 y T-441 de 2015, así como posteriores fallos que reiteraron las consideraciones de tales providencias judiciales. A continuación me referiré rápidamente a las tres temáticas señaladas.

(i) alcance de las reglas establecidas para definir si la mora judicial está o no justificada. En la segunda fase de la jurisprudencia constitucional, la Corte ya había establecido que, además de la excesiva carga de trabajo, el juez de tutela debía valorar la “razonabilidad del plazo”, a partir de la complejidad del caso, el cumplimiento de las partes de sus deberes en el impulso procesal y el análisis global del procedimiento. Luego, mediante la Sentencia T-803 de 2012, la Corporación precisó que lo que se tiene que verificar en los casos de mora judicial es, por un lado, si se constata la existencia de problemas estructurales, de exceso de carga laboral u otras circunstancias que pueden ser catalogadas como imprevisibles e ineludibles y, por el otro, si se está ante asuntos de alta complejidad en los que se demuestra de manera integral una diligencia razonable del juez. Para esto último, tomó como referencia las pautas que ya había establecido la Sentencia T-297 de 2006, en aplicación de los criterios de la jurisprudencia interamericana vigente en esos momentos, según la cual era necesario tomar como referencia, al menos, estos cuatro elementos: *(a)* la complejidad del debate jurídico; *(b)* la actividad procesal del interesado; *(c)* la conducta de la autoridad competente; y *(d)* el análisis global del procedimiento.

Aunque en apariencia parezca que el ajuste es, apenas esquemático, lo cierto es que la referida sentencia apuntó a establecer unos criterios más generales que permitieran resolver diferentes casos, a partir de parámetros más razonables que la simple demora de los jueces. En otras palabras, el ajuste a la jurisprudencia de refleja en que el enfoque le quita la lente de la demora judicial a las cargas laborales de los jueces y la dirige a fenómenos macro como la congestión del aparato judicial del Estado, claro está, sin abandonar el llamado para que los jueces de tutela analicen cada caso, particularmente, los elementos del denominado *plazo razonable*. Este enfoque, incluso, se va a mantener hasta las últimas decisiones de la Corte Constitucional, particularmente, para estudiar los casos de *mora judicial* injustificada.

(ii) *Distinción entre las dilaciones justificadas y las dilaciones injustificadas y las reglas aplicables.* Debo empezar por señalar que, desde las decisiones dictadas en 1992, la Corte ha distinguido entre *dilaciones justificadas* y *dilaciones injustificadas*. También debo aclarar que en la segunda etapa de la jurisprudencia, particularmente, mediante la Sentencia T-1249 de 2004, el Tribunal ya había advertido la necesidad de distinguir entre incumplimiento de los términos que se origina en la desatención injustificada del funcionario de sus deberes, por una parte, y la existencia de una sobre carga de trabajo sistemática en algunos de los despachos judiciales del país, por la otra parte.

No obstante, considero que estas referencias no enervan el aporte que hacen las decisiones de la tercera fase de la jurisprudencia, porque en los anteriores casos la distinción no tenía como objeto adscribir reglas a los eventos de *dilaciones justificadas*, ya que en las dos primeras décadas de funcionamiento de la Corte, estos casos, sencillamente, habilitaban al juez para negar las pretensiones de amparo, exonerándolo de valorar si el expediente exigía otro tipo de resolución.

En ese sentido, será en esta tercera fase en la que dicha distinción tendrá efectos prácticos: por un lado, los casos de *mora judicial injustificada*, cuyas reglas han sido objeto de las reflexiones precedentes y, por el otro, los eventos de *mora judicial justificada*, que hasta ahora conducían únicamente a negar la pretensiones de la demanda de tutela, pero que, en adelante, habilitarán la protección de los derechos fundamentales, en unas circunstancias particulares y excepcionales.

En efecto, por medio de la Sentencia T-230 de 2013, la Corte Constitucional determinó que los casos de *mora judicial injustificada* deben ser tratados de acuerdo con las reglas

decantadas en la jurisprudencia constitucional consolidada hasta ese momento, señaladas previamente. Adicionalmente, el Tribunal reconoció que en los casos de *mora judicial justificada*, el juez de tutela estaba habilitado para adoptar alguna de las siguientes tres decisiones: (a) negar las pretensiones de amparo y disponer que el ciudadano interesado se someta al sistema de turnos para proferir sentencias; (b) ordenar el amparo definitivo de los derechos fundamentales en tensión y disponer que se altere dicho sistema, pero solo en aquellos casos en los que el demandante es un sujeto de especial protección constitucional; y (c) amparar los derechos de manera transitoria y adoptar las medidas que estime pertinentes para impedir que se materialice un perjuicio irremediable, hasta tanto se adopte la decisión a la que hubiere lugar. Esto último y la posibilidad de disponer el amparo definitivo de los derechos, de acuerdo con las reglas construidas entre los años 2000 y 2010. La estructura argumentativa fue reiterada en fallos posteriores y se mantendrá así hasta el día de hoy, claro está, con ligeros ajustes introducidos por la Corte.

(iii) *Subsidiariedad de la acción de tutela en casos de mora judicial*. La Sentencia T-230 de 2013 también estableció criterios importantes para la valoración de la exigencia de subsidiariedad en tutelas por mora judicial injustificada¹⁷. En esa ocasión la Corte Constitucional conoció el caso que promovió una señora de 83 años cuyos ingresos eran inferiores a un salario mínimo mensual, quien, adicionalmente, llevaba más de 10 años esperando a que la justicia ordinaria definiera si tenía derecho o no a la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge supérstite. Allí, el Tribunal Constitucional amparó transitoriamente los derechos invocados y le ordenó al fondo pensional que le pagara a la accionante una parte de la pensión objeto de controversia, hasta tanto la Corte Suprema de Justicia profiriera la respectiva providencia.

En esa decisión la Corte Constitucional señaló que en los eventos en los que se alega la *mora judicial injustificada*, además de valorar las reglas aquí comentadas sobre la complejidad del caso y los posibles problemas estructurales del aparato judicial, es necesario establecer, por un lado, si la parte accionante contaba con otro medio de defensa judicial y, por la otra, si se está ante la posible materialización de un daño cuyos perjuicios se tornen irreparables. Esto último, como ya se dijo, para definir si procede el amparo transitorio de los derechos, hasta que se dicte la decisión correspondiente. Lo primero, por otro lado, encuentra justificación en que los interesados

17. Es del caso aclarar que en las etapas anteriores de la jurisprudencia ya se había dictado, al menos, dos sentencias en la que se reconoció que la tutela resultaba procedente por la amenaza de configuración del perjuicio irremediable, no será sino hasta la tercera fase en la que la Corte abordará este tema de forma sistemática y con el objeto de establecer las reglas a valorar por parte de los jueces de tutela.

tienen la oportunidad de solicitar ante los jueces la prelación de sus casos, bien por la aplicación del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, del artículo 63A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, o bien por la aplicación de la Ley 1105 de 2006. Es del caso precisar que estas normas fueron avaladas por la Corte Constitucional, en las sentencias C-248 de 1999, C-735 de 2007 y C-713 de 2008.

La regla de subsidiariedad en los casos de mora judicial injustificada sería reiterada por la Corte, mediante las sentencias T-565 y SU-394 del año 2016. Con esta última decisión, se abre paso a la cuarta y última etapa de la jurisprudencia constitucional, por lo que será necesario volver sobre ella más adelante.

Para finales del año 2016, entonces, el juez de tutela debía establecer si estaba frente a un caso de *mora judicial justificada* o si se enfrenta a uno de *mora judicial injustificada*. Ante lo primero tenía tres opciones: (a) negar el amparo; (b) conceder el amparo de forma permanente cuando la demanda fuera un sujeto de especial protección constitucional; y (c) concederlo de forma transitoria, si estaba debidamente probado el perjuicio irremediable. Frente a los procesos en los que se alega la *mora judicial injustificada*, el juez de tutela debía valorar, *primero*, si estaba probada la existencia de problemas estructurales, de exceso de carga laboral u otras circunstancias que pudieran ser catalogadas como imprevisibles e ineludibles y, *segundo*, si estaba ante asuntos de alta complejidad en los que se demostraba una diligencia razonable por parte del juez ordinario. En lo que respecta a esto último, adicionalmente, los jueces de tutela debían establecer si la parte actora contaba con otro medio de defensa judicial u otro mecanismo para solicitar la prelación del expediente y del fallo.

Tercera conclusión anticipada: la esquematización de las reglas para definir si la mora judicial está justificada supone una invitación a los jueces tutela a valorar la complejidad del caso en cada proceso concreto y, sobre todo, un llamado a los jueces ordinarios a justificar la demora en la que pueden incurrir, con fundamento en alegatos diferentes a la congestión judicial o las altas cargas de trabajo.

1.4. Cuarta etapa de la jurisprudencia. Estado actual de la doctrina constitucional sobre la mora judicial. Reglas vigentes.

En la cuarta etapa de la jurisprudencia, la Corte Constitucional se ocupó del desarrollo de cuatro temáticas: (i) la estandarización de las reglas y subreglas vi-

gentes y aplicables a las tutelas por *mora judicial*; **(ii)** adicionó un nuevo elemento para el estudio de la complejidad del caso (por dilación injustificada); **(iii)** la definición de las subreglas aplicables a los procesos tramitados ante la Jurisdicción Especial para la Paz; y **(iv)** la unificación de la subreglas que se aplican en algunos casos pensionales. Para tales fines, el Tribunal Constitucional reiteró la tesis característica de la jurisprudencia constitucional sobre *mora judicial*, esto es, que la congestión judicial o la excesiva carga de trabajo no constituyen per se argumentos suficientes para justificar la dilación judicial. Todo, por medio de la Sentencia SU-394 de 2016, cuyos criterios serían reiterados, mayoritariamente, hasta el día de hoy. Posteriormente, en las sentencias SU-333 y SU-453 de 2020 y SU-048 de 2021 y, finalmente, mediante el proveído SU-171 de 2021. A continuación, haré referencia a los mencionados temas.

(i) *Mora judicial en la Jurisdicción Especial para la Paz*. Por medio de la Sentencia SU-333 de 2020, la Corte se pronunció sobre la *mora judicial* para conocer de las solicitudes de acceso a tratamientos penales especiales de que trata la Ley 1820 de 2016, así como para resolver el sometimiento voluntario a la Jurisdicción Especial para la Paz. En términos generales, la Corporación señaló que tales solicitudes tienen naturaleza jurisdiccional, que no administrativa. En tal calidad, se dijo, es necesario agotar los procedimientos y respetar los términos establecidos en la Ley 1922 de 2018, cuya interpretación deberá hacerse en concordancia con la Ley 1957 de 2019, estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

Desde esa perspectiva, el Tribunal señaló que la omisión de respuesta es constitutiva de vulneración del debido proceso y de acceso a la administración de justicia, salvo que la dilación o mora esté debidamente justificada. En esa medida, concluyó que hay *mora judicial injustificada* si la misma: (a) es fruto de un incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial; (b) no existe un motivo razonable que justifique la tardanza como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo, y (c) la misma es imputable a la falta de cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad judicial. Nótese que, en esencia, se trata de las tres reglas que surgieron de la Sentencia T-1249 de 2004 (segunda fase de la jurisprudencia constitucional).

Este enfoque fue reiterado por el Tribunal Constitucional, por medio de las sentencias SU-453 de 2020 y SU-048 de 2021.

(ii) *Mora judicial en los casos pensionales.* En materia pensional, particularmente, para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por el no pago del derecho pensional reconocido en las instancias del proceso ordinario laboral, la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-171 de 2021. En este tipo de procesos, dijo la Corporación, es necesario establecer unas reglas especiales de valoración de la mora judicial, debido a que el recurso extraordinario de casación se concede en el efecto suspensivo y, entonces, la prestación queda suspendida hasta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia profiera la sentencia respectiva.

En primer lugar, la Corte señaló que, si se advierte que el no pago de la prestación no tiene relación con el incumplimiento de los términos judiciales, el eventual amparo debe ser transitorio, lo que supone verificar la configuración del perjuicio irremediable. Desde esta óptica, *“la medida de protección transitoria a los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, dependerá de que se observe, siquiera de manera sumaria, la titularidad del derecho pensional, sin que haya lugar a juzgar de fondo su existencia, pues esta competencia es del resorte exclusivo del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral”*. En segundo lugar, la Corporación dispuso que, si se advierte que la satisfacción del derecho pensional está ligado al incumplimiento de los términos judiciales establecidos para el recurso extraordinario de casación, el enfoque será el de la garantía del debido proceso sin dilaciones injustificadas, esto es, el que ha sido desarrollado en mis comentarios previos, que suponen la necesidad de distinguir la *mora justificada* de la mora injustificada.

Para la Corte, existirá *mora judicial justificada* si el incumplimiento del término procesal: (a) es producto de la complejidad del asunto y dentro del proceso se demuestra la diligencia razonable del operador judicial; (b) se constata que, efectivamente, la mora tiene origen en problemas estructurales en la administración de justicia, o (c) se acreditan otras circunstancias imprevisibles o ineludibles que impiden la resolución de la controversia en el plazo previsto por el legislador. Nótese que, en esencia, se trata de las tres reglas que surgieron de la Sentencia T-803 de 2012 (tercera fase de la jurisprudencia constitucional).

En estos eventos, concluyó la Corte, los jueces de tutela deben negar las pretensiones de amparo, salvo cuando se demuestre la configuración del perjuicio irremediable, caso en el cual la protección debe ser transitoria hasta tanto el juez ordinario emita la decisión que le compete. Es del caso aclarar que, de acuerdo con las reglas

de unificación que comento, aquí no hay lugar al estudio de la calidad de sujeto de especial protección constitucional, lo que, en mi criterio, se debe a que la mayoría de personas que acceden a una prestación pensional, en cierta medida y hasta cierto punto, tienen tal calidad, lo que supone dificultades prácticas a la hora de distinguir entre cada caso en concreto.

La decisión de unificación, sin perjuicio de lo anterior, reitera todas las reglas que la Corte Constitucional ha venido construyendo por treinta años para los casos de *mora judicial justificada e injustificada*, las cuales han sido decantadas por la jurisprudencia, en los términos que explicaré previo a presentar mis conclusiones.

(iii) *La situación jurídica de la persona como criterio para definir la complejidad del caso.* En la Sentencia SU-394 de 2016, la Corte Constitucional estableció un nuevo criterio para valorar la razonabilidad del plazo, elemento analítico indispensable a la hora de definir el carácter justificado o injustificado de la mora judicial. Hasta ese momento, el plazo razonable se valoraba con fundamento en los criterios establecidos en la Sentencia T-297 de 2006, orientados por la jurisprudencia interamericana, según la cual es necesario tomar como referencia, al menos, cuatro elementos de juicio, a saber: (a) la complejidad del debate jurídico; (b) la actividad procesal del interesado; (c) la conducta de la autoridad competente; y (d) el análisis global de procedimiento.

A partir de la Sentencia SU-394 de 2016, el Tribunal determinó que es necesario incluir, además de los cuatro criterios antes referidos, una reflexión sobre la posible afectación que el procedimiento implica para los derechos y deberes del usuario de la administración de justicia. En otras palabras, para definir la *razonabilidad del plazo*, en criterio de la Corte, también se debe estudiar la situación jurídica de la persona que activa el aparato judicial del Estado, a fin de determinar el daño mayor o menor que el tiempo de tramitación del proceso le puede causar, respecto de la definición de la controversia. Este criterio de valoración fue tomado de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos.

El criterio adicional ha resultado de mucha importancia para la jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, en la Sentencia T-735 de 2017, la Corte valoró la *mora judicial* en un caso de violencia de género y concluyó que el *plazo razonable* debía ser valorado teniendo en cuenta la situación de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, toda vez que se deben tomar las medidas necesarias para que la demora en

la resolución del caso no deje a la mujer en riesgo de que se repitan las agresiones o que el victimario pueda tomar retaliaciones por la denuncia. Este criterio adicional de análisis, como se puede ver, le ha permitido a la Corte distinguir el impacto que puede tener la mora judicial en diferentes casos y adoptar todo tipo de medidas diferenciadas, sin poner en riesgo el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la administración de justicia.

(iv) Reglas y subreglas aplicables a los casos generales de mora judicial. Finalmente, como producto del desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional esquematizó las reglas y subreglas aplicables a los casos de mora judicial, salvo a los de la JEP y los asuntos pensionales. Esto, por medio de la Sentencia SU-394 de 2016, que, en mi criterio, no hace otra cosa que recopilar el desarrollo de la jurisprudencia constitucional de más de dos décadas. Esta decisión contiene el precedente judicial vigente, que ha sido reiterado de forma pacífica en sentencias posteriores, como es el caso de los fallos T-186 de 2017, T- 052 y T-346 de 2018, T-362 de 2019, T-286 y T-441 de 2020, entre otras.

La doctrina vigente de la Corte sobre mora judicial se refleja en estos criterios:

(a) Las personas deben colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, según el numeral 7° del artículo 95 de la Constitución Política. Al Estado, por su parte, le asiste la obligación de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, para lo cual los términos procesales se deben cumplir con diligencia, so pena de las sanciones que determine el legislador. Esto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 228 de la Carta Política.

(b) La solución oportuna de las controversias judiciales permite alcanzar los fines de la justicia y la seguridad jurídica y, por esa vía, asegurar que resulten eficazmente protegidos los derechos de las personas, particularmente, los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, así como todos aquellos derechos relacionados con la solución del litigio.

(c) Quien presenta una demanda o adelanta cualquier actuación judicial dentro de los términos legales, tiene derecho a que la controversia se resuelva del mismo modo, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico. Así, no dictar las decisiones dentro de los términos legales, en principio, vulnera los derechos fun-

damentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de quienes acuden al aparato judicial del Estado.

(d) La congestión que padece el sistema judicial y el exceso de las cargas laborales, en la mayoría de casos, no permite a los funcionarios jurisdiccionales poder cumplir con los plazos legalmente establecidos. Sin embargo, a estos no les basta con aducir exceso de trabajo o una significativa acumulación de procesos para pretender justificar el incumplimiento de los términos judiciales, pues no es constitucionalmente admisible que la persona que acude a la justicia cargue con las consecuencias de la ineficiencia o ineficacia del aparato judicial.

(e) Por lo dicho previamente, a efectos de evaluar la afectación a los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, es necesario distinguir la mora judicial injustificada y la *mora judicial justificada*.

(f) En lo que atañe a la *mora judicial injustificada*, es necesario valorar cada caso a partir de los siguientes criterios: (1) el incumplimiento de los plazos señalados en la ley para adelantar alguna actuación judicial; (2) la existencia de motivos razonables que justifiquen dicho incumplimiento, como lo es la congestión judicial o el volumen de trabajo; y (3) la falta de diligencia u omisión sistemática de los deberes por parte del funcionario judiciales.

(g) El incumplimiento de los plazos no constituye por sí mismo la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Para esto, es necesario definir, caso por caso, si se violó la garantía del *plazo razonable* y si la demora está justificada. Esto, a partir de los siguientes criterios: (1) las circunstancias generales de cada caso concreto -aspectos objetivos y subjetivos-, incluida la afectación que el procedimiento implica para los derechos y deberes del usuario de la administración de justicia, (2) la complejidad del caso, (3) la conducta procesal de las partes, (4) la valoración global del procedimiento; y (5) los intereses que se debaten en el proceso judicial.

Para la determinación de los intereses que se debaten en el proceso judicial, se formuló la siguiente regla de valoración: si la celeridad puede considerarse consustancial a los intereses debatidos en el proceso, se reduce el límite de duración de aquello que se considera razonable. Así, para establecer la relación entre la materia debatida

y la celeridad es relevante considerar un aspecto objetivo, que se refiere a la materia que se discute en el trámite judicial y la necesidad urgente de su determinación (por ejemplo, la filiación de menores), y otro subjetivo, relacionado con las circunstancias específicas de quienes son parte (por ejemplo, el procesado está privado de su libertad). En estos casos, la valoración acerca de las dilaciones indebidas debe tomar en consideración que se exige un deber especial de cuidado y diligencia por parte de las autoridades.

(h) En lo que atañe a la *mora judicial justificada*, la jurisprudencia constitucional establece que los jueces de tutela están habilitados para negar el amparo de los derechos invocados y, eventualmente, adoptar una de las siguientes decisiones: (1) ordenar que se altere el turno para proferir la decisión que corresponde, cuando se está en presencia de un sujeto de especial protección constitucional, o cuando la demora en la resolución del asunto supere abiertamente los plazos razonables, teniendo como referente, en todo caso, las condiciones de espera particulares del afectado; y (2) amparar transitoriamente los derechos afectados y adoptar las decisiones a las que hubiere lugar, hasta tanto el juez ordinario dirima la causa. Esto, siempre que esté debidamente demostrado algún perjuicio irremediable, en los términos de la jurisprudencia de la Corte.

(i) Ante la imposibilidad de dictar las providencias en términos, el funcionario debe informar a quien interviene en el proceso sobre las medidas utilizadas y de las gestiones realizadas para evitar la congestión del despacho judicial, así como de las causas que no permitieron dictar una decisión oportuna.

Ese es, pues, el estándar vigente en la jurisprudencia constitucional, que refleja el devenir de la jurisprudencia de la Corte y en el que la doctrina del *plazo razonable* o *razonabilidad* del plazo sirven como criterio de limitación de la *mora judicial*.

Con todo, la jurisprudencia de la Corte podría estar condenada al ostracismo si los jueces no adoptan un compromiso ético basado en el deber de diligencia. Esto, porque, como lo ha destacado la propia Comisión Iberoamericana de *Ética Judicial*¹⁸, la lucha contra las dilaciones procesales “*exige el protagonismo del juez con el fin de sal-*

18. Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, Octavo Dictamen sobre la justicia en plazo y los problemas estructurales de la administración de justicia en clave ética. Elaborado el 12 de marzo de 2020, con ponencia del comisionado Justiniano Montero Montero.

vaguardar los derechos fundamentales a un juicio justo y en un plazo razonable y requiere el compromiso (...) en el cumplimiento de su deber ético de diligencia". La diligencia, debe recordarse, es uno de los principios éticos de la función jurisdiccional, incluso, reconocidos en el seno de la Organización de Estados Americanos¹⁹ y en otros escenarios.

El reto para los jueces no es de menor calado, toda vez que el deber ético de diligencia que les asiste suele entrar en conflicto con la obligación de proferir decisiones con calidad argumentativa, pero esta, en lo que respecta a la administración de justicia, no es un factor que se pueda ver comprometido. Al respecto, comparto el comentario que hiciera un representante de la Organización de Naciones Unidas sobre los *Principios de Bangalore sobre conducta judicial*²⁰, quien, al referirse la tensión que se genera entre los deberes de diligencia y de calidad en la administración de justicia, señaló atinadamente, que *"un juez puede ser eficiente y práctico, a la vez que paciente y concienzudo"*.

No se trata, entonces, de valorar las reglas a las que me he referido aquí, como justificantes de la *mora judicial* ni como salvaguardas para evitar sanciones, sino de entenderlas como herramientas que la Corte ha construido para proteger los derechos fundamentales de los usuarios de la justicia y, sobre todo, como mecanismos idóneos para superar la congestión que afecta el sistema judicial.

En todo caso, será necesaria la acción mancomunada de los diferentes poderes estatales, toda vez que el compromiso ético de los jueces con una justicia diligente no es suficiente si no se adoptan medidas estructurales de diversa índole, como la creación de nuevos despachos, la digitalización de los expedientes y las mejoras en la infraestructura de las oficinas judiciales, tareas en las que, valga la pena reconocerlo, el Consejo Superior de la Judicatura ha mostrado enormes avances. De todos modos, podemos seguir aprendiendo y tomando como referente experiencias positivas de la región. Por ejemplo, en República Dominicana se implementó el llamado *"Proyecto de Mora Judicial"*. Este le permitió al Estado, con una acción conjunta de diferentes autoridades, superar la congestión de más de 80.000 expedientes, en el término de dos años.

19. Código Iberoamericano de Ética Judicial, arts. 73 a 78.

20. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial. Austria, 2013.

Conclusiones

Las breves reflexiones que he presentado aquí me permiten compartir algunas conclusiones y, sobre todo, dejar en evidencia los retos que en el futuro debe afrontar la Corte en lo que respecta a la valoración de los casos de mora judicial.

1. La congestión judicial es un fenómeno procesal previo a la jurisprudencia constitucional, incluso, que antecede a la existencia misma de la Corte Constitucional. Basta con señalar que las primeras medidas de descongestión adoptadas al amparo de la Constitución Política de 1991, fueron las establecidas en el Decreto 2651 de ese mismo año. Por otro lado, la primera decisión de la Corte es de los primeros meses de 1992.
2. La Corte Constitucional ha respondido a ese fenómeno procesal con una serie de decisiones que, desde los albores de la jurisprudencia, han perseguido la supremacía de la Carta Política y, particularmente, la vigencia y protección de los principios y derechos que esta reconoce.
3. La jurisprudencia constitucional no es la causa de la congestión judicial que afronta la Rama Judicial. Las decisiones de la Corte son consecuencia de la violación de derechos fundamentales asociada a dicho fenómeno procesal. No es posible pensar en un escenario en el que la Corporación se mantenga al margen de un fenómeno en el que se comprometen diversos contenidos constitucionales.
4. Desde las primeras decisiones, la Corporación ha señalado que la justificación de la demora en la que incurrir los jueces debe ser estudiada sin tener ese fenómeno como único referente. A los jueces de tutela les compete valorar dicha demora de acuerdo con los criterios que sirven para determinar el plazo razonable. Aquí radica la importancia de esta institución en la jurisprudencia constitucional, pues sirve como límite normativo a los criterios que, usualmente, justifican la congestión judicial.
5. La especificidad de los criterios jurisprudenciales de valoración de la mora judicial, en mi criterio, contribuye a desincentivar la congestión judicial, claro, en la medida de lo posible, toda vez que los jueces que pretenden alegar que su demora está debidamente justificada, primero, no se pueden limitar a invocar las cargas de trabajo o la congestión judicial en abstracto y, segundo, están en la obligación de explicar las razones por las que su demora está justificada, a partir de los elementos de juicio específicos

y objetivos del plazo razonable, como los intereses en juego y la actividad procesal de los interesados, entre otros tantos.

6. La Corte no ha proferido una sola decisión en la que invada las competencias de los órganos de administración de la Rama Judicial, pues, en términos generales, se ha dedicado a describir un fenómeno y a crear reglas y subreglas en respuesta al mismo, insisto, para garantizar la supremacía de la Constitución Política.
7. No quiere decir lo anterior que la jurisprudencia constitucional no sea perfectible. No, existen importantes retos para enfrentar en el futuro, como lo es la racionalización aún mayor de los elementos de juicio de los que se vale la Corte para definir si la mora judicial es o no justificada. Esto, porque entre mayor sea el margen de subjetividad de los criterios, menor será el impacto que estos tengan para la administración de justicia oportuna y eficiente.
8. También se debe afrontar el hecho de que la congestión judicial puede llegar a exacerbarse a un nivel tan alto, que el juez de tutela tenga que afrontar dificultades inmensas a la hora de ordenar la alteración del esquema de turnos, debido a la generalización de los escenarios de perjuicio irremediable que puede llegar a generarse cuando la mora judicial sea la regla general y no la excepción. En mi criterio, la Corte está en deuda de fijar unos criterios que sirvan para una adecuada actividad probatoria por parte de los jueces de tutela, particularmente, en lo que respecta a la identificación de otros casos que la autoridad judicial accionada deba resolver y que, en principio, podrían tener prelación sobre el que se estudia.
9. Igualmente, la Corporación está en deuda de definir el alcance de las reglas de subsidiariedad en casos de mora judicial, pues, en estricto sentido, imponer la carga a los usuarios de solicitar la prelación de sus expedientes puede contribuir a agravar el fenómeno de congestión judicial, en el entendido de que, al final, la solicitud requerirá una decisión por parte del juez. El reto aquí está en definir unos parámetros claros para estudiar la subsidiariedad de la tutela sin cercenar las competencias de los jueces ordinarios, sobre todo porque son ellos quienes se encuentran en una mejor posición epistémica respecto del caso.
10. Los jueces están vinculados por un compromiso ético basado en el deber de diligencia, consistente en actuar de manera eficiente con el objetivo de salvaguardar el derecho fundamental a un juicio justo y en un plazo razonable. De todos modos, dicho deber no será suficiente si el Estado no adopta medidas estructurales tendientes a descongestionar la justicia.

En el futuro próximo, espero que los foros académicos nos puedan aportar las herramientas necesarias para seguir construyendo la doctrina de la Corte sobre la mora judicial y, sobre todo, para sortear las dificultades que he dejado en evidencia y que, creo, ocuparan la agenda de la Corte en los años siguientes, las cuales seguro contribuirán a lograr una justicia eficiente, como la que soñó Fernando Uribe Restrepo²¹.

Referencias

CÓDIGO IBEROAMERICANO DE ÉTICA JUDICIAL, arts. 73 a 78.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-431 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-498 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-572 de 1992.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-162 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-348 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-551 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 de 1994.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-030 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-190 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-196 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-334 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-347 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-368 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546 de 1995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-036 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-464 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-668 de 1996.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-502 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-248 de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-292 de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-243 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1126 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1127 de 2001.

21. Ilustre abogado antioqueño, sobreviviente de la toma del Palacio de Justicia (presidente de la CSJ y magistrado del Tribunal Andino de Justicia). Se toma como referencia su texto *El Viacrucis de la Justicia* (ed. AG). Ecuador, 1992.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-710 de 2003.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1154 de 2004.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1249 de 2004.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-030 de 2005.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-366 de 2005.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-297 de 2006.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-798 de 2006.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-220 de 2007.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-735 de 2007.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-577 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-945A de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-747 de 2009.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-259 de 2010.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-693A de 2011.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-058 de 2012.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-803 de 2012.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-230 de 2013.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-441 de 2015.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-394 de 2016.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-565 de 2016.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-186 de 2017.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-735 de 2017.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-052 de 2018.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-346 de 2018.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-362 de 2019.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-394 de 2016.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-286 de 2020.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-333 de 2020.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-441 de 2020.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-453 de 2020.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-048 de 2021.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-171 de 2021.

COMISIÓN IBEROAMERICANA DE ÉTICA JUDICIAL (2020). Octavo Dictamen sobre la Justicia en Plazo y los Problemas Estructurales de la Administración de Justicia en Clave Ética.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.

DECRETO LEY 2158 de 1948, que adopta el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

DECRETO 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

DECRETO 2651 de 1991, por el cual se expiden normas transitorias para Descongestionar los Despachos Judiciales.

URIBE RESTREPO, F. (1992). El Viacrucis de la Justicia, Ecuador: ed. AG.

LEY 270 de 1996, estatutaria de administración de justicia.

LEY 393 de 1997, por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política.

LEY 446 de 1998, por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

LEY 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

LEY 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

LEY 1285 de 2009, por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

LEY 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Derecho jurisdiccional disciplinario,
desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

LEY 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

LEY 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

LEY 1922 de 2018, por medio del cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la jurisdicción especial para la paz.

LEY 1957 de 2019, estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

ONU (2013). Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, Austria: Oficina contra la Droga y el Delito.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia SSTC 160/2004 del 4 de octubre de 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia STC 153/2005 del 6 de junio de 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia STC 142/2010 del 21 de diciembre de 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia STC 103/2016 del 6 de junio de 2016.

Retos y desafíos, propuestas para una justicia oportuna

Enrique Gil Botero
Secretario General de la Conferencia de Ministros de
Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB)

Abstracto:

Enrique Gil Botero habla de los principales desafíos de la justicia oportuna y de la forma en que los mismos pueden ser superados. Los temas principales del artículo son el derecho al debido proceso como un derecho fundamental (la mora judicial y las propuestas para una justicia oportuna) y las nuevas tecnologías como herramientas para la modernización de los procesos judiciales (junto con la inteligencia artificial).

Palabras clave:

Derecho al debido proceso, tutela judicial efectiva, mora judicial, nuevas tecnologías, inteligencia artificial.

Introducción

Agradezco a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y al Consejo Superior de la Judicatura de Colombia por esta oportunidad para tratar un tema tan importante como son los retos de una Justicia oportuna y propuestas para superarlos.

Según Perfecto Andrés Ibáñez la tarea de administrar justicia tuvo una ascendencia fundamentalmente religiosa. En la edad media, la figura de Dios era imaginada como la del juez justo¹. Tiempo atrás, Aristóteles había dicho que cuando los hombres están en desacuerdo recurren al juez, porque ir al juez es ir a la justicia. El estagirita ya había sostenido que todas las virtudes se encuentran en el seno de la justicia. Lo anterior nos da una idea de cómo la imagen del juez, desde sus inicios, ha sido la de un hombre recto, justo, virtuoso y prudente, y por la gran responsabilidad que tiene a cuestas, en otra época fue considerada un encargo divino. Hoy, el poder de resolver conflictos a través del derecho encarna [o debería hacerlo] uno de los mayores honores que puede tener una persona en una sociedad políticamente organizada.

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental y los derechos fundamentales son verdaderos límites al poder, reductos intocables e irrenunciables que, fundamentados en los principios de libertad, igualdad y solidaridad, son el núcleo esencial de un modelo de Estado que se sustenta en el sometimiento de todas las instancias públicas al derecho y en el que la igualdad humana, el pluralismo y la tolerancia, se convierten en valores indispensables para lograr sociedades participativas, equitativas y justas.

Se trata entonces del establecimiento de mecanismos que aseguren la efectividad de lo reconocido, toda vez que si quien considera vulnerado un derecho no tiene forma alguna de pedir su protección es como si ese derecho no existiera. De ahí que toda garantía, sea constitucional o legalmente reconocida, requiere de una estructura judicial adecuada a la que pueda acudir fácilmente.

El denominado derecho al debido proceso o tutela judicial efectiva surgió con los derechos de primera generación. En la medida que los principios de igualdad y solidaridad cobraron fuerza, se originó una lectura nueva en la que se subraya la instrumentalidad de la garantía, en la que se deja presente que su reconocimiento es presupuesto de efectividad de cualquier otro derecho reconocido.

La garantía de un proceso justo en un plazo razonable o sin dilaciones injustificadas tiene directa relación con el derecho fundamental al debido proceso, pues es parte integrante del mismo. Se trata, entonces, de una obligación de las autoridades judiciales, consistente en resolver los asuntos sometidos a su consideración en términos aceptables o razonables, porque si la finalidad es obtener una decisión justa, ésta no se obtiene, si llega tardíamente.

1. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Tercero en discordia, Jurisdicción y juez del estado constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2015. p. 45.

La doctrina y la Jurisprudencia han señalado que el retardo en los procesos judiciales es un servicio deficiente en la administración de justicia, que genera los siguientes efectos adversos:

1. Se impide que los conflictos finalicen adecuadamente, lo cual incentiva la aplicación de la fuerza por propia mano,
2. Se incrementa la inseguridad jurídica,
3. Se desincentiva la inversión extranjera y nacional y se afecta el crecimiento de los mercados,
4. Se daña la credibilidad del sistema judicial,
5. Se estimula el incumplimiento de la ley,
6. Se retrasa la investigación, desarrollo e implantación de nuevas tecnologías, y
7. Se hace inviable la convivencia pacífica de la comunidad.²³

A su vez, la Corte Constitucional ha manifestado en diversas oportunidades que la congestión y la mora judiciales afectan gravemente el disfrute del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.⁴

1. La mora en la resolución de los conflictos es equivalente a la denegación de justicia.

Esta apodíctica verdad se expresa en la decisión de la Fiscalía española que, de manera reciente, pidió al Tribunal Constitucional que se reconociera como vulneración de derechos tener que esperar para un juicio más de tres años, en un caso de una persona que debía esperar hasta 2024 para un juicio laboral contra la Universidad de Sevilla. El 12 de julio del año en curso, el fiscal Fernando Cabedo señaló categóricamente que fue vulnerado un derecho fundamental.

2. Cf. DE LA CALLE, José Miguel “La justicia que Colombia necesita. Diagnóstico y propuestas”, Ed.Legis, Bogotá, 2010, pág. 95 y s.s.

3. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de noviembre de 2012, Rad. 37046, MP. Enrique Gil Botero.

4. Corte Constitucional. Sentencia T-693A de 20 de septiembre de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La denegación de celebrar un juicio en un plazo razonable siempre es grave, pero se convierte en arbitraria sobre todo en aquellos eventos en los que la persona espera un pronunciamiento o decisión y se encuentra privado de la libertad, lo cual ocurre con frecuencia en los países de la región Iberoamericana.

Ahora bien, si el daño se ha consumado porque la tardanza en proferir la decisión judicial no es justificable, se configura una responsabilidad del Estado, toda vez que la mora puede imputarse a la administración de justicia, pues con su omisión (o incluso con su acción) se genera un daño que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar.

El derecho a un proceso dentro de un plazo razonable es un derecho humano positivizado constitucionalmente con carácter fundamental y tiene su basamento en la carta internacional de derechos humanos que consta de tres instrumentos: la declaración universal de derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene jurisdicción transnacional en la comunidad europea y fuerza vinculante para los Estados miembros, ya en 1989 dictó sentencia condenatoria en el caso Sanders contra el Estado español, por la violación del derecho al proceso dentro de un plazo razonable. Más recientemente, el 17 de agosto de este año, la Corte Suprema de Justicia de Colombia decidió no culpar a un juez por la prescripción de un caso, declarando que la mora que llevó a la prescripción tenía en el caso carácter estructural.

Lo primero, es mirar el recurso humano, los empleados judiciales son la esencia del dinamismo en la aplicación de la justicia, y quienes diariamente se ven enfrentados a los grandes desafíos que implica su labor. El criterio de ilegalidad de la conducta u omisión se concreta en el funcionamiento del servicio prescindiendo del aspecto subjetivo del funcionario. Para algunos se trata de una culpabilidad objetiva institucional, toda vez que el daño deriva de la no resolución en un plazo razonable, que no necesariamente tiene que coincidir con los términos legales, pero que al rebasarlos escandalosamente permite elaborar un juicio que quebranta lo racional para ubicar la situación en el plano de la arbitrariedad. No interesa, en términos generales, la culpa del funcionario, sino que mirado el daño como dato objetivo que es, se debe establecer si es el resultado o la materialización de un funcionamiento tardío del servicio de la administración de justicia, el cual tendrá que calificarse inevitablemente de anormal; en otros términos, si el tiempo de más que exceda

notoriamente el término legal, configura un daño atribuible a la mora en la resolución judicial con independencia de la situación personal del juez.

En ese orden la excusa reiterada de la carga excesiva de trabajo -es una falla estructural-, que no es aceptada por el juez internacional, y constituye una omisión grave que conduce a una declaratoria de responsabilidad.

El problema radica entonces en determinar cuándo se considera que un plazo es razonable. Con esta perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios: 1) la razonabilidad de los plazos utilizados por la autoridad judicial para proferir una providencia, y 2) el tiempo que debe tenerse en cuenta al analizar el comportamiento de la autoridad judicial.

Los denominados MASC - mecanismos alternativos de solución de conflictos — son sin dudas una de las más importantes soluciones para lograr disminuir la alta congestión judicial. Fortalecer los mecanismos de autocomposición donde las mismas partes puedan resolver sus conflictos de forma directa, como en la transacción, o acudiendo a un tercero mediador como en la conciliación en derecho o en equidad, todo ello debe ser una tarea constante del Estado.

Hoy día las herramientas tecnológicas son los grandes aliados de la modernidad que permiten al mundo moverse y comunicarse a grandes velocidades. La justicia no puede ser ajena a estas herramientas y debe no solo estar a la vanguardia de los avances tecnológicos sino propender por una adecuada dotación de todos los despachos judiciales. En la actualidad es inconcebible tener un despacho judicial carente o con mal internet, con dificultades para conectarse con el ciudadano, o de no poder llevar a cabo una audiencia virtual. El buen uso de las TICs - tecnología de la Información y las Comunicaciones permite acortar tiempos en los trámites judiciales, implementar la oralidad y mejores manejos de los expedientes todo lo cual sin duda redundará en la agilidad y la oportunidad de la decisión.

La pandemia del Covid 19, paradójicamente logró un viejo anhelo: la virtualidad de la justicia. El poder contar con expedientes digitales, el realizar los trámites a través de medios tecnológicos, lograr realizar audiencias virtuales sin necesidades de traslados a las sedes de los Despachos Judiciales, todo esto ha permitido optimizar y mejorar la calidad y oportunidad en la decisión judicial.

No obstante, la virtualidad aun ofrece grandes retos para la justicia, es necesario dotar a los despachos judiciales de las suficientes herramientas tecnológicas para dar respuesta a las exigencias de la virtualidad (buen internet, buenos equipos de cómputo, buenos navegadores en la página de la Rama Judicial, capacitación tecnológica a los funcionarios del poder judicial, entre otros). Otro desafío para la justicia hoy en día, frente a la transformación tecnológica, es la forma de la que se obtienen y se almacenan los datos, y su protección.

La aplicación de las tecnologías no ha de tener como finalidad replicar el proceso actual al ámbito digital (no se trata de hacer lo mismo con más tecnología), sino que ha de conducir a plantear una redefinición de la propia concepción de proceso; lo que necesariamente despliega consecuencias tanto sobre su lógica de organización y funcionamiento, como sobre la propia normativa procesal que ha de adaptarse a las nuevas realidades.

Estamos asistiendo al desarrollo de un nuevo paradigma del proceso que se construye sobre una transformación de la obtención, tratamiento y circulación de los datos (información) en el proceso, que se acelerará con la aplicación de tecnologías emergentes.

Citando a Joaquín Delgado Martín;

“Las tecnologías digitales suponen una nueva organización de la obtención, tratamiento y circulación de los datos dentro del proceso: nuevas formas de procesamiento de la información; relativización de las nociones de espacio y tiempo procesales, introduciendo actuaciones judiciales asincrónicas, así como actos de las partes que pueden realizarse desde cualquier lugar (ubicuidad) y en cualquier tiempo (24/7) dentro del marco establecido por la ley; modificación del volumen y fuentes de información para la toma de decisión jurisdiccional; simplificación de las normas de procedimiento y de las prácticas procesales, como necesidad inherente a la automatización de funciones; entre otros elementos.”⁵

La aplicación de las tecnologías puede afectar la forma y tiempo de acceso de información (datos) al proceso y a su procesamiento, pero no puede afectar a los otros elementos esenciales de un proceso judicial, como lo es la decisión misma.

5. Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia, Joaquín Delgado Martín, Editorial La Ley, Madrid 2020, Pág. 17

Las tecnologías posibilitan el desarrollo de herramientas para favorecer la transparencia del sistema judicial, creando de esta forma una justicia más responsable ante la sociedad. También permiten mejorar el sistema de recogida y tratamiento de quejas, reclamaciones y sugerencias por parte de los usuarios del sistema judicial, lo cual impulsa y mejora el sistema en sí.

Es indudable también la necesidad de facilitar y optimizar el acceso a los tribunales y a la justicia a través de nuevas tecnologías. Sin embargo, hay que tener presente que conlleva consigo un cierto riesgo, un desafío que hay que abordar de una forma responsable. Los medios tecnológicos utilizados para la relación de los ciudadanos con la Administración de Justicia deben ser fáciles y sencillos, para que cualquiera pueda usarlos, y al mismo tiempo se tiene que facilitar y hacer amigables el acceso a la tecnología en sí, a efectos de cerrar la brecha digital.

El siguiente desafío es determinar hasta qué punto incluir en las tareas de justicia el uso de la inteligencia artificial.

Aunque no se puede dejar que se automaticen las tareas propiamente decisorias, es más que justificado el uso de nuevas tecnologías tanto por las partes como por la autoridad judicial para automatizar, facilitar y agilizar el proceso.

“Fundamentalmente, se trata de tareas de carácter administrativo, que tienen que ver con el proceso de digitalización de los expedientes judiciales y su gestión, la tramitación electrónica de los procedimientos y las comunicaciones con los diversos participantes en el proceso, y la asistencia en tareas auxiliares (transcripción de textos, traducción, elaboración de documentos, búsqueda y recuperación de información...). Este es el nivel más básico de automatización en la Administración de Justicia y, generalmente, es a este tipo de tareas a las que suele hacerse referencia cuando se habla de la digitalización de los tribunales.”⁶

Hace ya mucho tiempo que el juez ha incorporado entre sus tareas rutinarias el manejo de las herramientas digitales de búsqueda de la información (basadas en inteligencia artificial) para obtener el material legal, jurisprudencial y doctrinal en el cual fundamenta sus decisiones.

6. La inteligencia artificial y justicia digital, José Ignacio Solar Cayón, Universidad de Cantabria, pág. 387.

Pero el uso de la inteligencia artificial puede ser aún más avanzado en cuanto a la identificación y selección de información relevante en el proceso, la prueba de determinados hechos o la validación, preservación y autenticación de las evidencias electrónicas, entre otros tópicos.

Para dar un ejemplo, José Ignacio Solar Cayón indica que:

“Mediante herramientas de aprendizaje automático activo y de procesamiento del lenguaje natural, la codificación predictiva permite realizar la revisión automatizada de enormes volúmenes de datos registrados en cualquier tipo de formato digital (documentos de texto, imágenes y videos, audios, correos electrónicos, bases de datos, calendarios, hojas de cálculo, programas informáticos, comunicaciones a través de internet, etc.) e identificar cualquier tipo de información relevante que pueda ser presentada como evidencia ante el tribunal.”⁷

2. ¿Pueden sistemas basados en inteligencia artificial sustituir al juez?

Tanto el Consejo como el Parlamento y la Comisión Europea subrayan que las decisiones judiciales deben ser siempre tomadas por seres humanos y no pueden delegarse en sistemas de inteligencia artificial, de manera que, en todo caso, el empleo de sistemas de toma automatizada de decisiones debe ir siempre acompañado de una supervisión humana efectiva.

En un mundo tecnológico donde la velocidad y el tiempo marcan el desarrollo de la sociedad, la administración de justicia tiene que estar a tono con la realidad posibilitando una justicia oportuna, de lo contrario, cobrará más fuerza el apotegma: justicia tardía no es justicia.

7. La inteligencia artificial y justicia digital, José Ignacio Solar Cayón, Universidad de Cantabria, pág. 396.

Régimen probatorio del código general disciplinario

Luis Francisco Casas Farfán
Procurador delegado
Presidente Sala Disciplinaria de Instrucción

Resumen

Se elabora un comparativo entre las disposiciones del actual Código General Disciplinario, en lo relacionado con el régimen probatorio, y la reglamentación que imperó en el modelo normativo anterior que incluía, a su vez, la remisión expresa a los preceptos contemplados en el Código de Procedimiento Penal de 2000.

Palabras clave

Medios de prueba, proceso disciplinario, pruebas disciplinarias, régimen probatorio.

Introducción

Una de las novedades que introduce el Código General Disciplinario es la inclusión de una reglamentación de los diferentes medios de prueba. En la anterior codificación tan sólo se plasmaban los principios generales que orientaban el régimen probatorio dis-

ciplinario y, en lo referente a los medios en sí, simplemente remitía a *“las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario”*.

En el presente documento se efectuará, en primera medida, un comparativo de los principios que contemplaba el anterior Código Disciplinario Único con los que ahora expresamente reseña el estatuto vigente; luego de lo cual, se realizará un paralelo entre las formas como se reglamenta cada medio de prueba para concluir cuales son, si las hay, las diferencias esenciales en ellos y que implicación tuvo la novedad normativa.

1. Marco general del sistema probatorio disciplinario

La primera observación que se desprende de comparar los enunciados normativos del derogado Código Único Disciplinario y el Código General Disciplinario es la absoluta coincidencia en las denominaciones de aquellos. La correspondencia no sólo es de tipo nominal, sino que también abarca los postulados mismos. De hecho, las diferencias en redacción son mínimas.

Así, los principios de necesidad de la prueba, según la cual *“toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso”* y que, dado el carácter sancionatorio del derecho disciplinario, se relaciona con la carga de la prueba en cabeza del Estado, habida consideración de la presunción de inocencia que cobija al disciplinado es un postulado que estaba y se mantiene en el estatuto que se estudia.

Otro tanto se puede decir del principio de investigación integral y de libertad probatoria, cuyos preceptos tienen exactamente la misma redacción de la norma derogada, lo cual no resulta extraño y, antes bien, es una consecuencia lógica del modelo de enjuiciamiento que se adopta y que mantiene rasgos de inquisitivo (como la oficiosidad en el decreto de pruebas) a pesar de la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento a cargo de autoridades distintas (lo cual constituye el rasgo esencial del modelo acusatorio).

Dejando de lado esas identidades en las dos codificaciones, se pasará ahora a concretar las diferencias que se presentan en ellas:

1.1. Inspección disciplinaria

En la enunciación de medios de prueba se usa la expresión “*inspección disciplinaria*” en vez de “*inspección o visita especial*”. Ciertamente la disyunción que utilizaba la anterior legislación no tuvo un claro desarrollo práctico, a punto tal que no se entendía como una mención alternativa sino como vocablos que se referían a un mismo medio probatorio, tal y como lo refirió en varias providencias el Consejo de Estado¹.

La judicatura definió la visita especial como “*una figura propia del derecho disciplinario puede asimilarse a la inspección regulada en el artículo 244 del C.P.C, es una prueba ordinaria, donde el investigador disciplinario, personal y directamente, constata, por la percepción de sus sentidos, un hecho importante para la investigación o para el esclarecimiento de las circunstancias materia del proceso, como el examen de personas, lugares o cosas. Se puede realizar directamente o por funcionario comisionado, debiendo dejar lo encontrado en un acta detallada, adjuntando copia de los documentos materia de examen*”.²

Esta última cita es diciente en tanto que la remisión al artículo 244 del derogado Código de Procedimiento Civil corresponde, precisamente, a la inspección judicial, con lo cual, la sinonimia en los términos justifica que en la nueva legislación no se haga referencia sino a la inspección disciplinaria, siendo que este calificativo obedece a la materia en la que se desarrollaría la diligencia respectiva.

1.2. Negación de pruebas

En el artículo que se refiere a la petición de pruebas se cambia el término rechazo por negación de pruebas. La variación, a nuestro juicio, es técnica y permite homologar el lenguaje jurídico. Se sabe que el rechazo de una prueba tiene una especial connotación en el proceso penal, pues se refiere a la sanción que se impone a la parte que no cumple con la carga procesal de descubrimiento en la fase que le correspondía. Es una palabra que denota un fenómeno diferente a otras “*negativas de pruebas*” como lo son la inadmisibilidad, por cuenta de la impertinencia, inutilidad o carácter referencial; o la exclusión, reservada para casos de ilegalidad o ilicitud de la prueba.

1. Cfr. CONSEJO DE ESTADO. Sección segunda, Sentencia del 11 de julio de 2019. Rad. 19001-23-33-000-2015-00069-00(2089-17) C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

2. Ibidem. Sentencia de 8 de octubre de 2020. Rad. 11001-03-25-000-2012-00413-00. C.P. César Palomino Cortés.

Aun cuando el Código General del Proceso, en su artículo 168, utiliza el término “*rechazo*” para referirse a la negativa de plano a practicar pruebas cuando resulten “*ilícitas, notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles*”, es claro que lo usa como expresión genérica, pero en modo alguno para identificar una causa concreta de la negativa. De hecho, posteriormente en su artículo 321.3 al señalar los autos que resultan apelables, vuelve al uso de la expresión negar y no rechazar, pero sin especificar los supuestos que darían lugar a tal decisión.

Por su parte, en el artículo 214 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo se menciona la exclusión de la prueba para los casos en que se hayan obtenido con violación al debido proceso, por lo que se incluye allí a las ilegales e ilícitas. En el artículo 243.7, referido a la apelación, se vuelve a la expresión genérica de negar.

Este repaso normativo nos lleva a reafirmar que es mucho más adecuado el lenguaje actual de negativa de pruebas y no de rechazo, que tiene, como se observó, un significado especial y preciso en el campo penal. En el ámbito disciplinario aquella expresión (negación) se perfila como género que incluye varios supuestos que se refieren a la inconducencia, impertinencia, carácter superfluo y las practicadas ilegalmente; dejando precisado el fenómeno de inexistencia que corresponde a la consecuencia que se deriva de la exclusión por ilegalidad o ilicitud.

1.3. Pruebas por comisionado

En esencia no hay variaciones. Los ajustes que se hicieron en el actual código corresponden a varios aspectos accidentales y que no afectan esta actividad probatoria:

En primer lugar, recoge el sentido que debía dársele a la norma derogada. En efecto, si bien en el anterior estatuto no se señalaba que la comisión a las personerías distritales o municipales debía hacerse cuando la práctica de las pruebas se debía efectuar por fuera de la sede del despacho de conocimiento, tal y como expresamente quedó contemplado ahora, es obvio que un entendimiento adecuado del precepto derogado generaba esa comprensión, pues de lo contrario, sería un desgaste e innecesaria afectación del principio de inmediación estricta en el recaudo probatorio.

En segundo término, aun cuando ahora, a diferencia de lo que señalaba el anterior código, no se indica que la comisión de pruebas en la misma entidad debe corresponder a otro servidor de igual o inferior categoría a aquel que comisiona, es evidente que esa omi-

sión no puede conllevar a una lectura diferente a aquella que estaba plasmada en la norma derogada, pues no tendría sentido que se pudiere comisionar a un superior.

En tercer lugar, se hace ahora una mención a que las copias de la actuación disciplinaria, requeridas por el comisionado para la práctica de pruebas, pueden ser enviadas por medio electrónico, algo que no estaba prohibido y que simplemente alude a una herramienta idónea y rápida para lograr el éxito de la comisión.

1.4. Prueba trasladada

En la regulación de este instituto jurídico hay dos cambios:

El uso de la expresión “*autoridad disciplinaria*” en vez de “*Procuraduría General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura*” que utilizaba el viejo Código Disciplinario. A priori pareciere un cambio meramente semántico o de actualización, dada la desaparición de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sin embargo, el asunto es de mayor calado, en tanto que, tal y como quedó expresado en el precepto, se incluyen de manera inequívoca a las personerías y a las oficinas de control interno disciplinario que en una lectura exégeta de la anterior norma quedaban por fuera de la posibilidad de acceder a información que reposa en una investigación penal.

Ahora bien, el que se amplíe el número de autoridades que tendrían posibilidad de solicitar elementos probatorios que aun no han sido descubiertos puede tomarse como un riesgo a la reserva que caracteriza una investigación criminal; sin embargo, y he aquí el segundo cambio que se observa en el precepto, ese riesgo se minimiza en tanto que el fiscal, ya no el general de la Nación, sino el del caso, será quien evalúe cada situación y solicitud para proceder a la entrega de “*información o elementos materiales de prueba o evidencias físicas*”. Sin duda fue un acierto el haber dejado en el instructor que tiene a cargo la dirección de la investigación el análisis de la procedencia de la petición y no endilgárselo al fiscal general, lo cual, desde luego, era engorroso, nada práctico y terminaba creando un procedimiento al interior de la Fiscalía que podía impactar la duración del procedimiento.

1.5. Controversia de la prueba

El actual Código indica que los sujetos procesales pueden controvertir la prueba desde la notificación “*del auto de apertura de investigación disciplinaria o de la orden de vincu-*

lación”, con lo cual se quiso precisar el hito procesal desde cuando puede llevarse a cabo esa actividad. Creemos que era mejor la expresión anterior “*desde que tenga acceso a la actuación disciplinaria*”, puesto que cabe la posibilidad que se adelante una fase de indagación previa con miras a precisar la facticidad y se recaude en ella pruebas que, a nuestro juicio, son perfectamente controvertibles aun cuando no se haya dado la notificación a la que alude el precepto actual.

De hecho, los términos que actualmente utiliza la codificación ya fueron usados en la antigua Ley 200 de 1995 y, en esa oportunidad, la Corte Constitucional precisó que aun la literalidad del dispositivo (artículo 130), era perfectamente viable predicar que la controversia se podía dar en cualquier etapa de la actuación:

“El C.D.U., reconoce en favor del investigado su derecho a conocer la actuación procesal y a controvertir las pruebas, tanto en la indagación preliminar como en la investigación. Por consiguiente, la norma acusada entendida armónicamente con dicho artículo debe ser considerada como una reiteración del derecho de contradicción probatoria, referida específicamente a la necesidad de asegurar el principio de imparcialidad a que aquélla alude. Podría argüirse la falta de técnica legislativa, en relación con la regulación en dos normas distintas de un aspecto que atañe con el derecho de contradicción probatoria en los procesos disciplinarios; más ello no hace inconstitucional la norma demandada. La oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U.”³

En síntesis, independientemente del tenor literal del citado artículo 157 del Código General Disciplinario, la interpretación adecuada de esa norma, a la luz del contenido del derecho de defensa y, en especial, de la garantía de contradicción probatoria, implica que los sujetos procesales pueden controvertir las pruebas desde que tengan acceso a la actuación.

2. Los medios de prueba en particular

Como se señaló ab initio, una particularidad que tiene el Código General Disciplinario es que regula cada uno de los medios probatorios y no se limita, como ocurría en la

3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-430 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

legislación anterior, a remitir al texto de la Ley 600 de 2000 que corresponde al Código de Procedimiento Penal.

De entrada, es claro que el envío a una codificación que, si bien no está derogada, sí tiene cada vez menos aplicación por la cobertura de la Ley 906 de 2004, a punto tal que la tendencia es que sólo se circunscriba a los procesos penales de aforados constitucionales.

No obstante, resulta interesante establecer, tal y como se hizo en el acápite anterior, si al confrontar la regulación de los distintos medios de prueba se introdujeron cambios y, si los hay, qué tan relevantes son ellos.

2.1. Confesión

La regulación de este medio probatorio en la codificación disciplinaria es la que más dista en relación con su némesis en el procedimiento penal. No era para menos: al fin de cuentas en la Ley 600 de 2000 se confesaban delitos y, por tanto, las rebajas se refieren específicamente al quantum de la pena y como no había en el anterior Código Único Disciplinario un reconocimiento de rebajas por confesión en la dosificación de la sanción disciplinaria, dicha normativa quedaba en el vacío. Igualmente, en el estatuto penal se indica que una vez se produzca la confesión se activa una labor instructiva puntual pues, indica la norma, que *“el funcionario competente practicará las diligencias pertinentes para determinar la veracidad de la misma y averiguar las circunstancias de la conducta punible”*, imperativo que ya no encontramos en la codificación disciplinaria.

En cuanto a las exigencias formales que debe rodear la confesión no hay diferencias sustanciales. La mención de la autoridad disciplinaria y no de funcionario judicial para indicar ante quien debe surtirse este medio probatorio puede resultar una obviedad. Igualmente, la presencia y exigencia de contar con abogado defensor, pues el procesado debe tener conocimiento de las implicaciones que conlleva confesar y poseer una asesoría previa y técnica sobre la materia. La indicación del derecho de no autoincriminación, mucho más descriptiva la norma disciplinaria, en tanto que no se limita a expresar el derecho a no declarar contra sí mismo, sino que alude al contenido íntegro del artículo 33 constitucional, así como de *“los beneficios y de las rebajas de las sanciones contempladas”*.

Por supuesto que la exigencia que ahora consagra el procedimiento disciplinario, en el sentido que al momento de abrir investigación se indiquen los *“hechos disciplinariamente*

relevantes”, resulta indispensable para propiciar la confesión, pues una dificultad que se tenía en el anterior modelo era la indeterminación fáctica que caracterizaba el auto con el que se daba inicio formal a esta etapa procesal y, por consiguiente, la ambigüedad que podía ocasionar cualquier manifestación de responsabilidad.

En sentido estricto y técnico, lo que se confiesa son hechos, no cargos o faltas. Al fin de cuentas la confesión se define por su género como un medio de prueba y éstos, a su vez, se conocen como los instrumentos que se tienen para establecer la facticidad que interesa a un proceso. Por su parte, la aceptación de cargos es un modo de terminación anticipada del proceso que consiste en allanarse a la calificación jurídica que hace la autoridad, en este caso, disciplinaria. En la legislación, sin embargo, se hace referencia a confesión o aceptación de cargos como si se tratara de lo mismo cuando, por naturaleza, no lo es.

En efecto, una persona puede confesar unos hechos y, empero, no aceptar los cargos que se le formulan, ya sea porque, a su juicio, se valoraron de manera equivocada o porque la confesión es parcial y calificada, como, por ejemplo, se introduce a la hipótesis propuesta una circunstancia que exime de responsabilidad.

La reglamentación de la confesión va ligada a la aceptación de cargos y, aunque es muy común que ello ocurra de esa manera, no puede dejarse de lado que pueden, como se indicó en precedencia, presentarse supuestos en donde no es así.

En el Código General Disciplinario se regula con detalle la confesión que conlleva a la aceptación de cargos. Así, se especifica que los momentos para confesar y allanarse son dos: en la etapa de investigación, para lo cual se tendrá como marco de referencia los hechos relevantes fijados en el auto de apertura y, en la fase de juzgamiento, en donde el referente obligado son los cargos del respectivo pliego.

Si la confesión y aceptación es en la etapa instructiva se debe confeccionar un acta *“que contenga los términos de la confesión o de la aceptación de cargos, los hechos, su encuadramiento típico, su calificación y la forma de culpabilidad”*. Esta exigencia es indispensable y es una expresión de la diferencia que planteamos anteriormente. El disciplinado puede decir que acepta los hechos mencionados en el auto de apertura, sin embargo, la valoración y connotación jurídica de ellos se determina con claridad con el acta que se pide. En nuestro entender, si la persona, una vez hecha el acta, manifiesta que no acepta esos cargos, es claro que no puede dársele por terminado el proceso y que éste continuará su curso normal. En igual sentido, esa manifiesta-

ción no puede tomarse como retractación, que está expresamente prohibida, salvo que se haya presentado “*violación de derechos y garantías fundamentales*”; pues, se insiste, una cosa es la confesión de hechos y otra es la aceptación de los cargos y éstos sólo se están conociendo en el momento en que se confecciona la referida acta.

En cuanto a beneficios, la norma indica que la “*inhabilidad, suspensión o multa se disminuirán hasta la mitad*”. Igualmente, también se indica que el acta aceptada deberá remitirse al juzgador para que, teniendo como marco la misma, se proceda a proferir el correspondiente fallo.

Si la confesión y aceptación de cargos se hace en la etapa de juzgamiento, bastará con dejar “*la respectiva constancia*”, luego de lo cual se expedirá el fallo pertinente en el que se reconocerá, como beneficio, la reducción de la tercera parte de las sanciones ya citadas. Como se indicó, en esta fase del proceso ya se conoce el cargo, su connotación jurídica y, por tanto, no se tiene la dificultad que sí se evidenciaba en la anterior etapa.

Por supuesto, la confesión y aceptación de cargos no es suficiente para dar por probado el hecho que soporta la declaratoria de responsabilidad. El legislador, tanto en el Código de Procedimiento Penal de 2000 como en el actual Código General Disciplinario, deja en claro que debe valorarse la confesión acudiendo a la “*sana crítica y los criterios para apreciar los testimonios*”.

2.2. Testimonio

El capítulo que dedica el Código General Disciplinario a la prueba testimonial es, en gran parte, una fiel copia de la reglamentación que de dicho medio hace la Ley 600 de 2000. Realmente son pocos los cambios que se advierten, veamos.

La declaración de menores de edad se ajusta a las formalidades que consagra la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, de ahí que, tal y como lo preceptúa el artículo 150 de este último, se debe llevar a cabo el interrogatorio con la mediación del defensor o comisario de familia. Aun cuando la norma disciplinaria no menciona que a los menores de 12 años no se les toma juramento, es claro que dicha omisión no tiene consecuencias, pues en la medida en que la responsabilidad penal de los adolescentes se fija en esa edad, resulta lógico la inocuidad de anteponer dicha formalidad, dado que no tiene connotaciones penales para el niño que llegare a faltar a la verdad.

La norma del código disciplinario refería que no era posible recepcionar testimonio a los niños menores de 7 años. Un precepto que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional pues estimó que con ello se violaba *“el derecho fundamental y prevalente de los niños y niñas a ser escuchados en los procedimientos judiciales y administrativos relacionados con asuntos que los afecten, y a que la expresión libre de su opinión en tales escenarios sea tenida en cuenta, al privar a los menores de siete años de la facultad de rendir testimonio en los procedimientos disciplinarios, ya sea como meros testigos o en calidad de sujetos procesales en razón de su condición de víctimas de las faltas disciplinarias que los habilitan para ello”*.⁴

Otra diferencia que se encuentra en la reglamentación del Código General Disciplinario y la Ley 600 tiene que ver con el listado de personas que pueden hacer una declaración jurada en el proceso. En el estatuto disciplinario se incluye con esta prerrogativa a los magistrados de las comisiones seccionales de disciplina judicial, así como al contador general de la Nación. Asimismo, se excluye de ese privilegio a otros funcionarios que en el proceso penal sí están cobijados con esta posibilidad: Los delegados de la fiscal general de la Nación y del procurador general de la Nación, los directores seccionales de Fiscalía, los magistrados de los tribunales, los gobernadores de departamento, cardenales, obispos, o ministros de igual jerarquía que pertenezcan a otras religiones, jueces de la República y los alcaldes municipales. Siendo una norma excepcional y, además especial, es evidente que no puede, por vía analógica o por remisión predicar la declaración jurada a este último listado de servidores públicos, pues están por fuera de la enunciación que hace el código disciplinario.

En lo relacionado con los testigos renuentes, la nueva codificación precisa que el incidente para fijar la multa será el mismo que corresponda a aquel que está previsto para el quejoso temerario. El silencio que, sobre este tópico traía el código anterior, se llenaba acudiendo a normas de remisión que ahora ya no se requieren.

Finalmente, se incluye la referencia expresa al uso de medios técnicos para recepcionar los testimonios de aquellas personas que están impedidas para concurrir, algo que tampoco se menciona en la ley 600 de 2000 pero que, de todas formas, era viable realizar por la autorización que traía, por cierto, de manera general, el entonces artículo 108 de la Ley 734 de 2002, hoy recogido por el 118 del Código General Disciplinario.

En los demás aspectos, amonestación a testigos, excepciones al deber de declarar, el imperativo de examinar por separado a los testigos, las formalidades en la práctica del

4. Ibidem. Sentencia C-452 de 2020. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

testimonio, la declaración de agentes diplomáticos y la fijación de criterios de apreciación de este medio de prueba es totalmente idéntica hoy a la que se debía acatar por la remisión de la codificación derogada.

2.3. Peritación

El Código General Disciplinario hace una detallada regulación de este tipo de probanza. Por su naturaleza, es normal que el contenido de aquella sea coincidente con el que consagra la ley 600 de 2000, sin embargo, a diferencia de lo que se indicó en relación con el testimonio, no hay una transcripción literal de los preceptos de ésta última.

Básicamente se indica que la prueba pericial se practicará previo decreto a instancia de los sujetos procesales o de oficio. Su objeto no es otro que aspectos que requieren de un conocimiento experto, siendo este el soporte de una opinión en un campo técnico, científico o artístico. Precisamente esta es la diferencia esencial con los informes técnicos, en los cuales, se suministran datos contenidos en libros o archivos, pero sin exigirse una opinión especializada.

El perito puede ser servidor público o particular, requiere de una acreditación de su idoneidad y experiencia en la rama especial que se necesita e incluso queda habilitado para *“recolectar, asegurar, registrar y documentar la evidencia que resulte de su examen, actividad en la cual no es necesaria la presencia de los sujetos procesales”*, lo que no significa que su actividad esté desprovista de contradicción; muy por el contrario, se regula detalladamente la forma como puede entrar a controvertirse esta prueba.

En efecto, lo primero que se debe evaluar es que el peritaje rendido cumpla con las exigencias normativas y con el cometido encargado por la autoridad disciplinaria. Significa lo anterior que el primer control a la prueba la hace el propio director del proceso, quien tendrá que establecer si, además de la acreditación del experto, se respondió la inquietud o inquietudes elevadas, sin que sea posible que estas incluyan aspectos relacionados con la responsabilidad disciplinaria. Adicional a ello, velará porque el contenido incluya una descripción de lo que fue objeto de observación o análisis, el método utilizado, los experimentos o procedimientos realizados, las conclusiones obtenidas y, todo ello, en un lenguaje claro, conciso y preciso. Solo cuando se obtenga este cumplimiento formal se *“correrá traslado a los sujetos procesales por el término común de tres (3) días para que puedan solicitar su aclaración, complementación o adición”*. Si en ese lapso se pide alguna de esas tres opciones, se *“concederá al perito un término no superior a cinco (5) días, prorrogable por una sola vez”* para que responda a esas peticiones. A diferencia de lo que

prevé la Ley 600 de 2000, el actual código disciplinario contempla un término legal para llevar a cabo esas actividades. En aquella normativa se indicaba que ese lapso era de carácter judicial.

En este apartado de la codificación también se reglamenta la objeción. Siguiendo la línea fijada en otros escenarios procesales, se indica que solo resulta procedente alegar aquella por error grave y su alegación no se circunscribe al término de traslado, puesto que puede hacerse uso de esta modalidad de contradicción hasta *“antes de correr traslado para alegatos de conclusión”*, un hito preciso e inequívoco y que zanja los problemas interpretativos que se tenían cuando, por vía de remisión al código de procedimiento penal, se encontraba el intérprete con que se podía llevar a cabo esa objeción *“hasta antes que finalice la audiencia pública”*, lo que no coincidía con el procedimiento ordinario en materia disciplinaria.

Al igual que se indica en otros códigos de procedimiento, la objeción se tramita mediante incidente y puede incluir la práctica de pruebas, siendo que el éxito de la objeción permitirá la designación de una nueva prueba pericial que resultará inobjetable, aunque sí susceptible de adición, aclaración o complementación.

No hay variación en el actual marco normativo respecto a que el dictamen no exige, para su perfeccionamiento, el interrogatorio del perito en audiencia, lo cual no significa que pueda comparecer, a petición de algún sujeto procesal o de la propia autoridad disciplinaria, pero para que explique su actividad y responda los interrogantes que se formulen alrededor de su pericia.

La norma disciplinaria, también reiterando lo que expresan otras codificaciones, enfatiza que la prueba pericial no constituye un dogma de fe, sino que su apreciación se hará en conjunto con las de las pruebas y, en todo caso, para otorgar su valor suasorio deberá tomarse como insumos *“su solidez, precisión y fundamentación técnico-científica, así como la idoneidad y competencia del perito”*.

2.4. Inspección disciplinaria

El Código de Procedimiento Penal de 2000 contiene una serie de preceptos normativos que delimitaban la inspección en el desarrollo del proceso penal y, por tanto, buena parte de ese articulado se refiere a la posibilidad de hacer una reconstrucción de los hechos o, incluso, que la inspección recaiga sobre una persona en particular. Estos énfasis que hacía la anterior legislación no aparecen en la actual reglamentación.

Al igual que se indica en otros procedimientos, la inspección debe precisar el objeto a inspeccionar, lo que no es obstáculo para que, en el desarrollo de la diligencia, se pueda ampliar su espectro de observación. Igualmente, de manera expresa se hace referencia a la posibilidad de desarrollar, en medio de la inspección, testimonios y pericias, casos en los cuales, constituyendo cada una de ellas medios de prueba autónomos, deberán ceñirse los mismos a los parámetros que le sean exigibles.

2.5. Documentos

No hay una regulación extraordinaria o abiertamente diferente a la que ya existía en el marco normativo anterior. Se exceptúan dos situaciones puntuales.

La expresa referencia que ni el informe ni la queja son per se pruebas de los hechos o de la responsabilidad.

La indicación que la incorporación de los documentos reservados implicará la creación de un “*cuaderno separado*” al que tendrán acceso los sujetos procesales que, de todas formas, no tendrían facultad para tomar copias de ellos.

En el capítulo destinado a la prueba documental se hace expresa referencia a los informes técnicos, los cuales son también susceptibles de traslado a los sujetos procesales, quienes quedan habilitados para pedir sobre ellos aclaraciones o complementaciones. Sin embargo, en tanto que no son opiniones técnico- científicas o artísticas no procede la objeción.

La información legalmente obtenida en una investigación penal que, pese a no haber sido descubierta, se traslade al proceso disciplinario, tendrá, por regla general, la naturaleza de prueba documental. Así, las entrevistas no pueden asimilarse a testimonios, pues no tienen las características esenciales de ellos (juramento y contradicción). En el mismo sentido los informes de investigador de campo se tomarán como informes técnicos. Desde luego, si aun no ha habido descubrimiento, todo ese material queda también cobijado por la reserva y, por tanto, tendrá que someterse a las exigencias ya indicadas: Cuaderno separado y con las restricciones anotadas.

En cuanto a la prueba trasladada, aun cuando no se indique de forma expresa en la normatividad la necesidad de correr traslado de ella, sí estimamos que es evidente que

deben ser comunicados los sujetos procesales de su arribo al proceso para que puedan hacer uso de la contradicción.

2.6. Indicio

Este capítulo es la transcripción de los artículos 196 a 199 de la Ley 600 de 2000. No existe un cambio de redacción, lo cual no es extraño, dado que se define el concepto mismo de indicio como inferencia lógica soportada en la experiencia y con la exigencia de una acreditación del hecho indicador.

Conclusiones

El paralelo que se ha efectuado entre la reglamentación del régimen de prueba del actual Código General Disciplinario y la que consagraba el anterior Código Único Disciplinario, incluyendo la remisión a la Ley 600 de 2000 deja en evidencia que no existe una diferencia mayúscula entre ellas. Esta inferencia, sin embargo, no puede tomarse como muestra de la inocuidad de la inclusión que se hizo en la actual codificación, por el contrario, tal y como se indicó en la exposición de motivos de lo que luego sería la Ley 1952 de 2019, esta expresa reglamentación del régimen probatorio permitirá *“que se generen reglas de procedimiento propias del derecho disciplinario”*.

La superación de la omisión legislativa, que daba lugar a la remisión, será el terreno abonado para que se vaya desarrollando una jurisprudencia que permita ajustar cada medio probatorio a la particularidad del proceso disciplinario y esa labor, será sin duda, un paso más en ese lento pero permanente y seguro camino de otorgarle autonomía e independencia al derecho disciplinario.

Referencias

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso. Gaceta 664. Página 57.

CONSEJO DE ESTADO. Sección segunda, Sentencia del 11 de julio de 2019. Rad. 19001-23-33-000-2015-00069-00(2089-17) C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

Derecho jurisdiccional disciplinario,
desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

CONSEJO DE ESTADO. Sección segunda. Sentencia de 8 de octubre de 2020. Rad. 11001-03-25-000-2012-00413-00. C.P. César Palomino Cortés.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-430 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 2020. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Aportaciones de la teoría de las relaciones especiales de sujeción al derecho disciplinario jurisdiccional, administrativo y delegado, colombiano

José Rory Forero
Doctor en Derecho, catedrático y
tratadista en la materia

“No hay nada tan práctico como una buena teoría”¹

Introducción

Uno de los aspectos cruciales hoy para el Derecho colombiano, y particularmente para su Derecho disciplinario, es determinar la relación jurídica de los colectivos insertos en una relación especial de sujeción, estudiantes, servidores públicos, miembros de la fuerza pública (Policía y Fuerzas Militares), personas privadas de la libertad, particulares en ejercicio de funciones públicas, quienes desarrollan profesiones liberales (abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, contadores, entre otros).

Es un reto que obliga a la Doctrina a actualizar los fundamentos de la categoría, a determinar su naturaleza jurídica, a buscar sus presupuestos y a determinar sus consecuencias, pues al conocer bien tales tópicos y el tipo de relación jurídica, se va a poder perfeccionar la elaboración y conocimiento de los estatutos jurídicos en ma-

1. Kurt Lewin, Psicólogo y filósofo alemán nacionalizado en Estados Unidos, (1890-1947).

teria de derechos fundamentales, deberes y sistema de responsabilidad disciplinaria para estos grupos.²

La actualización de los fundamentos de la teoría, repercutirá en la creación de un marco jurídico, que ayude a conciliar los intereses que se derivan de la limitación de derechos fundamentales, del cumplimiento de deberes y a resolver la tensión constitucional entre la potestad disciplinaria y el debido proceso, en aras de materializar, de una parte, la dignidad humana inherente a las personas insertas en estas relaciones, en tanto sujetos y no objetos del Estado; y de otra, una verdadera justicia disciplinaria, que vele por la protección del interés general, la eficacia de su Administración pública.

Es innegable que hoy la relación jurídica en Colombia, de la cual se deriva la potestad disciplinaria, se fundamenta en muchas teorías, como se observa en el amplio desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de nuestro Derecho disciplinario, pero principalmente, de forma consciente o inconsciente, en la teoría de ascendencia germana de las relaciones especiales de sujeción, cimientos, estructura y arquitectura, de la Ley 734 de 2002, de la Ley 1123 de 2007, de la Ley 1952 de 2019, de la Ley 2094 de 2021.

Ahora bien, con las adecuaciones necesarias de la teoría, derivadas de su complementariedad, buscamos consolidar el Derecho disciplinario colombiano, como área del conocimiento jurídico sólida que ayude a combatir los fenómenos indeseables de corrupción, ineficacia, ineficiencia e irresponsabilidad en el ejercicio de la función pública, que tanto daño le hacen a nuestra Administración Pública.

2. Corresponden las siguientes líneas a ideas, planteamientos y reflexiones propiciadas dentro de la II Jornada de la Jurisdicción Disciplinaria, que se realizó el 22 y 23 de septiembre de 2022, en la ciudad de Medellín- Colombia, la cual se tituló “Derecho Jurisdiccional Disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo”, evento organizado por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Ideas, planteamientos y reflexiones, consignadas en varias de nuestras publicaciones, entre ellas: Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano (Universidad Libre de Colombia), Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción (Procuraduría General de la Nación-Instituto de Estudios del Ministerio Público), Estudios en Derecho Penal y en Derecho Disciplinario (Universidad Libre de Colombia-Jurídicas Ibáñez). Ideas, planteamientos y reflexiones, generadas dentro del Programa de Maestría en Derecho Disciplinario, de la Universidad Libre de Colombia.

1. La relación especial de sujeción como categoría dogmática del derecho disciplinario jurisdiccional, administrativo y delegado colombiano

La relación especial de sujeción es una categoría, es una categoría dogmática, es una categoría dogmática en el Derecho disciplinario colombiano, es la premisa que se pretende validar con los siguientes argumentos.

1.1. La noción univoca de las relaciones especiales de sujeción

En nuestro criterio existe una noción univoca en las normativas, sentencias y doctrina que se ha ocupado de las relaciones especiales de sujeción, sustentando la tesis con tres argumentos.

- 1) Si la dogmática incluye conceptos y tesis, al tenor de lo planteado por *Von Jhering*, la relación especial de sujeción no escapa a dicha tendencia, y en tanto *categoría dogmática* del derecho disciplinario, son muchos los *conceptos y tesis jurídicas* que se pueden deducir de la misma, en la medida que la teoría permea campos oceánicos como el derecho *constitucional*, el derecho *administrativo* y el derecho *disciplinario*, que se pueden abordar desde la *filosofía*, la *dogmática*, la *sociología*.³
- 2) Una de las características que distingue la ciencia jurídica de otras ciencias, es precisamente la multiplicidad de nociones o significados de las categorías jurídicas. En materia sancionadora, resulta muy enriquecedora esta tendencia, verbi gracia, las nociones de *Derecho penal*, *Derecho disciplinario*, *Derecho administrativo sancionador*; los conceptos de *delito*, *falta* e *infracción administrativa*; las definiciones de *pena*, *sanción disciplinaria* o *sanción administrativa*.
- 3) Las relaciones especiales de sujeción son objeto de estudio de quienes han contribuido al desarrollo doctrinal del derecho funcional en Colombia, en tanto punto de partida, de *inflexión* y de *proyección*, de las nuevas categorías dogmáticas del Derecho

3. VON JHERING, Rudolf. la lucha por el Derecho. [en línea] Disponible en <shorturl.at/HKRT4> En el título y en el ensayo introductorio de la revista que fundó en (1857); en efecto, la expresión dogmática (y dogmático) difiere de su uso corriente; en su significado predominante, el término dogmática y más todavía alta dogmática, incluye conceptos y tesis teóricas.

disciplinario colombiano, derivadas de la *Teoría de la falta* y de la *Teoría de la sanción*, en proceso de construcción⁴.

1.2. El vínculo del servidor público con el Estado

Sobre el vínculo jurídico del servidor público al Estado anclado a las relaciones especiales de sujeción se plantean tres argumentos para respaldar esta tesis:

- 1) La norma constitucional, artículo 123 superior, según el cual los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la constitución, la ley y el reglamento; *no se opone al concepto de relación especial de sujeción*, pues precisamente esta *relación jurídica* es la que determina hasta donde el Estado le puede limitar sus derechos, amplificar sus deberes y establecer unas reglas claras en materia de responsabilidad disciplinaria.
- 2) Reemplazar la relación especial de sujeción por la calidad del servidor público al servicio de la comunidad, conllevaría desconocer el *status funcional*, que la relación le atribuye al servidor público, que lo hace merecedor de unas prerrogativas en el ejercicio de la función pública, pero que también le demanda el cumplimiento de unos deberes funcionales.
- 3) Para que la Administración Pública opere en función del *interés general* y conforme a los principios constitucionales de la función administrativa, esto es *igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad*; resulta imprescindible mantener la ecuación tripartita: vínculo jurídico, servidor público y Estado.

1.3. Interpretación acertada de la Constitución Política en las relaciones especiales de sujeción

Pensamos que se ha venido haciendo una interpretación acertada de la Constitución en las relaciones especiales de sujeción por las siguientes razones:⁵

4. CORREA SARMIENTO, Cenuvieth. Las originarias relaciones especiales de sujeción en el ámbito funcional alemán, su interpretación actual y el enfoque aplicado en el derecho disciplinario colombiano. En el Proyecto de Investigación: Derecho disciplinario y relaciones especiales de sujeción. Programa de Maestría en Derecho disciplinario. Bogotá: Universidad Libre, 2019.

5. Ibid.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

- 1) El estudio de toda categoría dogmática en Colombia, y las relaciones especiales de sujeción no pueden ser la excepción, debe hacerse a partir del gran *punto de inflexión* en nuestra historia constitucional, es decir, a partir de la *Constitución de 1991*, pues la Carta Política actual, constitucionalizó todo el derecho, y naturalmente el derecho disciplinario, y de ahí que escribamos sobre los *fundamentos constitucionales del derecho disciplinario*, y ya no enseñemos conforme al postulado decimonónico, *dura es la ley pero es la ley*, acorde con el fundamento axiológico, se enseña de manera unívoca, *dura es la constitución, pero es la constitución*; y así como va, en el futuro se dirá, *dura es la convención, pero es la convención*.
- 2) En consecuencia, la teoría de las *relaciones especiales de sujeción*, conforme a este nuevo paradigma, tienen que estar ancladas al ordenamiento superior, y sólo pueden aplicarse donde la constitución expresamente lo establece, y éste no es otro escenario que el del *Estado social de derecho* (artículo 1), la *dignidad humana* (artículo 1), la prevalencia del *interés general* (artículo 1), la *responsabilidad* (artículo 6), el *debido proceso* (artículo 29), la *potestad disciplinaria* (artículos 118, 277-6, 256-3), la *reserva de ley* (artículos 123, 124, 150-1-2-23), entre otras disposiciones.
- 3) Traigo a colación al mi Profesor en la Universidad Complutense de Madrid, el maestro *Alejandro Nieto García*, cuando señala que la relación especial de sujeción es una figura dogmáticamente impecable, técnicamente útil y que *además se encuentra recogida en la propia Constitución española de 1978*.
- 4) Para *Ricardo García Macho*, en su obra, las relaciones especiales de sujeción en la *Constitución española de 1978*, esta categoría dogmática está plenamente constitucionalizada.⁶
- 5) Advierte *Mariano López Benítez*, en su magnífica obra: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Premio a la mejor tesis doctoral instituido por el grupo europeo de derecho público. Tesis sobresaliente cum laude del Tribunal que la enjuicio cuando fue leída en la Universidad de Córdoba para la colación del grado de doctor, Tribunal compuesto entre otros por el gran maestro, *Don Eduardo García de Enterría*.⁷

6. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO DE ESPAÑA. Constitución Política. (31 de octubre de 1978). En la Constitución Española, se destacan las siguientes normativas: Arts. 1, 9, 10, 14, 23-2, 24-1, 25-1, 28, 29, 30, 53, 70, 81, 103, 105, 122, 127, 149 y 159.

7. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Editorial Córdoba: Civitas, 1994

- a) La categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción *se encuentra recogida en la Constitución española*, y ha sido avalada por la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán y del Tribunal constitucional español.
- b) Las relaciones especiales de sujeción parecen ancladas en la *naturaleza misma* de las cosas, por lo cual, no es de extrañar que la restricción de derechos fundamentales para determinados colectivos que la doctrina alemana justifica en la institución de las relaciones especiales de sujeción, tenga vigencia y *se aplique en España y otros países del entorno* desde presupuestos teóricos diferentes.
- c) La necesidad de la teoría no es ajena a ningún País, ni a *ningún ordenamiento*.

1.4. La consagración de las relaciones especiales de sujeción en la jurisprudencia colombiana es acertada

La jurisprudencia colombiana mantiene la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción, planteamiento que se respalda en las siguientes razones.⁸

- 1) Un buen entendimiento de la categoría, lleva a considerar dos temas: la *tipología y el carácter expansivo de las RES*. En cuanto al *primer tema*, la doctrina habla de relaciones de sujeción: De base, de funcionamiento; moderadas, estandarizadas, intensificadas, degradadas; permanentes, intermitentes; conexas, coexistentes.

Entonces, dependiendo del colectivo inserto en las mismas, estas adquieren unas características propias, lo que lleva a afirmar que es disímil la relación especial de sujeción del *estudiante*, la del *servidor público*, la del *particular en ejercicio de funciones públicas*, la del *miembro de la fuerza pública*, la de la *persona privada de la libertad*, o de quienes hacemos parte de una *profesión demoliberal*.

De ahí que la fórmula de análisis que se plantea es la siguiente: derecho x derecho en RES x RES=operatividad racional; deber x deber en RES x RES=operatividad racional;

8. La Corte Constitucional, intérprete de la Constitución de 1991, de manera consciente o inconsciente, ha venido aplicando la teoría de las relaciones especiales de sujeción. En el caso de las personas privadas de la libertad, en las sentencias T-596/92, T-705/96, T-153/98, T-1108/02, T-1190/03, T-490/04, T-577/05, T-578/05 y T-572/05. A propósito de los servidores públicos, basta con analizar las siguientes sentencias: C S de J/85, C-417/93; C-244/96, C-280/96, C-286/96 y C-341/96; C-769/98; C-708/99; C-155/02, C-181/02 y C-948/02; C-037/03, C-125/03, C-252/03, C-893/03 y C-014/04. En el Consejo de Estado, destacamos la sentencia 1100103250002012003400, (24 de enero de 2019) [C.P. William Hernández Gómez]

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

sistema de responsabilidad disciplinaria x sistema de responsabilidad disciplinaria en RES
x RES = operatividad racional.

En cuanto al segundo tema, se critica el *carácter expansivo* que se le ha querido dar a la categoría en escenarios distintos al alemán.

- 2) Ahora bien, en el ámbito del Estado constitucional alemán de la segunda posguerra, no se debe olvidar que la categoría dogmática fue consagrada expresamente para los *funcionarios en el artículo 33 de la Ley Fundamental de Bonn*; lo que no representó óbice para que el Tribunal constitucional alemán la considere históricamente en otros ámbitos, como el que atañe a los *escolares, militares y personas privadas de la libertad*; luego no han sido eliminadas, y se observan en la literatura germana de los últimas décadas bajo la denominación *relaciones de estatus especiales o vínculos especiales de derecho público*.⁹
- 3) En lo que se refiere al ámbito jurisprudencial, la Corte Constitucional en Colombia, reconoce la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción en materia disciplinaria, lo hace en principio respecto a la restricción de derechos de personas privadas de la libertad; pero también reconoce su aplicación para los casos concernientes al desempeño del servidor público, dado su vínculo jurídico con el Estado, al señalar que: “La especial sujeción de los servidores públicos al Estado, determina que los deberes y responsabilidades reforzados, se configuren en el marco de una ética del servicio público”

Otras sentencias: Corte Suprema de Justicia, C-417/93; C-244/96, C-280/96, C-286/96 y C-341/96; C-769/98; C-708/99; C-155/02, C-181/02 y C-948/02; C-037/03, C-125/03, C-252/03, C-893/03 y C-014/04.

En reciente pronunciamiento, dentro de un proceso adelantado con ocasión de una acción de tutela promovida en contra de un funcionario judicial, la Alta Corporación estableció lo siguiente:

“Pues bien, con arreglo a las sub-reglas vertidas en las consideraciones jurídicas de esta providencia, cabe resaltar que los operadores jurídicos se encuentran sometidos

9. La Sentencia de 14 de marzo de 1972, del Tribunal Constitucional Federal alemán, que declara “la vigencia del principio de legalidad y de los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial, ha sido crucial en el futuro de la teoría bajo estudio, constituyendo sin duda un punto de inflexión; Es importante igualmente la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos de Estrasburgo”

a control disciplinario, sin que esa *relación especial de sujeción* pueda extenderse a su ámbito funcional, es decir, al contenido de las decisiones y providencias que profieran en ejercicio de sus atribuciones”¹⁰

- 4) Pero no solo la Corte Constitucional admite la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción, también lo ha hecho el Consejo de Estado al indicar en reciente decisión:

“El sustento de la potestad sancionadora del Estado, respecto de quienes desarrollan la función administrativa, se deriva de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del Derecho disciplinario que les obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano”¹¹

- 5) Por su naturaleza y misión constitucional también es amplia la jurisprudencia del *Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional disciplinaria*, que se apoya en esta categoría dogmática.
- 6) De manera que es *impreciso indicar* que, en la jurisprudencia de las altas cortes en Colombia, relacionada con servidores públicos se asimile la lógica disciplinaria tan solo a los requerimientos disciplinarios de un centro carcelario o a la relación de subordinación laboral de servidores públicos con el Estado; también se ha extendido, a los particulares en ejercicio de funciones públicas y a quienes integran profesiones de corte demoliberal como lo son: abogados, médicos, contadores, arquitectos, ingenieros, entre otros.

1.5. Valoración del servidor público en las relaciones especiales de sujeción

Las relaciones especiales de sujeción lo que pretenden es valorar al servidor público por las siguientes razones.¹²

- 1) La relación especial de sujeción ubica a los servidores públicos en un status especial y privilegiado, derivado del *status personae* que no pierden cuando toman posesión del

10. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-450 (19 de noviembre de 2018) [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez] Expediente T-6.388.862

11. CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia 1100103250002012003400, (24 de enero de 2019) [C.P. William Hernández Gómez]

12. VASCONCELOS ALBUQUERQUE, Nuno J. La Función Pública como Relación Especial de Derecho Público. Porto: Ediciones Almeida & Leitao, 2000. “Otro detractor de las relaciones especiales de sujeción, quien propone sustituirla por Relación Especial de Derecho Administrativo Funcionario, estimamos que la relación especial de sujeción es una categoría dogmática del derecho disciplinario colombiano”

cargo; y de ahí la posibilidad de tutelar el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, acorde con unas claras reglas de juego estipuladas en el *derecho disciplinario*, sin duda su exteriorización más radical.

- 2) En cuanto al argumento crítico de la *modulación*, *matización*, o *flexibilización* de los derechos fundamentales de los servidores públicos; estimamos que lo que se ha venido demostrando en la praxis disciplinaria, es como a partir del postulado de que *los derechos no son absolutos*, surge un estándar particular que conlleva un tratamiento especial de los derechos, de los deberes y del sistema de responsabilidad, en este ámbito de las relaciones especial de sujeción.
- 3) Bajo el entendido, que el servidor público es una persona *natural* y no un ser *sobrenatural*.
- 4) En consecuencia, lo mínimo que el Estado le puede exigir al servidor público y particular en ejercicio de funciones públicas, es que ejerza sus derechos, cumpla con sus deberes, respete las prohibiciones y acate el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses establecidos en la Constitución Política y en la ley, y no por ello se puede pensar que se le está infravalorando.

2. Nuevos fundamentos en las relaciones especiales de sujeción

Abandono de la categoría o adecuaciones necesarias derivadas de su complementariedad en tanto posición conciliadora y construcción dialógica. Los críticos de la teoría proponen abandonar la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción y reemplazarla por la figura prevista en el *artículo 123 de la Constitución Política*, dado que esa norma le confiere al servidor público la doble condición de *estar al servicio del Estado y al servicio de la comunidad*, en tanto la primera hace referencia a la condición laboral, mientras que la segunda a la condición política.¹³

13. Detractores y sombras, de las RES en Derecho comparado. Normativas, jurisprudencia y doctrina en contra de las RES, Desarrollo normativo, Desarrollo jurisprudencial y Desarrollo doctrinal. En contra de las relaciones especiales de sujeción encontramos los siguientes autores: Lasagabaster Herrarte (relación jurídica que produce una gran inseguridad jurídica), Vasconcelos Albuquerque (relación especial de derecho administrativo funcional), Parejo Alfonso, Jiménez. Aceptación de las relaciones especiales de sujeción, pero con matices la encontramos en los siguientes autores: E. Forsthoff (relaciones especiales de poder), Romano (relaciones de supremacía especial), García de Enterría (relaciones de supremacía especial), Michavila (relaciones intensas de sujeción), Maunz, Ule (relaciones de sometimiento), Ule y Wolf (relaciones especiales de deber), A. Alessi, Maunz-durig-Herzog.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Dado que las teorías expuestas se encuentran en orillas distintas, nuestra propuesta de solución, en tanto posición conciliadora y construcción dialógica, apunta a la complementariedad de las relaciones especiales de sujeción con otras categorías dogmáticas, con fundamento en las siguientes razones:

- 1) Se considera que la solución no debe ser la eliminación de la figura, y su reemplazo por otras categorías, estimamos se puede *complementar esta categoría dogmática*, con la teoría de la *limitación* de los derechos fundamentales, la *internacionalización* de los derechos, que reclama su respeto, y garantía, e incluso con la *convencionalización* del derecho funcional, a propósito del debate actual, sobre la potestad disciplinaria respecto *servidores públicos de elección popular*.
- 2) Pensamos que más que reemplazarlas, se deben adecuar a las normas generales de interpretación del Derecho, y a reglas ordinarias de interpretación, a partir de la *necesariedad*, *razonabilidad* y *proporcionalidad*, para lograr una verdadera comprensión y rendimiento dogmático en el campo del Derecho disciplinario.
- 3) Abandonar esta figura y reemplazarla por el concepto de calidad del servidor público al servicio de la comunidad *no solucionaría el problema*.

Podrá rechazarse este concepto, pero habrá que acudir a otros que respondan a la misma finalidad, pensamos entonces que la tarea de nuestros tiempos estriba, en armonizar la *categoría dogmática* de las relaciones especiales de sujeción con los postulados básicos que demanda un Estado social de derecho.

- 4) Creemos que deviene indispensable mantener vigente la citada figura, si se tiene en cuenta que constituye un referente determinante para establecer otras categorías como la *tipicidad*, la *ilicitud* sustancial en el análisis dogmático de la infracción del deber y la *culpabilidad* en materia disciplinaria.

Una clara explicación al respecto la ofrece el académico y destacado estudioso del Derecho disciplinario, doctor Pinzón Navarrete, profesor de la Maestría en Derecho disciplinario, cuando al respecto indica:

“Serán entonces, aquellos comportamientos que verdaderamente traicionen ese vínculo especial de sujeción, aquello que, atendiendo a los criterios de razonabilidad y

proporcionalidad, lo que permite concluir que se trata de una infracción sustancial y no simplemente formal”¹⁴ (Subrayas propias)

- 5) En definitiva, creemos que la teoría de *las relaciones especiales de sujeción* no es una teoría que haya perdido su vigencia, y el argumento para su eliminación no puede ser tampoco su origen espurio en la Alemania imperial; y desecharla equivale a dejar sin piso gran parte de la fundamentación teórica del Derecho disciplinario en Colombia.¹⁵

Conclusiones

La categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción data del siglo XIX, pues nace en el imperio prusiano, y ha logrado sobrevivir en el siglo XX, a la caída del imperio prusiano, al terrible periodo del nacional socialismo, a dos guerras mundiales y esperamos que sobreviva en pleno siglo XXI, en tiempos de pandemia.

Pensamos que las relaciones especiales de sujeción no se dan al margen del derecho sino dentro del derecho, bajo el entendido que no hay que eliminar la categoría, sino complementarla con otras categorías dogmáticas, dentro de las exigencias del Estado constitucional, social y democrático de derecho.

Estimamos que las relaciones especiales de sujeción siguen siendo, en definitiva, una institución necesaria. Podrá rechazarse este concepto, pero habrá que acudir a otros que

14. PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario. Bogotá: Grupo Ibáñez, 2018. p.142 y 143.
15. Si bien la figura viene de la Alemania Imperial en 1949 se consagra en la Ley Fundamental de Bonn. En efecto, el artículo 33 de la Ley Fundamental de Bonn regula los fundamentos estructurales de la federación y de las regiones. La última modificación de este artículo 33 fue realizada el 1 de septiembre de 2006, y en su contexto establece lo siguiente: “1) Todos los alemanes tienen los mismos derechos y deberes civiles en todos los países; 2) Todos los alemanes tienen igual acceso a todos los cargos públicos en función de su idoneidad, cualificación y rendimiento profesional; 3) El disfrute de los derechos civiles y cívicos, la admisión a cargos públicos y los derechos adquiridos en la administración pública serán independientes de las creencias religiosas; nadie será perjudicado como resultado de o en relación con ningún credo o creencia; 4) El ejercicio de las competencias conferidas por el derecho público se confiará, por regla general, como tarea permanente a los miembros de la función pública que mantengan una relación de servicio público y de lealtad; 5) La ley de la función pública se regulará y desarrollará teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública” Dicha disposición determina los principios del Derecho alemán de la función pública y contiene varias garantías, la mayoría de las cuales confieren un derecho subjetivo a un determinado grupo de personas. De conformidad con el artículo 93 inciso primero numeral 4º de la citada norma, la violación a esa disposición puede ser impugnada mediante una demanda constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. De ahí que el artículo 33 de la Ley Fundamental constituya una prerrogativa equivalente a un derecho fundamental.

respondan a la misma finalidad, la tarea de nuestros tiempos estriba, en armonizar estas exigencias con los postulados básicos que demanda un Estado social de Derecho.

En definitiva, afirmamos que los presupuestos, principios y requisitos de la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción, analizados ut supra y enmarcados en las exigencias propias del Estado constitucional, pueden contribuir a la fundamentación dogmática y a la operatividad racional del Derecho disciplinario, jurisdiccional, administrativo y delegado, y de su potestad disciplinaria en Colombia, máxime si como afirma Krüger, planteamiento que comparto en cuanto tiene que ver con los servidores públicos:

[...] “El ser humano empieza su vida en una relación especial de sujeción, la de la casa de maternidad, y la termina en la otra, la del cementerio; y entre estos dos extremos puede encontrarse en numerosas relaciones de este tipo, como escolar, como funcionario, como militar, como miembro de corporaciones públicas, como persona privada de la libertad”

Bibliografía

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política (4 de julio de 1991).

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1952 (28 de enero de 2019) “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario” Diario oficial: 50.850.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 734 (5 de febrero de 2002) “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” Diario Oficial No. 44.708.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y DEL SENADO DE ESPAÑA. Constitución Política. (31 de octubre de 1978).

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA. Sentencia 1100103250002012003400, (24 de enero de 2019) [C.P. William Hernández Gómez].

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

CORREA SARMIENTO, Cenuvieth. Las originarias relaciones especiales de sujeción en el ámbito funcional alemán, su interpretación actual y el enfoque aplicado en el derecho disciplinario colombiano. En: Proyecto de Investigación: Derecho disciplinario y relaciones especiales de sujeción. Programa de Maestría en Derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Libre, 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-014 (20 de enero de 2004) [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-037 (28 de enero de 2003) [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-125 (18 de febrero de 2003) [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-155 (5 de marzo de 2002) [M.P. Clara Inés Vargas Hernández].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-181 (12 de marzo de 2002) [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo 1996) [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252 (25 de marzo de 2003) [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280 (25 de junio de 1996) [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-286 (27 de junio de 1996) [M.P. José Gregorio Hernández Galindo].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-341 (5 de agosto de 1996) [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417 (4 de octubre de 1993) [M.P. José Gregório Hernández Galindo].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-708 (22 de septiembre de 1999) [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-769 (10 de diciembre 1998) [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-893 (7 de octubre de 2003) [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-948 (6 de noviembre de 2002) [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-450 (19 de noviembre de 2018) [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez] Expediente T-6.388.862.

FERRAJOLI, Luigi. La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos. En: La teoría del derecho en el paradigma constitucional. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

FORERO SALCEDO, José Rory. Alternativas constitucionales para enfrentar la corrupción administrativa. En: Revista Nueva Época. (16), 2002. págs. 121-136.

FORERO SALCEDO, José Rory. Carácter Utópico de los Derechos Humanos dentro de sociedades en transición. En: Revista Nueva Época. Universidad Libre de Colombia. (40), 2013. págs. 167-172.

FORERO SALCEDO, José Rory. Configuración del Derecho disciplinario como objeto de estudio particular de la Ciencia Jurídica y como rama independiente en el campo del Derecho Sancionador. Bogotá: Universidad Libre, 2018. ISBN: 9789585466555. 166p.

FORERO SALCEDO, José Rory. Control de constitucionalidad como garantía jurisdiccional de la función legislativa. Desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, desde la perspectiva de derecho constitucional español y colombiano. En: Revista Republicana. 20, 2016. <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2016.v20.a5>

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

FORERO SALCEDO, José Rory. Derechos Humanos, enfoque diferencial y construcción de paz. Breves reflexiones desde una visión constitucional. Bogotá: Universidad Libre. Proyecto Erasmus, 2019. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2019v14n1.5204>

FORERO SALCEDO, José Rory. El control disciplinario, clave en la construcción del Estado Constitucional colombiano. *Revista Criterio jurídico garantista*. (1), 2009. págs. 114-119. <https://doi.org/10.26564/issn.2145-3381>

FORERO SALCEDO, José Rory. El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial referencia al Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho Español. En: *Revista Verba Iuris*, 2014. págs. 91- 114. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.31.59>

FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. Bogotá: Instituto de Estudios Del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario, 2007. (15) ISBN: 9789588295381. 225p.

FORERO SALCEDO, José Rory. Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: En: *Revista Diálogos de Saberes*. (25), 2007. págs.211-237.

FORERO SALCEDO, José Rory. La protección constitucional de las víctimas en Colombia, desde la óptica del derecho disciplinario, con énfasis en la garantía consagrada en la ley 1448 de 2011. En: *Revista Verba Iuris*. (35), 2016. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.35.7>

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Ed. Civitas, 1997. 8ª Ed.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho disciplinario*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia. 2002.

HERNÁNDEZ, Pedro Alfonso. *Función Pública y Relaciones Especiales de Sujeción*. En: reflexiones académicas un derecho disciplinario y contratación estatal. Bogotá D.C: Procuraduría General de la Nación, 2014.

ISAZA SERRANO, Carlos Isaza. *Teoría General del Derecho Disciplinario-Aspectos Históricos, sustanciales y procesales*. 2 ed. Bogotá D.C: Editorial Temis, 2009.

Derecho jurisdiccional disciplinario,
desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Las relaciones de sujeción especial. Madrid: Civitas, 1994. ISBN 8447003531.

LEGAZ, Luís; Lacambra. Filosofía del derecho. Michigan. Bosch, 1972.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid: Editorial Córdoba: Civitas, 1994.

MEJÍA OSSMAN, Jaime. Las Relaciones Especiales de Sujeción. Bogotá D.C: Universidad Militar Nueva Granada, 2007.

NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2005. 4ª. ed. ISBN: 9788430942466.

PINZÓN NAVARRETE, John Harvey. La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario. Bogotá: Grupo Ibáñez, 2018.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Bogotá D.C: Procuraduría general de la nación. 2005. No. 13. ISBN: 9789588059730.
SARLO ONETO, Oscar. El marco teórico en la investigación dogmática. En: Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, 2006. págs. 175-208.

VASCONCELOS ALBUQUERQUE, Nuno J. La Función Pública como Relación Especial de Derecho Público. Porto: Ediciones Almeida & Leitao, 2000.

VON JHERING, Rudolf. la lucha por el Derecho. [en línea] Disponible en <shorturl.at/HKRT4>.

Inteligencia artificial y sus aportes al derecho sancionador

*Paula Andrea Ramírez Barbosa
Procuradora Tercera delegada para la
Casación Penal ante la Corte Suprema de Justicia*

¿Cuál es el truco mágico que nos hace inteligentes? El truco es que no hay truco. El poder de la inteligencia emana de nuestra vasta diversidad, no de un único y perfecto principio”. En La sociedad de la mente (1987)¹.

Introducción

La revolución tecnológica está afectando el sector jurídico, las relaciones sociales, económicas y el dinamismo de las formas de criminalidad. La irrupción de las nuevas tecnologías, entre las que destacan la Inteligencia Artificial (IA), Data Science y el Internet de las Cosas, han llegado para generar un cambio en la sociedad global y en las dimensiones de las interrelaciones humanas.

Así, por ejemplo, la incorporación de la inteligencia artificial y el *machine learning* posibilita articular procesos junto a los cambios normativos frente a los desafíos que conllevan en las áreas donde tienen aplicación y utilidad. La tecnología en el mundo del Derecho y en particular la IA suponen un reto en la prevención, detección, prueba de

1. Marvin Minsky, padre de la IA. En 1956, este investigador estadounidense, experto en ciencias de la computación, acuñó el término “inteligencia artificial”. Falleció el 24 de enero de 2016.

nuevos riesgos y conductas caracterizadas por el uso de ciberespacio, la sofisticación y la cibercriminalidad².

En este escenario, los cambios tecnológicos se unen no solo a las modificaciones normativas, sino además a las implicaciones éticas a la creación de nuevos tipos de inteligencia artificial, el alcance de los algoritmos como instrumentos de análisis, valoración y predictibilidad de la conducta humana asociada con nuevos riesgos.

En efecto, la importancia de la IA, las nuevas tecnologías y *Big Data* aportan estrategias que se unen a los instrumentos tradicionales encaminados para detectar la conducta antijurídica pero también para facilitar las labores humanas en el análisis y procesamiento de grandes volúmenes de información. Por tanto, el fortalecimiento de las herramientas tecnológicas en los procesos sancionadores puede reducir tiempos, generar mayor fluidez de la información, generar análisis predictivos, entre otros. Además, puede contribuir en el desarrollo de modelos eficaces de detección de riesgos que puedan implicar la comisión de faltas e infracciones normativas como alertas tempranas verificables, que contribuyen a la precaución y mitigación de los riesgos.

1. La inteligencia artificial y sus dimensiones jurídicas

La Inteligencia Artificial ha sido definida como una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática³. El término “Inteligencia Artificial” fue propuesto por primera vez en el año 1956 por John McCarthy, profesor de Standford, que lo definía como “la ciencia y la ingeniería de fabricar máquinas inteligentes, en especial

2. En el Libro Blanco de la unión Europea sobre Inteligencia Artificial un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 19 de febrero 2020, se destacó que: “La inteligencia artificial se está desarrollando rápido. Cambiará nuestras vidas, pues mejorará la atención sanitaria (por ejemplo, incrementando la precisión de los diagnósticos y permitiendo una mejor prevención de las enfermedades), aumentará la eficiencia de la agricultura, contribuirá a la mitigación del cambio climático y a la correspondiente adaptación, mejorará la eficiencia de los sistemas de producción a través de un mantenimiento predictivo, aumentará la seguridad de los europeos y nos aportará otros muchos cambios que de momento solo podemos intuir. Al mismo tiempo, la inteligencia artificial (IA) conlleva una serie de riesgos potenciales, como la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos. Puede consultarse en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf.”

3. Vid. Libro Blanco de la unión europea sobre Inteligencia Artificial un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 19 de febrero 2020. Pág. 2.

máquinas inteligentes de computación” entendiendo por inteligente la parte de la informática orientada a obtener resultados⁴.

Por tanto, la Inteligencia Artificial supone la creación de un sistema que trata de emular o imitar la racionalidad del ser humano⁵, en el sentido, que es capaz de dar respuestas lógicas basándose en una serie de datos, reglas o instrucciones que recibe para poder alcanzar una solución. Es probablemente la disciplina técnico-científica con más disrupción en los últimos años⁶.

La Comisión Europea ha definido que: “la inteligencia artificial (IA) tiene potencial para transformar nuestro mundo para mejor: puede mejorar la asistencia sanitaria, reducir el consumo de energía, hacer que los vehículos sean más seguros y permitir a los agricultores utilizar el agua y los recursos de forma más eficiente. La IA puede utilizarse para predecir el cambio climático y medioambiental, mejorar la gestión del riesgo financiero y proporcionar las herramientas para fabricar, con menos residuos, productos a la medida de nuestras necesidades. *La IA también puede ayudar a detectar el fraude y las amenazas de ciberseguridad y permite a los organismos encargados de hacer cumplir la ley luchar contra la delincuencia con más eficacia.* La IA puede beneficiar a la sociedad y a la economía en su conjunto. Es una tecnología estratégica que se está desarrollando y utilizando a buen ritmo en todo el mundo. No obstante, también trae consigo nuevos retos para el futuro del trabajo y plantea cuestiones jurídicas y éticas”⁷.

Con carácter general, puede destacarse que existen cuatro tipos de Inteligencia Artificial: 1. sistemas que imitan cómo piensan los humanos, que son capaces de tomar de-

4. Vid. https://elpais.com/diario/2011/10/27/necrologicas/1319666402_850215.html. Donde se destaca: “En 1958, antes de trasladarse a Stanford, McCarthy fundó el laboratorio de IA en el Instituto de Tecnología de Massachusetts. Paralelamente, ideó el concepto de tiempo compartido en computación. “Recuerdo que comencé a pensar en ello en los años de mis primeros contactos con ordenadores y me sorprendió que ese no fuera el objetivo principal de IBM y de otros fabricantes de ordenadores.”

5. En 1950 Isaac Asimov estableció tres leyes fundamentales de la robótica: (1) Un robot no puede dañar a un ser humano, o, por inacción, permitir que un ser humano sufra daños; (2) Un robot debe obedecer las órdenes dadas por los seres humanos, excepto donde tales las órdenes entrarían en conflicto con la Primera Ley; (3) Un robot debe proteger su existencia propia, siempre que dicha protección no entre en conflicto con la primera o segundas leyes. Estas tres leyes resultan contradictorias y solo se relacionan con robots. EN HALLEVY, G. (2010) “La responsabilidad penal de las entidades de inteligencia artificial: de la ciencia ficción a la legal Control social, “Akron Intellectual Property Journal: Vol. 4: Iss. 2. Disponible en: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/1>.

6. Vid. <https://gestion.pe/tecnologia/inteligencia-artificial-historia-origen-funciona-aplicaciones-categorias-tipos-riesgos-nda-nnlt-249002-noticia/>.

7. Comisión Europea (2019), en la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”, en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-168-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

cisiones autónomas y resolver problemas, y también tienen capacidad de aprendizaje. 2. sistemas que actúan como humanos e imitan su comportamiento. 3. sistemas que utilizan el pensamiento lógico racional humano, capaces de inferir una solución a un caso a partir de una información sobre un contexto dado. 4. sistemas que emulan la forma racional del comportamiento humano, como los sistemas inteligentes o expertos⁸. Así, las propuestas de clasificación de la Inteligencia Artificial son variadas y contribuyen a interpretar su alcance, las contribuciones en el ámbito jurídico y especialmente en la detección de riesgos que puedan aparejar infracciones normativas.

Son numerosas las ventajas de la Inteligencia entre las que sobresalen entre otras, el ahorro de tiempo y trabajo para los funcionarios, la mayor transparencia de la información o el aumento de la eficiencia de la Administración de Justicia, al mejorar las relaciones con el resto de los organismos públicos. También, contribuye en las actividades de detección de zonas de riesgos que puedan afectar los derechos ciudadanos, agilizar las respuestas para mitigarlos y prevenir el impacto de riesgos como por ejemplo los relacionados con los fraudes, blanqueo de activos y ciberseguridad⁹.

Indudablemente, IA tiene múltiples implicaciones en el mundo jurídico entre los que se destacan los siguientes: a. Proporciona una gran cantidad de conocimiento derivado del análisis de los datos y produce nuevo razonamiento que puede contribuir a la interpretación y análisis de los fenómenos. b) Conjuga y contrasta los datos cuantitativos y cualitativos para resolver problemas y emitir conclusiones que pueden verificarse por los individuos. c) Procesa datos que permiten predecir tendencias o posibilidades de respuesta ante fenómenos. d) Plantea buenas prácticas para adelantar investigaciones y posibilidades de cruce de información relevante en el ámbito criminal. Entre otros.

En este escenario, la Comisión Europea ha resaltado: “No obstante, la IA conlleva nuevos retos, ya que permite a las máquinas «aprender» y tomar decisiones y ejecutarlas sin intervención humana. No falta mucho para que este tipo de funcionalidad sea lo habitual en muchos tipos de bienes y servicios, desde los teléfonos inteligentes hasta los vehículos automatizados, los robots y las aplicaciones en línea. Ahora bien, las decisiones adoptadas mediante algoritmos pueden dar datos incompletos y, por tanto, no fiables, que pueden ser

8. Propuesta formulada por los expertos en ciencias de la computación Stuart Russell y Peter Norvig. Expertos en computación, publicaron en 1994 *Inteligencia Artificial: un enfoque moderno*, un libro de que hace una catalogación ampliamente aceptada sobre los diferentes tipos de Inteligencia Artificial.

9. En ZAVRŠNIK, A. (2020), “Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights”, en *ERA Forum* (2020) 20:567–583 <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00602-0>, págs. 573 y ss.

manipulados por ciberataques, pueden ser sesgados o simplemente estar equivocados. Aplicar de forma irreflexiva la tecnología a medida que se desarrolla produciría, por tanto, resultados problemáticos, así como la renuencia de los ciudadanos a aceptarla o utilizarla”¹⁰.

De otro lado, Comisión Europea ha desarrollado las directrices para lograr una «IA fiable», incluyendo tres componentes: 1) debe ser conforme a la ley, 2) debe respetar los principios éticos y 3) debe ser sólida. Las directrices señalan siete requisitos esenciales que deben respetar las aplicaciones de IA para ser consideradas fiables. Los siete requisitos esenciales son los siguientes: a. Intervención y supervisión humanas. b. Solidez y seguridad técnicas. c. Privacidad y gestión de datos. d. Transparencia. e. Diversidad, no discriminación y equidad. f. Bienestar social y medioambiental. g. Rendición de cuentas. Estos requisitos están pensados para ser aplicados a todos los sistemas de IA en diferentes entornos y sectores, el contexto específico en el que se apliquen debe tenerse en cuenta para su implementación concreta y proporcionada, adoptando un enfoque basado en el impacto. Las directrices no son vinculantes y, como tales, no crean nuevas obligaciones legales¹¹. Estas directrices pueden considerarse como unos marcos indispensables en la incorporación de la Inteligencia Artificial al Derecho penal, puesto que su aporte está limitado por la observancia de los derechos y garantías de los individuos, empresas y la búsqueda del bien común como pilares del Estado de Derecho¹².

2. La inteligencia artificial y las responsabilidades derivadas de su aplicación

¿Pueden las máquinas pensantes estar sujetas al Derecho? En 1981, un empleado japonés de 37 años de una fábrica de motocicletas fue asesinado por un robot de inteligencia artificial trabajando cerca de él. El robot erróneamente identificó al empleado como una

10. Comisión Europea (2019), en la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”, op. cit., pág. 2.

11. Vid. Comisión Europea (2019), en la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”, op. cit., págs. 1 y ss.

12. La Comisión Europea ha resaltado. “Las conversaciones internacionales sobre la ética en materia de IA se han intensificado después de que la presidencia japonesa del G7 diera gran importancia al tema en la agenda de 2016. Dadas las interrelaciones internacionales en el desarrollo de la IA en cuanto a circulación de datos, desarrollo de algoritmos e inversiones en investigación, la Comisión seguirá esforzándose por llevar el enfoque de la Unión a la escena mundial y establecer un consenso sobre una IA centrada en el ser humano. En Comisión Europea (2019), en la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”, op. cit., pág. 9.

amenaza para su misión y calculó que la forma más eficiente de eliminar esta amenaza era empujándolo a una máquina operativa adyacente. Usando su brazo hidráulico muy potente, el robot estrelló al trabajador sorprendido contra la máquina operativa, matando al instante, y luego reanudó sus tareas sin que nadie interfiriera su misión¹³.

Las preguntas que surgen son variadas: ¿Quién será responsable de esta muerte? ¿se trata de un homicidio doloso o imprudente? ¿Debe destruirse el robot como consecuencia de esta muerte? ¿se requiere la imposición de una sanción proporcional a la muerte del trabajador? Consideramos que no se requieren especiales modificaciones legales para resolver estas cuestiones, las respuestas concretas dependerán de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjeron los hechos. En este contexto, tiene relevancia el rol del programador o supervisor del robot, a quien le correspondía en virtud del contrato o la asunción de la fuente de riesgo el control o monitoreo del mismo y en especial la prevención de afectaciones a derechos de terceros.

Las anteriores cuestiones siguen emergiendo con respuestas de diversa orden, sin embargo se destacan los avances que sobre el particular se han consignado en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero de 2017, la cual, ha considerado que, “cuanto más autónomos sean los robots, más difícil será considerarlos simples instrumentos en manos de otros agentes (como el fabricante, el operador, el propietario, el usuario, etc.); que esta circunstancia, a su vez, suscita la cuestión de si la normativa general sobre responsabilidad es suficiente o si se requieren normas y principios específicos que aporten claridad sobre la responsabilidad jurídica de los distintos agentes y su responsabilidad por los actos y omisiones de los robots cuya causa no pueda atribuirse a un agente humano concreto, y de si los actos u omisiones de los robots que han causado daños podrían haberse evitado”¹⁴.

En igual sentido, se destaca que, en el actual marco jurídico, los robots no pueden ser considerados responsables directos de los actos u omisiones que causan daños a terceros por acción u omisión del robot por parte del fabricante, el operador, el propietario o el

13. Resumen en Yueh-Hsuan Weng, Chien-Hsun Chen y Chuen-Tsai Sun, hacia la sociedad de coexistencia humano-robot: sobre inteligencia de seguridad para el próximo Robots de generación. En HALLEVY, G, (2010) “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control,” Akron Intellectual Property Journal: Vol. 4: Iss. 2, Article 1. Available at: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/1>, págs. 2 y ss.

14. Resumen en Yueh-Hsuan Weng, Chien-Hsun Chen y Chuen-Tsai Sun, hacia la sociedad de coexistencia humano-robot: sobre inteligencia de seguridad para el próximo Robots de generación. En HALLEVY, G, (2010) “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control,” Akron Intellectual Property Journal: Vol. 4: Iss. 2, Article 1. Available at: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/1>, págs. 2 y ss.

usuario. Resalta, en los casos que dicho agente podía haber previsto y evitado el comportamiento del robot que ocasionó los daños; los referidos sujetos podrían ser considerados objetivamente responsables de los actos u omisiones de un robot¹⁵.

Sin lugar a duda, el mundo tecnológico está cambiando velozmente, los robots y aparatos tecnológicos han reemplazado las actividades humanas simples o las han hecho más rápidas y precisas. En la sociedad global la irrupción de la ciberrealidad ha generado cambios a todo nivel, se trata de una transformación de los hábitos, metodologías de trabajo, estrategias de relación social y nuevas formas de comunicación, educación y de realizar los negocios.

Frente a esta realidad se destaca como el Comité Económico y Social Europeo en el Dictamen de septiembre de 2018, resalta como pilar principal el control humano, con un marco regulatorio orientado al desarrollo y el uso responsable y seguro de la Inteligencia Artificial, los individuos en consecuencia deben conservar el dominio sobre las máquinas.

A su vez, la Resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero de 2017, incorpora la noción de “personalidad electrónica”, la cual tenía por objeto, “crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”¹⁶. Esta Resolución reconoce personalidad jurídica electrónica y de IA cuando puede tomar decisiones autónomas y establecer reglas de la responsabilidad civil.

De otra parte, el 19 de febrero de 2020 en el Libro Blanco de inteligencia artificial de la Comisión Europea se destacó que las decisiones autónomas serán objeto de responsabilidad para el propio agente de inteligencia artificial cuando éste tiene autonomía. Más allá

15. Idem.

16. Vid. Resolución del Parlamento Europeo de 16 febrero de 2017. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html?redirect. Donde se señala: “La autonomía de un robot puede definirse como la capacidad de tomar decisiones y aplicarlas en el mundo exterior, con independencia de todo control o influencia externos; que esa autonomía es puramente tecnológica y que será mayor cuanto mayor sea el grado de sofisticación con que se haya diseñado el robot para interactuar con su entorno”. AE. Considerando que, según el marco jurídico vigente, la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos —en la que el fabricante de un producto es responsable de un mal funcionamiento— y las normas que rigen la responsabilidad por una actuación que ocasiona daños —en la que el usuario de un producto es responsable de un comportamiento que deriva en un perjuicio— se aplican a los daños ocasionados por los robots o la inteligencia artificial”.

de la responsabilidad por el producto defectuoso. El Libro Blanco considera que el sistema legal actual sobre responsabilidad y seguridad de los productos, principalmente la Directiva 85/374/CEE en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos es, en principio, suficiente para cubrir una buena parte de los interrogantes jurídicos que se plantean, aunque la Comisión entiende que se puede modificar para mejorar algunas situaciones puntuales. La responsabilidad y la seguridad de las tecnologías disruptivas es un área de especial interés para la Comisión¹⁷.

Los modelos de Inteligencia Artificial sobre responsabilidades se corresponden con: 1. Mediante otro pasivo. 2. Por consecuencias naturales probables. 3. La responsabilidad directa. Estos tres modelos pueden aplicarse por separado, pero en muchas situaciones, una combinación coordinada de ellos es requerida para completar la estructura legal de la responsabilidad. En consecuencia, es necesario formular alternativas viables de castigo para imponer responsabilidad a las entidades de inteligencia artificial, como sucede con la responsabilidad penal de las corporaciones y los modelos existentes en este ámbito¹⁸.

La responsabilidad puede ser impuesta a cualquier individuo, corporación o entidad de Inteligencia artificial. Esta última resulta necesaria para proteger a la sociedad de posibles peligros inherentes a tecnologías no sujetas a la ley, especialmente mediante el derecho penal cuando se causan afectaciones o puestas en peligro grave a bienes jurídicos de especial trascendencia. El Derecho tiene una función social relevante para preservar el orden social en beneficio y bienestar de la sociedad¹⁹. Para atribuir responsabilidad a un agente de inteligencia artificial, se deben verificar los elementos externos e internos que le son exigibles a las personas jurídicas conforme los modelos de heteroresponsabilidad o de culpabilidad empresarial.

A su vez, siguiendo a HALLEVI, la responsabilidad de los agentes de Inteligencia Artificial derivara del elemento externo o de hecho de la conducta criminal (*actus reus*) y del elemento interno o mental, es decir, conocimiento o intención general. El requisito del *actus reus* se expresa principalmente por actos u omisiones. A veces, se requieren otros elementos externos además para conducir, como los resultados específicos de esa conducta

17. Vid. Comisión Europea: "Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza", febrero de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf.

18. En HALLEVY, G, (2010) "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control!" *Akron Intellectual Property Journal*: Vol. 4: Iss. 2, Article 1.

19. Available at: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/1>, págs. 5 y ss.

Idem.

y las circunstancias subyacentes a la conducta. Por su parte, el requisito de mens rea tiene varios niveles de elementos mentales, mediante conocimiento que suele ir acompañado de un requisito vinculado con la intencionalidad²⁰.

3. Ejemplos de inteligencia artificial aplicados al derecho

La aplicación de la IA al Derecho y a la formación de profesionales del sector legal es una realidad que se fortalece con el paso de los tiempos. En 1997, Kevin Ashley desarrolló un sistema denominado CATO Program en la Universidad de Pittsburg. Esta tecnología permitía a los estudiantes resolver casos a través de una inteligencia artificial que presentaba los hechos del caso, precedentes y líneas posibles de argumentación y contraargumentación²¹.

Como lo indica CINELLI: “países como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia han adoptado o desarrollado al menos un programa de análisis predictivo, cambiando en mayor o menor medida su metodología de análisis criminal para adaptarse a las nuevas realidades que vienen acompañadas de la evolución tecnológica. Sin embargo, a causa de la ausencia de evaluaciones de los programas y de las lagunas de investigación existentes acerca del tema, aún no está clara su relación de coste-beneficio, poniendo en duda su efectividad a la hora de mejorar la seguridad ciudadana y nacional”²².

En Australia, por ejemplo, se desarrollaron Datalex y Flex Law, dos tecnologías de inteligencia artificial cuya función era la recuperación y tratamiento de documentación jurídica. El caso de Luminance, se trata de una empresa que utiliza la inteligencia artificial y el procesamiento natural del lenguaje para ayudar a los abogados a procesar toda la información legal contenida en documentos. Su finalidad es ahorrar tiempo en la búsqueda y análisis de datos contenidos en cientos o miles de páginas. Algo similar es Omnium, que

20. HALLEVI, G. (2010) “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control”, *Akron Intellectual Property Journal*: Vol. 4: Iss. 2. Disponible en: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/1>.

21. Vid. <https://iat.es/tecnologias/inteligencia-artificial/derecho/>.

22. Vid. CINELLI, V. y MANRIQUE GAN, A., “El uso de programas de análisis predictivo en la inteligencia policial: una comparativa europea”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 5, No. 2, (2019), pp. 1-19. DOI: <http://dx.doi.org/10.18847/1.10.1>.

también ofrece un servicio de digitalización, búsqueda y ordenación de datos, en este caso más orientados al sector de los seguros, en concreto a la gestión de siniestros²³.

El caso de Estonia ha introducido la inteligencia artificial y machine learning en el ámbito legal con la creación de “jueces robot”. Su aplicación se orienta a juicios menores con el propósito de acelerar casos atrasados que los jueces y secretarios judiciales. Su aplicación funcionará mediante dos partes que cargarán sus documentos e información relevante del caso en una plataforma, donde la IA tomará una decisión que podrá ser apelada por un juez “humano”²⁴.

En Estados Unidos el software Compas es producido por una empresa privada y utilizado en cortes de por lo menos diez Estados de Estados Unidos que incorporan el programa en sus decisiones. El cálculo del riesgo considera en un cuestionario y los antecedentes penales, entre otros aspectos²⁵.

También, el PredPol, un software desarrollado por la Universidad de California, utilizado por más de 60 departamentos de policía en los EE.UU, se fundamenta en un historial de delitos pasados (entre dos y cinco años de datos), enriquecido a lo largo del tiempo. Con esta información, el algoritmo intenta predecir dónde y cuándo será más probable que ocurra un cierto tipo de crimen²⁶. PredPol puede incluso indicar los perfiles de personas que más se corresponden al identikit estadístico del delincuente combinando elementos de la geografía social, criminología, estadística e informática²⁷.

En Colombia, los tribunales nacionales empiezan a resolver asuntos utilizando la inteligencia artificial con sistemas como pretoria. Un sistema de predictivo de detección inteligente de sentencias e información, su nombre se inspira en el pretor, auxiliar de la justicia romana, capaz de agrupar, analizar y clasificar información de las más de 2700 sentencias diarias que recibe la Corte Constitucional. La inteligencia artificial está reduciendo la demanda de abogados, al menos en lo que se refiere a ciertas tareas, que hoy por medio de la automatización se pueden hacer con mayor rapidez y precisión²⁸.

23. Vid. <https://iat.es/tecnologias/inteligencia-artificial/derecho/>.

24. Vid. <https://www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/>.

25. Vid. <https://www.dw.com/es/inteligencia-artificial-en-los-tribunales-cómo-funciona/a-47185445>.

26. Vid. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190318/461013536935/inteligencia-artificial-vigilancia-predictiva-policia.html>.

27. Vid. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190318/461013536935/inteligencia-artificial-vigilancia-predictiva-policia.html>.

28. Vid. https://retina.elpais.com/retina/2020/07/29/tendencias/1596020286_589017.html.

Otro ejemplo es Cortica, una empresa israelí que analiza las imágenes recopiladas por las cámaras de seguridad en áreas públicas de la India. El software de la compañía promete buscar anomalías de comportamiento que indiquen que alguien está a punto de cometer un crimen violento. El programa se basa en los sistemas militares desarrollados para identificar terroristas, buscando para ello, las llamadas microexpresiones, pequeños espasmos o gestos que pueden revelar las intenciones de una persona²⁸.

Analyst Notebook i2AN es el programa predictivo de la Gendarmería Nacional francesa, tiene su origen en un programa de análisis criminal desarrollado en Francia en 1994, consiste en la digitalización y centralización de todas las bases de datos a nivel estatal con el fin de agilizar la compartición de información entre los diferentes organismos públicos. El análisis del software se fundamenta en el enfoque visual, el tipo de datos que maneja, y el rol proactivo del responsable²⁹.

En Alemania, Precobs fue el primer programa de análisis predictivo en el estado de Baviera, el software hace uso de la teoría analítica de la “próxima repetición” para intentar predecir las localizaciones donde podría tener lugar un robo en una vivienda. Dicha teoría sugiere que “el crimen tiende a agruparse en el tiempo y en el espacio, de modo que cuando un evento criminal ocurre en un sitio, hay un aumento temporal de la probabilidad de que otros hechos similares ocurran en una localización próxima”. El software, permite tener una visión más completa del hecho delictivo analizado y cierta precisión a la hora de identificar las zonas de riesgo y potenciales objetivos³¹.

4. Inteligencia artificial, Big Data y sus aportes

Sin Big Data no hay IA y viceversa, son dependientes. Existen tecnologías disruptivas como la Inteligencia Artificial y la computación inteligente, manifiestas a través del aprendizaje máquina (Machine Learning) y el aprendizaje profundo (Deep Learning)³².

29. Vid. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190318/461013536935/inteligencia-artificial-vigilancia-predictiva-policia.html>. Donde se destaca: “hoy vivimos una era de positivismo digital y la fe puesta en las oportunidades ofrecidas por el big data y los algoritmos es casi infinita. Sin embargo, el optimismo tecnológico choca la pesadilla de un futuro similar al descrito por George Orwell en ‘1984’, con una Policía del Pensamiento capaz de castigar no solo los delitos, sino también las intenciones.”

30. Vid. CINELLI, V, y MANRIQUE GAN, A, “El uso de programas de análisis predictivo en la inteligencia policial: una comparativa europea”, op.cit., pp. 1-19. DOI: <http://dx.doi.org/10.18847/1.10.1>.

31. Vid. CINELLI, V, y MANRIQUE GAN, A, “El uso de programas de análisis predictivo en la inteligencia policial: una comparativa europea”, op. cit., pp. 1-19. DOI: <http://dx.doi.org/10.18847/1.10.1>.

32. Vid. https://retina.elpais.com/retina/2020/05/21/tendencias/1590072719_622979.html.

Combinados con la ciencia de datos, Big Data y la analítica de datos avanzada, presentan diversas opciones de investigación y aportes para el desarrollo de la ciencia y el Derecho. Las nuevas tecnologías permiten gestionar procesar volúmenes de Big Data, para detectar patrones, predecir resultados futuros, y verificar conclusiones o propuestas³³.

El uso de Big Data se ha convertido en una importante herramienta para las fuerzas policiales para detectar y prevenir la delincuencia, como por ejemplo la perfilación geográfica o el llamado predictive policing. Sus aportes se han aplicado en las labores de vigilancia policial, advirtiendo a la población de la necesidad de que se dirijan a sus casas para continuar con la cuarentena o para formular alertas tempranas respecto de actividades con potencialidad delictiva³⁴.

Ejemplos de estos modelos de predicción de los delitos los encontramos con Beware, un software que analiza la información de redes sociales sobre delincuentes habituales. Se usa en California y cruza datos como el registro de propiedades, las imágenes de las cámaras de tráfico, números de asistencia, entre otros.

También, la aplicación Watson, un sistema de computación cognitiva capaz de comprender, razonar, aprender y predecir. El sistema permite detectar riesgos y valorar posibles amenazas de ataques cibernéticos. Una forma avanzada de inteligencia artificial que procesa algoritmos de aprendizaje automático y redes de aprendizaje profundo, el cual, con cada interacción conecta los puntos entre las amenazas y brindar información con mayor confianza y rapidez³⁵.

La IA contribuye en la automatización y análisis de evidencias, sus aportes son sobresalientes frente a los ciberdelitos con la digital *forensics*. Este tipo de sistemas posibilita que los procedimientos judiciales sean ágiles, objetivos y precisos. Como señala TAMMAN el

33. Vid. <https://multimedia.scmp.com/news/china/article/2166148/china-2025-artificial-intelligence/index.html>, donde se señala: "Machine learning: sistemas que requieren una mínima intervención humana para aprender, desde información dada, a hacer predicciones de cierta exactitud. Deep learning: es un tipo de machine learning capaz de adaptarse a sí mismo al acceder a nueva información, entrenando a sus sistemas a aprender de ellos mismos y a reconocer patrones. Human and robot workflow: una reciente investigación del MIT sostiene que grupos de humanos que trabajen junto con robots son más eficientes que equipos conformados sólo por seres humanos o únicamente por robots. Cuando trabajan en conjunto, los robots son capaces de reducir los tiempos de inactividad humanos en un porcentaje cercano al 85%".

34. Vid. <https://www.h50.es/big-data-el-arma-definitiva-para-prevenir-el-crimen/> "PredPol es el líder del mercado en vigilancia predictiva. Esta aplicación presume de tener una definición precisa de vigilancia predictiva a través de la identificación de los momentos y lugares donde es más probable que ocurran delitos específicos. Eso permite que la policía comience a patrullar por áreas específicas para evitar que esos delitos ocurran. En pocas palabras, la misión de PredPol es ayudar a las autoridades policiales a mantener a las comunidades más seguras al reducir la victimización. Este software de operaciones identifica dónde y cuándo es más probable que ocurra el crimen utilizando datos informáticos para establecer predicciones basadas solo en la información de victimización, es decir, los delitos que se han denunciado a la policía".

35. Vid. <https://www.h50.es/big-data-el-arma-definitiva-para-prevenir-el-crimen/>.

análisis apropiado de datos estructurados, semiestructurados y no estructurados podría usarse para predecir comportamientos útiles y potencialmente ayudar a tomar decisiones comerciales inteligentes y prevenir los delitos. Se pueden encontrar datos no estructurados cuando los investigadores del delito adquieren una instantánea digital de los conjuntos de chips de almacenamiento en dispositivos móviles, computadores o cualquier dispositivo electrónico con almacenamiento digital.

Los cuatro pilares principales de *Big Data* se definen como: a. volumen (cantidad de datos), b. variedad (múltiples tipos de datos), c. velocidad (velocidad de procesamiento de datos) y d. valor (no un precio tangible, sino la valiosa inteligencia que se puede recopilar a partir de los datos³⁶.

El uso de *Big Data* en relación con la persecución de conductas criminales tiene sus defensores y críticos. Entre los primeros se encuentran aquéllos que enfatizan su efectividad en el control del delito, así como la objetividad con la que obligaría a operar a las fuerzas policiales³⁷. Los críticos de su uso dudan de su constitucionalidad y eficacia, que se puede constatar en las distorsiones de los datos. Aun así, su aplicabilidad a diferentes campos de la delincuencia es innegable³⁸. Como, por ejemplo, para investigar el blanqueo de capitales, por un lado, porque hay datos listos para ser analizados tanto desde el sector público como del privado; por otro, porque son datos que contienen información concreta y lista para ser analizada desde una óptica cuantitativa.

Otro modelo relevante es el Project debit-credit card de los Países Bajos, en el que a partir de datos de terceros se intentan analizar patrones predictivos que permitan detectar transacciones fraudulentas³⁹. La prevención del blanqueo de capitales se simplifica gracias al avance del análisis de datos, de los modelos predictivos y de la inteligencia artificial, las instituciones financieras pueden analizar una cantidad enorme de datos, provenientes de la base de datos propia, internet, deep web o de cualquier otra fuente⁴⁰.

36. Vid. <https://www.msab.com/es/2020/03/09/big-data-in-digital-forensics-the-challenges-impact-and-solutions/>.

37. Vid. <https://edcp.blogs.uoc.edu/big-data-e-inteligencia-artificial-como-frentes-de-la-lucha-contra-la-ciberdelincuencia/>

38. Vid. KOTOROV, R, en <https://sg.com.mx/revista/46/las-desventajas-big-data>.

39. Vid. <https://edcp.blogs.uoc.edu/big-data-e-inteligencia-artificial-como-frentes-de-la-lucha-contra-la-ciberdelincuencia/>.

40. Vid. <https://www.mentalytica.com/la-inteligencia-artificial-un-nuevo-aliado-contra-el-lavado-de-activos/> Donde se destaca que: “el último Foro Económico Mundial, reunido en Davos-Suiza, se publicó un informe en el que da cuenta de la aplicación de algoritmos complejos de inteligencia artificial (IA) para prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo. En efecto, el documento señala que, de cara a la universalización de nuevas tecnologías “ahora corresponde a las instituciones financieras dar el salto y utilizar la inteligencia artificial y el aprendizaje automático para detectar traficantes de personas, venta de narcóticos y armas, pagos terroristas y el lavado de dinero que alimenta estas actividades” Es por esto que ha crecido la tendencia que los reguladores en países avanzados exhorten a las instituciones financieras para que experimenten y utilicen el poder de la inteligencia artificial (IA) y el aprendizaje automático (machine learning) para detectar actividades sospechosas”.

En definitiva, *Big Data* puede proporcionar ventajas en las técnicas de búsqueda avanzadas de información, almacenar datos y procesar conjuntos de datos específicos. Las técnicas de análisis ayudan a las autoridades a predecir patrones de comportamiento o identificar potencialmente si un sospechoso ha estado involucrado en otras infracciones o tiene vínculos con otras personas en la ejecución de ilícitos. Sin embargo, no remplazan ni sustituyen la actividad humana, la complementan como herramienta en la prevención, investigación y prueba de las infracciones.

5. La revolución tecnológica y sus aportes al derecho sancionador

El Derecho sancionatorio y particularmente el penal, es el instrumento de control social formal más poderoso del Estado, este sector no ha permanecido al margen de la revolución tecnológica, ya que son muchas las innovaciones asociadas con *Big Data* e Inteligencia Artificial que son aplicadas para mejorar y optimizar la prevención, detección y prueba de las infracciones. La aplicación de la inteligencia artificial en el campo del proceso penal, por ejemplo, es posible, mediante la revolución 4.0 en el sistema jurídico, utilizando algoritmos, los cuales permiten a una máquina o sistema analizar el entorno y tomar decisiones de manera similar a como lo haría un ser humano. Sin que ello suponga la exclusión de los individuos, puesto que las actividades supondrían un trabajo conjunto que se complementan y articulan bajo el liderazgo humano.

Sin embargo, para saber programar IA es necesario tener ciertos conocimientos, en algunos casos avanzados. A saber, lenguajes de programación, matemáticas avanzadas, *Big Data*, etc. a revolución tecnológica está afectando de lleno al mercado legal, algunos insisten en que la profesión está abocada a su extinción cuando los robots lleguen a ocuparse del trabajo actual de los actores del proceso penal. El abogado del futuro será muy diferente al que conocemos hoy. La irrupción de las nuevas tecnologías, entre las que destacan la IA, el uso de la tecnología *blockchain* y el Internet de las Cosas, las cuales, han llegado para generar un espíritu innovador, competitivo y a la vez complejo en el desarrollo de los procedimientos penales⁴¹.

La incorporación de la IA y el *machine learning* posibilita migrar archivos y procesos a la nube, también supone un reto en la formación y ejercicio de la abogacía, se deben

41. Vid. <https://iat.es/tecnologias/inteligencia-artificial/programacion/>.

integrar las posibilidades que brinda la tecnología dentro de las herramientas necesarias para avanzar en las actividades de investigación y persecución de las infracciones donde estos instrumentos resulten idóneos.

Sin embargo, cambios tecnológicos se unen a la preocupación ética frente a la creación de nuevos tipos de inteligencia, el algoritmo como instrumento de análisis y valoración debe contar con posibilidades de discernir lo bueno, lo ético y humano, su utilidad debe estar enfocada al bien común, al mejoramiento social y al progreso social e individual. Por ello, quienes lo crean y participen de su configuración deben contar con sólidas bases morales y una clara visión de la utilidad general, no de un enfoque estrictamente económico o particular, lo cual reviste unos estándares mayores en el sector justicia⁴².

En efecto, la IA, la robótica, la manipulación genética, la nanotecnología y todos los avances tecnológicos y científicos tienen implicaciones jurídicas, por ejemplo, en el alcance de los derechos a la intimidad, honor, buen nombre y la privacidad, las cuales se están diluyendo sin ninguna reacción eficaz⁴³. Justamente, los límites de los datos y los Derechos humanos han marcado un nuevo espectro asociado con los derechos de cuarta y quinta generación, en el que los individuos pueden gozar de protección ante los efectos de las tecnologías y el ciberespacio. En este escenario, surge como un aspecto relevante los límites de la autodeterminación y el derecho a la intimidad, cuando el sujeto se expone voluntariamente y cede parte de su privacidad con un solo clic con efectos impensables. La intervención del Estado en el marco del Derecho sancionatorio como último recurso debe ajustarse a los presupuestos del Estado de Derecho, la observancia de la tutela judicial efectiva y la salvaguarda de los derechos fundamentales.

Además, cabe resaltar que La IA, como dice el documento de la Comisión Europea, no es ciencia ficción, forma parte de nuestra vida cotidiana y nos afectará crecientemente, aceleradamente y de forma impredecible en los próximos tiempos.⁴⁴ En este sentido, indica claramente que: “el término «inteligencia artificial» (IA) se aplica a los sistemas que

42. De otra parte, en la sentencia *Kansas v Walls* (2017), el Tribunal de Apelaciones del Estado de Kansas llegó a la conclusión opuesta a la de *Loomis* y decidió que se debe permitir al acusado el acceso al nivel de diagnóstico completo del Inventario de servicio revisado (LSI -R) valoración, en la que se basó el tribunal para decidir qué condiciones de libertad condicional le impondría. El Tribunal de Apelaciones decidió que al negarle al acusado el acceso a su evaluación LSI-R, el tribunal de distrito le negó la oportunidad de cuestionar la exactitud de la información en la que el tribunal debía basarse para determinar las condiciones de su libertad condicional. Al referirse a la sentencia *Kansas v. Easterling*, el Tribunal de Apelaciones decidió que el hecho de que el tribunal de distrito no le entregara al acusado una copia de la LSI-R completa lo privó de su derecho constitucional al debido proceso procesal en la fase de sentencia de su sentencia. En ZAVRŠNIK, A. (2020), “Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights”, op. cit., págs. 573 y 574.

43. GARRIGUES WALKER, A. (2018), “Manual para vivir en la era de la incertidumbre”, Madrid, pág. 31 y ss.

44. Vid. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos⁴⁵. Los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático (p. ej. asistentes de voz, programas de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz), pero la IA también puede estar incorporada en dispositivos de hardware (p. ej. robots avanzados, automóviles autónomos, drones o aplicaciones del internet de las cosas)⁴⁶.

Por ello, la Inteligencia Artificial ocupa un nuevo rol en la sociedad y en las vidas de los ciudadanos, su utilidad se vislumbra en diversos ámbitos desde lo científico, seguridad, industrial y económico, y, lo jurídico, con un aporte que se ha ido percibiendo en el análisis de las causas del delito, infracciones e incumplimientos normativos hasta las predicciones futuras del comportamiento humano⁴⁷. No obstante, la inteligencia artificial es falible y con cierto margen de error, la cual, nunca podrá remplazar la conducta individual; su validez se asocia con la observancia de la ética y los valores intrínsecos al individuo, más allá de la simple automatización.

Las contribuciones de la Inteligencia Artificial al Derecho sancionatorio se ven representados en: a. ser una herramienta idónea para detectar infracciones y agilizar las investigaciones. b. prevenir ciertas formas de delincuencia, mediante la perfilación geográfica o el llamado *predictive policing*. c. detectar en tiempo real las transacciones fraudulentas. d. Fortalecer los sistemas alternativos de resolución de controversias, basados en tecnología de una manera más fácil, rápida y menos onerosa. d. Facilita la implementación de programas de formación mediante el uso de Legal Tech. e. Agilizar los términos de los procedimientos sancionatorios utilizando la metodología *Legal Design Thinking*. f. Fortalecimiento de la transparencia, imparcialidad e igualdad en el trámite de los asuntos. g. Contribución en el desarrollo de actividades rutinarias que permitirán a los individuos ocuparse de las más complejas⁴⁸, entre otros. Todo lo dicho, será positivo si se lleva a cabo dentro de la estricta legalidad, observancia de los Derechos individuales y colectivos, garantizando la tutela judicial efectiva, por supuesto el respeto de las singularidades y la dignidad humana.

46. Vid. <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

47. Vid. RAMÍREZ BARBOSA, P. (2019), “Las nuevas fronteras del Derecho penal corporativo. Inteligencia artificial y “Big Data”. El caso Huawei y sus implicaciones en la sociedad global, en “Nuevas fronteras del Derecho Penal Global”, pág. 10 y ss.

48. La European Legal Technology Association (ELTA) ha publicado un documento con 10 directrices para el uso de la LegalTech para contrarrestar los efectos adversos que está provocando la Covid-19 en todos los sistemas de Justicia europeos. Por ello, este Decálogo está dirigido a funcionarios públicos de la Administración de Justicia, con el objetivo de diseñar nuevos procesos que tengan en cuenta a los ciudadanos y de implantar tecnología que favorezca un acceso moderno y ágil. Disponibles en: <https://institutodeinnovacionlegal.com/elta-publica-un-decalogo-para-mejorar-el-sistema-de-justicia-con-apoyo-de-la-legaltech-tras-la-covid-19/>.

Es innegable la irrupción de las innovaciones tecnológicas con asesorías mediante bots y sistemas de inteligencia artificial, mientras la consultoría más compleja se destinará a los humanos. En consecuencia, la transformación social, jurídica y económica llegó de la mano de la cuarta revolución industrial, el Derecho sancionador del futuro deben fortalecer sus herramientas incorporando los avances de la Inteligencia Artificial y las innovaciones digitales⁴⁹.

6. Retos y desafíos de la inteligencia artificial, big data en el derecho sancionatorio

Los desafíos y retos de la Inteligencia Artificial son múltiples. En el ámbito del Derecho sancionatorio su aplicación pasa por un fortalecimiento de los siguientes aspectos:

- a. Responsabilidad: orientada al desarrollo de una tecnología idónea capaz de tomar decisiones óptimas para abordar con éxito las problemáticas existentes. Si se produjeran daños o afectaciones a los derechos de terceros éstos deben ser reparados, procurando siempre la prevención mediante la supervisión de los agentes de Inteligencia Artificial.
- b. Idoneidad para entender y procesar el lenguaje humano; la comprensión de las reglas y pautas del ordenamiento jurídico; el procesamiento de toda la información para obtener resultados justos y razonados.
- c. Objetividad en el análisis de los términos jurídicos que según el contexto pueden tener diferentes significados. d. Transparencia, en la automatización de los datos y en la programación de los software y herramientas que lo componen.
- e. Controles respecto a la aplicación de las metodologías utilizadas y respecto de los problemas que surjan por el alcance imprevisto de situaciones. f. Finalidad, cuyo uso incorpore solo datos fidedignos, íntegros y veraces, que permitan llegar a conclusiones ciertas y objetivas.

49. En el Libro, *The Age of Em: Work, Love, and Life when Robots Rule the Earth*, Oxford University Press, 2016, se ofrece una perspectiva pormenorizada de un mundo dominado por emulaciones.

De igual forma, la relación entre inteligencia artificial y derecho puede ampliarse con la apropiación de la tecnología a la formación, resolución de casos y prevención de los delitos. Es imprescindible además que se garantice: g. la privacidad sin mayores restricciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, protegiendo los datos con medidas de ciberseguridad y gestionando los riesgos que puedan derivarse de su aplicación. h. Los derechos al honor y buen nombre garantizando la presunción de inocencia y el uso de la información para los fines legales. i. La reserva y publicidad de la información según su naturaleza. Lo cual, sólo es posible mediante la transparencia y responsabilidad de las decisiones del algoritmo y la supervisión del agente de Inteligencia Artificial. j. Rendición de cuentas y garantía de la tutela judicial efectiva. k. Enfoque regulatorio basado en el riesgo para que la intervención regulatoria sea proporcionada y necesaria. l. No discriminación en el manejo de los datos e imparcialidad en el tratamiento de la información, entre otros.

Una de las áreas de aplicación de la Inteligencia Artificial que resulta más compleja es el Derecho sancionatorio por su finalidad y peculiaridades. Al respecto, son múltiples las inquietudes que surgen, como, por ejemplo: ¿Debe tener personalidad jurídica un robot o una máquina? ¿Deben tener un catálogo de derechos y estar sujetos a obligaciones? ¿Quién es el responsable de las consecuencias de las acciones que realice una inteligencia artificial?, ¿Cómo abordar los errores derivados del procesamiento de datos? ¿Cómo prevenir los sesgos discriminatorios? ¿Cómo garantizar los Derechos fundamentales? Las respuestas no son sencillas, pero de ello se trata, de continuar avanzando en la formulación de propuestas que nos permitan extraer lo mejor de la transformación tecnológica y digital al servicio de los individuos y el bien común.⁵⁰ La tecnología jurídica es un facilitador de procesos e instrumento de gestión de la información, que ayuda a la digitalización, dinamización del trabajo y a un nuevo abordaje de las profesiones jurídicas, *legaltech* hace parte de la transformación digital que supondrá a futuro la ruptura de tradiciones y nuevas formas de solución de las controversias.

En efecto, un gran desafío se vincula “con los mecanismos jurídicos para evaluar la exactitud, relevancia y calidad de los datos de entrenamiento, la publicidad del código fuente y la fiscalización algorítmica, la evaluación ex ante y ex post de los sistemas, los medios para determinar y gestionar el sesgo en los sistemas de aprendizaje automático o la trazabilidad, la fundamentación de las decisiones adoptadas y las posibilidades de defensa y recurso frente a ellas”⁵¹.

50. Vid. <https://ethic.es/2017/06/susskind-tecnologia-futuro-profesiones/>.

51. BARRIO ANDRÉS, M, (2020), “Retos y desafíos del Estado algorítmico de Derecho”, en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ciberseguridad/ari82-2020-barrio-retos-y-desafios-del-estado-algoritmico-de-derecho.

Reflexión final

La inteligencia artificial se vincula con la tecnología capaz de imitarlas funciones cognitivas de los humanos para interpretar correctamente datos externos, robótica y automatización de procesos. La inteligencia artificial es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática. Como se resalta en el Libro Blanco de la Comisión Europea: “Los avances en computación y la creciente disponibilidad de datos son, por tanto, un motor fundamental en el pronunciado crecimiento actual de la inteligencia artificial. Europa puede aunar su potencial tecnológico e industrial con una infraestructura digital de gran calidad y un marco regulador basado en sus valores fundamentales para convertirse en líder mundial de la innovación en la economía de los datos y sus aplicaciones”⁵².

El mundo jurídico se ha visto impactado por el “machine learning”, o aprendizaje automatizado, que es un análisis de Big Data en todas las áreas de la organización de la información que permite interpretar los fenómenos a nuestro alrededor. El análisis predictivo de patrones y causas del delito se ha utilizado como un instrumento que facilita las actividades de autoridades en diversos países.

La Inteligencia Artificial supone la implementación de Bots (software de inteligencia artificial que realiza tareas por su cuenta sin la ayuda del ser humano) y Chatbots (robot capaz de simular una conversación con una persona), los cuales, despliegan su utilidad en procesos de gestión de los recursos humanos⁵³. La digitalización de los procesos permite una mejor organización, facilita la toma de decisiones estratégicas y mejorar los tiempos de duración de los procedimientos.

La IA ofrece numerosas ventajas en el Derecho sancionatorio facilita una mejor eficiencia y agilidad de los procesos, contribuye en la prevención, detección y prueba de ciertos fenómenos delictivos. También, puede proporcionar el abordaje estratégico los problemas sociales asociados con diversas expresiones de los incumplimientos de la Ley.

Big Data en el Derecho sancionador tiene varias restricciones, en primer lugar, las variedades de tipos delictivos y la complejidad que es característica a los delitos transnacionales, sofisticados y organizados, que imposibilitan que se interprete al detalle las causas,

52. Vid. Comisión Europea en el “Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, pág. 2.

53. Vid. <http://www.mujeresconsejeras.com/5-claves-de-la-inteligencia-artificial-para-el-2020/>.

modos de operación y características de los autores y partícipes. En segundo, los factores exógenos que afectan las relaciones sociales que resultan dinámicos y constantes, por lo que, Big Data no puede predecir exactamente lo que puede llegar a suceder o la forma como estos cambios impactaran los procesos penales. En tercer lugar, el uso de Big Data puede convertirse en un factor de distracción que soslaye los cambios imperceptibles de la sociedad y se enfoque a corroborar lo notorio, esto puede representar la predicción evidente de fenómenos que pueden ser comunes a todo tipo de infracciones pero que no detectan las particularidades de cada hecho individual y la responsabilidad penal fundada en el aporte y dominio del hecho.

En definitiva, una visión del Derecho sancionador enfocado hacia Big Data como una posible solución a las políticas de prevención y tutela efectiva de los bienes jurídicos, comprenderá el conjunto de medidas complementarias a la actividad de los individuos, pero no supondrán su remplazo, simplemente un instrumento de convergencia nutritiva.

Bibliografía

AA.VV., “Robot Ethics. The Ethical and Social Implications of Robotics”, edit. de P. Lin, K. Abney y G.A. Bekey, The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, 2012.

A.Sánchez del Campo Redonet, en Cuestiones jurídicas que plantean los robots, en Revista de privacidad y derecho digital, no. 2, 2016. “Reflexiones de un replicante legal”, Aranzadi, 2016.

Agüera y Arcas, B., Mitchell, M., Todorov, A.: dPhysiognomy’s New Clothes. Medium (2017). Available at: <https://medium.com/@blaisea/physiognomys-new-clothes-f2d4b59fdd6a>.

Barrio Andrés, M, (2020), “Retos y desafíos del Estado algorítmico de Derecho”, en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ciberseguridad/ari82-2020-barrio-retos-y-desafios-del-estado-algoritmico-de-derecho.

Bergman, P, y Berman-Barret, S, (2003), “ The criminal law Handbook”. 5° Ed. USA: Nolo.

Bixby, M, (2010), “The Lion Awakens. The Foreign Corrupt Practices Act 1977 to 2010”, 12 San Diego Int’l L.J. 89.

Bock, D. (2013) “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa” en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid.

Chen, y. C., Chen, P. C., Hwang, J. J., Korba, L., Ronggong, S., & Yee, G. (2005). An analysis of online gaming crime characteristics. *Internet Research*, 15(3).

Cinelli, V, y Manrique Gan, A, “El uso de programas de análisis predictivo en la inteligencia policial: una comparativa europea”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 5, No. 2, (2019), pp. 1-19. DOI: <http://dx.doi.org/10.18847/1.10.1>.

Committee of Experts on Human Rights Dimensions of Automated Data Processing and Different Forms of Artificial Intelligence (MSI-AUT): Draft Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the human rights impacts of algorithmic systems (26 June 2019)

Cummings, M.L.: Automation Bias in Intelligent Time Critical Decision Support Systems. American Institute of Aeronautics and Astronautics (2014). Available at: <https://web.archive.org/web/20141101113133/http://web.mit.edu/aeroastro/labs/halab/papers/CummingsAIAAbias.pdf>

Dewan, S.: Judges Replacing Conjecture with Formula for Bail. *The New York Times* (2015)

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment (2018). Available at: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

European Union Agency for Fundamental Rights: #BigData: Discrimination in data-supported decision making (2018).

Gless, S., Silverman, E., Weigend, T.: If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability. *New Crim. Law Rev.* 19(3) (2016).

Hallevy, G, (2010) “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - from Science Fiction to Legal Social Control,” *Akron Intellectual Property Journal*: Vol. 4 : Iss. 2 , Article 1.

Izdebski, K. (ed.): *alGOvrithms—State of Play*. ePaństwo Foundation (2019). Available at: <https://epf.org.pl/en/projects/algovrithms/>.

Kadar, C., Maculan, R., Feuerriegel, S., Public: Decision support for low population density areas: an imbalance-aware hyper-ensemble for spatio-temporal crime prediction. *Decis. Support Syst.* 107 (2019).

Libro Blanco de la unión europea sobre Inteligencia Artificial un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, Bruselas, 19 de febrero 2020.

Mari, A.: DCMS announces new funding for prison coding skills. *Computer Weekly* (15 March 2019). Available at: <https://prisonstudies.us14.list-manage.com/track/click?u=cb51806b184b825cd5f587a8a&id=da236c42f8&e=134997c2cd>.

Ramírez Barbosa, P, (2019), “El delito de Corrupción Transnacional en Estados Unidos y Colombia: alcance del principio de extraterritorialidad de la Ley Penal Norteamericana y Compliance”, en *Derecho Penal, Parte Especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Ramírez Barbosa, P, and Ferré Olivé, J.C. (2019) “Compliance, Derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial”, Bogotá. Ed Tirant lo Blanch.

Ramírez Barbosa, P, (2018) “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: “compliance”, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht” en AAVV, “Desafíos del Derecho penal en la sociedad del Siglo XXI”, Bogotá. Ed. Temis.

Ramírez Barbosa P, y Páez Durán, I, (2021) “La inteligencia artificial y las transformaciones jurídicas en el derecho penal corporativo”, en “Derecho penal y criminología: sus transformaciones jurídicas”, Tirant lo Blanch.

Ramírez Barbosa P y Páez Durán L, (2021) “Inteligencia artificial y ética corporativa”.

Del libro “Responsabilidad Corporativa y Compliance”, Tirant lo Blanch.

Ramírez Barbosa P, (2021), “Inteligencia artificial y Big Data: sus aportes al derecho penal global”, en “Inteligencia artificial: de la discrepancia regional a las reglas universales”. Editorial Arazandi.

Richard H. Fallon, J., “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse, 97 COLUM. L. REV. 1 (1997); Amir N. Licht et al., Culture Rules: The Foundations of the Rule of Law and Other Norms of Governance, 35 J. COMP. ECON. 659 (2007); Daniel A. Farber, The Rule of Law and the Law of Precedents, 90 MINN. L. REV. 1173 (2005) (discussing the relationship between stare decisions and the rule of law).

Schermer, B.W., Georgieva, I., Van der Hof, S., Koops, B.J.: Legal Aspects of Sweetie 2.0. Tilburg Institute for Law, Technology, and Society, Tilburg (2016).

The Committee of Experts on Internet Intermediaries (MSI-NET): Study on the Human Rights Dimensions of Automated Data Processing Techniques (in Particular Algorithms) and Possible Regulatory Implications (6 October 2017). Available at: <https://rm.coe.int/study-hr-dimension-of-automated-data-processing-incl-algorithms/168075b94a>.

The Council of Europe Commissioner for Human Rights: Recommendation Unboxing Artificial Intelligence: 10 steps to protect Human Rights (May 2019). Available at: <https://rm.coe.int/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights-reco/1680946e64>.

Yan, S.: Chinese High-Security Jail Puts AI Monitors in Every Cell ‘to Make Prison Breaks Impossible’. The Telegraph (2019). Available at: www.telegraph.co.uk/news/2019/04/01/chinese-prison-rolls-facial-recognition-sensors-track-inmates/.

Završnik, A.: Algorithmic justice: algorithms and big data in criminal justice settings’. Eur. J. Criminol. (2019). <https://doi.org/10.1177/1477370819876762>.

Završnik, A. (2020), “Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights”, en ERA Forum (2020) 20:567–583 <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00602-0>

Plurinacionalidad y justicia originaria en las nuevas constituciones latinoamericanas

Rubén Martínez Dalmau
Catedrático de Derecho Constitucional

Resumen

La configuración del continente americano en Estados emancipados entre los siglos XVIII y XX no obedeció a la pluralidad de los pueblos originarios latinoamericanos que habitan sus tierras. Durante décadas, fueron invisibilizados y apartados de la construcción política de los Estados, por lo que su relación con las formas de organización política y la Constitución ha resultado postergada durante siglos. Las nuevas Constituciones latinoamericanas responden a uno de los grandes desafíos en el marco de la contemporaneidad latinoamericana: articular la presencia de los modelos de Estado constitucional con la pluralidad social y jurídica de los pueblos indígenas originarios. Ello implica dar respuesta al reto de la justicia originaria como componente de la plurinacionalidad. El capítulo define la nueva categoría de Constituciones del nuevo constitucionalismo, repasa los elementos fundamentales del concepto de plurinacionalidad aplicado a cada una de estas Constituciones, y realiza algunas consideraciones sobre el papel de la justicia originaria en el marco de la construcción de la plurinacionalidad.

Palabras clave

Constitucionalismo, Justicia originaria, Nuevo constitucionalismo latinoamericano, plurinacionalidad, pueblos indígenas.

Introducción

Existe una doctrina muy asentada sobre los aportes del nuevo constitucionalismo latinoamericano¹, aunque es obligado al escribir sobre las nuevas Constituciones latinoamericanas advertir de que se analizan textos constitucionales recientes y complejos, y que intentan ser explicados desde un modelo teórico en vías de construcción². Su categorización como “nuevas Constituciones” no alude simplemente a un orden cronológico regional, sino que va más allá: busca ofrecer una explicación teórica a lo que en la práctica ha sido, sin ninguna duda, un punto y aparte en la de por sí poco significativa evolución del constitucionalismo *anterior*. El elemento regional –latinoamericano o, más concretamente, sudamericano o andino- y el cronológico –cambios constitucionales producidos a partir de la proceso constituyente colombiano de 1991- son premisas factuales desde las que partir en la búsqueda de la explicación científica, pero no deben ocultar la importancia que el hito ha supuesto en el constitucionalismo mundial y el hecho, constatable empíricamente y, más lentamente, en la academia, de que las características de la evolución parecen extenderse por dimensiones mucho más amplias que las regionales.

El denominador común de las nuevas constituciones latinoamericanas no es otro que el hecho de que sean fruto del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Un nuevo *constitucionalismo* que, apartando de forma decidida sutilezas jurídicas neopositivistas, ha querido retomar algunos aspectos clásicos de teoría constitucional que tenía muy clara la

1. Este escrito revisa y actualiza la siguiente publicación del autor: “Pluralidad y pueblos indígenas en las nuevas Constituciones latinoamericanas”, en ANTONIO PIGRAU SOLÉ (ed.), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas Constituciones de Ecuador y Bolivia*. Tirant, Valencia, 2013.

2. Sobre las caracterizaciones generales de las nuevas Constituciones latinoamericanas, cfr., en general, VICIANO PASTOR, ROBERTO y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”. *Revista General de Derecho Público Comparado* n° 9, 2011, págs. 1-24. La primera revisión general sobre las características en derechos sociales del nuevo constitucionalismo se encuentra en NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Tirant, Valencia, 2010. Estudios de caso sobre Bolivia, Ecuador y Venezuela han sido analizados en CARBONELL, MIGUEL; CARPIZO, JORGE; y ZOVATTO, DANIEL, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. UNAM, México, 2009.

tradición liberal radical de finales del siglo XVIII, y que tuvo su traducción a principios del XIX en América Latina en el conocido como *constitucionalismo fundacional*: la necesidad de legitimar el poder constituido en la soberanía popular y, por ello, la reivindicación de las bases democráticas del Estado que está por (re)construir. La naturaleza emancipadora del poder constituyente se plantea con toda su fuerza en las nuevas constituciones: avanzan hacia las *necesidades de los pueblos* –que prácticamente no habían disfrutado la intensidad del constitucionalismo democrático- y lo hacen desde fundamentos de aplicación directa del poder constituyente. Los diferentes procesos constituyentes, que han superado las trabas limitadoras de las cláusulas de intangibilidad expresas o tácitas que incorporaban las anteriores constituciones, han producido textos de amplia repercusión en el país y han buscado nuevos caminos para la creación de sociedades integradas, hasta este momento fallidas. De alguna forma, las nuevas constituciones han querido saldar la deuda pendiente que el *viejo constitucionalismo latinoamericano* mantenía respecto a las sociedades sobre las que se impuso³ y, en particular, transformarse en normas donde pudieran reconocerse los pueblos indígenas que, en términos de Clavero, habían tenido que vivir entre constituciones mestizas⁴.

El presente trabajo quiere, en primer lugar, analizar una característica de las nuevas constituciones sin las cuales el análisis de los hechos resulta necesariamente incompleto: su carácter innovador, que desborda los parámetros formales generalmente admitidos de la estructura y contenido de una Constitución propios de la herencia del positivismo ideológico; en segundo lugar, hacer referencia a que la realidad plurinacional e indígena ha sido determinante en la construcción de las nuevas Constituciones –especialmente en los casos de Ecuador y, con aun mayor intensidad, Bolivia- y, a su vez, ha sido sujeto de las mismas,

3. Una vez superado el breve momento del constitucionalismo liberal revolucionario, que tuvo su acta de nacimiento con la Constitución venezolana de 1811, los textos constitucionales decimonónicos, de clara carga criolla, no generaron cambios sustantivos en las sociedades, y las transferencias de autoridad política nunca lograron superar la formalidad. Cfr. PIZANO, LARIZA, “Caudillismo y clientelismo: expresiones de una misma lógica. El fracaso del modelo liberal en Latinoamérica”. Revista de Estudios Sociales n°9, junio 2001, pág. 75). Estas Constituciones tampoco cumplieron con el objetivo de estabilidad social propio del constitucionalismo conservador. En términos de AYMERICH, “El balance del constitucionalismo latinoamericano no es (...) positivo. Ya en los comienzos fue la inestabilidad política la característica dominante, con sangrientas luchas entre federales y unitarios, liberales y conservadores, monárquicos y republicanos, anticlericales y defensores de la confesionalidad del Estado, partidarios de regímenes caudillistas y partidarios de la legalidad por encima del personalismo” (AYMERICH OJEA, IGNACIO, “Derecho Latinoamericano”, en ALTAVA LAVALL, MANUEL GUILLERMO (coord.), Lecciones de Derecho Comparado. Universitat Jaume I, Castelló, 2003, pág. 391). Durante la mayor parte del siglo XX, las Constituciones latinoamericanas mantuvieron sus objetivos cortoplacistas y fueron incapaces de dar solución a los problemas de falta de integración social, de desigualdad y de construcción de un Estado eficaz que azotaban las sociedades sobre las que decían regir. Cfr. GARGARELLA, ROBERTO y COURTIS, CRISTIAN, El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2009, págs. 9 y ss. Se trata, en perspectiva general, de lo que puede desde la óptica actual denominarse viejo constitucionalismo.

4. CLAVERO, BARTOLOMÉ, Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas. Siglo XXI, México, 2008.

en proporción con su importancia real en las sociedades involucradas y con las condiciones que explican su participación; una relación dialéctica entre poder constituyente y constituido que no resulta ajena en la teoría y en la práctica constituyente. Por último, el artículo se cerrará haciendo referencia a algunos de los retos que plantea la complejidad –tanto de contenido como, y principalmente, del problema que intentan solucionar– intrínseca a las nuevas constituciones.

1. Originalidad y creación en las nuevas constituciones latinoamericanas

Aunque la búsqueda de una nueva legitimidad del poder, verdaderamente democrática y útil para la construcción de un nuevo Estado, ha sido consustancial a la voluntad constituyente que se encuentra en el fundamento de las nuevas constituciones, de poco hubiera servido si no se hubiera traducido en textos que expresaran con fuerza la expresión del cambio. Desde el menor énfasis en la Constitución colombiana de 1991, debilitada aun por su carácter de vanguardia, hasta las características más marcadas en la Constitución boliviana de 2009, de dimensiones difícilmente reconocibles en los modelos constitucionales comparados, el carácter innovador de las nuevas Constituciones ha crecido exponencialmente adaptadas a las necesidades de los pueblos que las han provocado. No es sorprendente por lo tanto que, debido a esta conjunción entre sustancia y forma, el carácter innovador la originalidad de las nuevas Constituciones haya sido una de las características más reconocibles del nuevo constitucionalismo, que recupera de esta forma la carga inventiva que tempranamente puso de manifiesto el constitucionalismo fundacional latinoamericano⁵.

Como se ha comentado en otra sede⁶, la capacidad innovadora de los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano es esencial a su objetivo de cambio; SANTOS lo ha denominado *constitucionalismo experimental*⁷. Ante la inhabilidad, conjugada con la falta de voluntad, del viejo constitucionalismo para resolver problemas sociales fundamentales, el nuevo constitucionalismo ha sido capaz de construir una nueva institucionalidad y de-

5. En general, cfr. MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, “Democratic Constitutionalism and Constitutional Innovation in Ecuador. The 2008 Constitution”. *Latin American Perspectives* vol. 43, n° 206, n°1, enero 2016, págs. 158-174

6. VICIANO y MARTÍNEZ, *El nuevo constitucionalismo...* cit. págs. 16 y 17.

7. SANTOS, “La reinención del Estado y el Estado Plurinacional”, *OSPAL*, n° 22, septiembre 2007, p. 39

terminadas características que, finalmente, tienen como objetivo promover la integración social, crear un mayor bienestar y –posiblemente el rasgo más reconocible- establecer elementos de participación que legitimen el ejercicio de gobierno por parte del poder constituido. En este sentido, las constituciones se han apartado de modelos previos, característicos –en términos de GARGARELLA y COURTIS- de los trasplantes o injertos constitucionales anteriores⁸ para, aprovechando el momento de firme actividad constituyente, repensar siquiera brevemente y con las limitaciones del momento político sobre la situación y buscar aquellas medidas que pudieran dar solución a sus problemas particulares. En cuanto a que buena medida de estos problemas son comunes en Latinoamérica, muchas de sus soluciones se parecerán; otras, por el contrario, sólo pueden comprenderse desde la perspectiva del lugar donde la Constitución se ha debatido, escrito y aprobado. Desde la aparición del referendo revocatorio en el caso colombiano, hasta la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador, pasando por la superación venezolana de la tradicional división tripartita de los poderes, la originalidad y la pérdida del miedo a la invención están presentes en todos los nuevos textos latinoamericanos, sin excepción. Los avances han sido particularmente profundos en el ámbito de la institucionalidad, aun cuando se es consciente de la fragilidad en la creación de novedades que muchas veces no sólo no forman parte de la tradición constitucional del país, sino que no han sido comprobados en su funcionalidad y utilidad en el marco del diseño constitucional comparado.

Esta capacidad innovadora es particularmente importante en la construcción de un nuevo referente general de derechos indígenas y en el reconocimiento del Estado plurinacional. Son dos problemas con lindes distintos, aunque cercanos en su materialidad: el referente general indígena, que incluye el reto de reivindicar los derechos de sociedades históricamente marginadas, era una deuda pendiente –otra más- del constitucionalismo latinoamericano para con las etnias originarias que han resistido a los intentos homogeneizadores de la estructura criolla. En todos los países latinoamericanos, en menor o en mayor medida, existen importantes comunidades indígenas que han visto reconocidos sus derechos en los textos constitucionales, si bien no por primera vez, sí con un énfasis de renovación democrática⁹. Ahora bien; si, como se ha afirmado, la insistencia de las Constituciones depende directamente de la gravedad y la singularidad de los problemas, es comprensible que en las Constituciones latinoamericanas

9. Una radiografía tanto del pasado como del presente de la situación de los indígenas latinoamericanos, de sus intentos de crear sujetos políticos, y de los avances en los ordenamientos constitucionales puede consultarse en MAYBURY-LEWIS, DAVIS (ed.), *The politics of ethnicity: Indigenous peoples in Latin American States*. Harvard University Press, Cambridge-Londres, 2002.

donde la construcción del Estado-nación, como Colombia o Venezuela, contó de hecho con un mayor éxito en la homogeneización de la población, la cuestión *plurinacionalidad* sea residual; por el contrario, en aquellos lugares, como Ecuador, donde los pueblos indígenas forman comunidades importantes y fuertemente organizadas o, como es el caso boliviano donde, por diferentes factores entre los cuales resaltan las formas históricas de resistencia indígena, pueden en su conjunto ser una mayoría, se plantea con mayor fuerza la necesidad de reconsiderar las bases del Estado-nación y plantear fórmulas de reconocimiento nacional que nos llevará al reconocimiento formal con rasgos materiales o, al final, plenamente formal y material, del Estado plurinacional.

2. Plurinacionalidad como realidad y pueblos indígenas como actores

No obstante, cabe tener en cuenta que el reconocimiento de la misma posibilidad de un Estado plurinacional sigue sin constituir doctrina pacífica entre muchas escuelas, fruto de la basculación entre conceptos como el de pueblo, patria o nación que, desde el mismo origen del constitucionalismo liberal revolucionario, fueron utilizados y justificados teóricamente de acuerdo con pretensiones concretas. El romanticismo decimonónico tampoco ayudó, más bien al contrario, a esclarecer la cuestión, y finalmente la explosión y reconocimiento de los nacionalismos, ya en el siglo XX, conjugaron no siempre armoniosamente la pretensión con la realidad: para ANDERSON, el punto de partida sería la consideración de la nación como comunidad imaginada, caracterizada por su limitación espacial y por su aspiración a la soberanía política. El nacionalismo será la fuerza ideológica capaz de dar vida a esa comunidad”¹⁰.

Aunque no es pretensión de este trabajo entrar en detalles teórico-históricos al respecto, cabe partir de que la construcción de la nación en América Latina fue también una creación liberal que respondía a determinados intereses. Aun con sus precedentes, el proceso de construcción nacional comenzó a desarrollarse en la región a partir de la segunda parte del siglo XIX relacionado con el afianzamiento del pensamiento liberal en las elites locales que, frente a los ideales eclesiásticos más conservadores, comenzaron a interesarse en la legitimidad de su poder a través de la identidad nacional. “El nacionalismo –afirma DÍAZ- fue establecido como la nueva religión, una “religión cívica” que legitimaría el

10. Citado por DE BLAS, ANDRÉS, “Nacionalismo”, en DÍAZ, ELÍAS y RUIZ MIGUEL, ALFONSO, Filosofía Política II. Teoría del Estado. Trotta, Madrid, 1996, pág. 234.

nuevo orden de cosas. Serían las elites liberales las que llevarán (con éxito o sin él, dependiendo del lugar), hasta sus máximas expresiones el proyecto de construcción cultural de la nación”¹¹. En la actualidad, existen comunidades –“naciones comunitarias”, como las define TAPIA- cuya matriz social, que incluye los procesos productivos, el orden social y la forma de gobierno político, se organiza en torno a una estructura de carácter comunitario. “Un rasgo de este tipo de naciones de matriz comunitaria es que no contienen en su seno la forma estatal. La política no se ha concentrado y no ha generado en el seno de esas comunidades una separación de instituciones y de personas que se convierten en políticos profesionales para administrar los bienes comunes y tomar decisiones, legislar, en fin, hacer la política por los demás. Un rasgo fuerte de las estructuras comunitarias es el hecho de que la política no se ha autonomizado respecto de la regulación global de la vida social”¹².

La resistencia de comunidades indígenas a los intentos homogeneizadores de la construcción del Estado-nación supone la pervivencia de formas sociales y económicas con voluntad de mantenerse. La *visibilización* de los eternos invisibles, en términos de GONZÁLEZ¹³, se traduce en el contexto latinoamericano en una refundación del Estado que casos como los mencionados pasa, como afirma SANTOS, por el reconocimiento de la plurinacionalidad. “Implica un desafío radical al concepto de Estado moderno que se asienta en la idea de nación cívica –concebida como el conjunto de los habitantes (no necesariamente residentes) de un cierto espacio geopolítico a quienes el Estado reconoce el estatuto de ciudadanos- y, por lo tanto, en la idea de que en cada Estado sólo hay una nación: el Estado-nación. La plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión”, lo que conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación¹⁴.

El Estado plurinacional, tal y como se está construyendo en América Latina, no trata de mantener sociedades *premodernas* en el contexto de la contemporaneidad: las nuevas Constituciones se encargan de la actualización esencial de los caracteres de la plurinacionalidad, pues son conscientes de que en el marco de la globalización sería teóricamente discutible y prácticamente improbable su permanencia. Tampoco se plantea la identificación –más allá de la que pueda derivarse de la nomenclatura por el uso del término *pueblo*- de la *nación* con la *soberanía*. Ni en las asambleas constituyentes ecuatoriana (2007-2008)

11. DÍAZ ARIAS, DAVID, La construcción de la nación: Teoría e historia. Universidad de Costa Rica, San José, 2004, pág. 31.

12. TAPIA, LUIS, Una reflexión sobre la idea de un estado plurinacional. Enlace-OXFAM, La Paz, 2008, págs. 53 y 54.

13. GONZÁLEZ PAZOS, JESÚS, Bolivia. La construcción de un país indígena. Icaria, Barcelona, 2007, págs. 157 y ss.

14. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global, Lima, 2010, pág. 81.

y boliviana (2006-2009) ni, desde luego, en ninguna de las anteriores a éstas, aparecieron voces indígenas expresivas con reivindicaciones soberanistas, y la permanencia del poder constituyente en el pueblo es, como se ha demostrado en la propia activación del poder constituyente, tanto una realidad política como jurídica. De hecho, con el Estado plurinacional en vías de construcción en América Latina, las diferencias entre pueblo como sujeto soberano y nación como realidad sociohistórica parecen más definidas que nunca¹⁵.

El análisis de los actores sociales que han provocado los últimos procesos constituyentes facilita enormemente la comprensión de los textos transformadores que surgieron como resultado de las necesidades de cada país. Frente a la homogeneidad del liberalismo conservador y a su uso del concepto pueblo para legitimar procesos políticos que institucionalizaban intereses oligárquicos, las nuevas Constituciones, de amplia base *popular* tanto en la activación del poder constituyente como en la construcción de los textos¹⁶, son reflejo de los principales problemas que necesitaban de soluciones radicales. En ese sentido, no puede sorprender que en el origen de este *constitucionalismo necesario*¹⁷ se encontrara la activación del poder constituyente por grupos sociales determinados, pero cuya propuesta prendió con rapidez en el resto de la población. Lo que sí puede sorprender, especialmente en el pionero caso colombiano, es el grado de madurez de una sociedad que supo ver en la activación del poder constituyente una herramienta de emancipación cuando, hasta el momento, había sido instrumento de dominación de las oligarquías. En el caso boliviano –y, en buena medida, en el caso ecuatoriano de 1998, aunque con resultados bien diferenciados¹⁸,

15. Los pueblos indígenas bolivianos, por ejemplo, plantearon desde sus primeras reivindicaciones la refundación del Estado boliviano sin cuestionar su integralidad. Por el contrario, paralelamente han surgido intentos de delimitar naciones criollas –particularmente en el oriente del país– con, esta vez sí, clara pretensión soberanista. V. gr., cfr. SANDOVAL RIBERA, ÁNGEL (ed.). *La Nación Camba*. Nación Camba, Santa Cruz de la Sierra, 2001.

16. Si la activación popular del poder constituyente en Colombia, en 1990, no es en su esencia discutida, pues es fruto del proceso social que desembocará de manera crucial en la denominada “séptima papeleta”, sí lo es la construcción del texto, que ha sido objeto de críticas por la acaparamiento del proceso que realizaron desde el sistema los partidos políticos. Cfr., en general, MEJÍA QUINTANA, ÓSCAR (dir.). *Poder constituyente, conflicto y constitución en Colombia*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005. No obstante, es innegable el avance constitucional producido en la región desde la Constitución colombiana de 1991, que inaugura el nuevo constitucionalismo.

17. En términos de VICIANO y MARTÍNEZ, “El nuevo constitucionalismo...” cit. págs. 4 y ss.

18. La participación indígena fue decisiva en los sucesos previos a la activación del poder constituyente de 1998, pero la experiencia tanto constituyente como el desarrollo posterior fue en contra de sus propósitos. Como afirma En este sentido, afirman CHÁVEZ, RODRÍGUEZ y BARRETT que “varios de los movimientos sociales más prominentes tienen reservar profundas frente al potencial transformador de las instituciones de la democracia representativa. En Ecuador, por ejemplo, el movimiento indígena muestra un profundo recelo frente a los canales de representación existentes, que en numerosos episodios –en especial la Asamblea Constituyente de 1998 y la “traición” de Lucio Gutiérrez en 2002– han terminado por reforzar el dominio de las elites políticas, étnicas y económicas” (CHÁVEZ, DANIEL; RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR y BARRETT, PATRICK, “¿Utopía revivida? Introducción al estudio de la nueva izquierda latinoamericana”, en CHÁVEZ, DANIEL; RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR y BARRETT, PATRICK (eds.), *La nueva izquierda latinoamericana*. Los libros de la Catarata, Madrid, 2008, pág. 63). Es una de las razones por las que cabe explicar el escepticismo intermitente de una parte importante de las organizaciones indígenas ecuatorianas en el proceso constituyente de 2007-2008. Cfr. BECKER, MARC, ¡Pachakutik! Indigenous movements and electoral politics in Ecuador. Rowman & Littlefield, Plymouth, 2011, págs. 67 y ss.

además, la sorpresa puede venir de la mano de que el grado de madurez provino principalmente de pueblos indígenas, quienes tenían fuertes razones para desconfiar de una herramienta históricamente hegemónica en la dominación criolla. Como afirma SANTOS, el constitucionalismo transformador es una de las instancias, quizás la más decisiva, del uso contrahegemónico de instrumentos hegemónicos¹⁹.

Las necesidades constituyentes decidieron los actores que en un primer momento fueron capaces de aglutinar los esfuerzos populares hacia la activación del poder constituyente, y que constituyeron grupos diferenciados en cada caso. Estudiantes universitarios, académicos y población urbana en el caso colombiano de 1990-1991, decididos a hacer frente al conflicto interno y a la exclusión y avanzar por el camino de la paz y la integración; organizaciones indígenas y grupos de población marginados en la asamblea constituyente ecuatoriana de 1997-1998, que habían resistido a las recetas neoliberales destinadas a aplacar la crisis y que sólo habían creado desigualdad y corrupción; pobres y clases medias venidas a menos en el caso venezolano de 1999, hastiadas de un sistema político ineficaz y corrupto y ávidas de establecer mecanismos para una mayor justicia social y una democracia de calidad; clases bajas y medias en Ecuador, en 2008-2009, empeñadas en mejorar la experiencia de la década anterior y en avanzar hacia sobre sus errores; y pueblos indígenas rurales junto con población mayoritariamente indígena urbana en el proceso boliviano que desembocó en la asamblea constituyente de 2006-2009²⁰. Como denominador común de todas ellas, el intento de superar la marginalidad, la exclusión y las desigualdades sociales.

De todos los casos anteriores, sin ninguna duda fue en el último y más complejo proceso constituyente latinoamericano, el boliviano de 2006-2009, donde los pueblos indígenas han contado con el mayor protagonismo como actores directos de la

19. SANTOS, Refundación... cit. pág. 80.

20. En general, cfr. TORRES FORERO, CÉSAR AUGUSTO, De las aulas a las urnas. La Universidad del Rosario, la séptima papeleta y la Constituyente de 1991. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, págs. 27 y ss.; PORRAS VELASCO, ANGÉLICA, Tiempo de indios. La construcción de la identidad política colectiva del movimiento indio ecuatoriano (Las movilizaciones de 1990, 1992 y 1997). Abya-Yala, Quito, 2005, págs. 294 y ss.; HERNÁNDEZ CAMARGO, LOLYMAR, El proceso constituyente venezolano de 1999. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, págs. 131 y ss.; RAMÍREZ GALLEGOS, FRANKLIN, "Fragmentación, reflujo y desconcierto. Movimientos sociales y cambio político en el Ecuador" (2000-2010), en MODONESI, MASSIMO y REBÓN, JULLÁN (comp.), Una década en movimiento. Luchas populares en América Latina en el amanecer del siglo XXI. CLACSO-Prometeo, Buenos Aires, 2011, págs. 69 y ss.; y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, "Heterodoxia y dificultades del proceso constituyente boliviano (2006-2009)", en ORTIZ JIMÉNEZ, WILLIAM y OVIEDO ARÉVALO, RICARDO, Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina. Universidad Nacional de Colombia sede Medellín-Universidad de Nariño, Medellín, 2009, págs. 85 y ss.

transformación²¹. Ellos fueron los protagonistas del conocido como “ciclo rebelde” (2000-2005), articulado en torno a la lucha contra el neoliberalismo y la perduración de formas sociales y económicas de exclusión colonial. La lucha por derechos históricamente en discusión, pero más amenazados que nunca tras décadas de aplicación de políticas neoliberales, contó con hitos importantes, como las denominadas guerras del gas y del agua, que desencadenaron la crisis política desestabilizadora de la institucionalidad propia de la democracia pactada: cayeron los gobiernos de Sánchez de Lozada y, posteriormente, de Carlos Mesa. El contraataque de la oligarquía se centró en bloquear cualquier iniciativa favorable a la agenda indígena-popular, entre ellas la convocatoria de una asamblea constituyente. El nuevo gobierno, encabezado por un líder indígena, que venció con mayoría absoluta en las elecciones de diciembre de 2005, llevaba como principal punto en su agenda transformadora el desarrollo del constituyente²².

Las dificultades, no obstante, se alargarían en el proceso boliviano de cambio. La asamblea constituyente boliviana sufrió un verdadero calvario de vicisitudes y tuvo que sortear obstáculos de toda índole hasta aprobar en diciembre de 2007, en circunstancias sumamente adversas, el proyecto de Constitución. El texto producto del trabajo de la Asamblea quedó apartado, tachado por la oposición de ilegítimo. El gobierno boliviano, ante el con-

21. Mención especial requeriría la mencionada activación del proceso constituyente ecuatoriano de 1998, con importante presencia indígena, si bien resultó fallido respecto a las expectativas que en él se habían depositado. Cfr., en general, GONZÁLEZ PAZOS, cit. La incidencia de los pueblos indígenas en las demás constituyentes latinoamericanas, aunque menos importante en su activación, contó con un papel de relevancia en el debate, redacción y resultado final. En el caso colombiano, se ha demostrado cómo el discurso de los constituyentes indígenas –dos miembros de la Asamblea Constituyente de los setenta con que contó el foro-, fundado en las discusiones de sus mesas internas de trabajo, logró claros efectos democratizadores; uno de ellos, el de la inclusión de comunidades históricamente marginadas. Cfr. GONZÁLEZ PIÑEROS, NIDIA CATHERINE, Colombia hacia una democracia participativa. Contribución indígena 1990-2003. Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2006, pág. 18. El caso venezolano está siendo objeto de reivindicación, aunque los pueblos indígenas –un 1,5% de la población en el censo de 1992- conforman minorías en ocasiones menos singulares que en otros países del área, y localizadas mayoritariamente en territorios fronterizos. De hecho, la activación del poder constituyente y la preparación de la asamblea sirvió para la unificación y fortalecimiento del movimiento indígena. Cfr. LEE VAN COTT, DONNA, “Movimientos indígenas y transformación constitucional en los Andes. Venezuela en perspectiva comparada”. Revista venezolana de Economía y Ciencias Sociales vol. 8, n° 3, septiembre-diciembre 2002, págs. 41-60. Cabe recordar que los tres constituyentes indígenas –de un total de 131 miembros- que integraron la asamblea constituyente venezolana fueron seleccionados, según la tercera de las bases comiciales que determinaron la elección de los constituyentes, “de acuerdo con sus costumbres y prácticas ancestrales, y el mecanismo que elijan las organizaciones indígenas. El derecho de participación aquí previsto atenderá a la pluralidad de culturas existentes en las distintas regiones del país”. Cfr. VICIANO PASTOR, ROBERTO y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, págs. Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000). Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 139 y ss. En el marco de la revolución ciudadana que dio apoyo al proceso constituyente ecuatoriano de 2007-2008, y a pesar de las interferencias entre los promotores de la activación directa del poder constituyente y las organizaciones indígenas, el apoyo de la mayor parte de éstos fue claro, y su influencia en la propia redacción de la Constitución de 2008 decisiva. Cfr. BECKER, cit. págs. 103 y ss.

22. La relación de sucesos puede verse en CABEZAS, MARTA, “Caracterización del ciclo rebelde 2000-2005”, en ESPASANDÍN LÓPEZ, JESÚS, e IGLESIAS TURRIÓN, PABLO (coords.), Bolivia en movimiento. Acción colectiva y poder político. El Viejo Topo, Barcelona, 2007. págs. 189-219.

flicto que supondría la realización de un referéndum legitimador del texto, decidió negociar con la oposición el contenido de la Constitución en los conocidos como *acuerdos de octubre*²³. Finalmente, el 25 de enero de 2009 el pueblo boliviano votó mayoritariamente (61,43%) a favor del texto negociado sobre la base del que había elaborado la Asamblea Constituyente. La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPEPB) fue la primera Constitución legitimada directamente por el pueblo boliviano, y el resultado directo de una lucha indígena por la democracia²⁴.

3. Pueblos indígenas como sujetos y plurinacionalidad como construcción

Aun con importantes precedentes, como la Constitución brasileña de 1988, es a partir de las Constituciones del nuevo constitucionalismo cuando se planteó con fuerza decisiva el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. De esta manera, los pueblos originarios pasaron de ser actores y preservadores de la plurinacionalidad, a ser sujetos de derechos constitucionales y *constructores* de una realidad que abrazó al ámbito de la constitucionalidad. Ya desde temprano aparecieron las dificultades teóricas que provenían del posible conflicto entre la identidad étnica (o plurinacional) y la nacional (o estatal)²⁵; no obstante, ya el constituyente colombiano de 1990-1991 creó dos circunscripciones especiales indígenas en el Senado para indígenas que hayan ejercido “cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena”, reconoció el ejercicio de “funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos”, y creó los territorios indígenas, entre otros notables avances²⁶. Como afirma CASTRILLÓN, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1991 “fue un hecho que marcó un hito en la historia del constitucionalismo de Colombia. Los pueblos indígenas habían sido sujetos de legislaciones especiales que promocionaban su asimilación a la cultura nacional

23. Un documento explicativo y justificativo de los acuerdos de Cochabamba o de octubre puede consultarse en ROMERO, CARLOS; BÖHRT IRAHOLA, CARLOS; y PEÑARANDA, RAÚL, *Del conflicto al diálogo. Memorias del acuerdo constitucional*. Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria-Fundación Friedrich Ebert-Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, La Paz, 2009.

24. Respecto a la génesis y evolución del proceso constituyente boliviano, cfr., en general, MARTÍNEZ DALMAU, “Heterodoxia y dificultades...” cit.

25. Cfr. PINEDA CAMACHO, ROBERTO, “La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia”. *Alteridades* n° 7, 1997, págs. 107-129.

26. Artículos 171, 246 y 286 Constitución colombiana de 1991.

o a la vida civilizada durante más de un siglo y en 1991 se convierten en sujetos de derecho de orden constitucional²⁷. A la vista de la intrínseca sustancia indígena de la Constitución boliviana de 2009, firmemente determinada en la creación material del Estado plurinacional, los primeros avances del nuevo constitucionalismo pueden parecernos tímidos; los derechos indígenas y los elementos materiales de reconocimiento de la plurinacionalidad han aumentado exponencialmente en los textos constitucionales y han protagonizado principalmente, por razones ya explicadas, los referentes generales indígenas en los países con mayor presencia de pueblos originarios.

Sin duda, la incorporación constitucional de los derechos indígenas reflejan importantes elementos de confirmación, por un lado, y de construcción, a su vez, de la plurinacionalidad. Uno de los rasgos fundamentales del concepto de plurinacionalidad es el reconocimiento del pluralismo jurídico. La incorporación del derecho indígena en los países andinos es un fenómeno relativamente nuevo, que arranca en los años noventa del siglo pasado y que abraza tanto a las constituciones del nuevo constitucionalismo (Colombia, 1991; Ecuador, 1998; Venezuela, 1999) como a reformas desde el poder constituido (Bolivia, 1967 reformada en 1994) e incluso a una Constitución de dudosa legitimidad (Perú, 1993). El fundamento de todas ellas en las postrimerías del siglo XX, estaban dirigidas en mayor medida a la construcción de un Estado pluricultural; parafraseando a YRIGOYEN, con estos cambios constitucionales varios países andinos reconocieron constitucionalmente la diversidad cultural y el pluralismo legal, e hicieron posible el paso a un modelo de Estado pluricultural. De la negación y exclusión de idiomas, culturas y sistemas normativos indígenas, las constituciones avanzaron hacia su reconocimiento legal, la descriminalización de las prácticas culturales y jurídicas indígenas, e incluso su promoción activa, dentro de conceptos más integrales de democracia y participación²⁸. Cabe entender que el pluralismo jurídico, así concebido, se da sobre la base teórica, ampliamente reconocida en los ordenamientos constitucionales occidentales, sobre la posibilidad y legitimidad propia del federalismo: es la Constitución la que reconoce la vigencia y establece los límites de cada uno de los ordenamientos existentes en el marco del poder del Estado. Por lo tanto, el pluralismo jurídico de los pueblos indígenas no sólo no cuestiona al poder constituyente, sino que fundamenta su ejercicio y efectividad en la voluntad de éste determinada en la Constitución, que en todos los casos garantiza su supremacía sobre cualquier norma aplicable en el Estado²⁹.

27. CASTRILLÓN ORREGO, JUAN DIEGO, *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*. UNAM, México, 2006, pág. 483.

28. YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, "El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos", en ASSIES, WILLEM; VAN DER HAAR, GEMMA; y HOEKEMA, ANDRÉ, *El reto de la diversidad*. Colegio de Michoacán, Zamora, 1999, pág. 344

29. Artículos 241 y 246 Constitución colombiana de 1991; artículo 272 Constitución ecuatoriana de 1998; artículo 228 Constitución boliviana de 1967 reformada en 1984; artículo 51 de la Constitución peruana de 1993; artículo 335 Constitución venezolana 1999.

Aunque los elementos plurinacionales, en relación con los derechos de los pueblos indígenas, son detectables en todas las Constituciones del nuevo constitucionalismo, es en el caso boliviano donde se desarrolla con mucho mayor detalle y coherencia, por lo que la caracterización del Estado plurinacional en Bolivia requiere de un análisis especial³⁰.

El artículo primero de la Constitución boliviana de 2009³¹ encabeza el primer capítulo, *Modelo de Estado*, del Título Primero, *Bases Fundamentales del Estado*. De hecho, es un precepto que podría resumir todas las innovaciones y las características de la Constitución: la definición del Estado boliviano y su legitimación en la pluralidad y la democracia. Hace, por ello, referencia a las condiciones y elementos que incidieron en la activación del poder constituyente de 2006-2009, muchas de las cuales también se citan en el Preámbulo: la necesidad de reconstituir al Estado boliviano sobre nuevas bases de legitimidad, y de reconocer la realidad plurinacional de un país complejo que ha decidido vivir unido asumiendo positivamente las diferencias que lo caracterizan.

En este primer artículo resalta la presencia del principio metacomplejo de “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”. Se trata de una construcción teórica ampliamente discutida en el seno de la Asamblea Constituyente, que finalmente optó por una definición de Estado donde todos sus elementos se complementan en un mismo nivel de importancia. Estos elementos metacomplejos en la Constitución boliviana se reconocen por la falta de separadores ortográficos, como las comas y punto y comas entre sus componentes³², y se pueden encontrar con facilidad en el texto constitucional. Otra construcción similar es “naciones y pueblos indígena originario campesinos”, que se menciona por primera vez en el artículo segundo. La presencia de este tipo de construcciones traduce la búsqueda de fórmulas de autorreconocimiento que tuvo que construirse consensuadamente en la Asamblea Constituyente con objeto de expresar lingüísticamente la complejidad de identidades y realidades que deseaban verse representados en el texto

30. En el caso de la Constitución ecuatoriana de 2008, su artículo primero menciona a la “plurinacionalidad” junto con otra serie de calificativos que caracterizan al Estado ecuatoriano. El concepto se repite en el segundo párrafo del artículo 6, cuando determina que “la nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional”; en el 257, cuando se refiere a la creación de circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas; y en la responsabilidad del Estado de “velar” por la “identidad plurinacional, pluricultural y multiétnica del Ecuador” (art. 380.1). Frente a esa plurinacionalidad, apenas mencionada formalmente y desarrollada materialmente en el sustrato principista del *sumak kawsay* y en el catálogo de derechos de los pueblos indígenas, el calificativo “nacional” se encuentra mucho más ampliamente reconocido y desarrollado en el texto constitucional.

31. “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

32. Nótese la diferencia entre el primer concepto (Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario) y los siguientes, ya diferenciados a través de signos de puntuación (libre, independiente...)

constitucional. La Asamblea huyó de convencionalismos propios del viejo constitucionalismo, y no tuvo miedo en plantear novedosas construcciones que eran necesarias para alcanzar denominaciones formales lo más aproximadas posibles al modelo teórico que se planteaba.

De esa manera, la definición del Estado como Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario incorpora cinco adjetivos que no sólo se complementan entre ellos, sino que se condicionan mutuamente en su significado, creando un concepto único: Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. El primero de ellos, *Unitario*, puede parecer en un principio redundante –todo Estado es, por su naturaleza, unitario; en caso contrario no sería Estado–, y sólo cobra significado en el marco de la *plurinacionalidad*, también mencionada en la misma expresión. Se rompe de esa forma con la identidad colonial del Estado-nación, y se reconoce y constitucionaliza la identidad real boliviana, plurinacional, si discutir el marco estatal único. Los elementos *Social* y *de Derecho* hacen referencia a la formulación histórica del constitucionalismo desde la creación, consagrada desde sus inicios, pero desarrollada en su máxima expresión durante el positivismo decimonónico, del Estado de Derecho, hasta la incorporación con las políticas del Estado del bienestar, a mitad del siglo XX, con el carácter social del constitucionalismo. En sí, el concepto no incorpora muchos elementos nuevos al Estado Plurinacional Comunitario –verdaderos ejes de la construcción teórica³³–, pero implica un reconocimiento de la herencia del constitucionalismo positivista y social, aunque estén ampliamente superados por los contenidos de la propia Constitución. Por último, el elemento *Comunitario* es quizás el menos desarrollado en la construcción. No existe, de hecho, una descripción del significado que, de nuevo, hay que buscar en el conjunto del texto constitucional. De esta manera, el Estado Comunitario haría referencia, con denominación propia, al Estado descrito en la Constitución, con una implicación directa tanto con los principios de la legitimidad democrática como con un papel concreto en la integración social, la justicia redistributiva y la asunción de un papel decisivo en ámbitos como el de la garantía de los derechos o la consolidación de un modelo productivo concreto. La Constitución ecuatoriana de 2008, en su artículo primero, decidió llamarlo Estado constitucional de derechos y justicia, siguiendo la doctrina de la superación del Estado Social y Democrático de Derecho y su evolución hacia el Estado constitucional³⁴. La constitución boliviana, no obstante, haciendo una vez más uso de la originalidad que la caracteriza, prefirió utilizar esta nomenclatura propia: Estado comunitario.

33. Expresión que, de hecho, se utiliza en el texto constitucional como resumen del concepto entero; v. gr., art. 98 CPEPB. “La diversidad cultural constituyen la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario (...)”.

34. Cfr., en general, ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO; GRIJALVA JIMÉNEZ, AGUSTÍN; y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

Siguiendo el objetivo legitimador de todo el artículo, quizás el más importante de la Constitución boliviana, se hace finalmente referencia a la realidad sociopolítica del país: *la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico*. Es una enumeración que sirve de presentación a los sucesivos desarrollos de cada una de estas realidades en el texto constitucional³⁵. Se trata de un reconocimiento específico de lo que durante la mayor parte de la historia boliviana desde la época colonial se ha obviado o, simplemente, se ha considerado perjudicial a la construcción del Estado boliviano. La confluencia de factores plurinacionales en el reconocimiento del nuevo Estado, una de las bases del proceso constituyente que dio inicio formalmente en 2006, no esconde la voluntad de mantener la soberanía en el pueblo boliviano y, por lo tanto, de no cuestionar la integridad de un solo poder constituyente. De ahí que la mención final *al proceso integrador del país* pueda parecer extemporánea, pero cuenta con una explicación política propia de los dos vectores alrededor de los cuales se desarrolla el texto constitucional: el reconocimiento de la plurinacionalidad y, a la vez, el mantenimiento de un concepto unitario construido a partir del reconocimiento y protección constitucional de las diferencias.

Del hecho de que la *plurinacionalidad* carecería de sentido si no fuera de la mano de la reivindicación de la función y los derechos de los pueblos indígenas es claro reflejo el artículo que sigue a la descripción del carácter plurinacional³⁶. Es sencillo encontrar en esta disposición varios de los rasgos a los que ya se ha hecho referencia en el artículo primero. Aparece por primera vez el concepto *pueblos indígena originario campesinos*, la segunda construcción metacompleja. Otras posibles fórmulas, como el uso de guiones entre los elementos de la construcción o, incluso, de cursivas, fue discutido en el marco de la redacción por parte de la Asamblea Constituyente la que, finalmente, optó por la formulación de la definición tal y como está expresada. En la creación de la enunciación participaron activamente los pueblos indígenas que, finalmente, y a pesar de los límites formales del significante, se sintieron reconocidos en el resultado.

Por otro lado, también es fácilmente identificable el reconocimiento de la plurinacionalidad –y, en este caso, la libre determinación de los pueblos indígenas– con el esfuerzo

35. V. gr., las formas plurales de organización económica (art. 306.II CPEPB), o la consagración constitucional del derecho de los pueblos indígena originario campesino al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión (art. 30.II.14 CPEPB).

36. Artículo 2 CPEPB: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

por dejar claro que el reconocimiento de la pluralidad no implica en ningún caso la disgregación estatal. De hecho, tras el reconocimiento histórico a la existencia precolonial de los pueblos indígenas y el dominio legítimo sobre sus territorios, se reconoce la libre determinación en el sentido que indica el propio artículo: ésta supone el derecho a la autonomía, al autogobierno, a la cultura, a las instituciones y a la formación de sus propios entes territoriales. Se trata, por lo tanto, de una libre determinación cuyo significado está delimitado constitucionalmente y, en el marco de ésta, legalmente –el inciso hace referencia no sólo a la Constitución, sino también a la ley-. De hecho, la Constitución es profusa a la hora de describir, sin ahorro de detalles, aspectos tan técnica y políticamente complejos como los territorios indígenas o las formas de autogobierno³⁷, justamente para que el legislador ordinario no pueda regular en detrimento de la protección constitucional.

El tercer artículo de la Constitución³⁸ fue el primero que sufrió modificaciones en los denominados *acuerdos de octubre* que, como se ha hecho referencia, posibilitaron el referendo constitucional unos meses después. Recuérdese que el texto aprobado por la Asamblea Constituyente estuvo diez meses paralizado hasta que fue modificado en el Congreso en el marco de las negociaciones entre todos los sectores políticos. La modificación de la redacción original de la Asamblea Constituyente por parte del poder constituido produjo un problema de legitimidad que sólo parcialmente pudo ser resuelto por el referéndum que finalmente aprobó el texto en la versión acordada en el Congreso. Los acuerdos de octubre parecieron empeñados en reducir la carga simbólica de la pretensión plurinacional.

En este caso, como varios de los cambios fruto del acuerdo, parecían empeñados en reducir la carga simbólica de la pretensión plurinacional³⁹, y la modificación introdujo elementos de confusión y contradictorios en el texto. El artículo original⁴⁰ pretendía integrar diferentes dimensiones sociales y obviaba, coherentemente, la referencia a la nación. De esta manera, donde el artículo original describía al pueblo boliviano, el texto definitivo se

37. Arts. 289 y ss. CPEPB

38. Artículo 3 CPEPB: “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”.

39. Un ejemplo paradigmático fue la introducción de la denominación “República de Bolivia” en el artículo 11 CPEPB. El término República no aparecía en el articulado del proyecto de Constitución de la Asamblea Constituyente. La denominación Bolivia, sin calificativos, había sido objeto de recuperación histórica, aunque, obviamente, por el sistema político descrito en la parte orgánica de la Constitución nadie podía dudar de que se trataba de una República, aunque no se mencionara expresamente. La indicación a la República de Bolivia, de hecho, no aparece ninguna otra vez en el texto constitucional después del artículo mencionado, que de esta manera se conforma como un cerro testigo de la visión hegemónica republicana clásica del viejo constitucionalismo boliviano.

40. “El pueblo boliviano está conformado por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos pertenecientes a las áreas urbanas de diferentes clases sociales, a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y a las comunidades interculturales y afrobolivianas” (texto del artículo 3 del proyecto de Constitución redactado por la Asamblea Nacional Constituyente).

refiere a la nación boliviana y, al final, introduce también la referencia al pueblo. La existencia de una nación boliviana enfrenta formalmente el carácter plurinacional del Estado que, justamente, se fundamentaba en contra de la asimilación Estado/nación.

Ahora bien; la presencia de este nuevo elemento obliga a una interpretación complementaria del carácter plurinacional del Estado (artículo 1) con la presencia de una *nación boliviana* (artículo 3). La solución pasa por plantear un concepto aglutinador de nación boliviana, al estilo de la diferenciación entre nación y nacionalidad presente en la Constitución española de 1978 (artículo 2); la presencia de una dimensión jurídica de nación, que de hecho está referida principalmente al de nacionalidad⁴¹, y de una dimensión sociopolítica, directamente relacionada con el concepto de Estado plurinacional. La identidad *nación de naciones* boliviana se conformaría, de esta manera, como denominador estatal común de las identidades plurinacionales.

La plurinacionalidad alcanza, en el resto del articulado de Capítulo primero, al respeto y garantía de las creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones” (art. 4)⁴², que rompe con la hegemonía católica reconocida tradicionalmente en el constitucionalismo boliviano⁴³; al uso de los idiomas propios de cada nación, exhaustivamente listados en el artículo 5⁴⁴; y a la consideración en el artículo 6.II de la bandera de los pueblos indígenas andinos –mencionada con el término aymara wiphala- como símbolo del Estado, junto con los clásicos elementos republicanos: bandera tricolor, himno, escudo, escarapela, y flores de la kantuta y del patujú, lo que no deja de ser un magnífico ejemplo del sincretismo utilizado para la construcción del Estado Plurinacional.

41. Cfr. Título V (“Nacionalidad y ciudadanía”), Capítulo primero (“Nacionalidad”), arts. 141 y ss CPEPB.

42. Diferenciación que también se produce en el art. 21.3, que establece la libertad religiosa como un derecho: Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: (...) 3. A la libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto, expresados en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, con fines lícitos.

43. La ubicación entre los primeros artículos del texto proviene de las posiciones primeras en constituciones anteriores (Art. 3 Constitución boliviana de 1947; art. 3 Constitución boliviana de 1967). La diferencia es que las constituciones anteriores determinaban que el catolicismo era la religión oficial del país. El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica y romana. Garantiza el ejercicio público de todo otro culto. Las relaciones con la Iglesia Católica se regirán mediante concordados y acuerdos entre el Estado Boliviano y la Santa Sede, afirmaba el tercer artículo de la Constitución de 1967, ahora derogada, y en una redacción muy parecida a la de 1947.

44. El listado de idiomas cooficiales, que debe entenderse por el propio tenor literal del artículo como un *numerus clausus*, es otra de las importantes novedades del texto constitucional. La mención del castellano como lengua común es seguida por una detallada relación de treinta y seis idiomas de los pueblos indígenas, registrados por orden alfabético. El idioma es, de acuerdo con el artículo 30 CPEPB, uno de los elementos que determinan a conformación de un pueblo indígena. Algunos de estos idiomas, como el aymara, el quechua y el guaraní, cuentan con un relativamente alto número de hablantes, incluso fuera de las fronteras bolivianas; otros, la mayoría, son regionales o locales, pese a lo cual gozan del estatuto de lengua oficial, todo un avance en el marco de los derechos. El uso por parte de los poderes públicos viene determinado en el segundo apartado del artículo cinco: el Gobierno plurinacional y los departamentos deben usar el castellano, como lengua común, y al menos un idioma originario, de acuerdo con la realidad del territorio. El resto de los ámbitos públicos deben usar, además del castellano, los idiomas propios del territorio sobre el que se encuentran. En este sentido, el artículo 234.7 establece como requisito para el acceso a la función pública hablar al menos dos idiomas oficiales del país, si bien la disposición transitoria décima, incorporada durante los Acuerdos del Congreso, afirma el carácter progresivo del cumplimiento de esta obligación.

Sin duda, la construcción principista del Estado plurinacional que se realiza en los dos apartados del artículo 8 de la Constitución establece el principal fundamento ético que subyace en una construcción definitivamente novedosa⁴⁵. El artículo forma parte de la tradición principista del nuevo constitucionalismo latinoamericano, y establece un sistema ontológico de particular relevancia para la interpretación constitucional. Se trata de otro buen ejemplo del binomio indigenismo/republicanismo presente en todo el texto. Mientras que el primer apartado incorpora principios de los pueblos indígenas –en su idioma original, como el aymara, el quechua, o el guaraní, y con la traducción correspondiente al castellano–, el segundo numeral plantea principios puramente republicanos. Entre los primeros cabe resaltar el *suma qamaña*, vivir bien, que en la Constitución de Ecuador asumiría la denominación de *buen vivir*, *sumak kawsay*⁴⁶; se trata de una relación entre formas de vivir de origen sustancial indígena y valores constitucionales que caracterizan la nomenclatura, el entorno medioambiental y las relaciones socioeconómicas de ambas Constituciones⁴⁷. A la relación de naturaleza republicana, la Constitución boliviana los denomina *principios*; a los de origen indígena, *valores*⁴⁸.

4. Complejidad y retos del desarrollo constitucional: la justicia originaria

Tras el análisis del concepto de Estado plurinacional, que debe complementarse con el amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas, no es difícil advertir de que las condiciones constitucionales para la construcción del modelo o la aplicación de ciertos derechos plantean una complejidad social, política y jurídica de importantes proporciones, que por otro lado se dan en un contexto sin apenas tradición en el uso de instituciones de alta complejidad. A lo que cabe añadir que, en muchos casos, y como se ha avanzado anteriormente, se trata de órganos, conceptos y relaciones novedosas, sin ningún tipo de

45. Artículo 8.I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

46. Arts. 12 y ss. Constitución ecuatoriana de 2008.

47. Cfr. APARICIO WILHEMI, MARCO, "Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones de Ecuador y Bolivia". Revista General de Derecho Público Comparado n° 9, 2011, págs. 1-24.

48. Más allá de esta diferenciación formal, no parece que exista una diferencia de fondo entre principios y valores. El cumplimiento de ambos, de acuerdo con la propia Constitución, es uno de los fines principales del Estado (art. 9.4 CPEPB).

experiencia previa de la que se pueda aprender. La complejidad constitucional, que abraza tanto a la extensión como al contenido del texto, es una notoria característica del nuevo constitucionalismo⁴⁹. En consecuencia, el reto del desarrollo constitucional es ingente: a las condiciones de cambio que impulsaron el proceso constituyente y las tensiones que necesariamente desataron se suman las altas expectativas de la población, así como la dificultad de poner en marcha las nuevas instituciones y de crear las condiciones para el funcionamiento adecuado de la norma suprema.

En el caso colombiano, por ejemplo, la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas fueron objeto de particular interés por parte de la Corte Constitucional, que realizó una importante labor interpretativa al respecto -como ocurrió con otras cuestiones que contaron con una discutible previsión en el texto constitucional, entre ellas la vigencia de los derechos sociales-. Respecto a los pueblos indígenas, la Corte hizo énfasis en los derechos culturales por encima de las consideraciones económicas; determinó la alianza entre los llamados “intelectuales indígenas” y la Corte Constitucional justamente propiciada por dicho énfasis, y defendió la internacionalización de la lucha política indígena; en términos generales, los propios indígenas afirmaban que los logros obtenidos durante el periodo de desarrollo constitucional no se hubieran conseguido sin el respaldo de la Corte⁵⁰. En el caso venezolano, por su parte, la falta de un modelo plenamente concentrado de la constitucionalidad, entre otros factores, limitó la posibilidad de un Tribunal Supremo de Justicia con la fuerza necesaria para tomar decisiones de esta magnitud, a pesar de lo cual la Constitución determinó la presencia en la Asamblea Nacional venezolana elegida en agosto de 2000 de los primeros diputados indígenas presentes en la historia del país; a lo que cabe sumar la importante actividad legislativa a favor del desarrollo constitucional, aunque no estuvo exenta de polémica propia de la complejidad incorporada en el texto constitucional⁵¹.

En el caso ecuatoriano y, particularmente, en el boliviano, las pretensiones constitucionales sobre la construcción del Estado plurinacional y el amplio catálogo de derechos indígenas plantean una complejidad aun mayor que las consideradas anteriormente. El desarrollo del buen vivir presente en las dos Constituciones, la aplicación real de los derechos

49. Cfr. VICIANO y MARTÍNEZ, “El nuevo constitucionalismo...” cit. págs. 17 y ss.

50. UPRIMNY YEPES, RODRIGO y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (eds.), *Emancipación social y violencia en Colombia*. Norma, Bogotá, 2004, págs. 255-288.

51. Cfr. KUPPE, RENÉ, “Los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales en Venezuela. Un análisis conceptual”. *Ágora-Revista de Ciencias Sociales* n° 14, 2006, págs. 167 -191.

de la naturaleza en el texto ecuatoriano, o el funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional en el caso boliviano, son retos de altísima complejidad que requerirán una adecuación legislativa sin precedentes en esos países, una actitud ejecutiva plenamente comprometida con la supremacía constitucional, y la búsqueda de condiciones sociales y económicas que faciliten la vigencia de la Constitución.

Dentro de la aplicación constitucional de la plurinacionalidad cumple un papel destacado la categorización de la justicia originaria como fundamento de aplicación del pluralismo jurídico. Al tratarse de una forma propia de aplicación del Derecho, la justicia originaria -reconocida en todas las Constituciones del nuevo constitucionalismo- queda determinada por la Constitución y por el resto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico, de las que también forma parte el Derecho que se aplica en los pueblos originarios⁵². En el caso boliviano, la Justicia originaria se traduce en una reconfiguración de todo el sistema de justicia que alcanza al mismo diseño del Tribunal Constitucional Plurinacional “La función judicial es única”, determina el artículo 179.I de la Constitución. “La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley”. El artículo 197.I, por su cuenta, determina que “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”.

No podría explicarse la importancia de la justicia originaria en la construcción plurinacional latinoamericana si no contara con todas las características de un verdadero ordenamiento jurídico, en cuyo vértice se sitúa la Constitución. Es la Constitución la que crea la legitimidad en el campo jurídico que permite a la justicia originaria formar parte de la estructura estatal de justicia. Pero ello implica también que debe existir la competencia de revisión y control sobre la justicia originaria, porque de lo contrario no estaríamos ante un verdadero sistema jurídico con fundamento constitucional. La función disciplinaria cuenta en este marco con una de sus más importantes potencialidades y misiones.

En conclusión, es cierto que las nuevas Constituciones incorporan instrumentos, hasta el momento desconocidos en los diferentes sistemas normativos, destinados a profundizar

52. En general, cfr. MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN; STORINI, CLAUDI; VICIANO, ROBERTO, Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Garantías de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza, Santiago de Chile, 2021.

en las vías de transformación abiertas por el constituyente. En ese sentido, las novedades en la titularidad, contenido y garantías de los derechos, los mecanismos democratizadores de las relaciones sociales, económicas y políticas; el control social, el sustrato principista o la marginación del poder constituyente constituido –cualquier reforma constitucional requiere de referéndum-, presentes en todas o la mayoría de las nuevas constituciones, están principalmente destinados a profundizar en el proceso de cambio iniciado por la activación del poder constituyente. Se incluyen en este sentido los desafíos planteados por la plurinacionalidad en relación con la Justicia originaria. Todos estos asuntos han dejado de ser de voluntad para pasar a ser de acción. El reto, en estos momentos, no es constituyente, porque en este campo el avance ha sido importante; es un reto constitucional que, si no se lleva con éxito, comportará necesariamente el fracaso del nuevo constitucionalismo.

Referencias

APARICIO WILHEMI, MARCO, “Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones de Ecuador y Bolivia”. *Revista General de Derecho Público Comparado* n° 9, 2011, págs. 1-24.

ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO; GRIJALVA JIMÉNEZ, AGUSTÍN; y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Tribunal Constitucional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

AYMERICH OJEA, IGNACIO, “Derecho Latinoamericano”, en ALTAVA LAVALL, MANUEL GUILLERMO (coord.), *Lecciones de Derecho Comparado*. Universitat Jaume I, Castelló, 2003.

BECKER, MARC, ¡Pachakutik! Indigenous movements and electoral politics in Ecuador. Rowman & Littlefield, Plymouth, 2011.

CABEZAS, MARTA, “Caracterización del ciclo rebelde 2000-2005”, en ESPASANDÍN LÓPEZ, JESÚS, e IGLESIAS TURRIÓN, PABLO (coords.), *Bolivia en movimiento. Acción colectiva y poder político*. El Viejo Topo, Barcelona, 2007.

CARBONELL, MIGUEL; CARPIZO, JORGE; y ZOVATTO, DANIEL, *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. UNAM, México, 2009.

CASTRILLÓN ORREGO, JUAN DIEGO, *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*. UNAM, México, 2006, pág. 483.

CHÁVEZ, DANIEL; RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR y BARRETT, PATRICK, “¿Utopía revivida? Introducción al estudio de la nueva izquierda latinoamericana”, en CHÁVEZ, DANIEL; RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR y BARRETT, PATRICK (eds.), *La nueva izquierda latinoamericana. Los libros de la Catarata*, Madrid, 2008.

CLAVERO, BARTOLOMÉ, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. Siglo XXI, México, 2008.

DE BLAS, ANDRÉS, “Nacionalismo”, en DÍAZ, ELÍAS y RUIZ MIGUEL, ALFONSO, *Filosofía Política II. Teoría del Estado*. Trotta, Madrid, 1996.

DÍAZ ARIAS, DAVID, *La construcción de la nación: Teoría e historia*. Universidad de Costa Rica, San José, 2004.

GARGARELLA, ROBERTO y COURTIS, CRISTIAN, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2009.

GONZÁLEZ PAZOS, JESÚS, *Bolivia. La construcción de un país indígena*. Icaria, Barcelona, 2007.

GONZÁLEZ PIÑEROS, NIDIA CATHERINE, *Colombia hacia una democracia participativa. Contribución indígena 1990-2003*. Pontificia Universidad Javeriana, Cali, 2006.

HERNÁNDEZ CAMARGO, LOLYMAR, *El proceso constituyente venezolano de 1999*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.

KUPPE, RENÉ, “Los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales en Venezuela. Un análisis conceptual”. *Ágora-Revista de Ciencias Sociales* n° 14, 2006, págs. 167 -191.

LEE VAN COTT, DONNA, “Movimientos indígenas y transformación constitucional en los Andes. Venezuela en perspectiva comparada”. *Revista venezolana de Economía y Ciencias Sociales* vol. 8, n° 3, septiembre-diciembre 2002, págs. 41-60.

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, “Heterodoxia y dificultades del proceso constituyente boliviano (2006-2009)”, en ORTIZ JIMÉNEZ, WILLIAM y OVIEDO ARÉVALO, RICARDO, Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina. Universidad Nacional de Colombia sede Medellín-Universidad de Nariño, Medellín, 2009.

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN “Pluralidad y pueblos indígenas en las nuevas Constituciones latinoamericanas”, en ANTONIO PIGRAU SOLÉ (ed.), Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas Constituciones de Ecuador y Bolivia. Tirant, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, “Democratic Constitutionalism and Constitutional Innovation in Ecuador. The 2008 Constitution”. Latin American Perspectives vol. 43, nº 206, nº1, enero 2016, págs. 158-174.

MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN; STORINI, CLAUDI; VICIANO, ROBERTO, Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Garantías de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza, Santiago de Chile, 2021.

MAYBURY-LEWIS, DAVIS (ed.), The politics of ethnicity: Indigenous peoples in Latin American States. Harvard University Press, Cambridge-Londres, 2002.

MEJÍA QUINTANA, ÓSCAR (dir.), Poder constituyente, conflicto y constitución en Colombia. Universidad de los Andes, Bogotá, 2005.

NOGUERA FERNÁNDEZ, ALBERT, Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas. Tirant, Valencia, 2010.

PINEDA CAMACHO, ROBERTO, “La Constitución de 1991 y la perspectiva del multiculturalismo en Colombia”. Alteridades nº 7, 1997, págs. 107-129.

PORRAS VELASCO, ANGÉLICA, Tiempo de indios. La construcción de la identidad política colectiva del movimiento indio ecuatoriano (Las movilizaciones de 1990, 1992 y 1997). Abya-Yala, Quito, 2005.

RAMÍREZ GALLEGOS, FRANKLIN, “Fragmentación, reflujo y desconcierto. Movimientos sociales y cambio político en el Ecuador” (2000-2010), en MODONESI, MASSIMO y REBÓN, JULIÁN (comp.), Una década en movimiento. Luchas populares en América Latina en el amanecer del siglo XXI. CLACSO-Prometeo, Buenos Aires, 2011.

ROMERO, CARLOS; BÖHRT IRAHOLA, CARLOS; y PEÑARANDA, RAÚL, Del conflicto al diálogo. Memorias del acuerdo constitucional. Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria-Fundación Friedrich Ebert-Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, La Paz, 2009.

SANDOVAL RIBERA, ÁNGEL (ed.). La Nación Camba. Nación Camba, Santa Cruz de la Sierra, 2001.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global, Lima, 2010.

TAPIA, LUIS, Una reflexión sobre la idea de un estado plurinacional. Enlace-OXFAM, La Paz, 2008.

TORRES FORERO, CÉSAR AUGUSTO, De las aulas a las urnas. La Universidad del Rosario, la séptima papeleta y la Constituyente de 1991. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO “Corte constitucional y emancipación social en Colombia”, en SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (eds.), Emancipación social y violencia en Colombia. Norma, Bogotá, 2004, págs. 255-288.

VICIANO PASTOR, ROBERTO y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, págs. Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000). Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

VICIANO PASTOR, ROBERTO y MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”. Revista General de Derecho Público Comparado n° 9, 2011, págs. 1-24.

YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL, “El reconocimiento constitucional del derecho indígena en los países andinos”, en ASSIES, WILLEM; VAN DER HAAR, GEMMA; y HOEKEMA, ANDRÉ, El reto de la diversidad. Colegio de Michoacán, Zamora, 1999, pág. 344

CAPÍTULO 3.

CONFERENCIAS DE LA JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA 2022

Registro Fotográfico II Jornada de la Jurisdicción Disciplinaria

“Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo”.



Apertura e instalación II Jornada de la Jurisdicción Disciplinaria 2022.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo



Néstor Iván Osuna Patiño, ministro de Justicia y del Derecho; Diana Marina Vélez Vásquez presidente Comisión Nacional de Disciplina Judicial.



Intervención: "Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo". Diana Marina Vélez Vásquez, presidente Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo



De derecha a izquierda *Carlos Arturo Ramírez Vásquez* y *Juan Carlos Granados Becerra*, magistrados Comisión Nacional de Disciplina Judicial; *Magda Victoria Acosta Walteros*, vicepresidenta Comisión Nacional de Disciplina Judicial.



De derecha a izquierda *Jorge Luis Trujillo Alfaro*, presidente Consejo Superior de la Judicatura; *Alfonso Cajiao Cabrera*, *Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo* y *Julio Andrés Sampedro Arrubla*, magistrados Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo



Panel: La ética y la profesión jurídica en magistrados, jueces, fiscales y abogados.

Panelistas: *Manuel Atienza*, profesor de la Universidad de Alicante España; *Rodolfo Luis Vigo*, expresidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho; *Eduardo Daniel Fernández Mendía*, ministro del Superior Tribunal de la Provincia de La Pampa, Argentina; *Francisco Barbosa*, fiscal General de la Nación.

Moderador: *Julio Andrés Sampedro Arrubla*, magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial.



Panel: Experiencias comparadas del derecho jurisdiccional disciplinario.

Panelistas: *Rosa Beatriz Yambay Giret*, presidente de la Coordinación de Magistrados de la Niñez y la Adolescencia y Penal de la Adolescencia del Paraguay; *Francisco Silla Sanchis*, vicepresidente del Grupo Iberoamericano de la Unión Internacional de Magistrados; *Alfonso Cajiao Cabrera*, magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial; *Eduardo Daniel Fernández Mendía*, ministro del Superior Tribunal de la Provincia de La Pampa, Argentina.

Moderador: *José Adolfo González Pérez*, magistrado Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Córdoba.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo



Conferencia: Mora judicial (retardo excesivo), desde una mirada constitucional: la importancia del plazo razonable, límite normativo y ético. *Paola Meneses Mosquera*, magistrada de la Corte Constitucional de Colombia.



Panel: Retos y desafíos, propuestas para una justicia oportuna.

Panelistas: *Julián Enrique Pinilla Malagón*, personero distrital de Bogotá; *Enrique Gil Botero*, secretario Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos; *Ricardo Conde Díez*, magistrado promotor de la acción disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial de España; *Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo*, magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Moderador: *Jorge Octavio Ramírez*, decano de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo



Panel: Implicaciones prácticas del código general disciplinario en la jurisdicción.

Panelistas: *Luís Francisco Casas Farfán*, procurador delegado, presidente Sala Disciplinaria de Instrucción; *José Rory Forero*, profesor de Derecho Disciplinario Universidad Libre; *Carlos Arturo Ramírez Vásquez*, magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial; *Martha Isabel Rueda Prada*, magistrada Comisión Seccional de Disciplina Judicial de Santander.

Moderadora: *Paula Andrea Ramírez Barbosa*, procuradora tercera delegada para la Casación Penal ante la Corte Suprema de Justicia.



Conferencia: Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados en España: la convergencia de la ética y sus aportes en la función judicial. *Ricardo Conde Díez*, magistrado promotor de la acción disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial de España.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo



Conferencia: La argumentación jurídica, relevancia ética e implicaciones en la labor del jurista.
Rodolfo Luis Vigo; expresidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.



Panel: Perspectiva de género,
desde el análisis ético
jurisprudencial.

Panelistas: *Hilda González Neira*, presidente Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; *Rosa Beatriz Yambay Giret*, presidente de la Coordinación de Magistrados de la Niñez y la Adolescencia y Penal de la Adolescencia del Paraguay; *Floralba Torres Rodríguez*, fiscal novena delegada ante la Corte Suprema de Justicia.



Moderadora: *Magda Victoria Acosta Walteros*, vicepresidente Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo



Conferencia: Inteligencia artificial y compliance en la jurisdicción disciplinaria. *Paula Andrea Ramírez Barbosa*; procuradora tercera delegada para la Casación Penal ante la Corte Suprema de Justicia.



Panel: Miradas integradoras para el fortalecimiento del cumplimiento ético y transparente en el ejercicio de la profesión de abogado, (en lo público y lo privado).

Panelistas: *Jhonatan Estiven Villada Palacio*, vicepresidente de Asuntos Legales de EPM; *Paula Andrea Ramírez Barbosa*; procuradora tercera delegada para la Casación Penal ante la Corte Suprema de Justicia.

Moderador: *Nicolás Yepes Corrales*, consejero de Estado.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo



Conferencia: Derecho constitucional y pluralismo jurídico en el ejercicio del poder disciplinario. *Rubén Martínez Dalmau*, profesor de la Universidad de Valencia, derecho constitucional.

Panel: Decanos de universidades: la relevancia del papel de la académica en la formación ética y deontológica de los juristas.

Panelistas: *Diana Carolina Olarte Báculos*, decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana; *Jinyola Blanco Rodríguez*, presidente de la Asociación Colombiana de Facultades de Derecho; *Fernando Arturo Salinas Suárez*, rector Universidad Libre, Seccional Bogotá; *Emilssen González de Cancino*, decana Facultad de Derecho Universidad Externado de Colombia; *Diego León Gómez Martínez*, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali; *Javier Alejandro Acevedo Guerrero*, director de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Industrial de Santander; *Jorge Octavio Ramírez Ramírez*, decano de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Moderador: *Juan Carlos Granados*, magistrado Comisión Nacional de Disciplina Judicial.



Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo



Asociación de Facultades de Derecho

Firma acta de compromiso para incorporar dentro del pensum académico la cátedra de ética del abogado firmada por las facultades de derecho.

Conferencia: **Ética en la decisión judicial**

Manuel Atienza Rodríguez

Corredactor del Código

Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica

El tema que había quedado en desarrollar, de la ética en las decisiones judiciales, parece que era un poco como la antesala para luego entrar en el panel en el que se incorpora también otras profesiones jurídicas, fiscales y abogados. Bueno, para hablar de la ética de las decisiones judiciales, el punto de partida creo que es el de poder poner en conexión la ética con el derecho. Decía que el punto de partida es hablar sobre la ética y el derecho y las conexiones. Yo creo que estas se pueden ver desde dos perspectivas distintas.

Por un lado, tenemos la perspectiva, por así llamarlo, tradicional. Cuando hablamos de filosofía del derecho uno de los sectores de la filosofía del derecho ¿qué es la teoría de la justicia? es la pregunta por el derecho justo, y hablar de la justicia quiere decir hablar de la moral en una de las dimensiones de la moral, la moral en la medida en que no se queda en comportamientos exclusivamente individuales de un sujeto, sino que tiene trascendencia y a los demás la idea de la alteridad tradicionalmente ha sido considerada como uno de los requisitos definitorios del derecho. Entonces la teoría de la justicia vendría a ser aproximadamente un capítulo de la teoría de la moral. Y entonces aquí por lo que se solía y se suele estudiar es los grandes conceptos de la moral, qué es la moral, qué tipos de morales existen, qué son los valores, todo lo demás, y se centraba también en las grandes concepciones que hoy solemos resumir diciendo

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

que tenemos algunas teorías de la moral de carácter deontológico normativo, dentro de las normativas deontológicas, es decir que la moral sería la disciplina que nos dice como uno debe comportarse, conforme a qué principios o a qué normas para actuar correctamente desde punto vista moral, y pues aquí está la respuesta deontológica cuyo prototipo sería Kant. Y las respuestas consecuencialistas, que diríamos también que de alguna forma se encarnan en el modelo utilitarista: la justicia de una decisión o de una norma, se evalúa de acuerdo con las consecuencias a las que da lugar.

Y frente a esas condiciones normativas como digo bien deontológicas, bien consecuencialistas de la moral estaría la moral, la ética como virtud. Voy a hablar de manera indistinta de ética y moral. Sobre esto hay convenciones distintas. Dice que la ética sería como la ciencia de la moral. Lo voy a usar indistintamente y si alguna vez merece la pena la distinción, así lo haré. Entonces una conexión entre la ética y el derecho es esta: la teoría de la justicia.

Pero ahora hay otra que en los últimos tiempos está cobrando una gran importancia y con toda la razón, que es lo que podemos llamar o se suelen llamar como las deontologías jurídicas. O sea que cada vez son más importantes las éticas aplicadas a determinadas profesiones y unas de estas son precisamente las profesiones jurídicas.

Es una manera diferente, por así decirlo, de ver el mismo problema de la moral, pero que ahora no se ejemplifican en lo que serían las grandes teorías y los grandes conceptos morales, sino que se ejemplifica tratando de mostrar cómo deben comportarse los protagonistas del derecho, los jueces, los fiscales, los abogados y el resto de los operadores profesionales jurídicos.

Entonces esto tiene mucha importancia y por diversas razones, una de ellas es porque desde hace algún tiempo las profesiones jurídicas se han vuelto mucho más complejas, menos uniformes de lo que lo habían sido tradicionalmente. No es que antes naturalmente no hubiese una temática de deontología profesional, pero no había mucha discusión seguramente porque, por ejemplo, los jueces, estoy pensando en el caso español, pero creo que esto podemos generalizarlo, pertenecían más o menos a la misma clase social, coincidían en cuanto a las opiniones morales, estaban de acuerdo en cuanto a qué significaba ser un buen juez. Y desde hace un cierto tiempo pues esto ya se ha vuelto también problemático. Hay diversas ideas sobre lo que debe ser un buen juez, hay un debate abierto y entonces esto suscita toda una nueva problemática que es lo que explica también que últimamente haya entrado en vigor muchos códigos éticos.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Por lo demás, si uno hace un examen comparativo entre los diversos códigos éticos que existen hoy en todos los países de nuestro entorno cultural, las semejanzas son manifiestas, pero no deja de ver también ciertas circunstancias peculiares y, en todo caso, lo que subyace es una problemática de fondo que, por así decirlo, no existía antes con la misma intensidad.

Y eso a su vez, o sea la idea de cómo se conecta la ética y la moral con el derecho, da lugar a las diversas concepciones que tenemos del derecho y también pues, aquí hay un enfrentamiento, lo que tradicionalmente se ha llamado el enfrentamiento entre positivismo jurídico versus iusnaturalismo, yo diría que ya hoy no es así. Los no positivistas, como por ejemplo en mi caso, no es porque seamos partidarios del derecho natural, sino porque nos parece que el positivismo jurídico no es una concepción adecuada del derecho, no es la concepción del derecho que debe tener un juez o que debe tener cualquier jurista práctico o teórico para resolver los problemas que se le presentan.

Y en ese sentido cuando hablamos del positivismo, cuando se define el positivismo jurídico, normalmente se hace estableciendo dos notas: una es lo que se suele llamar la teoría de las fuentes sociales del derecho, sobre la idea de que no exista algo así como un derecho natural, o sea un conjunto de normas que sean válidas para todos los tiempos, para todos los lugares. Esta es una idea que por así decirlo dejó de tener vigencia como a finales del siglo 18, comienzos del siglo 19, coincidiendo con nosotros con lo que fue el movimiento de la codificación y de la positivización del derecho. De manera que hoy, ni siquiera los autores que se llaman así mismos iusnaturalistas, suscribirían esto. Lo que para ellos es el derecho es el derecho positivo, y si acaso, la idea del derecho natural es como una manera de entender la moral y de poder confrontar el derecho positivo con el conjunto de normas diferentes. Pero el que el derecho es un fenómeno social histórico cómo digo, hoy no está puesto en duda.

Por lo tanto, no existe algo así como “el derecho”, si no que existen “los derechos”, los diversos sistemas jurídicos, lo cual no quita para que naturalmente, si uno examina lo que son las constituciones de los sistemas jurídicos en los estados constitucionales, las semejanzas entre ellos son muy grandes.

La segunda tesis que es definitoria del positivismo jurídico es la de la separación entre el derecho y la moral y ahí es donde está diríamos, “la madre del cordero”, donde está la gran discusión que divide hoy en día los teóricos del derecho. Entonces después del gran

cambio que se produjo en el nivel del propio derecho positivo, el fenómeno jurídico hoy ha cambiado de manera muy profunda, no es lo que era, por ejemplo, hace 50 años. Y aunque yo no creo que los positivistas tuviesen nunca, en todo, la razón, podríamos decir que esa tesis, la segunda tesis positivista de la separación estricta, metodológica, conceptual, como se le quiera llamar, entre el derecho y la moral tuvo una funcionalidad hasta que aparece la constitucionalización de los derechos o sea en las últimas décadas, cuando resulta que tenemos constituciones que ya no son como las constituciones de la época pasada, sino que las constituciones es derecho válido, derecho obligatorio, positivo, incluso es el criterio de validez del resto del ordenamiento jurídico; tenemos tribunales constitucionales que tienen esa capacidad que podríamos decir extraordinaria que nunca había existido por lo menos entre nosotros, aunque la de los Estados Unidos es un poco aparte, de poder establecer que una norma a pesar de haber sido adoptada en el parlamento, sin embargo, no es una norma jurídica si contradice principios del derecho constitucional, la constitución; y constitución que se caracteriza porque en ella los enunciados de principios y de valores, son muy importantes, juegan un papel central.

Entonces hoy en día ser positivista, mantener la tesis de la separación entre derecho y la moral, a la hora de identificar el derecho, o a la hora de motivar una decisión, se ha vuelto cuestionable y en mi opinión es una tesis sencillamente inviable.

Habermas, siguiendo una expresión que pertenece a un constitucionalista alemán, ha dicho en alguna ocasión que hoy la moral ha inmigrado al interior del derecho, a las declaraciones de derechos introducidas en nuestras constituciones, pensemos por ejemplo en la dignidad que se ha convertido en el fundamento de todos los derechos y en el concepto básico de derecho más importante. Entonces, la moral la tenemos también introducida dentro del derecho de tal manera que a la hora de identificar una norma jurídica como perteneciente al derecho como norma válida, necesariamente hacemos un juicio de moralidad, aunque en parte es un juicio que involucra conceptos morales.

La separación cómo digo es inviable. Y también es inviable cuando pensamos en lo que es la actividad judicial, las decisiones y la justificación de las decisiones, las motivaciones que efectúan los jueces inevitablemente tienen un elemento de moralidad. Naturalmente no es que el juez argumente o que deba argumentar como si fuera sin más un razonador moral. No, no lo es. Y cuando los jueces actúan así, diría que actúan de manera incorrecta. Pero es inevitable que utilicen términos morales, así que por tanto concurran a la argumentación moral.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Por eso es por lo que a mí me parece que hoy, el positivismo ha dejado de ser una concepción adecuada del derecho, lo cual no quiere decir que debamos echar a la basura todas las contribuciones de los autores positivistas de los dos últimos siglos, pero creo que un aspecto esencial de esa concepción, no es aceptable.

Si pensamos, por ejemplo, en un positivista jurídico, muy influyente en nuestros días, Luigi Ferrajoli, que sigue siendo un autor positivista, él dice que un positivismo crítico garantista se separaría de los paleopositivistas y todo lo demás, pero Ferrajoli sigue considerando que la relación entre el derecho y la ética, la ética se sitúa siempre fuera del derecho. Entonces es una relación que consiste en que la ética, insisto, desde fuera del derecho, puede emitir un juicio de conformidad si esa norma jurídica es conforme con la moral, o bien de inconformidad y por tanto de crítica, pero nada más. Y lo que yo creo que él no ve, pues es que la moral también forma parte del derecho, lo que Fulle llamó la moralidad en sí interna del derecho. Naturalmente tiene razón en una cosa: no podemos prescindir de la posibilidad, la realidad de que existan normas válidas, normas constitucionales, que sin embargo carezcan de justificación moral y sean inmorales directamente.

Pero naturalmente, aunque esto sea así, necesitamos también contar con la moral externa, pero también una moral que es interna al derecho, y esto es un gran cambio y que para entender este gran cambio que se ha producido en el derecho. Uno además de dejar de ser positivista, tendría que dejar de ser también normativista, diríamos puro normativista, porque es obvio que el derecho consiste en un conjunto de normas, pero no solo, por eso digo no se puede ser puramente normativista, no se puede desconocer que el derecho consiste en un conjunto de normas, pero esencialmente en mi opinión, el derecho es una práctica que trata de lograr ciertos fines y ciertos valores y naturalmente para ello, a su vez, el sistema normativo autoritariamente le impone ciertos límites, y yo creo que ver bien las conexiones entre el derecho y la moral, solamente es posible, si uno parte de esa concepción del derecho como una actividad, como una práctica social.

Cuando vemos así el derecho, entonces también podemos decir que el derecho es un conjunto de decisiones, de decisiones muy complejas, y que se toman en muy diversas instancias, y una de ellas es la instancia judicial. También por cierto desde el punto de vista de los fiscales o de los abogados, toman decisiones o tratan de influir en las decisiones que tienen que tomar los jueces. Pero son decisiones que tienen una serie de connotaciones y que según cual sea el lugar que se ocupe en la compleja estructura jurídica, tienen características distintas. Las decisiones que toma el juez son mucho más libres, no

absolutamente libres, porque naturalmente tienen que estar dentro de lo que hace posible la Constitución, pero mucho más libre de lo que ocurre en el caso de los jueces, donde las decisiones normalmente son ambivalentes, lo único que puede hacer un juez es resolver si es constitucional o no constitucional, si tal persona es culpable o inocente, etcétera, eso significa por supuesto tener un poder, pero el ejercicio de ese poder no puede ser llevado a cabo de cualquier manera, si en particular a los jueces les establecemos la obligación que tienen que justificar esa toma de decisiones.

O sea que, visto desde el prisma judicial, el derecho, si se quiere, es un conjunto de decisiones, pero de decisiones motivadas, de decisiones justificadas, argumentadas.

En el derecho también cómo sabemos la distinción que se hace entre el caso fácil y el caso difícil, para justificar algunas decisiones, pues los casos fáciles lo que tiene que hacer un juez es una operación relativamente simple, consiste en aplicar las normas válidamente establecidas, incluyendo los hechos del caso que supongamos que sí es fácil no plantea mayores problemas en el supuesto hecho de la norma. Y en los casos difíciles, entonces es cuando tenemos alguna dificultad que hay que solventar bien, respecto de la premisa normativa o respecto de la premisa fáctica, entonces es necesario llevar a cabo una argumentación que es más compleja y es también cuando normalmente resultan más visibles los elementos morales, los elementos éticos, en la decisión judicial.

Pero quizá merezca la pena poner el énfasis en que eso no quiere decir que en los casos fáciles, la moral no juega ningún papel en la toma de decisión judicial. Sí que lo juega. Lo que pasa es que como la norma que está aplicando el juez y el juicio respecto de los hechos de considerar que ha ocurrido tal hecho como probado, no es discutible, pues entonces las consideraciones morales no aparecen controvertidas y nos olvidamos de que, sin embargo, existe. Así que piensen por ejemplo en lo que es el silogismo judicial, como el esquema este de justificación interna en los casos fáciles: la premisa normativa será una norma válida del sistema, pero respecto de ella por supuesto que uno podría plantearse la pregunta ¿y por qué juez utiliza esta premisa, está norma y no otra?, por ejemplo, otra de otro sistema jurídico u otra de concepción de la moral... Claro podrías decir pues porque naturalmente soy juez del tal sistema, del sistema colombiano y de acuerdo con las normas del sistema colombiano esta es la que debo tomar.

Pero claro, se puede seguir haciendo la pregunta y ¿por qué sostienes eso? Bueno porque esto es lo que establece la Constitución y la Corte Constitucional cuando ha interpre-

tado, pero de nuevo le preguntan ¿y por qué crees que debes obedecer la Constitución? Y entonces en último término, lo que aparece ahí es un enunciado de tipo moral. Pero como digo, como es aceptado sin mayores problemas, pues esto no lo hacemos visible, no lo hemos discutido.

A diferencia de lo que ocurre en los casos difíciles, sobre todo si nos centramos aquí cuando la dificultad tiene que ver con la premisa normativa y, por ejemplo, tenemos un problema de interpretación, las cuestiones de moralidad aparecen inmediatamente. Yo recientemente me he ocupado de estudiar y analizar diversas sentencias de la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, estuve estudiando la sentencia de hace poco tiempo, me parece del año 2021, sobre eutanasia, o la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la pesca deportiva, que con anterioridad lo había hecho con la caza deportiva, o a propósito del aborto, o antes todavía me parece que es una sentencia del año 1994, o sea del comienzo de la Corte Constitucional, declarando no punible la tenencia de drogas para el autoconsumo. Claro, si uno se examina las argumentaciones que realiza la Corte Constitucional en esos casos, ejemplos de casos difíciles, los razonamientos morales son muy manifiestos, son tan manifiestos que los jueces hacen referencia incluso a textos de filósofos de la moral, como por ejemplo, Dworkin o Alexy, o quien sea.

Bueno así que esa es la situación. Digamos que inevitablemente la ética juega un papel en la toma de decisiones judiciales. Está presente en las decisiones judiciales. Ahora para que la ética esté presente, hay que superar, diríamos, dos obstáculos, porque esto trae, claro una diferencia entre cultura jurídica ahora que es bastante acusada, por ejemplo, entre los tribunales colombianos y los tribunales españoles. Si uno compara la manera de argumentar de la Corte Constitucional en Colombia y de la Corte Constitucional en España, pues uno constata que los colombianos no solamente no tienen inconveniente, sino que lo hacen con muchísima frecuencia, referencia a argumentos de tipo moral, ahora estoy pensando a propósito de lo de la pesca deportiva y páginas y páginas referidas a la discusión a propósito de los animales, son seres sintientes o no, están en el centro de la discusión moral contemporánea y todo lo demás.

Los jueces españoles no hacen esto. Por ejemplo, cuando resolvieron, a propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando se modificó en España el Código Civil, cuando hubo un recurso y cuando llegó al tribunal constitucional, la mayoría del tribunal constitucional español consideró que sí que era compatible con la Constitución y dieron diversos argumentos: el central era que ellos pensaban que la Constitución había

que interpretarla de manera evolutiva, que había un artículo de la Constitución española que hablaba del matrimonio, que no decía nada realmente sobre si tenía que ser entre personas de distinto sexo o no, porque nuestra Constitución es del año 1978 y nadie se planteó el problema.

Los jueces españoles lo resolvieron así. Pero no hicieron ninguna referencia a la moral, porque nuestra cultura jurídica es mucho más formalista que la suya. Los juristas, los jueces españoles, diríamos han aprendido en las facultades quizás como una especie de reacción frente al viejo derecho natural, que mejor no meterse en cuestiones de moral, en cuestiones de valores. Curiosamente ni siquiera en ese caso, cuando se tomó esa decisión, que había un juez constitucional que era filósofo del derecho, y para más señas, partidario del derecho natural, disintió de la mayoría, pero no hizo ninguna consideración de tipo moral y en otras intervenciones suyas él ha sido muy categórico, es decir, que como juez, es el único que aplica el derecho y deja fuera completamente la moral.

Bueno, esto es una muestra de que nuestros derechos están evolucionando, incluso dentro de los derechos que pertenecen a la misma familia, en principio, muy próximos entre sí. Y fíjense que la Constitución colombiana se inspiró mucho en la española y tenemos muchísimos artículos que son prácticamente iguales, pero sin embargo, en este aspecto, en cuanto a la consideración de los elementos morales, hay diferencias grandes.

Por cierto, los jueces españoles no hacen ninguna referencia a la moral, pero eso no quiere decir que en el trasfondo de su argumentación deje de haber consideraciones morales, naturalmente que las había, consideraciones morales creo que están ocultas por razones, diríamos, de lo que solemos llamar el formalismo jurídico que justamente prescribe que la moral tiene que quedarse completamente fuera del derecho. Ellos no hacen explícitamente ningún reconocimiento de que están usando argumentos morales, pero realmente sí que los están usando, para explicarnos y justificar porqué usaban ese criterio de interpretación evolutiva, pues ellos decían, apelaban, a las encuestas de opinión en España, que es otra manera, sin decirlo, de apelar a la moral social, que quiere decir que la mayoría de la población española, y ponen el énfasis en los más jóvenes, lo veían bien. Es decir, las opiniones morales estaban de acuerdo con eso. Pero no solamente eso, sino uno tiene que entender, que los jueces o la mayoría de los jueces constitucionales españoles en aquel momento pensaban que eso estaba conforme con la moral justificada, porque si no fuera así, incurriría naturalmente en contradicción al declarar que la modificación en cuestión era constitucional.

Fijense esto lo que quiere decir es que no podemos prescindir, a la hora de motivar la decisión, de una argumentación de tipo moral, ético, porque entonces no pondríamos propiamente motivar, justificar, ninguna decisión. Sí es cierto como antes les decía, me parece que es imposible no aceptar esto, que en la argumentación del juez siempre hay un elemento moral, y si hay siempre un elemento moral, entonces tendrá que ser de una moral que se considere justificada.

Pero digo para aceptar esto, por lo menos para aceptar esto de manera coherente, hay formas. Como diría la manera incoherente sería la de los jueces españoles, lo hacen pero no lo dicen; recurren a la moral pero no lo dicen, solo de manera implícita. Para hacerlo de manera coherente entonces hay que aceptar dos tesis que fundamentalmente los autores positivistas niegan. La primera es la tesis de que la ética es necesaria, que es imprescindible, que el juez no puede prescindir de la ética. Y la segunda, es que la ética es posible, o sea la tesis de la necesidad y de la posibilidad de la ética en el derecho y concretamente en las decisiones judiciales.

Bueno, sobre la necesidad de alguna forma ya he dicho relativamente bastante, pero quizás para redondear, yo recordaría aquí una tesis famosa de Nino que justificaría esto en que la ética es necesaria para poder justificar una decisión, por ejemplo, si construimos el silogismo, o algo más complejo que un silogismo, pues entonces quien efectúa esa argumentación tiene que aceptar las premisas, por ejemplo, la premisa normativa. Y claro, la aceptación, decía Nino, podría ser por razones de contenido porque estoy de acuerdo desde el punto de vista moral, con lo que dice esa norma que yo ahí estoy utilizando como premisa, por razones de contenido, o por razones del origen del pedigree de la norma y él decía, si es por razones del contenido entonces es indistinguible un juicio jurídico a un juicio moral; y si el juez acepta meramente por razones, diremos del origen porque esta es la norma que fue establecida por el legislador, o por los órganos administrativos, siguiendo los criterios constitucionales, pues entonces aquí estamos en presencia de lo que Hart llamó la regla de reconocimiento, o sea que quiere decir que ese juez lo que está aceptando es la regla de reconocimiento, o sea el criterio que dice el juez, o yo como juez, debo considerar como derecho válido, que voy a aplicar, que voy a utilizar como premisas de mi razonamiento la Constitución y todo lo que divide de la Constitución de acuerdo con lo establecido por la corte constitucional respectiva, etcétera.

Y claro, aquí se ha planteado una problemática. Según algunos empezando por Hart, o sea uno podría aceptar la regla de reconocimiento por muchísimas razones, no necesaria-

mente morales, por ejemplo, sencillamente por razones de tipo prudencial, etcétera. Pero esto claramente no funciona. La aceptación de la regla de reconocimiento tiene que ser también una situación de carácter moral, no puede ser de otra forma, porque las razones morales ya no son las razones últimas, o sea que, si uno dice yo acepto esto porque así me lo dice la prudencia, o me lo dice el derecho, tú todavía podías preguntar bueno y ¿por qué crees que debes comportarte de acuerdo con lo que dice el derecho? Mientras que, si tú dices “no, yo acepto esto porque por razones morales así debe ser, esa es la razón”, en últimas lo que consideramos como razones.

Bueno esa es un poco la idea de que la moral es necesaria y la idea de que entonces, por ejemplo, que podría existir una motivación o un esquema de justificación, como pretenden los jueces españoles, sin incluir para nada elementos morales, yo creo que eso sencillamente se basa en un error. Pero claro al mismo tiempo de aquí no se puede seguir la consecuencia de que entonces argumentar en el derecho es lo mismo que argumentar en la moral. El derecho es un apartado de la moral. No es así. Es inevitable que el juez efectúe también un razonamiento de tipo moral, que haya un ingrediente moral en su razonamiento, pero sin embargo el juez no puede tomar una decisión y justificarla como si fuese meramente un razonador moral. Creo que ese es el error de fondo del llamado activismo judicial: o sea, los jueces que es como si pensarán que a ellos se les está preguntando, sin más, qué es lo que ellos consideran que es lo correcto o lo más correcto en el caso. Pero no es así. Porque como digo, el juez no puede prescindir del todo de la moral, pero no es razonador moral, el juez forma parte de una institución y entonces hay ciertos límites, a los que yo antes me refería, límites autoritativos.

Entonces lo que se le pide es que dé una respuesta correcta, pero no de acuerdo con sus opiniones de lo que está bien y lo que está mal, de sus opiniones puramente morales, sino de acuerdo con lo que el derecho establece tiene ahí metida la moral, pero eso no quiere decir que coincida del todo con la moral. Hay algunas ocasiones en las que el juez no puede tomar la decisión que sería la más correcta desde el punto de vista moral, precisamente porque no es un órgano puramente moral, es un órgano puramente jurídico, y él tiene diríamos una autonomía relativa. La ética digamos es necesaria, pero eso no debe llevarnos a confundir el derecho con la moral.

Y el segundo de los obstáculos de las tesis teóricas que hay que superar, que es más complejo todavía es eso de la posibilidad de la moral, qué quiere decir no entender la moral como una cuestión meramente relativa, como algo de cada sujeto. Hoy hay una

propensión hacia el relativismo. Aparentemente todos o casi todos, las ciencias sociales y también diríamos en nuestras sociedades, serían relativistas y piensan que el relativismo es la concesión justificada porque no ser relativista sería ser absolutista e imponer a otros ideas: ahí hay una enorme confusión.

Cuando hablamos de relativismo hay que distinguir por lo menos entre relativismo descriptivo y el relativismo prescriptivo. Ser un relativista en términos descriptivos, ¿qué quiere decir? Es darse cuenta, constatar, describir la realidad diciendo que sobre algunos problemas existen opiniones distintas, por ejemplo, a propósito de la eutanasia, hay sectores sociales, individuos o grupos que piensan que sí, que se debe permitir los comportamientos eutanásicos y cada uno decida como quiera adornar esta vida y otros están en contra de esto, o que incluso que históricamente, pues ha habido opiniones muy variadas, o que hoy no es la misma la idea que se tiene en determinados países que en otros. Bueno esto quiere decir, ser relativista en términos descriptivos y naturalmente es una tesis que no se puede no sostener, pero que es inocua, ante lo cual hay opiniones variadas, diferentes. Lo grave es que no se distingue ese relativismo del relativismo prescriptivo.

El relativismo prescriptivo quiere decir que quien emite una opinión, por ejemplo, decir que la eutanasia está bien desde el punto de vista moral, es relativista en el sentido de que piensa que su juicio moral carece de validez objetiva. Esto es lo que me parece que es incompatible con el funcionamiento de nuestros derechos y diría que, en general, con el funcionamiento social, pero es lo que han sostenido muchos autores. Es lo que sostuvo, por ejemplo Kelsen, era cuando decidía hablar a propósito de la justicia, pues es salirse de la racionalidad y mostrar sencillamente una expresión de sentimientos, el propio Kelsen decía podríamos considerarlo como lo más importante, pero sobre eso no se puede decir nada que sea racional. Lo mismo sostuvo Alf Ross, que es uno de los grandes juristas del siglo 20, no lo sostuvo, por cierto, Hart, en esto fue digamos un tanto ambiguo, pero nunca sostuvo estas tesis y eso es lo que me parece que es incompatible con poder entender lo que es el derecho y lo que sería el tema de esta charla: la ética en las decisiones judiciales.

O sea que si uno tiene esa concepción relativista entonces efectivamente dejaría fuera de las decisiones judiciales la ética, pero el problema es que no podría motivar las decisiones. Este es un punto de vista que tienen los positivistas y los positivistas de muy diversos tipos, por ejemplo es lo que suscribe Ferrajoli, lo que suscriben otros que tampoco podríamos llamar estrictamente positivistas, sino que forman parte de las teorías críticas del derecho. En España, Juan-Ramón Capella es un hombre característico de esa dirección

y frente al relativismo yo creo que lo que hay que defender es el objetivismo moral, un objetivismo que a mí me gusta calificar de mínimo, pero yo creo que es un ingrediente imprescindible para poder entender en el derecho esto de la ética y las decisiones judiciales.

Sobre esto no entro en detalles, pero únicamente de manera muy telegráfica, me gustaría señalar cinco puntos. Una es que ser objetivista en materia moral no quiere decir ser absolutista y no quiere decir estar a favor de la intolerancia o cosas por el estilo, sino todo lo contrario, yo creo que solamente se puede ser coherentemente tolerante, defender el principio de tolerancia, si se es objetivista, de manera que para mí la tolerancia, quiere decir, que uno no puede imponer a otros lo que son sus opiniones morales, pero estoy hablando no de la tolerancia boba, es de la tolerancia que está justificada. Uno no puede ser tolerante con respecto a los principios fundamentales, uno no puede ser tolerante en el sentido de que si se encuentra con alguien que piensa que está justificado discriminar a las mujeres o a la gente de tal raza, de tal orientación sexual, ahí no.

El objetivismo moral entonces no implica absolutismo moral, sino que todo lo contrario, implica la tesis del falibilismo, lo que quiere decir que no se siente en posesión de la verdad. Lo que quiere decir es que cuando uno emite juicios morales en serio, entonces tiene la pretensión de que eso que está ahí diciendo es lo correcto, como pasa con el científico cuando construye una teoría pero está naturalmente dispuesto a que eso sea criticado y llegado el caso a cambiar de punto de vista si en el diálogo racional aparecen argumentos que él no había tenido en cuenta, informaciones empíricas, lo que sea. O sea que el objetivismo moral, no implica para nada absolutismo.

Tampoco implica realismo moral. Quiere decir que no piense que hay en el mundo entidades morales semejantes a los hechos naturales. No. Si se quiere, no forma parte del mobiliario del mundo. Es un objetivismo de las razones que puede tener la pretensión de ser objetivo. Y en ese objetivismo sería el tercer punto, naturalmente, se desenvuelve en el contexto de un diálogo racional en donde se pueden justificar ciertos principios morales, aunque mi concepción de la ética, mi concepción del objetivismo es que una teoría adecuada de la ética no puede ser puramente procedimental. O sea, los principios morales, lo que es correcto, es aquello a lo que podríamos llegar por consenso en una discusión racional, diría, pero no solamente eso. Hay también algún principio que tiene un valor sustantivo por sí mismo y con independencia de cuál fuese el resultado que se llegara en un diálogo, aunque, por otro lado, diría también, que no se podría llegar a un resultado distinto. Estoy pensando precisamente en el principio de dignidad. O sea que el respetar

al otro, no tratarlo meramente como un instrumento, uno diría que es un principio moral que no se basa en ninguna preferencia que nosotros tengamos como sujetos, ni tampoco en una preferencia a la que llegáramos, pero no simplemente porque llegáramos a ellos por un diálogo racional. Es una condición sencillamente de la moralidad. Si renunciamos a eso, renunciaríamos a tener vida moral.

Negar la objetividad de la moral, claro, tiene consecuencias gravísimas de las que creo que no nos damos cuenta. Discutiendo muchas veces con Luigi Ferrajoli, que es un jurista por el que tengo una inmensa admiración, pero discrepo de él en cuanto es un escéptico, para decirlo de manera más exacta, es un escéptico no exactamente en materia moral, sino en materia de meta-ética, de meta-moral, o sea no es que él no tenga convicciones profundas y rotundas sobre lo que está bien y lo que está mal, seguramente poca gente evita unos juicios tan rotundos de lo que está bien o está mal, pero en el plano de la meta-ética, de la teoría de la ética es un escéptico; “mi opinión es rotunda”, pero, sin embargo, diría Luigi Ferrajoli, no puedo defenderla con argumentos puramente racionales, sino que tengo que darme cuenta que son sencillamente decisiones que comparto con otros, y si las comparto muy bien, pero si no se produjere esa convención, pues entonces carecería de justificación. Creo esto claramente no funciona.

O sea, de nuevo, refiriéndome a una teoría como la de Luigi Ferrajoli dirigida a garantizar los derechos fundamentales de la gente que, sin embargo, no se pueden fundamentar, creo que es una contradicción que muestra que hay algo que sencillamente no es aceptable. No puedes construir una teoría dirigida esencialmente a los derechos fundamentales aceptando que no los puedes fundamentar, que no hay fundamentos de los derechos fundamentales.

Y finalmente, el último punto que quería subrayar aquí es que la objetividad de la moral, no supone desligarla de nuestro mundo natural y social, ello en esto, en la famosa tesis de Hart en el contenido mínimo de derecho natural que parece que sigue teniendo vigencia. O sea, yo diría, nuestros principios morales son los principios construidos, incluido por cierto la dignidad, en un mundo que es como es, como lo conocemos, pero podría ser de otra manera, podría llegar a ser en el cabo de un cierto tiempo, de otra forma distinta y para gente, para seres humanos, para homo sapiens, que son también como somos, frágiles. Somos aproximadamente iguales, una gran enseñanza de Hobbes, nadie es tan fuerte como para no poder sufrir el ataque, la violencia de un grupo de personas. Cualquiera por fuerte que sea tiene que dormir, en fin, todas estas cosas. Entonces yo diría, nuestros

principios morales en ese sentido son principios que dependen -no son principios metafísicos-, dependen de cómo es el mundo social y de cómo somos nosotros. Podría cambiar el mundo, podríamos cambiar nosotros, sí; pero mientras seamos como somos, pues creo que está justificado el objetivismo moral mínimo.

Y como ejemplos de lo que es la ética en las decisiones judiciales, yo antes les había dado algunas sentencias de la Corte Constitucional en Colombia, pero en realidad, recuerden, los problemas de eutanasia, de los posibles derechos de los animales, consumo de drogas, etcétera, son más o menos los mismos problemas que se plantean hoy en día en todos nuestros países. Por eso yo diría que está a la orden del día el manejo de razonamientos morales. A veces digo a mis amigos positivistas cuando discuto con ellos, que uno de los mayores déficits, de los mayores males que han producido es que como ellos parten de la separación tajante, insisto conceptual – metodológica entre el derecho y la moral, consecuencia obvia de eso, es que un jurista no tiene que estudiar teoría de la moral, argumentación moral, y entonces el positivismo deja a los juristas desnudos, porque resulta que en su práctica verdaderamente no pueden prescindir de eso.

Como digo, es mucho más patente cuando se tiene que trabajar con casos difíciles y por eso es más patente en las cortes constitucionales quizás, que en los problemas que llegan a los jueces de instrucción, los casos fáciles, etcétera, pero está siempre presente el asunto.

Y esa podríamos decir que es la dimensión objetiva de la moral, la moral está presente en las decisiones judiciales. Pero hay una dimensión interesante también que es la dimensión subjetiva, o sea, si la moral también tendría que jugar un papel a la hora de conformar el modelo de un jurista, el modelo de lo que tiene que ser un juez, un abogado, un fiscal, nos centramos ahora en el juez. Antes yo dije alguna cosa, sobre qué entendemos por buen juez. Precisamente porque nuestro mundo ha cambiado, y los jueces ya no tienen la homogeneidad que tenían antes y pues es un problema que ahora nos solemos plantear, si un buen juez entonces tiene que incorporar ciertos aspectos de la moralidad.

Y esto nos lleva al tema de las virtudes judiciales. O sea que para poder decidir bien, tomar buenas decisiones, no les queda otra que implicarse en razonamientos morales. Pero la pregunta es ¿y para implicarse adecuadamente y razonar adecuadamente y tomar buenas decisiones, los jueces tendrían que tener ciertas virtudes, ciertas características éticas?, ¿tradicionalmente se han llamado virtudes? Yo creo que sí. El tema de las

virtudes judiciales es un tema que últimamente se le ha dado mucha importancia y con razón, aunque a veces quizá se ha incurrido en excesos. Hay una teoría, que viene a decir que, como teoría de la argumentación jurídica, que una buena argumentación sería la argumentación que lleva a cabo el juez virtuoso, lo cual quiere decir que las virtudes judiciales no es que sean un ingrediente para tomar en consideración, sino que es el ingrediente fundamental. Esto me parece a mí que ya es cometer un exceso.

Si volvemos ahora a lo que en algún momento, al comienzo, yo les dije, cuando se habló ahí de la moral, se suele hacer una distinción, morales normativas deontológicas, utilitaristas, consecuencialistas, y moral como virtud, a mí me parece que tenemos que integrar la moral normativa y la moral como virtud, incluso dentro de la moral normativa también necesariamente tenemos que tomar algo del kantismo y algo del utilitarismo.

Cuando redactamos y tuve la suerte de trabajar ahí con Rodolfo Vigo, que me parece que es panelista en el próximo panel que se va a celebrar ahora, cuando elaboramos este código modelo de ética judicial, lo que tratamos es de articular las dos dimensiones. Entonces identificamos una serie de principios de ética judicial, el principio de independencia, imparcialidad, motivación y todos los demás, y a propósito de cada uno de los principios, tratamos de mostrar cuáles serían los principios o las normas del aspecto normativo del mismo, o sea, lo que debería cumplir un juez, por ejemplo, para no infringir y estar de acuerdo con la independencia, imparcialidad, etcétera. Al mismo tiempo señalábamos cuáles eran las virtudes de los rasgos de carácter que contribuirían precisamente a que se cumpliera este aspecto normativo.

A mí me parece que esa es la aproximación adecuada a la ética judicial, o sea, conjugar los elementos normativos con los elementos de la virtud. Las virtudes plantean diríamos muchos problemas. Quizá no sea tan difícil saber cuáles son las virtudes de un buen juez, no tendríamos demasiadas dificultades en ponernos de acuerdo. Pero claro, más complicado es responder a la pregunta de si se puede aprender a ser virtuoso, clásico problema que viene por lo menos de “El Menor” de Platón, el peso que se le debe dar a las virtudes a la hora de la educación de los jueces, de la selección de los jueces.

Yo tiendo a pensar que quizás lo más importante para cómo lograr que los jueces sean virtuosos, es aceptando el que los jueces posean ciertas virtudes, independencia de criterio, valentía, moderación, sentido de la justicia, prudencia, importancia; como digo, es indudable. La pregunta es ¿cómo lograr que los jueces tuviesen estas virtudes? Bueno,

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

a través diríamos del discurso, si se quiere de la prédica, se puede conseguir algo. Pero yo creo que lo más importante es esforzarnos por construir instituciones que faciliten el comportamiento virtuoso de la gente. O sea, en un contexto de corrupción, es difícil. Habrá gente que seguirá siendo virtuosa pase lo que pase, pero es difícil que uno pueda hacerlo, en todo caso hay obstáculos manifiestos.

Sin la existencia de jueces modélicos, de modelos de comportamiento, de lo que es un buen juez, pues lo mismo. Esto naturalmente es más difícil de lograr, que no simplemente articular una serie de conferencias o algo así donde se invita a filósofos o lo que sea para hablar sobre virtudes judiciales. Diría que el diseño de las instituciones es probablemente la más importante y también lo más difícil. Me excuso porque me parece que he hablado un poco más de la cuenta, en todo caso ya he terminado.

Muchas gracias.

Conferencia:

Mora judicial (retardo excesivo), desde una mirada constitucional: la importancia del plazo razonable, límite normativo y ético

Paola Andrea Meneses Mosquera
Magistrada Corte Constitucional de Colombia

Muy buenas tardes para todos.

En primer lugar, quiero extender un saludo muy especial a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, especialmente a la doctora Diana Marina Vélez, su presidenta, muchas gracias por esta invitación para acompañarlos el día de hoy en este evento. Un saludo para todos los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, igualmente para todos los magistrados de Altas Cortes y magistrados que nos acompañan, para todos los funcionarios de la Rama Judicial y a todas las personas que nos están acompañando el día de hoy. Me siento muy honrada de poder compartir un rato de esta tarde con todos ustedes en este escenario académico para revisar asuntos disciplinarios tan importantes para la actividad de nuestra Rama Judicial.

El tema que se me ha encomendado es fascinante pero igualmente complejo. Es un tema que viene en construcción y tiene que ver con la mora judicial, entendida como ese retraso excesivo en el que pueden incurrir los operadores judiciales.

¿Cuál es esa mirada constitucional que podemos darle al tema?, ¿Cuál ha sido el aporte de la jurisprudencia en cuanto a la definición del plazo razonable; a efectos de establecer

límites normativos y éticos al fenómeno de la mora judicial? Como les digo es un tema fascinante pero muy complejo.

¿Qué es el tiempo? muchas personas podrían decir: el tiempo es un concepto relativo, incluso, hay quienes podrían decir, que el tiempo podría ser relativo para efectos de la administración de justicia. Con esto no quiero expresar, que dentro de un procedimiento judicial se puedan adelantar todas las actuaciones sin tener en cuenta los términos que han sido fijados por el legislador o, que las partes puedan, válidamente, abstenerse de actuar en esos mismos tiempos, en esos mismos límites; o que la administración de justicia tenga un carácter atemporal.

Por supuesto, los términos judiciales se hicieron precisamente para impartir orden y para vincular, tanto a las partes, como a los jueces, así como a quienes de alguna manera deben administrar justicia, como el caso de los árbitros. Pero claro, hay unas complejidades que hacen que a veces el tiempo sea una noción difícil de manejar, sobre todo en escenarios tan complejos como el nuestro, el colombiano, por ejemplo.

¿Qué pasa con las partes dentro de un proceso? Las partes tienen unos plazos establecidos por el legislador para ejercer su derecho de acción, su derecho de contradicción o para interponer los recursos. Y, por ejemplo, hay unos fenómenos jurídicos como la caducidad, como la prescripción en los diferentes sistemas normativos (Códigos de Procedimiento, Contencioso Administrativo, Laboral, penal etc.), en donde se establecen unos plazos perentorios y preclusivos.

¿Por qué se hace esto? Por una razón básica; el legislador tiene que privilegiar principios como la seguridad jurídica y, claro, tiene que evitar la zozobra que conllevaría mantener una situación jurídica o la definición del alcance de un derecho por siempre.

¿Qué pasa cuando las partes por desidia no actúan? Pues al final del día se van a ver sancionadas en la práctica, porque lo que no van a tener es una definición sobre su pretensión y eso, como digo, es apenas obvio porque fue lo que quiso el legislador.

¿Qué pasa respecto de los jueces, la otra cara de la moneda? Pues también el legislador ha establecido unos términos, tanto para adelantar todos los estancos de un procedimiento judicial como los incidentes, y también para decidir. Hay muchos ejemplos: en el caso de las acciones populares, la Ley 472 del 98 establece, que hay que decidir sobre la admisión de la demanda en los tres (3) días y, así pasa con la reparación integral en materia

penal, hay ocho (8) días después del fallo condenatorio; en fin, los jueces también tienen que obligarse y regularse por unos plazos de decisión.

Pero, al mismo tiempo el legislador también ha señalado, que los jueces tienen que resolver y, miren la complejidad de esto, en el estricto orden en que los casos van llegando a los despachos. Esto, por temas de igualdad; por establecer un orden, que redunde en beneficio de esta igualdad.

Esta regla de definir, de conformidad con la norma, como van llegando los procesos, pues también admite algunas excepciones, por la prelación que tienen algunos trámites judiciales, como las acciones de tutela, o de cumplimiento o, el Habeas Corpus, e inclusive, la posibilidad que da la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en los procesos que se surten ante las Altas Cortes de que se pueda variar este orden por motivos de seguridad nacional o para proteger el patrimonio público.

Al igual que lo mencioné con las partes, cuando el juez desconoce estos términos también termina en la posibilidad de ser sancionado. Y es que no responder, en términos teóricos, a los plazos que ha dado el legislador, puede ser actualmente causal de mala conducta y, por lo tanto, puede el juez hacerse acreedor a una sanción y, en los procedimientos que se rigen por el Código General del Proceso puede ser desplazado del conocimiento del caso.

En el caso de los jueces, no pasa lo mismo que con las partes, que terminan siendo auto sancionadas al no cumplir los términos, por llamarlo de alguna manera, porque no se va a definir su derecho. El caso de los jueces es distinto, cuando no deciden en tiempo hay una afectación clara a la sociedad y terminan vulnerando, de alguna manera, derechos fundamentales de los accionantes. Y, he aquí el punto en el que expondremos unas reflexiones, sobre cuál ha sido el papel de la Corte Constitucional en este estado de cosas; es decir, ¿cuál ha sido el papel de la Corte Constitucional al encontrar esta situación en donde hay una decisión judicial fuera de tiempos que pueda afectar derechos fundamentales? y, ¿cómo ha entrado a regular o a zanjar diferencias en esos derechos en tensión?

Es un asunto que por supuesto no es para nada fácil.

Aquí hemos de partir de un dato empírico, en donde, lastimosamente, salvo casos excepcionales, tenemos que las decisiones judiciales no cumplen, en la mayoría de las veces, los términos que el legislador ha diseñado y previsto.

Ahora, esto no es una situación por supuesto exclusiva de nuestro país, es una situación que ocurre en muchas latitudes y, que ocurre de manera muy frecuente en Iberoamérica.

Entonces como les decía, vamos a revisar cuál ha sido el papel de la Corte Constitucional ante este estado de cosas. Pero, es importante tener en cuenta, que el fenómeno de la mora judicial y la respuesta que ha dado a ella la Corte Constitucional a través del desarrollo jurisprudencial es un fenómeno, que los jueces siempre han tratado de justificar en unas situaciones que todos tenemos a la orden del día y que son reales, pero ¿cuáles son?, ¡las cargas excesivas de trabajo y la excesiva congestión judicial! Estos son fenómenos que existen, que han sido trabajados, pero, que no pueden ser establecidos como el argumento de defensa de la tardanza en proferir las decisiones judiciales.

Yo no me voy a referir a estos aspectos estructurales, como la posible falta de más funcionarios, o el déficit que puede haber en la infraestructura, o, algunos de estos temas que pueden llevar al fenómeno que tenemos de congestión judicial; porque, entre otras cosas, eso es un asunto de mucho calado que tiene que ver también con la acción mancomunada de distintas entidades del Estado y, que tiene que ver con el legislativo y con lo que ha hecho el Consejo Superior de la Judicatura, que han trabajado en eso. Pero, yo no me detendré allí, sino en cómo la Corte Constitucional ha analizado, teniendo en cuenta este estado de cosas, la mora judicial y el plazo razonable.

La jurisprudencia sobre el tema, en realidad, no ha sido una plataforma para ayudar a justificar la mora; lo que ha tratado de hacer la Corte Constitucional es, que, en ese estado de cosas caóticas, se pueda privilegiar la protección de los derechos fundamentales y se tengan límites, a través de la figura del plazo razonable; sin embargo, reconocemos, que se trata de figura que está en permanente construcción.

Para hacer este recorrido y, ver cuáles han sido los avances, me parece muy interesante hacer una división en etapas de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia.

Desde el año 1991 y hasta el día de hoy, ha habido un desarrollo muy interesante en los elementos del análisis de la mora judicial y, de lo que se puede considerar como el plazo razonable. Podemos identificar cuatro etapas en la jurisprudencia de la Corporación:

Una primera etapa, comprendida en los años 90, cuando la Corte arrancó a hacer una aproximación al fenómeno de la mora judicial, a partir de lo que señala el artículo 228 de la Corte Política.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Una segunda etapa que podríamos situar entre los años 2000 y 2010, 2011, más o menos, en donde se esquematizó la forma de análisis de esas dilaciones injustificadas a través de la teoría y de la aparición de la teoría del plazo razonable.

Una tercera etapa, que podemos ubicar entre los años 2011 y 2016, en donde se hizo explícita la necesidad de diferenciar, entre aquella dilación justificada y aquella injustificada, pero, sobre todo, sobre cuáles son los efectos prácticos y las reglas de cada una de ellas.

Finalmente, desde el año 2016 hasta el día de hoy, con una caracterización actual de lo que son los postulados de la teoría de la mora judicial y del plazo razonable.

Estas cuatro etapas, y quiero adelantarme con esto, tienen un rasgo común; tanto la congestión judicial, como la excesiva carga de trabajo, que sabemos está presente por diferentes factores, como los hemos dicho, no son un criterio per se para poder determinar la justificación de la dilación o la justificación de la mora judicial. Y, ahí ha estado el reto de la Corte, en revisar, cómo se podía ir construyendo y perfilando esta teoría, para atender de mejor manera los casos reales y, cómo ha venido siendo el desarrollo del fenómeno.

Entonces, empecemos con la primera etapa. En esta etapa de los años 90, como les decía, la Corte utilizó el precepto constitucional, el artículo 228, que establece una cosa muy importante en uno de sus apartados, donde dice “los términos judiciales deben observarse con diligencia y su incumplimiento será sancionado”. Entonces en los años 90, la Corte Constitucional empieza a proferir sentencias hito, que empiezan a desarrollar la teoría del plazo razonable: T-431, T-498 y T-572 de 1992. Lo interesante de esta primera etapa, es que deja sentadas las bases, a partir de las cuales va a seguir dándose ese desarrollo jurisprudencial.

¿Qué cosas importantísimas se dijeron en esas sentencias y, en general en los años 90?

Lo primero, que los términos judiciales son un medio y no son un fin en sí mismo. Son un medio para alcanzar principios constitucionales.

Lo segundo, que esos términos tienen una estrecha relación con el acceso a la administración de justicia y con el debido proceso sin dilaciones injustificadas.

Y, otro punto muy importante, estableció la Corte desde ese momento, que no toda tardanza o no toda dilación carecen de justificación. Hay algunas que podrían justificarse,

con unos precisos elementos que habría que analizar. Así mismo, que, en el momento en que se evidencia una dilación injustificada, el juez puede ser sancionado.

Entonces, entrando un poco a cada uno de estos cuatro grandes rasgos que se dijeron o que se establecieron en la primera etapa, los términos judiciales son un medio para la vigencia de otros principios constitucionales. La T-431 de 92 estableció, que estos términos no son un fin en sí mismos y, tienen que analizarse según el caso concreto y la realización de principios.

En esa primera tutela, miren ustedes (año 92), se amparó el derecho de una persona cuyo caso estaba en el despacho para proferir decisión desde hacía ocho años. Eso, sorprende, de cara a la efectividad de los derechos. Pero ya en el año 92 y haciendo uso del artículo 228 se amparó el derecho y, algo muy importante, se precisó, que los términos judiciales garantizan el acceso a la administración de justicia y al debido proceso sin dilaciones injustificadas.

Entonces ¿qué aporte hace la Corte allí en la Sentencia 498 del 92?: Adscribe el término judicial a lo que tiene que ocurrir en un Estado social de derecho. Recuerden que estas sentencias son proferidas recién creada la Corte, son las primeras sentencias. Entonces, estábamos en la definición, de qué se entendía por Estado social de derecho, artículos primero y segundo de la Constitución, para decir, que, en un Estado social de derecho, todas las personas, perdón la redundancia, tenemos derecho a poner en funcionamiento y movimiento el aparato de la administración de justicia. Y eso es apenas obvio, como una garantía en un Estado social de derecho.

No es tan obvio lo que ocurre, que la resolución del problema no se da con la eficiencia y la rapidez que quisiéramos, pero, en el Estado social de derecho, repito, tenemos todas las prerrogativas para acudir a la administración de justicia y, la administración tiene que dar una respuesta oportuna. Obvio, oportuna, cuando todavía le sirva a la persona que está moviendo o pidiendo que se mueva el aparato de administración de justicia.

Aquí un punto importantísimo: las dilaciones procesales podrían estar debidamente justificadas y, claro, aquí volvemos al tema inicial con el que arrancamos, que es innegable y es una condición estructural, la excesiva carga de trabajo y la congestión judicial. Es un problema a voces que todos conocemos. Pero entonces ¿cómo analizó la Corte en esos primeros momentos la justificación de esas dilaciones procesales?: Apeló a factores de carácter externo e interno, y, esos también fueron cimientos de la evolución de lo que después sería y es hoy, el plazo razonable.

Como factores externos están la carga laboral como lo dijimos, la congestión y los turnos de decisión. Eso es un tema externo al juez y como lo señalé, esto fue, primero, en el Decreto 2651 del 91, que fue aquel decreto de descongestión que establecía transitoriamente los turnos y, luego con la Ley 446 se establecieron de manera definitiva.

Entonces, fíjense cómo se van revisando, qué factores externos e internos pueden incidir en una decisión oportuna. Y, aquí la sentencia C-300 de 1994 es muy importante, porque señala, que las dilaciones injustificadas corresponden a un concepto jurídico indeterminado. La Corte dijo, este carácter injustificado hay que analizarlo a través de criterios, como el tiempo promedio que demanda el trámite del proceso, el número de las partes y terceros intervinientes, pero, una cosa muy importante, fue perfilando lo que debería siempre ser la regla de actuación, y es, que cualesquiera que sean las causas que debe o que alega el juez para justificar la tardanza, tienen que ser situaciones procesales probadas, sobrevinientes e insuperables, es decir, que en realidad le impidan tomar una decisión oportuna.

Y, así siguió señalando en esos primeros años, en las sentencias T-330 y T-596 del 95. En esta del 95 hay un tema muy interesante, porque el magistrado moroso en ese caso, alegó, que tenía muchas deficiencias estructurales, que tenía la carga, que no podía fallar y, lo cierto, es que cuando se revisó a fondo el caso, se encontró, que los compañeros de sala de ese magistrado tenían las mismas deficiencias estructurales y tenían mayores rendimientos, a pesar de estar en la misma situación.

Entonces, se evidenció que no existían unos factores objetivos o insuperables para no poder decidir. ¿Qué creen que pasó?, pues claro, la Corte amparó el derecho en ese caso, porque no encontró justificadas las razones que esgrimía el magistrado.

También ha habido otros pronunciamientos interesantes, en donde se han tenido en cuenta estos factores externos, como la T-162 del 93, la T-190 del 95. La Corte, tuvo en cuenta, por ejemplo, que el juez tutelado tenía 250 expedientes en turno para proferir la sentencia, los cuales, aclaró la Corte, ingresaron al despacho antes de que lo hiciera el caso de la parte accionante; es decir, fue perfilando causales objetivas, que tienen que ser revisadas por el juez de tutela, con muchísimo rigor porque son pautas que se van construyendo, pero que claro, ante el estado de cosas y ante esa mora judicial que viene también de causas externas, hay que analizarlo para cada caso en concreto.

Aquí es muy importante reflexionar, sobre algo que decía al inicio, y es que por supuesto, Colombia no es el único país que padece la congestión judicial. Y aquí, al final del día, aunque hay casos en donde la inactividad del juez o la negligencia, que es lo que tiene que mirarse en el espectro disciplinario, es lo que causa la mora, lo cierto es, que sí hay una situación estructural, que como yo les comentaba al comienzo, afecta a otros países también.

Miren, por ejemplo, las cifras del Plan Iberoamericano de Estadística Judicial del año 2021. Ese año en España ingresaron aproximadamente 3.200.000 casos nuevos, pero solo fueron fallados o terminados 1.000.400. Incluso, el Tribunal Constitucional español ha reconocido que esa problemática estructural limita el derecho al debido proceso. Y así hay muchos ejemplos. Ocurre lo mismo en Chile o Costa Rica.

La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, en el año 2020, profirió el dictamen sobre la justicia en plazo y los problemas estructurales de la administración de justicia en clave de ética. Y, aquí informó unas cosas muy interesantes: que la mora judicial puede estar asociada con el litigio temerario, también con la negligencia de las partes del proceso, el ejercicio abusivo de las herramientas procesales y, por supuesto, el bajo número de jueces y empleados de apoyo en cada uno de los casos.

Entonces, retomando este tercer tema que se planteaba en los años 90, como les decía, los turnos también fueron tomados como unos factores externos en la jurisprudencia, para entrar a revisar cada uno de los casos y si hay o no justificación en esas dilaciones. Claro, el artículo 43 del Decreto 2651 del 91 se establecía, que los jueces debían dictar la sentencia en el mismo orden de entrada al despacho, y aquí la Corte toma en consideración este tema, porque el deber es fallar, en teoría, los casos antiguos antes que los casos recientes y eso es una aplicación práctica de lo que debe ser la igualdad.

En la sentencia T-502 del 97, fíjese ya vamos en el año 97, la Corte encontró que había una tutela que no tenía vocación de prosperidad, porque conceder las pretensiones suponía violar el derecho de igualdad de al menos 250 personas que estaban en espera de que ese mismo juez resolviera su caso. Entonces miren la complejidad y lo que tiene que ver también con la decisión a través de los turnos que ha establecido el legislador.

Finalmente, en esa primera etapa, las dilaciones injustificadas pueden dar lugar a sanciones para los jueces en mora. Claro, esto viene del desarrollo del artículo 228 y, también, con el exa-

men de constitucionalidad del artículo 42 de este Decreto 2651 del año 91, en donde la Corte declaró la exequibilidad de esta disposición que permitía la sanción a los jueces por mora.

Cuando se revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, (sentencia C-036 del 96), la Corte estableció, que hay que verificar si el juez actuó de manera negligente o no, y, aquí también empieza a desarrollar estos criterios objetivos razonables y, si pueden existir causales eximentes de responsabilidad, como todo lo conocemos. (si se trató de un evento de fuerza mayor o un evento de caso fortuito). Pero esas pautas, que tienen que ver con lo disciplinario de los jueces, también fue nutriendo de alguna manera la aproximación al fenómeno y a lo que es el plazo razonable.

Ahora, para efectos prácticos, si en ese momento la conducta del juez moroso se podía entender como justificada, pues la consecuencia práctica era que no se le podía sancionar, a su turno, era inviable, que a través de un fallo de tutela se le ordenara a ese juez proferir la decisión correspondiente. Ahora, si la conducta no estaba justificada, pues además de la sanción pertinente, si la dilación es injustificada, además de la sanción, pues era posible, que a través de un fallo de tutela se le ordenara proferir la decisión de manera inmediata.

Entonces ya terminando la primera etapa, fíjense como arrancamos con esta mora judicial, pero arrancamos viendo las dilaciones justificadas e injustificadas. Hay dos sentencias, muy interesantes, que cierran esa primera etapa que son la C-248 y la T-292 de 1999. En la C-248, se estudió la constitucionalidad del artículo 18 de la Ley 446 del 98, que es la que establece la obligatoriedad de los turnos para decidir y, en la T-292 del 99, se analizó un caso de mora judicial, en donde la Corte tuvo en cuenta una situación particular de una magistrada que alegaba que estaba justificada su tardanza.

Pero ¿cuáles fueron estos asuntos que revisó la Corte? Ella recibió un despacho en donde la persona titular estuvo incapacitada mucho tiempo, el nominador no designó a un encargado y, pues claro, ella recibe en esas circunstancias, pero, además hizo todo lo que pudo, lo que su deber de diligencia le aconsejó para poder subsanar la situación y, aun así, no lo logró. Fíjense, que hay que revisar la condición particular del caso, la diligencia y qué factores pudieron interferir en el caso concreto.

Entonces en esta primera etapa terminamos con esa mora judicial a partir del 228 y con ese entendimiento de lo que supone el Estado de derecho de cara a lo que debe ser una justicia pronta y que resuelva los asuntos.

En la segunda etapa, como les decía, aparece de manera clara la teoría de la aplicación del plazo razonable. La etapa va desde el año 2000 hasta el año 2010 y, fue muy importante, porque básicamente en ella se analizaron tres aspectos: uno, la esquematización de la revisión de la dilación a partir de la razonabilidad del plazo; segundo, y muy importante avance también, en qué hipótesis podemos nosotros alterar ese orden de decisión de antiguo a nuevo que se estableció en el artículo 18 de la Ley 446 y, tercero, qué papel juega el perjuicio irremediable en los casos de la mora judicial. Y estos tres temas tratados se mantuvieron pacíficamente entre los años 2000 al 2010.

Entonces dentro de la esquematización de los criterios para identificar los casos en los que las dilaciones podrían estar justificadas, traíamos el presupuesto de la primera etapa, consistente, en que la congestión judicial y la excesiva carga de trabajo per se no son criterios que justifiquen la tardanza y, traíamos esas primeras bases a las que yo hacía referencia para entrar en esta segunda parte.

Surge una sentencia muy importante: la T-1249 de 2004. Allí se estudió un caso de 1200 personas que presentaron una demanda en ese entonces, contra el Banco Grana-horrar por cobro excesivo de intereses. No próspero por todo el análisis que se hizo en cuanto a la definición de lo que se tiene que entender por un plazo razonable. Y, en esta sentencia, mirando cómo se había dado el proceso, cuál fue la actividad de cada una de las partes y el contexto global, la Corte señaló las pautas para entender que existe una razonabilidad en el plazo.

Y, ¿cuáles son esos elementos? Primero: la complejidad del caso por supuesto, esto es un tema muy difícil de analizar teóricamente; segundo, el cumplimiento de las partes en sus deberes de impulso procesal; tercero, el comportamiento de la autoridad judicial y, finalmente, el análisis global del procedimiento. Pero ¿por qué el análisis global del procedimiento? porque siempre hay que tener en la mira que hay un parámetro de igualdad que hace que ese mismo juez tiene una cola de personas esperando que tomé decisión sobre su caso.

Entonces estos elementos se mantuvieron pacíficamente, luego vamos a ver, cómo se le agregó uno al final, que es el que hace que hoy la teoría de ese plazo razonable esté en las circunstancias que está, pero se mantuvieron durante esos años. Como lo anunciaba, a esto se le unieron los eventos excepcionales en los que se puede alterar el sistema de turnos para fallar; tema realmente complejo en clave de igualdad, por lo que les he manifestado, porque el legislador dispuso que se debe fallar de antiguo a nuevo, en un orden que

obedece a un criterio de igualdad. Entonces, realmente los eventos para poder alterar el orden tienen que ser excepcionalísimos; sin embargo, la vida real nos trae circunstancias en donde hay que decidir y, donde se ve que es posible alterarlo, porque de no hacerlo, la vulneración al derecho fundamental termina siendo peor.

Hay una sentencia importantísima, la T-708 de 2006, en donde la Corte estudia una tutela interpuesta contra la Sección tercera del Consejo de Estado, porque había mora en resolver la apelación de un fallo de reparación directa. La Corte encontró vulneración del derecho y ordenó alterar el sistema de turnos para proferir la sentencia. Esta fue una sentencia hito, porque se empiezan a marcar cuáles son esos eventos excepcionales para que se pueda alterar el orden de turnos. Y, ¿qué pasó?, ¿qué tuvo en cuenta la Corte y por qué decidió alterar el turno?: Porque se trataba de una persona en situación de extrema vulnerabilidad y de extrema pobreza. Pero, adicionalmente, la Corte tuvo en cuenta, de nuevo, la congestión, el sistema de turnos, la carga excesiva, cuando en términos normales o en épocas normales el Consejo de Estado iba a proferir esa decisión de apelación sobre la reparación directa, de la cual seguramente dependía, en alguna medida, el sustento económico de esta persona y, resulta que el Consejo de Estado habría fallado en siete años. Entonces en siete años ya se habrían consumado todas las vulneraciones a los derechos fundamentales y ya casi que caería al vacío cualquier decisión.

Entonces, ¿cuáles son esos parámetros para poder alterar el orden y qué constantes se han mantenido en la jurisprudencia?: Lo primero es que se trate, como les digo, de una persona que sea un sujeto de especial protección constitucional, pero, adicionalmente, se le agregó un tema o un asunto para mirar; que no solamente tiene que ser un sujeto de especial protección constitucional, sino que tiene que estar en un estado límite o crítico, como les contaba en el caso del Consejo de Estado, ante una persona con una vulnerabilidad económica, con problemas de salud, que si no se le decide la situación, caería al vacío siete años y después no sabríamos cuál sería a la situación del accionante.

Entonces, lo primero es persona con vulnerabilidad extrema, sujeto de especial protección constitucional, pero en estado crítico. ¿Por qué crítico?: Porque estamos afectando la igualdad de las personas que están haciendo cola para que el mismo juez falle y estamos alterando el orden que ha previsto el legislador, pero en situaciones críticas en donde hay que hacerlo.

Segundo, que el atraso excediera los límites de lo constitucionalmente tolerable. Alguien puede decir, bueno, ¿y qué es lo constitucionalmente tolerable, si eso es un concepto

indeterminado?; pero, si uno lee la jurisprudencia y la revisa, puede llegar a la conclusión, de que tolerable puede ser casi que lo mismo que razonable. Es decir, tiene que ser una mora que exceda del promedio de lo que es la resolución de los casos o de la generalidad de la Rama Judicial.

Y, por último, era indispensable, que las pretensiones estén relacionadas con aquella condición que hace vulnerable a la persona. Claro, yo altero el orden para poderle preservar su derecho y su derecho fundamental, porque está en esa condición, pero tiene que ser algo relacionado con eso; es decir, si es vulnerable por factores de edad; por ejemplo, la reclamación tendría que ver con el hecho de ser un menor de edad, pues la reclamación no podría tener que ver, qué sé yo, con un tema tributario, es decir, con un tema que no tengan nada que ver con la condición de vulnerabilidad y de sujeto de especial protección constitucional.

Esto de la alteración de los turnos como lo dije, ante la mora, es una herramienta muy buena, si se utiliza de una manera consciente y juiciosa; pero también puede ser una herramienta bastante peligrosa. La Corte Constitucional misma lo ha señalado en diversos fallos: si no hay un rigor del juez de tutela para estudiar el caso y para definir una situación extrema de estos sujetos de especial protección que amerite alterar el orden, pues lo que vamos a hacer es que vamos a generar, en palabras de la misma Corte, un irremediable colapso; porque si además no estamos observando el orden, que, claro, puede ser justificado por estas razones de orden constitucional, imagínense a dónde podemos parar.

Entonces la Corte ha dicho, que tiene que tratarse de situaciones reales, verídicas, comprobables y muy graves, que hagan inminente la necesidad del fallo, porque de la realidad del caso se deduce que la omisión del mismo puede derivar directamente en una afectación definitiva de un derecho fundamental de una persona que está en condiciones de debilidad manifiesta.

Hay muchos puntos de debilidad manifiesta que la Corte puede revisar y que los jueces de tutela han de revisar. Los criterios que ya conocemos: minorías, situaciones precarias de economía, salud, los menores, etcétera, que son los que abrirían las puertas al tema.

Ahora, como tercer elemento en esta segunda etapa: la procedencia de la acción de tutela ante el perjuicio irremediable. Realmente esto fue algo que se trajo a colación con la sentencia T 1154 del año 2004, en donde se asoció la mora judicial al perjuicio irremedia-

ble. Y, claro, aquí yo lo que diría es, en últimas, el perjuicio irremediable termina siendo una causal general, pero ¿cuál es el remedio a adoptar en cada caso, porque la idea es evitar que se consuma un perjuicio remediable? Una cosa es la mora judicial como tal, fenómeno del que hemos hablado acá y cómo se ha venido desarrollando, y otra cosa sería el perjuicio irremediable como criterio general y abstracto. Creo que la Corte está en deuda o en mora, de entrar a definir un poco más cuál es esa relación directa que puede existir entre la mora judicial y el perjuicio irremediable, porque de nuevo el perjuicio irremediable sería aplicable a cualquier acción de tutela, pero es importante dejarlo señalado, porque también constituye un avance jurisprudencial.

Pasemos a la tercera etapa entre el 2011 y el 2016. Lo más importante, es lo que tiene que ver con la necesidad que se hizo explícita, de distinguir, entre las dilaciones justificadas y las no justificadas. Sin embargo, también se ahondó en el alcance de las reglas que hasta ahora se habían venido estableciendo y a las que, como ustedes se dan cuenta, en cada etapa de la jurisprudencia, se van agregando conceptos que enriquecen cuál puede ser el análisis para tomar la mejor decisión, la más justa en cada caso.

Y, finalmente también se habló, sobre la exigencia de la subsidiariedad en materia de estas tutelas de mora judicial, porque hay un tema, no solamente de si existen otros mecanismos ordinarios, sino que, además, el accionante puede pedir también la alteración del orden. Entonces, empieza uno aquí a ver cómo se concatena la subsidiariedad como requisito de la acción de tutela, con que sea obligatorio o no que el accionante pida alterar el orden.

En cuanto al alcance de las reglas, es que cada vez se fueron haciendo más amplias con base en estos conceptos para que el juez sea el que se aproxime en cada caso a valorar las circunstancias y, como les digo siempre, partiendo de la base, de que la simple congestión y los simples excesos de tarea, no justifican la mora. Pero, lo que es importante en esta etapa, es que las reglas se hicieron más amplias para la consideración del juez.

La distinción entre las dilaciones justificadas y las injustificadas, fue un tema que nació desde los primeros años, desde la primera etapa que revisamos en los años 90. Pero, aquí es muy importante distinguir entre las reglas que de ahora en adelante se van a aplicar a unas y a otras. Al comienzo, las dilaciones, como lo comenté también, las que estaban injustificadas, eran las únicas que podían llevar tanto a la sanción del juez como a una decisión de amparo. Mientras que las que estaban justificadas no.

Pero, con el paso del tiempo, se vio la necesidad de que, en algunos eventos específicos, ante las dilaciones también justificadas, el juez pudiera tomar otra decisión y, esto, para poder hacer prevalecer los derechos fundamentales. Entonces, podía tomar la decisión de simplemente no amparar y no conceder, en cuyo caso la persona tendría que hacer la cola de la que hemos hablado, o podía tomar la decisión de amparar de manera definitiva cuando se trataba de personas de especial protección constitucional o, podía, simplemente, hacer un amparo transitorio y tomar las medidas para que no ocurriera un perjuicio irremediable.

Esto fue validado en la sentencia T-230 de 2013 y aquí, el efecto práctico importante como un paso más en la evolución: ya no era solamente la injustificada la que podía permitir el amparo, sino también la justificada con algunas condiciones.

Y finalmente, en esta etapa también se habló de la subsidiariedad de la acción de tutela en los casos de mora judicial. También en esta sentencia T-230 de 2013 se establecieron unos criterios importantes en materia de subsidiariedad. Las sentencias T-565 y SU-394 del año 2016 hacen plausible este tema de subsidiaridad y, también hay una deuda de la Corte, porque en los casos de mora judicial, el mecanismo judicial que se puede utilizar y que sea eficaz también entra a jugar al tiempo con la posibilidad que tiene el accionante de pedir que se modifiquen los turnos. Entonces, aquí se complica un poquito el análisis de la subsidiariedad. Esta es la tercera etapa de la jurisprudencia. Miren ustedes cómo, a partir de las primeras reglas base, vamos avanzando poco a poco.

En la cuarta etapa, que es la última etapa, que es desde el año 2016 hasta hoy en 2022 y está vigente, se adicionó un nuevo elemento para el estudio de la complejidad del caso, es decir, en el marco del plazo razonable que ya lo vamos a ver, se definieron una sus subreglas en los casos de los procesos de la Jurisdicción Especial para la Paz y, en unos casos de procesos pensionales. Es decir, cómo aplica la teoría de la mora judicial y el retardo en esos particulares asuntos, dada su importancia y, también se estandarizaron y consolidaron reglas aplicables, que hemos de tener en cuenta cuando valoremos la mora judicial.

Empecemos por la mora judicial en la Jurisdicción Especial para la Paz. En la sentencia SU-333 de 2020, la Corte se pronuncia sobre la mora judicial en estos procesos. ¿Por qué? porque hay unas reglas generales, pero fíjense ustedes lo que implica la tardanza en la decisión de estos asuntos que están sujetos a la Jurisdicción Especial de Paz. Pero, básicamente acá lo importante es reconocer que estas reglas que se fundamentaron desde la

primera etapa que les comenté, son reglas que van a servir para calificar las decisiones de los jueces en el marco de la Ley 1820 de 2016.

Básicamente, ahí lo que se señaló, es que la mora es injustificada en estos procesos, si es fruto del incumplimiento de los términos señalados en la ley, si no hay un motivo razonable que justifique la tardanza y, si es imputable a la falta de cumplimiento de las funciones por parte de una autoridad. Finalmente, estas terminan siendo casi que las primeras reglas básicas que se señalaron en la primera etapa jurisprudencial.

En cuanto a los casos pensionales: las pensiones siempre han tenido una connotación de potencialidad de vulnerar derechos, sobre todo de las personas que se encuentran también en situaciones de especial protección constitucional. Aquí hay una sentencia muy reciente que estudió la mora judicial, los criterios para determinar la justificación o no de la dilación que es la SU-171 del 2021. Y, es que no se nos puede olvidar, que, en el caso de las pensiones, el recurso de casación se concede en efecto suspensivo y entonces aquí empieza a jugar el factor de la mora, el factor de estar o no estar justificada la tardanza en responder.

Bueno, esos son los casos justamente que hay que valorar. Entonces, en temas pensionales, que son tan sensibles y que han estado en el día a día de la Corte Constitucional, habrá unos temas que no tengan relación directa con la mora judicial, pero habrá otros que sí, para eso, se estandarizaron esas reglas en la SU-171 de 2021. Y en aquellos que sí, pues entonces hay que analizar el caso en clave de la vulneración al debido proceso por dilaciones injustificadas. Y, entran todas las reglas y todos los estándares que hemos revisado hasta acá, pero aplicables a materia pensional y, también las razones de la actuación y la forma como se valora la diligencia o negligencia del funcionario en cada uno de los casos.

Les decía que, en esta última fase, se hizo algo muy importante; si ustedes recuerdan, para el plazo razonable existían unos criterios mínimos que fueron establecidos en la segunda fase de la jurisprudencia que les comenté y era mirar, revisar la complejidad del debate, la actividad procesal de las partes en el impulso procesal, la conducta de la autoridad y el análisis global del procedimiento.

Pues bien, a partir de la sentencia SU-394 de 2016, criterio que hoy en día se mantiene, no solamente hay utilizar estas cuatro pautas como referencias para analizar el plazo razonable, sino, que hay que tomar en consideración también la situación jurídica de la persona para de-

finir la complejidad del caso. ¿A qué me refiero?: casi que estas cuatro circunstancias que hay que valorar tienen que ver, en últimas, con un análisis global, de cómo se ha dado todo el procedimiento judicial. Y cuando uno llega a la que le dice el análisis global del procedimiento, pues termina siendo el impacto; por ejemplo, de una decisión de alterar turnos en materia de igualdad o cuál ha sido ese análisis global del procedimiento de cara a lo normal de la Rama Judicial.

Ahora, a partir de la sentencia que les digo del 2016, también hay que tener en cuenta, cuál es la situación personal de la accionante y qué le acarrea la inactividad o la tardanza de la decisión de la administración. Y, miren, en efectos prácticos, casos que han jugado en esta determinación, en la sentencia T-735 del 2017, en la que la Corte valoró la mora judicial en un caso de violencia de género y concluyó, que el plazo razonable en este caso debería ser valorado teniendo en cuenta la situación de la mujer víctima de violencia intrafamiliar, porque se deben tomar las medidas para que la demora en la resolución del caso no deje a una mujer en riesgo de que se repitan las agresiones o que el victimario pueda tomar retaliaciones por la denuncia.

Entonces, fíjense como esta circunstancia particular hoy es un tema en el que la Corte ha avanzado muchísimo, la violencia de género. Claro, este tiene que ser otro criterio para valorar la razonabilidad del plazo. No es lo mismo tomar la decisión en un caso en el que no está el juego la vida de una persona o de una mujer, a tomar una decisión cuando, desafortunadamente el desenlace puede ser fatal.

Y, finalmente en esta cuarta etapa, que es la última, se decantan cuáles son las reglas aplicables en general a la mora judicial, cuáles son los criterios fundamentales, que hoy en día rigen y, en los que ha contribuido la Corte Constitucional. Hay mucho trabajo por hacer, hay muchos temas por definir, hay muchos criterios que tal vez se han expandido por las necesidades, pero que yo creo que es legítimo revisar. Pero, indudablemente, ha habido un avance importante.

¿Cuáles son esas premisas que hoy establecen las connotaciones de esta teoría?:

Primero, las personas están llamadas a colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, es decir, no solamente el juez sino las personas; las partes como yo decía al inicio: ¡tengo unas obligaciones y unos derechos, pero también tengo unos deberes! Y esto, a la luz del artículo 95 de la Constitución y, los términos procesales. Volvamos a las bases de lo que es el Estado Social de Derecho y la Constitución del 91 pues tienen que cumplirse con diligencia so pena de las sanciones a que haya lugar. La auto

sanción para la parte o la sanción, como lo decíamos, para el juez por mala conducta, eventualmente al amparo del artículo 228.

Segundo, la solución oportuna de las controversias judiciales permite asegurar los principios constitucionales. Por esto, es importante que se cumplan también los términos como medio y no como fin: acceso a la administración de justicia. Algo que parecería obvio, insisto, pero pues la circunstancias no lo permiten; quien presenta una demanda o adelanta una actividad judicial tiene derecho a que la misma sea resuelta en tiempo y que la decisión que tome el juez le sirva para superar su estado actual y su condición. La justicia tardía, hay quienes dicen, no es justicia.

La congestión que padece el sistema judicial y el exceso de cargas en la mayoría de los casos, por supuesto, incide en unas decisiones prontas. Pero a los jueces no les basta con aducir, y ojo con este tema, porque es muy importante a efectos de entender qué se debe analizar. No basta con aducir la congestión y las cargas de trabajo; claro hay unos temas estructurales de nuevo, pero no es constitucionalmente admisible, que se le oponga a una persona que quiere acceder a la administración de justicia esos temas estructurales que no tienen nada a que ver con su derecho a una decisión pronta.

En este marco, surge entonces la mora justificada y la mora injustificada con los criterios que hemos hablado. El plazo razonable se ha venido nutriendo, de nuevo, de las circunstancias de cada caso, la complejidad, la conducta de las partes, una visión global, los intereses y la situación jurídica de cada una de las personas.

Aquí es muy importante ver, que se debe aplicar una regla de valoración: si la celeridad puede considerarse como consustancial a los intereses que se debaten, se reduce el límite de duración de aquello que se considera razonable. Por supuesto, hay que mirar la materia a la que se refiere el trámite judicial y la necesidad urgente y, de ahí la importancia de revisar la condición de cada una de las personas y la situación jurídica. La filiación de menores, por ejemplo, es un debate judicial que en términos de plazo razonable acorta lo que uno puede entender como plazo razonable. O, si el procesado está privado de la libertad, se cae de su peso. Para un privado de la libertad el plazo razonable no va a ser el mismo, que un plazo razonable para una persona que está gozando de la libertad.

De todas maneras, aquí tendría que decir también, que la jurisprudencia de la Corte, que como dijo es perfectible, todavía tiene mucho campo por recorrer, pues quedaría con-

denado al ostracismo, si los jueces no adoptan también un compromiso ético basado en el deber de diligencia que todos tenemos.

Claro, hay circunstancias externas, pero debe haber, como ha habido y como debe seguir existiendo, un deber ético de diligencia de los jueces. Esto porque como lo ha destacado la propia Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, la lucha contra las dilaciones procesales exige el protagonismo del juez con el fin de garantizar o de salvaguardar los derechos fundamentales a un juicio justo, en un plazo razonable, y requiere el compromiso y un cumplimiento de su deber ético.

La diligencia, es además uno de los principios éticos de la función jurisdiccional que ha sido reconocido, entre otros, por la Organización de Estados Americanos. Claro, esto no es un reto menor para los jueces, por supuesto, hay que mirarlo desde la otra cara de la moneda.

Hay un comentario que hizo un representante de la Organización de Naciones Unidas sobre los principios de Bangalore, respecto de la conducta judicial, al referirse a la tensión que se genera entre los deberes de diligencia y calidad en la administración de justicia; señaló atinadamente, lo siguiente: un juez puede ser eficiente y práctico a la vez que paciente y concienzudo.

Es decir, no es un reto fácil con el estado de congestión y de cargas, pero indudablemente, en todos estos análisis, también pesa el deber ético y el compromiso diligente de los jueces para superar estructuralmente como lo decía al inicio, la situación de congestión judicial en la que nos encontramos y, en la que se encuentran otros países del mundo. Necesitamos, además, una acción mancomunada del Estado, la creación de nuevos despachos, la digitalización de los expedientes, mejora de la infraestructura y, en esto, pues ha avanzado de manera importante en el Consejo Superior de la Judicatura.

De todas maneras, podemos seguir aprendiendo y tomando como referentes experiencias positivas en las regiones. En República Dominicana, por ejemplo, se implementó el llamado proyecto de mora judicial que le permitió al Estado con una acción conjunta de distintas autoridades, superar la congestión de más de 80.000 expedientes en un término de dos años. Es decir, hay muchas cosas que conjuntamente se pueden hacer, pero mientras tanto, el estado de cosas es el que tenemos y, es en ese estado de cosas en el que la Corte ha actuado.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Como reflexión y para dejar algunos puntos que pueden suscitar debate o mayor investigación, diría lo siguientes: la congestión judicial es un fenómeno procesal previo a la jurisprudencia constitucional e incluso previo a la existencia de la misma Corte. Las primeras medidas de descongestión que se adoptaron a la luz de la Constitución del 91, fueron aquellas de este decreto tantas veces mencionado en esta charla, el 2651 del mismo año. La Corte ha respondido a este fenómeno procesal con decisiones que han perseguido, en últimas, la supremacía de la Carta Política y, particularmente, la vigencia de los derechos que la Carta Política reconoce.

Y hay, por supuesto, como en todo, una visión también crítica a las pautas que ha desarrollado la jurisprudencia sobre la mora judicial y la forma de abordar el plazo razonable. Sin embargo, creería, que la jurisprudencia de la Corte no es una plataforma de justificación de la mora, ni tiene que ver con la causa de la congestión, pero, las decisiones que profiere la Corte tienen avances jurisprudenciales que se dan, porque los casos y la realidad a veces supera lo que la misma norma y lo que los mismos avances jurisprudenciales nos pueden dar.

Este criterio del plazo razonable es un criterio que sirve hoy como límite normativo. Y, sirve como límite de normativo, porque estas pautas que les he señalado, con todos los matices y con toda la evolución jurisprudencial, sin duda le dan unos factores de juicio a aquellos jueces que tienen que valorar las circunstancias particulares. Pero, de nuevo, tanto la actuación del juez tiene que ser ética y diligente, del juez del caso, como del juez de tutela que está revisando, pues tiene que hacerse con estricto rigor porque son criterios que deben bajar a cada caso concreto.

La jurisprudencia constitucional es perfectible. Creo que estamos en deuda de retomar de nuevo esos criterios y continuar ajustándolos de acuerdo con lo que ha sido el desarrollo de la actividad judicial y de lo que ha pasado en los últimos tiempos. Y, también debemos afrontar el hecho, de que la congestión judicial puede llegar a exacerbar en un nivel tan alto que el juez de tutela tenga que afrontar inmensas dificultades a la hora de ordenar la alteración de los turnos. Y en este punto quiero ser reiterativa, porque es una posibilidad jurisprudencial que bien utilizada genera cosas muy positivas y mal utilizada es bastante peligrosa.

De manera final, los jueces están vinculados siempre por un compromiso ético basado en el deber de diligencia, tienen que actuar de manera eficiente con todo lo que está a su

Derecho jurisdiccional disciplinario,
desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

alcance, independientemente del fenómeno de la congestión judicial y de las altas cargas laborales.

En el futuro próximo, espero, que espacios como este y foros como este, nos puedan aportar herramientas necesarias para seguir ahondando y construyendo sobre la doctrina de la mora judicial y, sobre todo, para poder sortear las dificultades y los retos que he dejado en evidencia en esta charla y, que creo, que van a ocupar la agenda de la Corte Constitucional en los años siguientes. Y esto seguramente logrará y contribuirá a alcanzar una justicia eficiente como la que algún día soñó el ilustre doctor Fernando Uribe Restrepo.

Muchas gracias a todos.

Conferencia:

Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados en España: la convergencia de la ética y sus aportes en la función judicial

Ricardo Conde Díez

*Magistrado Promotor de la acción disciplinaria del
Consejo General del Poder Judicial. España*

Muy buenas tardes otra vez. Yo les voy a explicar cómo está organizado el sistema disciplinario de la carrera judicial en España y voy a intentar incidir en las cosas que a mi juicio me parecen positivas y también aquellas que sean negativas, para que sobre esto, pues, se puede reflexionar sobre un sinfín de cuestiones. Ya verán en la primera diapositiva, cuando se proyecte, que parto de un principio que vincula más u obliga más al legislador, que es el mantener el equilibrio entre la independencia del poder judicial y la responsabilidad, la responsabilidad disciplinaria. Esto afecta más al legislador porque aquel tiene que ajustar un bloque normativo que garantice en todo caso, que por un lado se va a poder hacer ejercicio de las facultades disciplinarias pero que a la vez esas facultades disciplinarias tienen que ser estrictamente respetuosas, profundamente respetuosas, con la independencia del poder judicial.

A mí no se me ocurre una forma más eficaz de perturbar la independencia de un juez que amenazarle con una sanción disciplinaria, ¿cómo se garantiza ese equilibrio que no es fácil, bueno no es tan difícil tampoco? Se garantiza para mí intensificando la legislación con una buena técnica legislativa y garantizando en todo caso, primero, una regulación

clara, previsible y sobre todo garantista. En segundo lugar, que los órganos disciplinarios tengan independencia, se garantice su independencia, la misma que tendría un tribunal de justicia. Y, por último, en España es así porque el procedimiento es administrativo, aquí no tienen ese problema, que cualquier resolución en vía administrativa sea susceptible de ser revisada en vía jurisdiccional, que sean los tribunales de justicia los que tengan la última palabra y revisen la actuación de la administración, pero la administración en definitiva es el que ejerce la facultad disciplinaria y el que sanciona.

Como las competencias en España son distintas que en Colombia he querido introducir el tema del ámbito competencial. En España lo tenemos así organizado: cada operador jurídico tiene su propio régimen disciplinario y sus propios órganos que le disciplina, en el caso de los jueces, el Consejo General del Poder Judicial, ya lo veremos luego, porque es un mandato que está en la propia Constitución, no se puede discutir. La Fiscalía tiene la fiscalía general del Estado, los letrados de la administración de justicia, como dije antes, eran los responsables de la oficina al Ministerio de Justicia y los funcionarios pues, dependen, algunos del Ministerio de Justicia y, otros, las comunidades autónomas que hayan asumido competencias en materia de justicia, y los abogados la ejercen sus propios colegios profesionales, son los propios colegios, los que aplican sus normas deontológicas y en su caso imponen sanciones. Esto sin perjuicio, apunto ahí, de una responsabilidad procesal en la que pueden incurrir los abogados dentro del procedimiento, dentro de cada caso, si infringen determinadas normas que están en la propia ley orgánica del poder judicial con las leyes de procedimiento, por ejemplo, por incurrir en mala fe procesal que regula el artículo 247 de la Ley de Ordenamiento Civil, o por faltar al respeto, unas faltas que prevé la ley orgánica pero esto no es propiamente una responsabilidad disciplinaria, sino más bien una responsabilidad intraprocesal.

Como digo, cada colectivo tiene su propia normativa sustantiva y procesal.

Me centro en la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados que es lo que les puedo hablar con mayor rigor. Como dije antes, el artículo 25 de la Constitución establece un principio que ahora ya nos parece casi superfluo pero que en aquel momento histórico tenía importancia. De tal manera que se empiezan a sentar unas garantías, de tal manera que el principio de legalidad, que es básico en cualquier ordenamiento jurídico, fuera también de aplicación para las infracciones administrativas de todo tipo y, entre ellas, la disciplinaria.

El Tribunal Constitucional en una sentencia, de las más antiguas, prácticamente de las primeras, sentó una base fundamental y es que se constituye como el motor de la acción

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

disciplinaria ahora mismo, que es el *ius puniendi* del Estado que tiene manifestaciones, la más importante es la penal, pero también está la sancionadora, y que como tal manifestación la actividad sancionadora administrativa tiene que estar imbuida por los principios propios del derecho penal, como mayor garantía.

Esa traslación que no es absoluta, es muy importante. La traslación se justifica en la medida que hay que tutelar los derechos fundamentales del expedientado y por otro lado que resulte compatible con la misma naturaleza del procedimiento sancionador. ¿Cuáles son los principios? Yo creo que los conocemos todos, están ahí enumerados. Para mí lo importante no es que un código disciplinario diga o enumere principios teóricos, sino que sea capaz el legislador de incorporarlos en sus preceptos, es decir, que si hablamos de proporcionalidad, que el propio código establezca cuáles son los criterios en los que luego el instructor y luego la Comisión Disciplinaria, en su caso, materialice la proporcionalidad, habla de fijar una sanción por la situación personal del expedientado, la carga de trabajo, la gravedad de la infracción, etcétera.

De los principios, quizá, en el orden procesal más importancia tiene a efectos de evitar cualquier tipo de infracción que pueda determinar la ulterior nulidad del procedimiento, sería el derecho a la defensa. Y en esto por la legislación española intenta hacer garantista, pero se queda un poquito corta. Y por la vía de la aplicación practicamos incluido por una configuración del derecho de defensa del expedientado completa o, al menos, intentamos que sea lo más completa, esto implica la existencia de un procedimiento contradictorio, de asistencia letrada, la presunción de inocencia, los medios de prueba, lógicamente la carga de la prueba que pesa sobre la administración, la proscripción de la indefensión y esto es muy importante en el sentido en el que la propuesta de resolución que hace el instructor, la petición de sanción, tendrá unos hechos probados y el órgano responsable de sancionar no puede partir de otros hechos probados distintos. La misma calificación jurídica que propone el instructor vincula al órgano sancionador, es decir, es evidente que si se sigue un expediente disciplinario a un juez por retraso en el dictado de resoluciones, luego no puede ser sancionado por una desconsideración, por la indefensión que se le generaría. Lógicamente también un sistema de recursos, la posibilidad de la revisión judicial y, por supuesto, la *no reformatio in pejus*.

Como dije antes, la competencia del Consejo General del Poder Judicial está en la Constitución, que crea el órgano de gobierno de los jueces y les atribuye las funciones específicas de inspección y régimen disciplinario, lo cual no se puede discutir quién es el

órgano competente para juzgar la responsabilidad disciplinaria de miembros de la carrera judicial. Está regulada en la Ley orgánica y ha sido objeto de diversas reformas que han sido muy puntuales para introducir tipos concretos, pero el núcleo normativo sigue siendo en su conjunto idéntico al de 1985.

Aquí presenté mi primera queja ¿por qué? porque del año 1985 a 2022, les aseguré que los tiempos han cambiado. Hay realidades sociales, hay estructuras organizativas nuevas, hay faltas que ya no tienen sentido y hay otro tipo de faltas que a lo mejor el legislador debería reconsiderar debido a las nuevas realidades. El legislador por lo general es reacio a tocar el régimen disciplinario de los jueces por reacciones que pueden tener y en fin por ser una materia delicada. No obstante, ha hecho estas reformas la última, que afecta la caducidad del expediente que por cierto se hizo sin consultarnos: una reforma absolutamente innecesaria.

Respecto a los aspectos sustantivos, la ley parte de una reserva legal, ningún juez puede ser sometido a una acción disciplinaria si no es en los casos que prevé la ley por la autoridad competente y de acuerdo con el procedimiento que la propia ley establece. Regula la prejudicialidad penal, en el sentido en el que cuando se inicia por los mismos hechos una actuación penal, la actividad disciplinaria se paraliza. Y establece un catálogo de faltas graves, muy graves y leves, que prescriben a los 2 años o un año o seis meses desde que se cometieron.

La prescripción ya digo que solo se interrumpe el momento en el que se incoa alguna actuación disciplinaria o pre disciplinaria y se le da traslado al posible infractor. Si nosotros se nos denuncia y hay visos de realidad de cualquier falta disciplinaria con más de 2 años de que se ejecutó, archivamos de plano la denuncia, porque la actuación en cualquier caso del juez, con independencia de que fuera cierto o incierto, estaría prescrita.

En cuanto a la sanción establece un catálogo de sanciones de menos a más. La amonestación que es una reprimenda privada que hace la autoridad competente. También la advertencia y multa de hasta 6000 euros, y luego por faltas muy grave, traslado forzoso, suspensión de empleo y sueldo de hasta 3 años y, finalmente, la separación. Las dos primeras son para faltas leves y cualquier falta grave únicamente tiene la sanción de multa.

Multa en dónde lleva una pequeña reflexión: desde mi punto de vista si me permiten es una sanción anacrónica, nada más me llama la atención que siga vigente, y siga vigente

con semejante protagonismo, porque cualquier falta grave, incluso alguna leve, va con multa. Digo esto porque allá en 1980, cuando se publica el estatuto de los trabajadores, lo primero que hace el legislador es cargarse la multa, es decir a un trabajador en España no se le puede poner una multa de hace muchísimos años, porque consideraban que no era lógico que la contraprestación propia del contrato de trabajo quedara disminuida por el propio empleador, ejercitando una acción disciplinaria.

En función pública, los trabajadores de la función pública, los funcionarios ven cómo ese mismo criterio se acoge cuando se publica el Estatuto Orgánico del Empleado Público, LEBEP, y no existe tampoco la sanción. Y en el personal de la administración de justicia los funcionarios, que también se regula su responsabilidad, en la ley orgánica del poder judicial, tampoco tiene multa.

Sin embargo, todavía para jueces, para fiscales y para letrados de la administración de justicia sorprendentemente, porque hicieron una reforma recientemente, la multa sigue siendo una sanción estrella. Y además fíjense la contradicción: ustedes imagínense que van a ser objeto de una sanción disciplinaria por falta grave y, bueno pues por el juego de las agravantes, pues puede llegar a 5000 €, vamos a suponer. Luego si yo fuera el expedientado le diría al promotor y le diría a la Comisión Disciplinaria, por favor múlteme con una falta muy grave porque si usted me suspende 15 días de empleo y sueldo, en teorías por encima, yo voy a ver 15 días que no cobré, pero que tampoco voy a trabajar. Pero en cambio, si usted me pone una multa de 5000 €, es posible que me quedé casi, casi, con sueldo y medio, dos sueldos, sin cobrar y encima tengo que seguir trabajando. Ahora que al final la sanción efecto reales para una sanción muy grave, es de alguna manera más ventajosa que por una falta grave, lo cual nos obliga a acentuar mucho el principio de proporcionalidad, sabiendo que el régimen legal tiene estas contradicciones.

Este es un cambio que opera de manera importante en el año 2013 y está relacionado con lo que han hablado antes los anteriores panelistas. Anteriormente a esta reforma la Comisión Disciplinaria, que es el órgano encargado de disciplinar a los jueces en España, prácticamente instruía y conocía, y lo hacía de una manera un tanto poco objetivo. ¿En qué sentido? Cuando la comisión de disciplina advertía la posible existencia de una infracción, ella misma acordaba incoar expediente disciplinario, y ¿qué hacía?, nombraba un instructor. Y ¿cómo nombraba este instructor? Pues como en España llamamos dedocráticamente, a dedo. Elegía un instructor entre jueces, obviamente cercanos al territorio. Es decir que el órgano que iba a enjuiciar, acordaba la incoación y además designaba

al instructor. Pero no solo eso. Es que durante la instrucción la comisión disciplinaria le podía decir al instructor: “oye califica de otra manera los hechos” o, incluso, “incluye otros hechos que ahora mismo hasta ahora no has incluido”. Es decir, podía actuar sobre el instructor dirigiendo su actividad. Cuando el instructor acababa remitía el expediente a la Comisión Disciplinaria que había incoado, que había nombrado instructor, que le había dicho al instructor cómo tenía que hacer las cosas, y ya sancionaba.

Esto evidentemente se alejaba mucho de la doctrina del Tribunal Constitucional que obligaba a acatar los principios básicos del derecho penal, entre ellos la separación entre la instrucción y el fallo. Además, presenta una serie de inconvenientes tremendos. Básicamente, había tantos instructores como expedientes disciplinarios, con lo cual no había unidad de criterio. El instructor designado no quería hacer un trabajo en el que no estaba preparado, que era muy desagradable, porque tenía que poco menos que enjuiciar a un compañero y, además, enfrente tenía abogados especializados, porque en el ámbito disciplinario judicial hay jueces en excelencia que con mucha profesionalidad y demás, son muy buenos, ejercen la defensa de los expedientados, frente un instructor que además no tenía ni medios materiales ni medios personales para tramitar el expediente.

Esto generaba la caducidad. Muchos expedientes disciplinarios acababan caducando. El legislador reacciona y en el 2013 establece este nuevo sistema del que les hablo. Se crea la figura del promotor de la acción disciplinaria que básicamente tiene como función la que establece el artículo 605 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, atender todas las quejas que se presentan en el ámbito de la administración de justicia por los ciudadanos, tramitar las denuncias y en su caso incoar expediente disciplinario y presentar cargos ante el órgano competente, generalmente es la Comisión Disciplinaria.

¿Cuál es el ámbito de actuación del promotor? Toda, es decir, va a instruir el expediente disciplinario, desde el último juez de paz hasta el presidente del Tribunal Supremo. Es decir, toda la carrera judicial está sometida a la actuación instructora, en su caso, del promotor de la acción disciplinaria. La ley intenta de alguna manera garantizar su independencia a través de una normativa un tanto rígida, en cuanto a que el nombramiento lo tiene que hacer el pleno del Consejo General del Poder Judicial por una determinada mayoría, el cese solo se puede acordar en caso de incapacidad física o psíquica, de una dolencia o por incumplimiento manifiesto de funciones, se le dota de un personal asistente incluso de unos letrados que son jueces, en mi caso tengo tres jueces y una fiscal, y se establece un régimen de recursos para que la práctica mimética con el régimen penal sea

excluida total. Hay determinadas actuaciones del promotor, aquellas que finalizan la instrucción que van a los recursos a la Comisión Permanente, y a la Comisión Disciplinaria. Únicamente queda relegada a una función cautelar, que es residual, del enjuiciamiento y fallo, es decir, ni siquiera los recursos sobre los cierres de expedientes o sobre la denegación de apertura de expediente disciplinario, o sea decisiones que son recurribles, la Comisión Disciplinaria, va directamente a la Comisión Permanente.

Este es el esquema básicamente y esto se estructura en tres servicios distintos: la unidad de atención ciudadana, donde van las quejas; actuaciones previas, que es donde va un procedimiento predisciplinario al que ahora me referiré; y, propiamente, la sección de expedientes disciplinarios.

La primera duda que pueda surgir es ¿qué diferencia entendemos entre queja y denuncia? Es importante porque si no, el servicio sería ingobernable. Nosotros partimos, aunque no es una definición legal, pero es un criterio que mantenemos en el servicio, queja es toda aquella protesta que realiza un ciudadano por un mal funcionamiento. No promueve ningún tipo de acción disciplinaria contra nadie. En cambio, denuncia es cuando ya algún ciudadano, o cualquier operador jurídico quién sea, puede presentarla cualquiera, interesa del Consejo que se expediente un juez y se le sancione, eso es lo que consideramos denuncia.

La unidad de atención ciudadana se crea el año 1999 y tiene por objeto atender a las quejas, las quejas que acabo de referir, y coordinar distintas unidades que recogen esas quejas a lo largo del territorio, y hacer un tratamiento estadístico, luego reproducir estadísticas para que se vea que esta unidad aparte de atender las quejas de una función importante, porque nos permite ser una fuente de conocimiento sobre la opinión de los ciudadanos en torno al funcionamiento de la justicia.

Primeramente, se establece un formulario para que los ciudadanos pudieran presentar sus quejas por escrito y se puso una serie de buzones. Aquello no era operativo, y se ha sustituido por un formulario online, donde el quejoso la rellena, incorpora la documentación que tenga a bien y lo remite.

La unidad de atención ciudadana funciona muy rápido, en el sentido que recepciona la queja, la clasifica, la atiende y adopta las medidas. Realmente hacer una ronda de información a ver qué ha ocurrido con respecto a los hechos que son objeto de queja y se comunica al ciudadano la solución que se da. Eso también puede conllevar a que se traslade

al servicio de inspección cualquier disfunción, si se considera que debe ser atendida por el servicio de inspección o si hay indicios de responsabilidad disciplinaria de un juez, se traslade al servicio de actuaciones previas.

Se intenta hacer una labor didáctica, no sé con qué éxito, porque si hay algo de lo que adolece el estado español, es que los sistemas educativos enseñan cosas inverosímiles. Yo aprendí a integrar y a derivar, no sabría decirles ahora mismo bien si todo para epsilon que tiende a infinito y cosas que nos hicieron memorizar. Pero en cambio no te dan una formación mínima sobre conceptos básicos de derecho. No te explican lo que es una multa, cosa que vendría muy bien. Ya que se intenta suplir de alguna manera y se le explica que el fallo que denuncia, a lo mejor no es un fallo, o que el fallo viene por una falta de medios o recursos, en fin, se intenta dar una explicación razonable.

¿Qué número de quejas se presentan? Pues les he hecho aquí una comparativa, un estudio de las estadísticas, año 2001. Entre las que se presentan el propio Consejo y las que se presentan en los órganos periféricos en todo el territorio, pues se presentaron en el año 2021 prácticamente 19000 quejas que fueron respondidas. Los denunciantes: hay gente que denuncia varias infracciones, denuncia varias veces, en fin, tenemos ahí los órganos denunciados y una diversidad sin fin de motivos. Nos indica ya aquí cuál es el principal motivo de queja de la ciudadanía: aquí vemos que es común, prácticamente en todos los países, que es básicamente el funcionamiento de juzgados y tribunales. Ya referidas a la actividad judicial del juez propiamente dicho, o bien al funcionamiento de la oficina.

Pero tenemos muchas quejas también por meras disconformidades judiciales, algo a lo que me referiré porque es importante y luego un sin fin de manifestaciones.

En cuanto a los retrasos, gracias a este tratamiento estadístico, podemos saber que la mayoría de las quejas se residencian ya en la fase declarativa y en la fase de ejecución. Esto a los jueces, por lo menos, nos mueve al optimismo porque, realmente, está en los autos en poder del juez para resolver, sería propiamente la responsabilidad judicial, tan solo es un 4,4% de las quejas. Normalmente lo que es el impulso del procedimiento está a la mano de la oficina, según las leyes procesales, y en la ejecución igualmente el juez tiene un papel secundario actualmente.

Y aquí podemos saber cuál es el personal que recibe más quejas. Esto tiene una explicación: los funcionarios están en primera línea de fuego, normalmente recibe más número

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

de quejas. Vemos que en lo que a nosotros nos interesa el número de queja relativas a jueces por distintos funcionamientos, no es especialmente preocupante, relevante, dentro del global de esta estadística.

Las diligencias informativas son para mí lo más importante del servicio. Dirán, bueno, usted se dedica a tramitar expedientes disciplinarios. Si. Bueno, yo insisto, pues para mí lo más importante dentro del servicio disciplinario de la carrera judicial es esta actuación, porque la actuación de la diligencia informativa consiste, cuando se recibe una denuncia donde se exige responsabilidad disciplinaria de un juez, en averiguar si realmente los hechos que se denuncian, tienen trascendencia disciplinaria. Es decir, se produce un filtro muy importante para saber si lo que se denuncia, puede dar o no dar a lugar, al expediente disciplinario de un miembro de un poder del Estado. Sorprende que, pese a esa importancia, la Ley Orgánica apenas hace referencia a ellas tan solo para insistir en que puede interrumpir la prescripción de la falta.

La tramitación es sencilla. Como digo el objeto es simplemente determinar la certeza de la denuncia. Normalmente dictamos un acuerdo de apertura, pero ya anticipo, qué parte de estas denuncias, no pocas, se archivan de plano. ¿Cuándo se archiva de plano? Pues básicamente cuando la denuncia, denuncia hechos que, aunque fueran verdad, no tendría naturaleza disciplinaria, sería absurdo seguir un procedimiento. O bien, cuando la denuncia es genérica, no tiene ningún nivel de precisión o pudiendo aportar un mínimo de indicio probatorio, no lo hace. Nosotros hemos incorporado un cuarto motivo porque nos viene del derecho penal: están prohibidas las investigaciones prospectivas. ¿Qué es una investigación prospectiva? Aquella investigación que tiene por objeto averiguar si hay algo sin el menor indicio, es decir, cuando se denuncia, por ejemplo, este juez suele tratar mal al abogado, pero qué día lo ha tratado mal, dígame algo más. No, usted investiga a ver si es verdad: eso es una investigación prospectiva. Y eso está prohibido y declara la nulidad de una causa penal. Lógicamente hacemos la misma traslación al derecho disciplinario. Ha sido el propio Tribunal Supremo el que nos ha ratificado este criterio, lo ha avalado en varias resoluciones en donde dice que, para admitir una denuncia, aunque sea en esta vida predisciplinaria, tenemos que contar con unos indicios mínimos, no investigamos cualquier cosa. La propia doctrina del Tribunal constitucional da carta de naturaleza a estas diligencias: nos dice que sirven para evitar la fricción, el decoro, el desánimo, que puede generar abrir un expediente disciplinario a un juez, aunque luego se le archive porque el archivo no va a compensar nada de esto.

Y una matización muy importante que yo me hartado de repetir hasta la saciedad: las diligencias informativas no son un procedimiento disciplinario, no se dirigen contra un

juez, no lo digo yo, lo dice el Tribunal Supremo. Dicen que únicamente tienen por objeto lo que acabo de decir: una aproximación a los hechos para ver si es cierta la denuncia, y aun siendo cierto, ver si esto merece la apertura de un expediente disciplinario. ¿Por qué digo que es importante? Porque las diligencias informativas, o la estadística de las diligencias informativas se pueden utilizar de forma torticera. Les pongo un ejemplo. En el año 2018 se dirigió el Parlamento español al Consejo y preguntó qué cuántos jueces eran objeto de diligencia informativa. Yo les contesté que cero. Aquello no gustó. Entonces hubo rectificaciones y les tuve que aclarar la doctrina del Supremo: miré y a ningún juez se le abre una diligencia informativa, nadie es sometido a una investigación. Se investiga una serie de hechos en dónde está implicado o no un juez, pero eso no significa que tenga ningún valor, porque la mayor parte de la diligencia informativa como veremos en la estadística, se archiva, por lo cual el hecho de que un juez tenga una diligencia informativa abierta lo único que significa es que ha habido un ciudadano que lo ha denunciado.

Pongo otro ejemplo. En un procedimiento del orden jurisdiccional social donde los demandantes era un colectivo muy numeroso, la titular de un órgano colegiado, la ponente, desestimó la demanda y entonces el abogado no se le ocurrió otra cosa que decirles a todos y cada uno de los demandantes: “denuncia a la juez”. Claro en aquel momento si nosotros hubiéramos seguido los criterios normales hubiéramos incoado 250 diligencias informativas, con lo cual esa juez hubiera sido la peor juez del mundo. Repito, no es un procedimiento contra nadie. Por lo tanto, aunque hablemos de procedimiento predisciplinario, realmente no tiene carga peyorativa o no debe entenderse con carga peyorativa nunca, aunque solo jueces lógicamente la apertura de una diligencia informativa perturba.

Y por último la legitimación del denunciante. El denunciante cuando denuncia, únicamente, tiene intervención para que se le diga que acusamos recibo y que incoamos la actuación y se le notifica la decisión final, bien de apertura de expediente, bien del archivo. Es una resolución motivada donde se le dice al denunciante, se le enumeran todas las actuaciones que se han seguido, el razonamiento jurídico de porqué su denuncia en su caso es archivada. El denunciante puede recurrir, pero ojo, que el Tribunal Supremo tiene reiteradamente dicho que la legitimación del denunciante es única y exclusivamente a los efectos de asegurarse que el Consejo, este caso el promotor, ha llevado a cabo una investigación a fondo. El Tribunal Supremo reitera que el denunciante no tiene legitimación para exigir que se sancione a un juez, lo hace por un razonamiento muy sencillo, es que se sancione a un juez o no, esto es ajeno por completo a su esfera jurídica de derechos, ni le aporta un beneficio, ni le merma o genera ninguna obligación o le merma ningún derecho. Con lo cual lo único que puede recurrir el denunciante

y a sus efectos se le notifica la resolución, es para que discrepe de que habría tenido que haber llevado a cabo una investigación mucho más profunda.

Este es el número de diligencias informativas abiertas. Se verá que el número ha decrecido y ha decrecido porque hemos, con base en la jurisprudencia, intensificado la labor de admisión de tal manera que intentamos hacer una mayor depuración de las denuncias, porque si incoamos una diligencia informativa y a la vez sacamos actuaciones con respecto a un órgano, seguro inevitablemente que vamos a perturbar su funcionamiento. Primero, perturbamos al juez en su ánimo, pero ya va de suyo, pero además le hacemos que redacte un informe lo cual le va a llevar seguramente horas de dedicación. Vamos a interferir el funcionamiento de la oficina, porque es posible que pidamos actuaciones al letrado de la administración de justicia y molestemos al personal que tendrá que dedicar tiempo a contestar. Con lo cual preferimos hacer una criba, que nos lleva tiempo, en materia de admisión, para que solo se tramiten las diligencias informativas que conforme al derecho creemos que se deben tramitar.

A Dios gracias este criterio ha sido ratificado por la Comisión Permanente, es la que puede revisarnos de oficio o a instancia de parte, vía recurso, los archivos y no hemos tenido en 5 años de mi parte, dos revocaciones nada más.

Los tiempos de respuesta son breves, generalmente nos movemos en orden de los 70 días. En el año 2020 se tardó más, pero estuvo paralizado el servicio casi dos meses o tres, por motivo de la pandemia. La celeridad está en factores también externos, porque depende de lo que se tarde el juez en informar o incluso el propio ciudadano en ratificar su denuncia. Y el sentido de acuerdo final lo tienen ahí, como verán, el número de archivos es muy importante en relación con el número de expedientes disciplinarios que se incoan. Aunque en un colectivo de 5000 personas, es un número que ahí lo tienen. Yo insisto mucho, y en esto tenido bastantes enfrentamientos con algún vocal del Consejo, con abogados, incluso con políticos, en cuanto así se incoan muchos o pocos, de verdad que es una pregunta, es una consideración totalmente capciosa que a mí me molesta, lo digo aquí públicamente. ¿Por qué? A mí no me preocupa que haya muchos y pocos, me preocupa acertar y que haya lo que tenga que haber, y me importa muy poco que sean muchos o pocos. Hacemos una labor exclusivamente técnica y jurídica, en donde queremos también contribuir a ese equilibrio entre responsabilidad e independencia.

Estos son los que son, los que hemos sabido depurar. También que haya más o menos expedientes disciplinarios puede depender también del número de denuncias. Yo esto se

lo explicaba en el Consejo General de la Abogacía en España a los abogados: miren, si un juez es tremendamente desconsiderado, pero si no denuncian, en el Consejo no nos enteramos, no estamos viendo todos los juicios los 13000, 14000, 15000 juicios que se celebran al día en España, con lo cual, si no denuncian no tenemos conocimiento.

Los motivos de los archivos, suelen ser la disconformidad con resoluciones judiciales. Esta es la parte agradable de mi servicio, para nosotros. Porque aquí sí que hacemos una defensa de la independencia del poder judicial, aquí lo que hacemos es defender frente al ciudadano por qué el juez ha hecho su función, y que, si a usted no le ha gustado lo que se ha resuelto, recurra y acuda a la vía jurisdiccional, es decir no intente usted exigir responsabilidad a un juez porque ha dictado una resolución conforme a derecho que no es favorable a sus intereses. En estas tenemos bastantes denuncias por este motivo, pero el motivo estrella como se pueden imaginar, como en todos los países, es el de retraso. También tenemos cierto trato desconsiderado y el resto ya son incidencias puntuales.

Vamos a los expedientes disciplinarios. ¿Cuál es la tramitación, cuál es la normativa procesal? Como dije antes es una actuación estrictamente administrativa y se sigue el modelo propio de la administración pública española. En prácticamente todos los servidores públicos es el mismo régimen.

Si tras las diligencias informativas vemos que hay indicios sólidos de una responsabilidad disciplinaria dictamos un acuerdo que es lo contrario del archivo, pues es la apertura del expediente, acuerdo que no se puede recurrir por nadie y nadie puede revocar. En ese acuerdo se hace una relación pormenorizada de las actuaciones y se hace un razonamiento jurídico porque consideramos que hay indicios. Se cita ya la falta que presumiblemente se le puede atribuir o las faltas, y se acuerda la apertura del expediente, su traslado al expedientado y la práctica de diligencias. Entre esas diligencias si es que es necesario adoptar una, siempre está la declaración del expedientado que tiene lugar en la sede del Consejo del Poder Judicial y se graba en soporte audiovisual. Dejo claro que interviene el ministerio fiscal en todos los expedientes disciplinarios, pero su actuación es única y exclusivamente de informe, y de informe no vinculante: participan en la declaración, fórmula preguntas, puede formular las alegaciones que tenga a bien, ya lo veremos que hay un trámite donde se informa. Pero insisto, es un informe no vinculante. Solemos tener bastante sintonía, las cosas como son, pero ha habido veces que él, en este caso la fiscal, ha solicitado una sanción, nosotros hemos optado por el archivo y viceversa. No es normal, pero ha ocurrido.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Una vez que se le toma declaración, dictamos el pliego de cargos. El pliego de cargos es una resolución que tiene importancia desde el punto de vista fáctico. Lo importante son los hechos. Y se hace una relación pormenorizada de los hechos que nosotros al servicio del promotor, al menos yo concretamente, considero probados. Se hace una descripción al modo penal, que utiliza la misma técnica que se utiliza para resoluciones penales. Consideraciones uno por uno de hechos probados. Se apunta cuál es la falta disciplinaria, aunque se puede modificar todavía, en este caso todavía no hay una calificación definitiva, y se le da traslado al expedientado para que impugne en su caso el pliego de cargos y proponga prueba, es decir, para que tenga la oportunidad de discutir el sustrato fáctico en base al cual se le está o se le puede exigir responsabilidad disciplinaria.

Se admite o no la prueba que proponga y, una vez que se practica la prueba que se le admita, se da traslado al fiscal que realiza esa labor de informe. Hace unas consideraciones jurídicas y, en su caso, informa favorablemente una sanción, que propone. Insisto, no es vinculante.

Y ya pasa nuevamente las actuaciones al promotor para formular la propuesta de resolución, que es el escrito de acusación propio. Yo sigo, insisto, una técnica muy similar a un escrito de acusación del ministerio fiscal, en el sentido de que hago nuevamente una relación de los antecedentes, una relación de hechos probados y explico, en cada hecho probado, los medios de prueba en los que mi sustento y luego las consideraciones jurídicas: las primeras relacionadas con el tipo de falta para justificar que los hechos probados tienen encuadre en la falta que se trate; siempre hacemos una fundamentación relacionada con la culpabilidad, es decir qué elementos pueden afectar a la imputación desde punto de vista subjetivo, es decir, hasta qué punto es usted responsable, plenamente conocedor de las circunstancias, o que concurren circunstancias que vamos a valorar en orden a atenuar la responsabilidad. Y por último la proposición de la sanción, concreta y delimitada. Por eso evita que se imponga la sanción de 3000 € de multa, suspensión de 15 días.

Nuevamente se le da traslado al expedientado para que lo conteste, realmente lo impugne y haga sus consideraciones y solicite el archivo del expediente. Y ya con eso ya habremos acabado la tramitación del expediente disciplinario y se remite al órgano competente que es la Comisión Disciplinaria para la mayor parte de los casos, o para el pleno del Consejo única y exclusivamente si la propuesta de sanción es la de separación del cargo.

Cabe la suspensión cautelar, cabe, está regulada en la ley orgánica, pero es una decisión absolutamente excepcional. En cinco años la he solicitado dos veces y se ha acordado una.

El procedimiento está sujeto a caducidad, antes eran seis meses y era un plazo con el que estaba absolutamente de acuerdo. No me parece lógico someter a un miembro de la carrera judicial a un estrés de un año. No sabemos por qué, el legislador quizá porque no se enteró bien de que los problemas de caducidad con la figura del promotor se habían solucionado, pues lo amplía a un año. Nosotros no tardamos, nunca llegamos a los seis meses. La única manera, el único beneficio que ha tenido esta ampliación de plazo, es que algunos expedientados que alegan motivos de salud y solicitan el retraso de las actuaciones hasta que estén mejor de ánimo, pues como ya no tenemos seis meses, tenemos un año, pues podemos ser mejores personas y darle mayor plazo para la declaración y a la actuación.

Los recursos, en principio durante el trámite no se admiten, conforme a la legislación. Nosotros hacemos una aplicación analógica de la Ley de Procedimiento Administrativo que no es aplicable en el ámbito disciplinario, la gente no lo sabe pero está regulado en el artículo 642 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero utilizamos un criterio similar: no se admiten los trámites, cualquier impugnación se realizará ya ante la Comisión Disciplinaria al momento del juicio, no juicio porque es una actuación oral, al momento de la impugnación, escrita quiero decir: no hay un juicio digamos donde se convoque a las partes, es simplemente escrito todo. Una vez que haya impugnado la propuesta de resolución se eleva a la Comisión Disciplinaria que resuelve. Y si ha habido alguna impugnación por algún acto material durante la tramitación del expediente, es ahí donde lo tiene que plantear.

Si se le sanciona, se anota en su expediente personal y ahí queda a modo de antecedente. Pero el interesado puede pedir la cancelación, cuando pasen un año para las faltas leves, dos para las graves y cuatro para las muy graves. Eso quiere decir que, si se cancela, se borra por completo a todos los efectos, como si no hubiera cometido nunca una infracción disciplinaria, no se puede tener en consideración para nada.

La ley prevé la intervención de las asociaciones judiciales, pero la restringe en principio a que, si el expedientado quiere, la asociación judicial a la que pertenezca en su nombre puede impugnar la resolución. Nosotros hemos hecho aquí una interpretación un tanto atrevida, pero que nos ha parecido oportuna desde el punto de vista de la transparencia. Hemos considerado que, si la asociación judicial puede recurrir a la decisión final, parece razonable que si lo pide y el expedientado lo interesa también, pueda también tener participación a lo largo de la instrucción. De momento así lo hemos admitido y como genera mayor defensa pues lógicamente no ha sido motivo de reprimenda por ningún órgano.

La legitimación del denunciante es la misma que las diligencias informativas: ninguna. Únicamente se le comunica el resultado del expediente disciplinario para que tenga conocimiento.

Esta es la estadística desde el año 2017 al año 2022, que son los años en los que estaba yo de promotor. Podría hacer ciertas cábalas o deducciones: que la responsabilidad disciplinaria es más probable en los órganos unipersonales, que en los colegiados. Nosotros le hacemos una lectura: en los órganos colegiados muchas veces el propio presidente del órgano colegiado de la sección donde está el magistrado interviene decisivamente para corregir cualquier posición de cualquier disfunción que genere un magistrado dentro del órgano, pero aun así existen responsabilidades. Y desde el punto de vista del orden jurisdiccional, yo creo que es un criterio puramente cuantitativo en el sentido de que hay más jueces en el orden civil, en el orden penal y lógicamente hay más expedientes disciplinarios.

¿Cuáles son las causas de expediente disciplinario? ya me he ido a varios años más atrás, para tener unos datos más exageradas, mas cuantitativos, más evidentes. Básicamente el retraso. Y aquí ya provecho, se ha tratado el tema de la mora judicial: ¿cómo afrontamos o como dilucidamos la mora judicial en España? Tenemos para mí, muy bien, porque a mi me ha solucionado muy bien, los criterios interpretativos, la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo que tiene doctrina muy consolidada a la hora de valorar la mora judicial, la responsabilidad disciplinaria por mora judicial.

Igual que aquí, idénticamente el Tribunal Supremo nos dice que el concepto de retraso es un concepto jurídico indeterminado y que para determinarlo es necesario valorar distintos parámetros. El primero de todos es analizar cuál es la situación, la sobrecarga del órgano, la suficiente dotación de medios personales o materiales o cualquier incidencia que haya podido perturbar el buen funcionamiento de la oficina judicial. En segundo lugar, es el retraso material valorar la entidad del retraso. El tercero es una relación causal entre la tardanza y el posible daño que se haya podido producir. Y muy importante y esto es lo que el Tribunal Supremo le da más importancia de todo, importancia decisiva, es el rendimiento personal del juez. ¿Cómo valoramos en España el rendimiento del juez? Nosotros contamos con una herramienta, un criterio técnico, que establece por un lado cuál es la carga de asuntos que debe entrar en un órgano judicial y, por otro lado, cuál es el resultado productivo del juez al cabo de un año. Es una herramienta que le llamamos módulos. El servicio de inspección estuvo trabajando en ellos y establece, los primeros, les llamó registros de entrada, módulos de entrada, que se hacen conjuntamente con el

Ministerio de Justicia y establece hasta qué número de asuntos sería razonable que entran en un órgano jurisdiccional. A partir de ahí, se supone que el órgano está sobrecargado. Si está al 100 por 100 está en un momento óptimo, está bien, se supone que tendría que resolver cumpliendo los plazos pero, a partir de ahí, a más arriba, pues el órgano empieza a estar sobrecargado, de tal manera que sí ya el órgano donde se ha producido la disfunción, el retraso, tiene un módulo del 170% del 180% me está diciendo que ese juzgado está asumiendo prácticamente el doble de número de asuntos que tenía que haber asumido, con lo cual ya sabemos que el órgano no puede estar funcionando bien.

Y luego están los módulos de rendimiento. Están establecidos un número de resoluciones que los jueces deben dictar en función de su orden jurisdiccional y en función del órgano tribunal en el que esté destinado. De tal manera que, si un juez acredita cumplir los módulos al 100 por 100, prácticamente se considera en casi todos los supuestos que el juez ha cumplido con su deber y que el retraso obedece a otros factores externos a él. Con una única excepción, y es la que también se ha hablado aquí, y es que no siga el criterio de antigüedad, si no que siga un criterio selectivo la hora de resolver asuntos: oiga usted tiene mucho trabajo, muchos asuntos, de acuerdo, pero usted está posponiendo asuntos complicados, asuntos antiguos, y está resolviendo los modernos, lo cual además nos perturba los sistemas de medición, es decir, usted está acreditando una carga de trabajo haciendo una pequeña trampa. En estos casos si cabe la exigencia de responsabilidad disciplinaria.

La segunda causa son motivos por desatender obligaciones puramente administrativas en su condición de empleado público y en ocasiones también el abuso de autoridad, trato desconsiderado. En España tenemos la ventaja de que la mayor parte de los juicios se graban, con lo cual la acreditación de esto resulta más sencilla.

Bien, pues para acabar esta exposición me pedían que hiciera unas reflexiones sobre responsabilidad disciplinaria y ética judicial. De esto hemos hablado esta mañana, lo ha explicado mi compañero Francisco muchísimo mejor que yo, estos son los principios de ética judicial, la Comisión de Ética Judicial. Pero ¿qué relevancia tiene en el ámbito disciplinario? La regla general, esto yo creo que es como un cualquier país, en principio una infracción, una presunta infracción de un principio ético, no conlleva exigencia de la responsabilidad disciplinaria, con una única excepción y es que la conducta, aparte de infringir los principios éticos, además tenga encuadre en alguna de las faltas expresamente tipificadas como tales en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Un principio ético me dice que hay que ser considerado con quien acude al tribunal, pero también es falta de disciplinaria la desconsideración. Entonces hay un conjunto de faltas que verdaderamente también coinciden. Pero otros principios éticos que implican una actuación digamos de menor trascendencia que no tienen encuadre en el catálogo de faltas, no dan lugar en ningún caso a la exigencia de responsabilidad disciplinaria. ¿Qué aportan estos principios? Yo creo que aporta mucho, ha sido un debate muy interesante, que en España ha costado. Ha costado por la desconfianza inicial de gran parte de la carrera judicial en contra de la adopción de unos principios por recelo a que, si estuviese intentando hacer una inducción de determinada ideología o perturbar o crear nuevas obligaciones o nuevos tipos disciplinarios de forma encubierta, pero yo creo que una vez aprobado y a la vista del funcionamiento de la Comisión de Ética Judicial, yo creo que están haciendo un muy brillante trabajo.

Y abro una reflexión para para finalizar: mi experiencia me lleva a que en algunos casos nosotros tenemos que archivar la denuncia del ciudadano pese a que somos conscientes de que ha habido una infracción de los principios de ética. No hay tipicidad, hay que archivarlo, sí o sí. Y la respuesta al ciudadano, a mí se me antoja aquí en estos casos, esto es una opinión totalmente personal un tanto coja. A mí me hubiera gustado, sinceramente, que la Comisión de Ética Judicial hubiera tenido la oportunidad de algo más, no solo hacer consultas o dictámenes, que está muy bien, si no que dado que tiene una elección, una extracción, absolutamente democrática por todos los jueces, está representada toda la carrera judicial por categorías que sí que en algunos momentos hubiera podido hacer simplemente un pronunciamiento declarativo considerando que determinado comportamiento no se ajusta debidamente a los principios éticos. Un pronunciamiento meramente declarativo, para que la cuestión por lo menos se hiciera evidente. La respuesta que se da al ciudadano archivando una denuncia y diciendo “esto, puede infringir el código de ética”, pero no pasa nada, yo creo que no contribuye en gran medida, por lo menos, a la buena imagen del Poder Judicial.

Hay cosas que han salido bien yo creo que la figura del promotor está asentada, de hecho, ahora la Fiscalía la ha copiado, ha introducido también la figura del promotor con una serie de matices que no es estoy muy de acuerdo, pero creo que la separación de instrucción y enjuiciamiento está asegurada y que se garantice debidamente lógicamente la actuación independiente del promotor, que a fecha de hoy, en lo que a mí respecta, ha sido absoluta.

Bueno pues muchísimas gracias y sobre todo gracias por la paciencia.

Conferencia:

La argumentación jurídica, relevancia ética e implicaciones en la labor del jurista

Rodolfo Luis Vigo
Expresidente de la Asociación
Argentina de Filosofía del Derecho

Buenos días a todos de vuelta a mi agradecimiento por este honor conferido de aportar algunas reflexiones junto a colegas, también respetados y queridos, en un tema sin duda de enorme actualidad.

Cuando redactamos el Código Modelo Ética Judicial para Iberoamérica nos dimos cuenta que en definitiva no éramos demasiado originales, dado que lo que pretende la sociedad de un juez no ha cambiado demasiado a lo largo de la historia, al margen de particularidades, encajes culturales, etcétera.

Desde el Código de Hammurabi a la fecha no hay demasiado, sobre todo en momentos de enorme reflexión como aquellos de Aristóteles: el Libro quinto de la ética donde a los jueces se los llama justicia decaste, justicia encarnada.

Entonces lo único que pensamos que era un poco original, no totalmente, fue haber incluido entre los trece principios de la ética judicial, la motivación. Motivación lo llamamos nosotros, que en definitiva se podría traducir hoy de una manera bastante fácil como argumentación jurídica.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Pensábamos aquello que decía Alexy que en una democracia hay dos mecanismos de legitimación política democrática: por un lado, la legitimación política democrática electiva que es propia del poder ejecutivo y del poder legislativo, y los jueces nos legitimamos de una manera diferente, política y democráticamente. Alexy la llama legitimación argumentativa, es decir, el juez se legitima en la medida que hace bien su trabajo, dando razones de aquello que dice el derecho, es decir, cuando atribuye un derecho o impone un deber. En definitiva, cuando enmarca el estatus jurídico de una conducta, si está prohibida, obligada o permitida por el derecho.

Yo le agregaría esa consideración de Alexy, legitimación política democrática vía argumentativa sobre todo en la experiencia latinoamericana, la legitimación por vía ética o la preocupación por inspirar confianza. Hoy Europa ha reconocido uno de los derechos de cualquier ciudadano, el derecho al buen gobierno y ese buen gobierno incluye que la autoridad debe esforzarse por inspirar confianza. Ser, parecer, etcétera. Algo más que limitarse a cumplir los deberes jurídicos.

Yo, sin perjuicio del tema de argumentación jurídica quería proponer consideraciones: la diferencia entre los deberes jurídicos y éticos en la profesión, y en particular en la profesión jurídica; luego, los argumentos en contra de esta ética profesional; y, finalmente, los argumentos a favor.

Luego de ello decir, como se traduce esto a la hora de la selección de los jueces, el título sería idoneidades para ser juez, las responsabilidades consiguientes de esas idoneidades y, en definitiva, un poco eso sería el curso de mi charla.

Decía ayer, el sentido de la profesión es prestar un servicio en orden a un determinado bien. Esto es lo que nos legitima y, en definitiva, justifica la creación de la sociedad de profesiones para atender la salud, la justicia, etc.

Por eso decía también ayer que aquel profesional que presta sus servicios solo para bienes externos, dinero, poder, prestigio, indudablemente es, en esa visión de MacIntyre, corrupto. La idea de compromiso con un determinado fin y, por eso, justifica el poder que tenemos las profesiones: el médico para atender problemas de salud, los juristas para atender problemas jurídicos, etcétera.

Yo decía ayer que los deberes jurídicos son de mínimo y cualquiera de esos deberes jurídicos son respaldados también por la ética. No nos olvidemos que la ética, en definitiva,

es el modo de conducir la vida ajustado a una perspectiva de la vida completa, floreciente, como lo queremos llamar. El derecho es de mínimos, la ética es de máximos.

Segundo: el derecho no es voluntario, la ética requiere esta intención, este compromiso íntimo con el deber que tenemos.

Tercero: el derecho juzga, como sabemos, actos plenamente realizados. Si yo voy a un fiscal y le comento que estuve a punto de vender una sentencia, pero finalmente me ofrecieron poco dinero, y en fin no valía la pena y no hice nada. Ahora si me escuchan aquellos que tienen causa en mi tribunal, seguramente quedarán muy preocupados. La relevancia que tiene la intención.

En los clásicos incluso decía que, si uno hacía algo que objetivamente estaba mal, que se yo, sacarle al otro lo que le corresponde, pero para cierta intención, es más importante la intención que el acto mismo. Esta cuestión para advertir la diferencia, por eso, desde la perspectiva estrictamente ética, por supuesto, que vale lo que se hizo, pero sobre todo con la intención con que se hizo.

En cuarto lugar, la mirada del jurista es, generalmente, una mirada hacia el pasado, ex post facto, hizo esto y asume las consecuencias. La ética está más interesada por lo que viene. En una relación ética – amistad, Libro 8 de la Ética a Nicómaco, obviamente cuando yo compruebo que un amigo me ha hecho algo que no correspondía a nuestra relación de amigo, mi preocupación sobre todo es ¿cómo sigue nuestra relación?, ¿puedo seguir diciendo que se trata de un amigo?, ¿qué relevancia tiene que el otro diga “me arrepiento, dame otra oportunidad”? En fin, la carne es débil o lo que sea. En definitiva, pedir perdón adquiere mucha relevancia en la ética y, habitualmente, en el derecho se prescinde de esto.

Quinto: el derecho apela típicamente a sanciones, por eso, ¿cómo es la pedagogía del derecho? La amenaza de la coerción. En cambio, la ética más bien auspicia reconocimientos.

Vuelvo a lo que decía ayer, uno puede ejercer la paternidad de una manera jurídica imponiendo deberes, al que no cumple las sanciones y procurando convencer con razones para que a partir de esto se generen los reconocimientos respectivos. Si yo les sugiero y le doy las razones a dos hijos para que hagan determinadas cosas y mientras que uno cumplió con lo que yo le pedí y otro que no cumplió, pero lo trato igual, esto obviamente va a desalentar a aquel que cumplió voluntariamente.

Por eso la ética, en buena medida, se construye sobre la base de reconocimiento. Yo decía que, en algún código de ética, por supuesto hay muchos dentro del continente y fuera del continente, puede ocurrir que no haya sanciones. Lo que no puede faltar en un código de ética es reconocimiento, premios. Obviamente se supone que aquel que cumplió lo que pretendía el código de ética no lo hizo especulativamente para conseguir el premio. Pero, el hecho de que las instituciones, la sociedad, reconozcan que hay un compromiso con la excelencia y no con la mediocridad que permite el derecho, el cumplimiento del derecho, este compromiso con la excelencia indudablemente generará modelos y recordemos la importancia que se le ha atribuido desde la paideía griega a los modelos que proponemos a nuestra juventud.

Sexto: el derecho juzga actos, solo actos o conductas. La ética se interesa por los hábitos. A mí me toca dar ética y ética judicial en varios lados. Cuando uno analiza la ética son los actos propiamente humanos, los actos realizados con discernimiento y libertad, si falta el discernimiento, la razón, falta la libertad y no puede haber juzgamiento ético. Luego los hábitos, porque los actos repetidos generan hábitos, virtudes o vicios, y finalmente esa personalidad ética que los otros advierten en nosotros, que puede corresponder con la realidad o un juicio equivocado, pero uno va de algún modo revelándole a los que tratan con nosotros, una cierta personalidad ética.

La palabra *bios* en griego que uno puede traducir como vida, es mucho más rica. Al menos en los modelos aristotélicos, *bíos theoretikós*, *bíos politikós* y *bíos apolausticos* son tres modelos paradigmáticos de la vida y revelan lo que da sentido, unidad.

Uno puede cambiar el sentido de la vida hasta el momento final, pero de todas maneras es importante generar virtudes y hábitos, porque si logro que un hijo mío aprecie y adquiera el hábito del orden, obviamente logro que quien tiene el hábito realice el acto respectivo de una manera fácil, casi espontánea, gratificante. En caso de llegar desordenado a su habitación, procurará ordenarla y encontrará satisfacción en ese orden y, por el contrario, si de pronto tiene que asumir o mantenerse en un ambiente desordenado, adquirirá sin dudas insatisfacción, etcétera. Aristóteles dice que la virtud termina siendo para el ser humano una especie de segunda naturaleza. Uno va adquiriendo esta espontaneidad, criterios de gratificación.

Séptimo. Las consecuencias jurídicas son más acotadas que las éticas. Obviamente, de pronto cuando uno comete una determinada falta al derecho, hay daños y muy probable-

mente los daños y consecuencias que generan la ética son, indudablemente, de enorme y mayor trascendencia.

Octavo. Los deberes jurídicos son más determinados que los éticos. En definitiva, algo de eso se habló ayer de Alexy, las normas como mandatos definitivos definen la conducta, los principios y cuando construimos con Manolo el código pusimos trece principios e incluimos algunas derivaciones de normas relevantes que no agotan, porque los principios son precisamente morales, exigencia positivas o negativas concentradas. Entonces, los deberes jurídicos son más determinados que las normas de la ética.

Habitualmente los códigos de ética enuncian exigencia, una típica de casi todos los códigos de ética es que el profesional respectivo no debe hacer nada que afecte la dignidad propia de esa profesión. De algún modo, justamente, para suplir esta imprecisión en los códigos de ética incluyen, no solamente tribunales de ética, sino muchos códigos de nuestro continente, Paraguay, en mi país en Córdoba y Santa Fe que tienen Tribunales de Ética y Comisiones de Consultas Éticas.

Noveno. En el juzgamiento jurídico no es decisiva la autoridad ética del juzgador. Pero en el juzgamiento ético, sí lo es. ¿Qué quiero decir con esto? Para que alguien juzgue desde el derecho una determinada conducta, lo único que necesita acreditar es que fue designado conforme al derecho y punto, nadie podrá cuestionar ese poder y es autoridad jurídica.

En cambio juzgar desde la ética al otro, es algo sin duda muy complicado. Y el único modo de suplir, lo que llamó Kant, la paradoja moral de la autoridad, el único modo de suplir esa autoridad moral es cuando uno de algún modo tiene, o el otro le reconoce autoridad moral, ética.

Por eso, esos tribunales de ética, y vuelvo al ejemplo muy bueno del Paraguay aprovechando que está acá la especialista de ese país, porque tuve el honor de durante casi un año viajar los viernes allá como asesor, pero me pareció un código muy bien logrado. Ese tribunal de ética está conformado por personas designadas por los mismos jueces o propuestos por los mismos jueces, es un poco la idea.

Yo reconozco en aquel *authoritas* y por eso le confiero potestas, poder para juzgarme a mí de forma ética. Por supuesto que tiene que ser alguien que conozca mi profesión, por eso ponemos ahí, o se puso en el código de Paraguay, jueces jubilados y esto último no re-

vela edad, por supuesto, es más una construcción del modo de vivir y la visión que tienen los otros sobre nosotros, y al mismo tiempo esta posibilidad de estar un poco desligado y con experiencia.

Recordemos a Aristóteles, de vuelta, y podemos encontrar un joven brillante en matemáticas, saber teórico, pero será casi imposible encontrar un joven brillante en prudencia, porque la prudencia se construye en base a la experiencia también. Ayuda algo estudiar, sí, pero lo decisivo es la prudencia. Es obvio que hay gente que no aprende a pesar de la historia y le llega el peine cuando ya están calvos, pero de todas maneras esa era la idea de la prudencia. Yo he hecho cosas que, obviamente, quizás el justificativo es la edad con que las que las hice, pero bueno. Entonces como digo esto es muy importante reconocer a aquellos que estarían en condiciones de juzgar.

Ahí fueron los nueve puntos muy rápidos para distinguir deberes jurídicos y deberes éticos. Sobre los profesionales siempre hemos tenido, de algún modo pareciera ser el análisis histórico, deberes éticos, juramento hipocrático, y este reconocimiento de la sociedad, yo imagino cuando habrán muerto aquellos primeros médicos que resolvían problema de salud, el lamento de la sociedad, y cuánto habrán lamentado la muerte de esa persona que implicaba un reconocimiento, que vivió conforme a esa ética profesional y, luego, apareció el derecho obviamente, antes, después, no importa esa discusión, pero nunca se ha dejado de lado la ética, salvo en el siglo 19 y Europa continental que confiamos en el juridicismo.

¿Qué argumentos he escuchado contra la ética profesional? Voy a dar algunos argumentos a ver a lo mejor ustedes tienen más conocimiento que yo. Tengo cinco argumentos en general que he escuchado.

Primero el juridicismo, bueno esto es obvio, esto es Europa, esto es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el único límite a la libertad es la ley y a la ley, Rousseau de por medio, la hace la voluntad general infalible, por ende, punto.

Si pensás distinto a la ley, el equivocado sos vos. Este *es un poca idea* de lo que llamó Nino, insularismo jurídico, esta confianza que el derecho a una institución necesaria, obvio, somos animales sociales, por eso somos animales políticos. Ahora bien, pensar en esta confianza que se depositó en el siglo XIX con la ley, sin duda creó esta altura y sobre todo en la segunda mitad del siglo 20, después de Núremberg, del mal radical, creo que nos pone en alerta.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Si los derechos humanos valen porque lo dice la Constitución, que poco valen, porque bastará cambiar la Constitución para la experiencia de que la ley, por supuesto, es una construcción necesaria, pero sin duda, no podemos reducir el derecho a lo que ha sido puesto.

Hoy en la teoría, sigo a Alexy, después de 2000 años, hay dos modos, más o menos claro, de reconocer el concepto del derecho y las teorías jurídicas: o se es positivista o se es no positivista.

La diferencia entre positivista y no positivista es, en definitiva, que los positivistas son lo que dijo Hobbes: *auctoritas, non veritas facit legem*, es decir, el derecho es lo que pone la autoridad y cualquier contenido puede ser derecho si ha sido puesto por la autoridad.

Las visiones no positivistas sostienen que hay alguna juridicidad necesaria o alguna juridicidad que si se pretende será incompatible con el derecho. En buenas palabras, Núremberg la injusticia extrema no es derecho. La violación grave y evidente los derechos humanos, eso no es derecho, lo diga el constituyente, el Papa, Biden, Naciones Unidas o toda la sociedad. En definitiva, hay algún límite que la razón pone, la moral, razón moral, como sinónimos, en definitiva, la moral es el modo de conducirse según la razón y la voluntad.

Pero bueno, como digo, lo primero es la confianza excesiva en el derecho, esta necesidad de mantener una actitud crítica sobre el derecho. Esto que no vemos en nuestras facultades de derecho, esta especie de dogmatismo. Peor. Si yo me dedicara a alguna rama o ciencia lo rechazaría, nunca se me ocurriría hablar, porque me molesta en un ámbito universitario, las dogmáticas, esto que supone, el dogma supone algo que se cree o no se cree, no se somete a revisión. Entonces primer problema, es la confianza decisiva en el derecho.

El derecho es un instrumento necesario, pero insuficiente. Por supuesto, los semáforos son todos iguales en el mundo, pero si uno ve una luz verde en Suiza o en Japón, cierra los ojos, para y pasa. En la Argentina si uno ve una luz verde y trata de pasar con los ojos cerrados, se trata de alguien que tiene vocación suicida, porque obviamente nadie se sentirá atemorizado.

Para que lo respete hay que poner un policía con la luz arriba y con el lápiz en la mano. A la ley necesitamos aportarle, y la ley siempre deja zonas indeterminadas. Justamente, cuando decimos el mejor derecho que tiene normas y principios, los principios son con-

tenido moral y formas jurídicas, sigo a Alexy, obviamente porque los principios ayudan a resolver problemas que generan las normas.

Las normas generan indeterminaciones en los supuestos fácticos y en las consecuencias, hay redundancia y hay que elegir una, hay lagunas y hay que suplir y, en cuarto lugar, lo peor, es que a veces conmueve si aplicamos esa norma que en general funciona, en ese caso, revelará una injusticia grave, manifiesta, absurda.

Y el hecho que hay zonas discutibles, es obvio que hay zonas discutibles y no quiere decir que todo es discutible. Que hay muchas discusiones, obvio, pero eso no quiere decir que todo sea discutible. La tortura está siempre mal, la esclavitud está mal. Hay un autor, John Finnis que habla de eso, de los absolutos que se formulan como normas negativas.

Bien, ahora una segunda crítica. A veces escucho el temor a la religiosidad, es decir, que en nombre de la moral venga el cuchillo bajo el poncho de alguna religión, esa sospecha de que quien habla esto está montado ahí en nuestra facultad de derecho, percibo, no las colombianas digo, las de afuera de Colombia.

Siempre hay sospecha y obviamente sería precisamente inadecuado, que al hablar de filosofía moral, introduzcamos argumentos de fe. A mí me parecería que un juez que utiliza un argumento de fe obviamente no está cumpliendo como se debe en su trabajo. A él se le exige en el ejercicio del poder público, razones públicas. Filosofía moral es una cosa, teología moral es otra. Por supuesto que pueden coincidir, pero una cosa es que uno recurre a la filosofía a los argumentos de razón y no puede recurrir a los argumentos de fe.

Tercero. Otro elemento que a veces escucho es vamos a perder privacidad o intimidad. Sí, pero voluntariamente escojo esa pérdida. ¿Qué quiere decir con esto? Voy a poner un ejemplo extremo: en la ley de ética pública en la Argentina y en el código de Ética Judicial de mi provincia, aparece una exigencia en el título: “austeridad republicana”. Claro, esto tiene que ver con un contexto histórico determinado en la Argentina de los años 2000-2001, el grito de la sociedad conocido como “que se vayan todos”. La idea que traduce esta austeridad republicana es que de algún modo uno tiene que exhibir, no un problema de corrupción, deshonestidad estrictamente hablando, sino tiene que exhibir bienes que no molesten a esa pretensión de la autoridad. En definitiva, en una democracia el poder viene del pueblo, a esa pretensión de la sociedad de ver ciertos gestos en los bienes que exhibe, esto puede ser un enclave particular de aquella Argentina.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Pero lo que quiero decir es que en la vida de un profesional hay tres grandes ámbitos, de cualquier profesional. Está el ámbito estrictamente profesional, lo que yo hago en mis horas de trabajo, en mi despacho, en mi lugar de trabajo, por supuesto, ninguna duda que ahí se proyecta la ética profesional. En segundo lugar, está el ámbito público, no profesional, y ahí hay discusiones si ese ámbito, el que uno de algún modo también pierde, y sin duda que sí.

En el Código de Ética pusimos, pero nada original, esta necesidad de que, y por supuesto lo tenemos claro, cuánto conspira con nuestra legitimidad de lo que hacemos en aquel ámbito público. Si yo me convierto en jefe de la barra brava de Boca o de Colón que es mi ciudad, pero bueno trabajo como jefe los domingos, que no hay actividad judicial, ni académica, y entro con la barra brava, como entra una barra brava, no pidiendo permiso y al ritmo de alguna batucada o algo parecido, claro y obviamente tampoco la barra brava se limita a aplausos cuando se hace una buena medida, bueno hay que subirse al alambrado, insultar, pero es obvio que esto que pertenece al ámbito público no profesional, conspira o fortalece mi legitimidad a los ojos de los otros.

Esto es una constante más allá que alguna conciencia esclarecida dice, y como esto es voluntario, si alguien quiere porque no resiste la Ferrari Testarosa, austeridad republicana quiero decir, y puede comprársela, bueno ningún problema, pero que la alternativa que se le impone es que se quede con la Testarosa pero que juez, indudablemente, esto conspira con la legitimidad.

Y el tercer ámbito en nuestra vida es lo que yo hago dentro de mi casa, eso no le interesa a nadie, en la medida que no trascienda en un ámbito estricto. Hay jurisprudencia de distintos lados, en qué medida en la Argentina, digo bueno casi veo uno solo argentino, Álvaro Fernández Mendía, pero en Morales Solás se dijo esto, en definitiva si, dice expresamente ese fallo de la Corte Suprema que la autoridad precisamente acepta que su privacidad, su intimidad, no quede perdida, anulada, restringida, y por eso, si pretende que si le hizo un daño un periodista, teoría de la real malicia, tiene que acreditar la real malicia. Ahora si es un privado, obviamente no tiene que acreditar la real malicia, precisamente porque la privacidad está más restringida.

El cuarto problema que a veces veo, esta visión de las teorías éticas que están, excluyó las universidades colombianas, en general si uno pregunta en las clases de ética ¿es posible pedirle a la razón respuestas a preguntas morales axiológicas?, lo habitual es que exista una visión relativista: cada uno es cada uno, cada sociedad es cada uno, habló del conse-

cuencialismo, vitalismo, no hay actos bueno y malo, todo depende de las consecuencias, porque según Bentham, la fórmula que da Bentham para saber si un acto es bueno o es malo, es la mayor felicidad para el mayor número.

Torturar es bueno o malo, depende, así contesta un consecuencialista en la versión más divulgada del utilitarismo, aunque hay utilitarismo de acto, de regla, mucha discusión. Pero de todas maneras esta necesidad de, yo tengo a veces el temor que cuando hablamos de ética profesional, perdamos de vista una primera pregunta; la primera pregunta sería, dime ¿qué piensas de la ética? y yo te diré si puedes o no puedes hablar de ética profesional, en coherencia.

Pero como lo académico no atendemos esquizofrénicos, bueno a lo mejor tendrá mucha libertad. Pero si vos decís que el bien lo define cada uno, claro, no puede haber ética profesional. Si vos decís que la ética la resuelve la sociedad raigalmente, no es que la sociedad no resuelva nada en materia ética, ni que cada uno de nosotros, por supuesto que hay muchísimo condicionante histórico. El problema es si todo queda disponible a la decisión mía o a la decisión de esa sociedad. Porque si es así, perdemos los derechos humanos como los reconocemos, como universales, inalienables.

Más allá de todo aquello que es sí alienable y cambio histórico, pero hay alguna cuestión que es absoluta, más allá de la experiencia histórica porque lo que estamos contrariando es morales-sociales respecto a unos criterios mínimos de moral racional, que ahí donde hay razón, si los seres humanos algún día dejamos de tener razón, libertad, o cambiamos tanto, bueno claro ahí ya no valdrá lo que estoy diciendo.

Pero esto es muy importante. A veces ocurre que, sin tomar demasiada conciencia, nos definimos en un campo como este, postulamos una teoría ética subjetivista y por ende si yo soy subjetivista cada uno define el bien como quiere, bueno, ¿cómo voy a aceptar un código de ética? “Para mí un buen juez es el que vende alguna sentencia por años, pero bien vendidas, y además no lo descubren”, ese tipo es para premio y “al que no le gusta, problema de él, cada uno hace lo que quiere con su vida”, eso lo que responde una perspectiva ética subjetivista.

Una ética intersubjetivista, habría muchísimo para decir. Desde Duguit a Habermas, hay mucha distancia, pero de todas maneras reduciendo hacia una visión más bien vulgarizada de la ética intersubjetivista. En la India, sociedad de castas, si alguien se casa

con alguien de una casta superior, indudablemente la sanción, y eso está receptado por el derecho, la sanción llega a ser pena de muerte.

Hace unos años, hará 4 o 5 años, una noticia periodística, que un padre y un hermano habían denunciado a la hija y hermana por haberse casado con alguien de una casta superior y la pena fue la muerte. El derecho y la moral social imponían eso. Obvio que esto que rige o también en Latinoamérica, alguna sentencia de la Corte Interamericana: si de pronto le prohibimos a una mujer ser candidata a un puesto electivo simplemente por ser mujer, bueno, sin duda, esto violenta esa moral racional. Más allá que si vamos a ese pueblo y le preguntamos a la chica, pero ¿no se dan cuenta que están discriminadas? “No, no, estamos recontenta y mi mamá también está contenta y mi abuelita también contenta”.

En una palabra, la idea de cuáles son esos criterios mínimos que dejan pie para muchas morales personales, que dejan pie para muchas morales sociales, pero con algunos límites, algunos límites, la moral siempre es algo, el modo de conducirse cada uno la vida, como dijo Cicerón, el modo.

En consecuencia, creo que hay que asignarle importante a esta cuestión, porque en coherencia una vez que uno rechazó que se llama la razón, el saber práctico, no hay posibilidades de postular una ética, una moral profesional.

El quinto argumento es el marginamiento de la historia. El cuestionamiento sería que a veces se invoca en la historia cuánto ha cambiado, pero creo haber definido esta cuestión en el punto anterior, esta reivindicación de la razón práctica, y recordemos que, en definitiva, en el pensamiento clásico, la conducción de nuestra vida la hacemos a través, para apelar a una virtud de las cuatro clásicas que habló ayer Manolo, la prudencia.

La prudencia es un puente entre reglas generales y lo concreto. Por eso es un error solo lo concreto, solo las reglas generales. Hay que proyectar. Ejemplo clásico aristotélico: debo devolver el depósito al depositante, bueno cualquiera de ustedes a lo mejor me dice sí obviamente eso lo exige el derecho y la ética, sin embargo, viene la advertencia de Aristóteles, bueno sí, la regla existe, pero hay que prestar mucha atención al caso porque el caso puede aparecer, caso raro, pero aparece, una que obligue a una excepción justificada en la razón a esa regla. El ejemplo que se le ocurre a Aristóteles es si lo depositado es un arma y el depositante se la pida al depositario que se la devuelva, diciéndole que lo quiere matar con esa arma, obviamente ¿la prudencia que ve? la norma está, pero en ese caso, la norma falla por su nivel de irracionalidad en la respuesta.

Por eso digo, la razón operará *pacta sunt servanda*: ¿mi vida? obvio mi vida. Y termino esta exposición diciendo los argumentos a favor de la ética, muy rápido, son nueve, pero muy rápido.

La primera es la crisis de legitimidad. Occidente vive una crisis de legitimidad de toda autoridad. La autoridad del político, la autoridad del juez, la autoridad del padre, todas las autoridades están en crisis. Si nosotros pretendemos recuperar la legitimidad apostando al derecho, me parece que es mal camino. El derecho será un instrumento necesario, pero no suficiente. Ser-parecer. Es importante esta puesta fuerte. A mí siempre me sorprende cómo se toma este tema de la ética en el *common law*.

Y para poner dos ejemplos rápidos, yo no sé si usted recuerda la penúltima incorporación a la Corte Suprema de Estados Unidos. En las audiencias del senado, a Kavanaugh, que era el candidato a juez, le abrieron una investigación, incluso a través del FBI, porque recibe el Senado una denuncia de una mujer, por lo que este candidato a juez de la Corte Suprema de Estados Unidos había hecho en una fiesta estudiantil cuando tenía 18 años. Si a mí me investigan lo que yo hacía los 18 años me sacan la jubilación, creo que sí. Pero nosotros somos muchos más cancheros, la tenemos más clara, en esas estupideces no nos vamos a ocupar, cierto. Mas allá de que me parece recontra exagerado y me genera temor por lo que acabo de decir, pero un poquitito más de atención fuera de nuestras idoneidades estrictamente profesionales.

Y el segundo ejemplo, Bill Clinton en el impeachment logró zafar, pero por mentir en el proceso del impeachment, le sacaron la matrícula de abogado en Alabama donde había sido gobernador. Esto sería para nosotros inconcebible, nosotros somos mucho más, ¿sí o no?, “no andamos con esas estupideces, mentiritas no se la priva nadie, una mentirita siendo abogado, mucho más”.

Entonces, claro, hay una visión a veces porque mientras Europa en el siglo XIX rompe la relación entre el derecho y la moral, la moral se confina al plano subjetivo, en el *common law* nunca se hizo ese divorcio entre derecho y moral. Entonces, si queremos recuperar la legitimidad, yo diría que aquellos que ejercen autoridad, si la quieres legítima me parece que limitándose a cumplir y diciéndole “yo juez”. En fin, si viene alguien, un colaborador, y ve que cada vez que viene ese abogado y yo me encierro en mi escritorio, en mi habitación, en mi lugar de trabajo, y el tipo medio sospechoso, obviamente que esto termina conspirando y la excusa no puede ser: “si tenés duda, denúnciame”. Obviamente eso es una ingenuidad que no sé corresponde con una experiencia social elemental.

Lo segundo, argumento a favor de la ética fortalece la independencia judicial. Cuando el juez llega a ser juez y tiene cosas escondidas en el ropero, claro, vive atemorizado no vaya a ser cosa que le abran el ropero. Entonces, designar jueces que no tienen cosas escondidas en el ropero, o son muy pocas, o mejor dicho, las tienen en otro lugar que el ropero, pero indudablemente el juez que no tiene estos reparos, estos riesgos, puede fallar incluso contra lo que piensa la sociedad. Porque el juez no está para fallar al tenor de la sociedad. Computa la voz de la sociedad y la voz de la razón. Pero de algún modo no está. Pero el juez con esta idoneidad ética acreditada es mucho más independiente que el juez que tiene justamente aquella cosa escondida.

En tercer lugar, la ética es funcional a la democracia. Me sorprende escuchar argumentos a veces que vienen del lado de la crítica a la izquierda, o no sé cómo llamarlo, esta especie de hostilidad a la ética. Y a mí me parece que ser auténticamente democrático es decirle a la autoridad: “mire, usted tiene que ajustarse al derecho, pero también tiene que esforzarse por ser y parecer como quiere la sociedad, porque la sociedad le dio el poder y la sociedad le paga el sueldo y el presupuesto de su institución”. Y si la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, bueno, siga en esa sintonía. En consecuencia, me parece que tomarnos en serio la democracia exige asumir deberes jurídicos y los deberes éticos que no están receptados en norma jurídica pero igualmente opera.

En cuarto lugar, la ética otro argumento a favor, es que explicita lo que piden las constituciones. Todas las constituciones quieren el mejor gobierno. Los jueces duramos en la Argentina, mientras dura nuestra buena conducta. La constitución mexicana habla de excelencia. Todas las constituciones por lo menos definen pretenciosamente alguna exigencia ética de aquellos que van a tener poder y sobre todo poder judicial. En consecuencia, claro esto está dicho sintéticamente en la constitución, los códigos de ética lo que procuran es explicitar esto que está concentrado en la Constitución ¿qué es la buena conducta? dicho del modo constitucional que sea, ¿qué es esto de buscar alguien que inspire confianza? Nuevo derecho humano, o más aún hay un documento poco conocido, aprobado por la Cumbre Judicial que es la Carta de Derecho de las Personas, aprobado por todas las Cortes Supremas de Iberoamérica en el año 2002, que efectivamente dice que es un derecho fundamental de la población tener acceso a una justicia independiente, imparcial, transparente, responsable, eficiente, eficaz y equitativa: ética más derecho. En consecuencia, lo que digo es que esto de tomarnos en serio la ética es tomarnos en serio el mandato del constituyente que dijo concentradamente lo que yo tengo que explicitar.

Quinto. Respalda la ética la exigencia a otros. ¿qué quiero decir con esto? que quien tiene ética y qué es reconocido con esa ética que exige respeto y confianza, indudablemente está en mejores condiciones de hacerle reparo y exigir ética a los abogados, al fiscal, a los defensores, a los peritos. La ética da *authoritas* en el campo de la ética respecto a los otros.

Sexto. El deber ético conlleva derechos. Esto es interesante en el sentido de que, si ese código de ética a mí me exige capacitarme, el deber ético de capacitarme, yo tengo el derecho de exigirle a la institución que me de capacitación, quiero cumplir con mi deber.

El deber conlleva derecho. Justamente en el estatuto del juez iberoamericano, el artículo 35 dice: en garantía de la independencia, imparcialidad, que han de presidir el ejercicio de la función judicial, el Estado proporcionará los medios necesarios para la seguridad personal y familiar de los jueces en función de las circunstancias de riesgo que se vean. Quieren que yo sea independiente tratando esos temas pesados, bueno, yo quiero ajustar mi comportamiento a la ética, denme los medios para cumplir.

Séptimo. La inescindibilidad de la ética. La ética, decía Aranguren, viene de adentro no es algo externo. Si la ética o moral, utilizo los términos como sinónimos, más allá que sobre todo después de Hegel contra Kant estas palabras han adquirido significación y mucho debate, etimológicamente viene a ser lo mismo, y la ética siempre está presente.

Vivir supone elegir, elegir supone conforme una cierta pauta de conducta. La ética está inescindible. Vivir conlleva vivir conforme una cierta ética, aunque sea contradictoria, incoherente, aunque cambie mucho, varíe, etcétera. Entonces, por ende, recurrir a la ética profesional no es tratar de traer de afuera algo, está adentro de la función profesional. Yo a mi médico obviamente le veo una cierta personalidad ética, a la hora del conocimiento, bueno, etcétera, etcétera.

Octavo. La experiencia beneficiosa de la ética. Indudablemente aquellos poderes judiciales que se toman más en serio la ética y las instituciones que se toman más en serio, gozan, sin duda de mayor credibilidad, legitimidad. La autoridad necesita la confianza, favorece el ejercicio de la misma autoridad.

Y noveno y último, potencia el rendimiento institucional. Cuando uno va a las grandes empresas norteamericanas, el 80% u 85%, ponen códigos de ética, comisiones, consulta ética y etcétera. ¿Por qué lo hacen? No sé si lo harán porque están pensando en el bien,

pero si lo que me resulta claro es que algún bien, al menos en el plano del rendimiento institucional empresarial, les reporta.

Y esto vale para todos. Entrar a trabajar un tribunal en un clima ético apropiado, por supuesto, que es mucho más saludable que entrar a trabajar en un tribunal con un clima inadecuado. Cuando hay, en fin, por supuesto, probablemente el empleado nunca se sincere, pero seguramente el sinceramiento lo harán en la casa, contra el juez, contra el colaborador, etcétera. Voy cerrando mi intervención señalando que dado que, la diferencia entre deberes éticos y deberes jurídicos, la ética asumiendo parte de esos deberes jurídicos, pero yendo mucho más allá, hoy en día pretendemos, al menos yo dirijo una maestría en magistratura en Derecho Judicial, déjeme “chapear” como decimos en la Argentina, desde hace más de 20 años, en la Austral de Buenos Aires, tengo más de 600 magistrados, 18 ministros de Corte, gente de afuera también, el actual ministro de justicia de Bolivia es egresado mío, bueno en fin. Ahí hemos construido la idea de qué idoneidades le exigimos a un juez y son seis:

Primera, la idoneidad cognoscitiva, no científica, cognoscitiva, que sepa el derecho. Pero ya nos dijo Núremberg y la Constitución alemana del 49 saber la ley no es saber derecho. Entonces, lo primero, idoneidad cognoscitiva.

Segundo, la idoneidad aplicativa, prudencial, resolutoria, determinativa o como lo queramos llamar. Lo quiero, no para que, de clases, sino para que aplique el derecho en esos casos. Y uno puede conocer mucho y sin embargo ser un mal juez, un mal abogado, etcétera.

Tercero, idoneidad médica o como lo queramos llamar, la idoneidad médica, el estado de salud. ¿En qué sentido? Todas las profesiones requieren de una cierta capacidad en nuestro sistema de salud físico, sobre todo también después hay una idoneidad psicológica, que es la cuarta, pero idoneidad física, ¿por qué? un cirujano exitosísimo, pero de pronto aparece en él el mal de Parkinson, ¿sigue habilitado para seguir operando? obvio que no.

Aquel que de pronto conducía, taxi o buses, por cualquier problema se hace ciego, ¿le conservo la capacidad para dirigir buses? por supuesto, a todos nos dará mucha conmoción esta situación, pero el recurso no es que en definitiva los que vayan con él corran riesgo.

Lo que quiero hablar es que todas las profesiones, los médicos, pueden definir un estado. Por ejemplo, en el caso del juez, si me permiten, un juez básicamente salvo alguna función judicial, déjeme decirlo, en un tono más bien informal, debe tener buenas asentaderas, ¿sí o no?, ¿cómo se hace el trabajo? Sentado. “Es que a mí me hace doler la espalda, yo no puedo estar mucho tiempo sentado”. Buen, ahí hay un problema.

Estar discutiendo un fallo con alguien que me camina por la pieza, es complicado. Otro ejemplo, el colega que de pronto el diagnóstico médico dice “usted procure que no le den estrés en su trabajo, que no lo contradigan”, y viene la señora: “che, escuchame, no lo contradigan a Pedrito”, entonces yo estoy ahí discutiendo y lo veo ponerse colorado: “decile que sí, decile que sí, pues se nos va a morir acá”. Entonces, se requiere para cualquier trabajo algunas condiciones físicas que ya definirían los médicos cuáles.

Cuarta, la idoneidad psicológica. Este es un tema debate porque hay muchas escuelas psicológicas, de todas maneras, yo no soy especialista en el área, pero confío en base a mi experiencia, que he visto jueces que no pasaban el examen de ninguna escuela psicológica, de ninguna, freudiana, conductista, la que sea.

Algo hay que preguntar ahí: “es un buen juez solamente que cuando pierde su equipo ese día, no hables con él porque te ladra, o te cuestiona todo, porque es tolerable un día que se le salga la cadena, eso sí lo hemos puesto ahí para que haga el trabajo como tiene que hacerlo”.

Quinto. La idoneidad gerencial. Me resultó muy bueno el trabajo justamente que escuché ayer del magistrado Conde Diez todos los reparos que fueron advertidos y justamente el tema de la idoneidad gerencial.

Hay jueces que pueden ser buenos haciendo sentencias, pero el tema del liderazgo, cuando el juez carece esta capacidad de esta idoneidad, y en definitiva nadie conduce ese pequeño o gran grupo humano que el lidera. Bueno, ayer la presidenta recibió muchos halagos justamente en función de su capacidad de gerenciar, yo percibía eso, decían eso, de liderar un grupo, de entusiasmar. Hoy yo llegué acá a las 8:05 ya estaba la presidenta. De eso se trata, claro, eso le da autoridad para exigirle a los empleados que lleguen a las 8:00 a.m., ella llega a los 8:00 a.m., cómo van a llegar a las 8:30 a.m., entonces digo idoneidad gerencial.

Y, finalmente, la idoneidad ética. Yo sé que alguno dirá qué complicado, ¿cómo sabemos la idoneidad ética? Sin embargo, voy a esos reparos. Cada uno de nosotros va mostrando nuestro perfil, hilacha¹ ética, nuestra hilacha ética, ante los que conviven con nosotros.

Si ustedes van a la facultad derecho de la Universidad Nacional del Litoral, mi alma máter, y van a ir a los empleados administrativos y le preguntan: “che, ¿qué onda? - porque estoy de candidato a juez – le diría qué porquería, lo odiamos, viene, tira el registro, no saluda a nadie, es un maleducado, eso habla de uno de los principios del Código de Ética y todos los códigos de ética cierta cortesía, afabilidad o como lo queramos llamar.

Van y le preguntan luego los alumnos míos: “che, ¿qué tal Vigo?”, te dicen un irresponsable, viene a cualquier hora, se va a cualquier hora, cuenta de los partidos de fútbol de Colón, no tiene idea, un desastre. Eso habla de responsabilidad.

Van y le preguntan también a los alumnos, ¿qué onda, al momento del examen?, sí soy lo más injusto que te puedes imaginar, solo aprueba a los amigos de sus hijos, y hemos detectado que aprueba a las chicas feas porque no las quiere ver más. Entonces, claro, bueno estoy hablando de cualquier dato de la realidad es pura casualidad. Pero seguimos preguntando, van a mis colegas de la facultad derecho, ¿qué tal Vigo? “No, no le vaya a dar la espalda, quiere quedar bien con Dios, con el diablo, arriba, abajo, a la izquierda, derecha, todo”. Eso habla de integridad.

En una palabra, también podemos ir a ver lo que he escrito. Lo último que escribí, hace 40 años, claro, actualización de los conocimientos poco y nada. En una palabra, es cierto, fíjense que, en la Argentina, en el gobierno de Kirchner, aprobó el Decreto 222, donde el presidente se auto-restringe y pone en conocimiento la sociedad a quién va a mandar a la Corte Suprema, por ejemplo, para que hablen todos los que conocen a este candidato, a favor y en contra. Puede haber mucho de invento, sí, puede haber operativo de prensa, sí, sin embargo, también puede haber realidades, verdades, y de pronto viene aquí el que varios clientes que dicen “mire, este cuando me atendió mi causa, me dejó perder el juicio”, y esto se repita en todos estos clientes. Viene otro y dice mire “este me acosó sexualmente, diez denuncias que terminaron vayan a saber, prescrita o lo que sea”. Este que hoy candidato ahora se quedó con lo que estábamos litigando en mi juicio, etcétera, etcétera.

1. Nota del editor: expresión que puede significar mostrar lo que realmente se es, en sentido peyorativo.

En una palabra, más allá de las zonas grises, puede haber zonas blancas y negras. Que el hecho que haya zonas discutibles no quiere decir que todo sea discutible.

En consecuencia, lo que digo, este repertorio de idoneidad es ética. Ayer recordaban que más bien es algo que yo he escuchado del derecho romano, que se sigue de algún modo repitiendo en el mundo del *common law*, para ser juez, primero: hombre bueno, sentido común, dijeron ayer, hombre bueno. En segundo lugar, perito en derecho. Y la verdad es que, a esta altura del partido, si yo tengo que elegir un colega con la condición de que sepa leer, estaría dispuesto que, si es una buena persona, razonable, tiene capacidad de diálogo, en fin, carece de aquellos que esas cosas que molestan el trato, etcétera, sin duda, escogería a él, y no a alguien que de algún modo, carezca de esas condiciones.

Cierro con el tema, pero digo a pesar de que está Sampedro acá, pero bueno, anda con ganas de sacarme, se puso en la punta por eso, poner al alcance el micrófono, este, no, digo el tema de la argumentación jurídica. Por supuesto, yo de una manera un poco exagerada he dicho que el nuevo nombre del trabajo del jurista, que en el Estado derecho legal reconocíamos con el nombre de interpretación, hoy en tiempo del Estado de derecho constitucional, lo llamamos argumentación jurídica.

Efectivamente, el juez frente a la premisa fáctica y sobre todo frente a la premisa jurídica, obviamente tiene muchísima discrecionalidad. Decía Jerome Frank, que el momento de mayor discrecionalidad y de difícil control es la premisa fáctica. Yo en definitiva creo que uno de los que chocó en el auto venía a 200 km/h, en fin, etcétera, ese es el momento de mayor discrecionalidad, por eso decía Jerome Frank que el juez de primera instancia era más juez que los jueces de la Corte Suprema, entonces el juez tiene discrecionalidad. Claro, en tiempo del Estado de derecho legal, se suponía que el juez era bouche de la loi, era la boca de la ley, había una solución y si el juez se hacia el vivo, terminaba preso, delito de prevaricato, en el Código Penal, apartarse del sentido de la ley, como si hubiera uno.

Bueno, entonces, tiene libertad para elegir y yo estoy hablando no como académico, sino 23 años de juez, cuatro de juez de cámara apelaciones y 19 de juez constitucional. Los ministros de Corte en la Argentina como Eduardo, 19 años sentenciando recursos de inconstitucionalidad.

Yo diría, a mí me sorprendió el poder que tiene un juez constitucional, no estoy hablando de los jueces colombianos, vale la pena señalar, pero si yo quería entrar a cualquier

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

caso me parece que lo podía hacer. Porque detrás de cualquier proceso hay algún derecho humano en litigio: propiedad, tutela judicial efectiva, debido proceso, igualdad y equidad, lo que ustedes quieran poner. En consecuencia, este es el problema. En la versión popular hemos escuchado, “hecha la ley, hecha la trampa”, no sé si es tan así, pero me parece que bastante así. De todas maneras, al derecho hay que ayudarlo y creo sobre todo, este derecho y estos que están encargados de decir el derecho, los juristas, abogados, todos, el abogado dice el derecho que pretende ante el abogado, ante el juez o ante la autoridad.

El juez lo dice respaldado con el imperio, el profesor enseña lo que se debe decir como derecho enseña. En definitiva, en estos tiempos es muy propicio, por eso felicito a los organizadores de estas jornadas, de preocuparnos por la ética, de romper esa inercia de confianza solo en el derecho. Ese es un camino que me parece que a esta altura estamos en condiciones de evaluar para conseguir el buen vivir en la sociedad, qué es en definitiva para aquello que hemos inventado el derecho, resolverle los entuertos, los problemas en la sociedad, del mejor modo, pero para resolver esto del mejor modo, necesitamos personas confiables no por los libros que han escrito, porque la idoneidad cognoscitiva, la idoneidad científica, uno puede ser un gran académico y un gran corrupto, no hay incompatibilidad. Peor aún, si designo juez a un gran corrupto y gran académico va a ser muy difícil controlarlo, él te cita en alemán, en inglés, en francés, en ruso, el tipo sabe todo, sí, pero es corrupto.

La posibilidad de elegir el derecho, los principios, los derechos humanos son respuestas jurídicas en potencia. Alexy dice, “yo quiero saber lo que dice el principio de dignidad humana en el artículo 1 de la Constitución alemana”, o quiere ir a ver en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que han derivado ese principio de la dignidad humana muchísimas respuestas jurídicas en lo laboral, en lo administrativo, lo penal, en lo procesal, etcétera.

En síntesis, es tiempo de la ética si queremos tomarnos en serio los tiempos que nos toca vivir y recuperar la confianza en la ciudadanía, en la autoridad y en el derecho.

Gracias.

Conferencia:

Inteligencia artificial y compliance en la jurisdicción disciplinaria

*Paula Andrea Ramírez Barbosa
Procuradora tercera delegada para la Casación Penal
ante la Corte Suprema de Justicia*

Buenas tardes. Quiero reiterar mi agradecimiento a la doctora Diana Marina por permitirme estar en un evento tan selecto y sobre todo por permitirme traer un tema que a lo mejor cuando ustedes lo vieron en la agenda se preguntaron ¿por qué iba a estar un asunto relacionado con la inteligencia artificial y con compliance? Cuando el enfoque principal era la ética y era la visión del derecho disciplinario respecto al comportamiento deontológico. Y, justamente, vamos a ver a lo largo de estas reflexiones, que quiero compartir con ustedes, cómo algo que aparentemente es tan contemporáneo, nos vuelve la mirada hacia la ética, la integridad y la prevención.

Enlazar dos temas tan distintos, tan disruptivos y complejos no es algo sencillo, pero intentaré hacerlo lo más ameno posible para que ustedes puedan sacar lo mejor de estas ideas.

La inteligencia artificial tiene sus orígenes en la década de los 50, no es un asunto que haya aparecido en el siglo 21. Uno de los casos más emblemáticos que nos plantea las discusiones en torno a los límites de la inteligencia artificial, ocurrió en una fábrica japonesa en 1981.

Una fábrica que producía motocicletas y que había desarrollado trabajadores robots. En esta fábrica un trabajador robot ve a otro trabajador humano de 37 años, quien es

identificado por el trabajador robot como una amenaza y, ¿qué hace? lo toma con su brazo hidráulico lo tira contra una pared y le causa la muerte. Esto no es ciencia ficción, esto es realidad, y plantea varias reflexiones en torno a si esa muerte, a si ese homicidio, debe ser imputable a alguien, si era una muerte que se podía evitar y si el agente de inteligencia artificial, en este caso el robot, que no va a ser responsable ni penal, ni civilmente, tiene algún tipo de consecuencia a través de ese comportamiento.

Estas discusiones se dieron en 1981 pero las toma la Unión Europea en diferentes disposiciones que ha ido adoptando desde 2017 y, particularmente, en el Libro Blanco de la Unión Europea donde se habla de los límites de la inteligencia artificial. Esos límites de la inteligencia artificial no son otra cosa que la ética, que los Derechos Humanos, particularmente las garantías constitucionales de no discriminación, derecho a la igualdad, habeas data y, por supuesto, el respeto de la dignidad a través de la transparencia y de la independencia en el tratamiento de los datos.

Esto lo van a poder encontrar en estos autores chinos que abordaron el estudio de ese caso de la década los 80 para concluir que esa muerte no puede quedar en la impunidad y que debe abordarse desde la perspectiva de la comisión por omisión y de quién, teniendo el deber jurídico de supervisar a ese robot, no lo hizo y si esto estaba en la órbita de su capacidad para llevarlo a cabo.

Si no estuviera en la órbita de su capacidad, sencillamente se quedaría como una conducta fortuita derivada de un suceso inesperado. Si estaba dentro de su órbita y, por ejemplo, omitió ese deber de control podría manejarse como un tipo imprudente. Y, si maniobró ese robot para producir ese resultado incluso cabría la posibilidad de hablar de un delito doloso.

La inteligencia artificial como uno de los primeros propósitos de esta conferencia, me gustaría decirles que esta cuarta revolución tecnológica de la que hablaba ayer la doctora Diana Marina, la tecnología de las cosas, la tecnología *blockchain*, la realidad que ha estado supeditada al uso de estos nuevos mecanismos de la robótica, de la tecnología, pues ha planteado desafíos importantes para la justicia y también para el derecho disciplinario.

Este término de inteligencia artificial nace, como les decía en la década los 50, en 1956 por un profesor de la universidad de Stanford que se emocionó al encontrar la interrelación entre las máquinas y los hombres, y cómo las máquinas podían incluso superar

ciertas conductas humanas. Pero es un área, es una ciencia, que se integra no solo por la masividad de los datos sino por la predicción y por las matemáticas.

¿Por qué estamos hablando de inteligencia artificial justamente para analizar la convergencia que tiene con el derecho disciplinario? Porque la inteligencia artificial es un instrumento, es una herramienta para contribuir a la labor, no solo de jueces, de fiscales, sino de todos los servidores que componen la función pública. Pero esa inteligencia artificial nunca va a tener la capacidad de reemplazar las conductas humanas, está al servicio y viene a integrar y a facilitar ciertos procesos en el desarrollo de las actividades.

Pero ¿Cuáles son las ventajas y cuáles son las desventajas de la inteligencia artificial? Vemos que a nivel de las ventajas facilita muchos procesos, también puede generar un nivel de error inferior que el nivel humano y seguramente ustedes han escuchado que algunos países como China y Estonia cuentan con los llamados jueces robots. Es posible que un juez entre a decidir sobre un caso, en el caso de China, los estudios han comprobado que el nivel de error que manejan estos jueces no es superior al 3%, es decir, el nivel de correspondencia está orientado más o menos a los 97 puntos de precisión con el caso.

El aumento de la objetividad en los procesos de selección. Colombia es uno de los países que en pandemia más incrementó, no solo el uso de las *starapps* o el uso de tecnologías y aplicaciones en particular, sino también que migró muchísimo, según los datos de la OCDE, a la virtualidad en casi todas las áreas, pero en materia de justicia los procesos de selección también han facilitado, por ejemplo, que la Corte Constitucional tenga un sistema de inteligencia artificial que es Pretoria, que se origina en el concepto del pretor romano y en la labor que él desempeñaba dentro de la justicia, y como de las cerca de 2700 acciones de tutela que se pueden recibir en un día, este sistema garantice un tratamiento más ágil, más oportuno y con menos posibilidades de error.

A su vez, se pueden mejorar las experiencias de los trabajadores porque puede ser una herramienta que contribuya justamente a facilitar procesos, a introducir, por ejemplo, los sistemas de *big data* para seleccionar, analizar y procesar datos e incluso para predecir acontecimientos negativos. Una muestra de ello fue que durante el Covid-19, en China, se crearon unos robots que eran capaces de salir a las diferentes zonas de la ciudad y poder predecir en qué lugares había mayor riesgo de contagio y qué lugares tenían que tener mayores restricciones. Y esto lo vimos en Colombia también cuando se puso en marcha la aplicación *corona app*, a través de la cual las personas subían allí una información y se nos

estaban brindando alertas. Justamente los riesgos son distintos porque en un caso estamos cediendo nuestros datos y allí empiezan las problemáticas en relación a la protección de esa información.

También la inteligencia artificial nunca se cansa. Los jueces robot en China, por ejemplo, tienen horarios de 24/7, esto hace que se pueda reducir, y es un aspecto negativo, el número de trabajadores y se pueda prescindir de muchos cargos que han sido históricamente necesarios.

Pero más que un aspecto negativo, lo que está planteando esta situación es la transformación de nuevos empleos y esto va a suponer para los operadores de justicia, para los servidores públicos, nuevas dimensiones y también nuevos desafíos sobre cómo ser más eficientes, pero también más efectivos en sus actividades.

En cuanto a esas desventajas es obvio que un juez, independientemente de la naturaleza, se concentra en la conducta humana y un robot nunca podrá reemplazar a un juez en cuanto no sabe y no puede valorar las emociones. Aunque hay sistemas de inteligencia artificial en India, traídos de Israel, y otros de Israel traídos a México que demuestran que la mal gestión de la inteligencia artificial puede generar resultados catastróficos en una sociedad.

También la inteligencia artificial puede ser plana. Se le critica su ausencia de creatividad es exclusiva porque es costosa y esta capacidad de generar cambios va a depender también mucho de la capacidad económica de la organización que la emplee.

Y el mal uso de la inteligencia artificial puede generar consecuencias muy negativas. Les voy a contar un caso: durante la pandemia ustedes saben que la empresa que se hizo más fuerte en el mundo fue Amazon y se estima que la riqueza de Amazon supera el producto interno bruto de algunos países de Latinoamérica. Pero se planteó una gran discusión en los Estados Unidos porque Amazon, para contratar personal donde tuvo que incrementar esa capacidad de contratación, utilizó unos algoritmos discriminatorios especialmente para mujeres. Acabamos de escuchar un panel sobre la perspectiva de género y justamente la empresa creó un algoritmo para la selección que discriminaba directamente a mujeres en estado de concepción y con ciertas condiciones de raza o de etnia. Este hecho fue llevado a los tribunales y Amazon actualmente afronta unas decisiones judiciales civiles por la violación a la enmienda número 1 de la Constitución de Estados Unidos.

Entonces, si tenemos que poner en una balanza los costes y los beneficios diríamos que la inteligencia artificial es útil siempre que esté sometida a controles éticos, a un buen manejo de los agentes de inteligencia artificial y que no se utilice con criterios de discriminación o criterios particulares.

Casos interesantes para la discusión están, por ejemplo, los diferentes cargos que ha tenido que enfrentar la empresa Facebook por la manipulación de datos en las elecciones presidenciales de los Estados Unidos en el tiempo en que Donald Trump se presentó por primera vez a la candidatura de la presidencia y los escándalos que se derivaron con Cambridge analítica y también posteriormente con la manipulación de datos de Facebook en la discusión del Brexit en el Reino Unido.

Pero ¿qué es entonces la inteligencia artificial? Esto no es tan complicado como a veces pareciera. Es la creación de sistemas capaces de emular o de imitar la racionalidad de un ser humano, en el sentido de que ese sistema es capaz de dar respuestas similares, basadas en la lógica, en la matemática y en el procesamiento de datos para ofrecer alguna solución. Por eso no es una camisa de fuerza. Podríamos asimilarlo casi a la figura del perito que se discutió en el panel anterior en cuanto puede ofrecer un diagnóstico, un criterio de valoración especializado, pero no va a condenar al juez o no le va a obligar al juez a tomar decisiones.

Al final les voy a hablar de cuatro, simplemente se las voy a anunciar por si las quieren estudiar, dos decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y dos decisiones de tribunales federales de los Estados Unidos que descartaron y anularon decisiones de jueces precedentes que habían utilizado mal los algoritmos.

Realidades de la inteligencia artificial y la justicia.

La inteligencia artificial no es migrar hacia un ordenador o hacia un computador y hacer audiencias digitales o en tiempo real a través del uso de la información, no. La inteligencia artificial va más allá de eso. Tenemos cuatro tipos de inteligencia artificial distintos de los que no me ocuparé, pero que funcionan específicamente para desarrollar los sistemas particulares de automatización: está el sistema del *deep learning*, el *machine learning*, está el reconocimiento facial y también están los sistemas expertos.

Pero en el mundo jurídico en particular ¿qué va a aportar la inteligencia artificial? De una parte va a generar un mayor conocimiento derivado del análisis de datos y también va gene-

rar un nuevo razonamiento que puede contribuir a la valoración de ciertos fenómenos, por ejemplo, se pueden estudiar cuáles son las causas que llevan a la comisión de una determinada falta y poder hacer estudios de correlación para atacar justamente los factores que la generan.

En segundo lugar, la inteligencia artificial permite contrastar datos cuantitativos con información cualitativa, resolver problemas, emitir conclusiones y también poder verificar ese resultado con la conducta humana en particular. Plantea buenas prácticas para adelantar investigaciones y también permite cruzar información en tiempo real. Un modelo inteligencia artificial que ha funcionado muy bien en Estados Unidos que se ha implementado en Colombia en el marco de las investigaciones penales ha sido la herramienta Watson y todos sus aportes que en relación al cruce de información porque puede facilitar la labor de los operadores judiciales, procesa datos que también van a contribuir a predecir tendencias de futuro y generar posibilidades de respuesta.

En ese sentido, los instrumentos de la inteligencia artificial que se pueden considerar útiles pensemos, por ejemplo, en el traductor de Google que se ha convertido en uno de los instrumentos de inteligencia artificial más eficaces de la compañía porque permite traducir documentos en más de 80 lenguas en tiempo real con un nivel de error del 18% aproximadamente. Esto implicaría que traducciones que antes necesitaban años sean realizadas con un nivel de agilidad importante.

Pero también sistemas de robots, agentes inteligentes y redes neuronales que van a contribuir a la labor de judicial. Y quiero detenerme en estos sistemas.

La identidad digital. Muchos países han avanzado dentro de sus sistemas de justicia por la introducción de sistemas de identidad digital para eliminar problemas de suplantación, el problema que se puede generar con los homónimos y poder facilitar esa plena identidad, que aunque parece obvia, en muchas situaciones plantea dificultades al momento de adelantar procesos.

La biometría de voz. La biometría de voz contribuye tanto para audiencias virtuales como audiencias presenciales. Que exista un sistema que corrobore esa voz con el individuo particularmente vinculado como procesado o como testigo dentro de una investigación.

Y también sistemas tecnológicos que pueden detectar cuando estamos hablando de fraudes y cuáles son los riesgos que se pueden presentar dentro de una investigación, por

ejemplo, sistemas que detectan y dan las alarmas tempranas en cuanto a la prescripción, a la posible ausencia de comparecencia del procesado dentro de la diligencia y por supuesto a situaciones que planteen diferentes falsedades.

Los jueces robots en el mundo han sido un experimento y ese experimento se ha limitado a cuestiones muy particulares. Por ejemplo, en China solo se utilizan para tres tipos de delitos: robos de menor cuantía, delitos informáticos, particularmente cometidos con tarjetas de crédito y, tercero, el delito de conducción temeraria.

Pero esos jueces robots no son impuestos a las partes que están conectadas con esa investigación. Los jueces robots son opcionales y en la medida en que la decisión que produzca un juez robot, que no es una figura como la estamos imaginando de un robot, sino es un software particular donde se introduce allí la información por parte de humanos y ese sistema emite un fallo, si las partes no están de acuerdo tienen derecho a apelar esa decisión ante un juez humano y esa decisión de segunda instancia es la que les vincula porque han aplicado, por ejemplo, el recurso de apelación.

También tenemos sistemas que se aplican en el mundo como el sistema Compas que es un sistema del que recientemente se ocupó la corte federal de Wisconsin cuando se llevó allá un caso en el cual el sistema, a través de un algoritmo, le había negado a una persona la libertad condicional y ¿por qué se la negaba? porque dentro de la información que tenía el sistema en relación a esa persona había considerado que el nivel de ese sujeto de reincidencia podía ser muy alto y el balance fue un estudio de peligrosidad subjetiva de la máquina a través de las características que tenía dentro de su operación. El tribunal superior de Wisconsin decidió negar el dictamen de Compas por considerarlo un algoritmo discriminatorio, consideró y falló que era importante que el juez antecedente hubiese valorado no solamente ese algoritmo y la decisión que arrojó, sino también otras circunstancias personales.

Lo mismo sucede en Alemania donde se han implementado sistemas como Precobs, en Colombia tenemos *Pretoria* y *Watson* que empiezan a facilitar la labor de los operadores de justicia, también al análisis y la proyección de menores tiempos en la investigación.

Hemos hablado de las ventajas que puede facilitar o los resultados positivos que puede dar la inteligencia artificial pero quizás una de las cuestiones más peligrosas en un Estado de Derecho, en un Estado Social que respeta los Derechos Humanos como lo manda

el artículo 1 de la Convención Americana y de la Convención Universal, son los casos de discriminación algorítmica. Porque al final, las máquinas de inteligencia artificial son dirigidas por personas y esas personas pueden introducir allí sesgos y esos sesgos pueden generar resultados negativos en cuanto a esa garantía de igualdad. Por eso, las restricciones las vamos a ver en clave de Derechos Humanos y particularmente de la protección de datos, de la igualdad y de la no discriminación.

En ese sentido, va apareciendo la relación de *compliance* con la inteligencia artificial, porque *compliance* es un modelo dentro de las organizaciones, que contribuye para detectar riesgos, para obtener opciones de mitigación de esos riesgos y también para evitar que los riesgos se materialicen en faltas o en delitos. Y ¿cómo se articula *compliance* y inteligencia artificial? Porque si estamos hablando de los riesgos que hay dentro de la inteligencia artificial, un buen programa de ética y de transparencia puede preparar al operador en relación con esos riesgos específicos y generales.

Para cerrar este tema de las visiones de futuro de la inteligencia artificial, tendríamos que decir que Colombia en la actualidad está liderando a nivel regional muchas de las adopciones establecidas en contextos internacionales, recomendaciones de la OCDE y se sitúa no solamente en el número 10 de países que, por ejemplo, están usando criptoactivos y monedas virtuales, sino también países que están incorporando dentro de la política pública, la inteligencia artificial.

El 26 de mayo del 2019, Colombia aceptó las directrices de la OCDE en el manejo de la inteligencia artificial a través de los siguientes principios.

En primer lugar, esa inteligencia artificial debe contar con un crecimiento inclusivo, un desarrollo sostenible y un bienestar donde las partes interesadas puedan participar proactivamente en la administración responsable de la inteligencia artificial para lograr resultados beneficiosos para las personas y para el planeta.

Además de eso, Colombia se compromete a incorporar estos sistemas de inteligencia artificial sobre una base ética y estos son los valores y los principios que la deben regir, Derechos Humanos, democracia y por supuesto, controles que solo pueden derivarse de la conducta humana, transparencia y explicabilidad, puesto que los actores de la inteligencia artificial deben estar comprometidos siempre a la divulgación de los resultados que arrojen eso sistemas de inteligencia artificial, robustez, seguridad y protección, en cuanto

esos sistemas solo pueden ser utilizados para facilitar la labor humana y para contribuir al desarrollo de las actividades en organizaciones públicas o privadas.

Por último responsabilidad, cualquier operador de inteligencia artificial debe estar sometido a las consecuencias tanto en el funcionamiento de estos sistemas como en la observancia de los principios rectores que la gobierna.

Esta nueva inteligencia artificial no es un tema que podamos evadir. Es un tema necesario y es una realidad. Esto lo viene trabajando nuestro país con diversas disposiciones dentro de las que podemos citar tanto la Ley 527 de 1999, como la Ley 1581 del 2012 que son normas marco en la medida en que obligan al respeto del artículo 15 constitucional y a la garantía de la protección de datos en cualquier organización que esté trabajando con estos sistemas.

Compliance es un anglicismo que traduce cumplimiento. Pero ¿por qué se ha puesto tan de moda el *compliance* en el mundo? Yo diría que en parte está relacionado con el fracaso de muchas de las medidas tradicionales del derecho. Ni las cárceles solucionan los problemas del derecho penal, ni una alta pena cambia al delincuente.

De otro lado, el entorno global también se ha enfocado a la responsabilidad de las personas jurídicas y de las organizaciones, tanto a nivel penal, como a nivel regulatorio e incluso en algunos sistemas a derecho público como, por ejemplo, las responsabilidades de los sindicatos, de las ONG's, o de los partidos políticos.

Y ¿por qué *compliance* es un tema que introducimos en este interesante escenario? Porque tenemos una ley de este año, que es la Ley 2195 del 2022. Esta ley, que se elabora en el anterior gobierno, se denomina Ley de transparencia, integridad y medidas contra la corrupción. Quiere ser una ley tópica o quiere ser una ley potente a nivel no solo del país sino de la región, porque es la primera ley en nuestro entorno que introducen la figura del *public compliance* o *compliance* público, aplicado a las organizaciones del Estado.

Brevemente les quisiera compartir que el origen de *compliance* es en la década de 1940 en los Estados Unidos y se desarrolla mucho en el escándalo del Watergate en 1977, cuando Estados Unidos adoptó la ley contra las prácticas corruptas en el extranjero, que es la ley conocida por sus siglas en inglés FCPA y que tiene relación con escándalos transnacionales como Odebrecht, el escándalo de Siemens en Argentina y recientemente escándalos como el del Banco de Alemania, el Deutsche Bundesbank.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Esta ley, que es la ley más icónica de materia de *compliance* hace historia a través de una frase y es “el soborno es un mal negocio”. La corrupción no es un buen sistema de consecución de objetivos y, en Colombia, nosotros tenemos regulada antes de esta ley, la Ley 1778 del 2016, que es la ley contra el soborno transnacional, la figura de *compliance* pero para las empresas que están sujetas a los controles de la Superintendencia Financiera o de la Superintendencia de Sociedades pero esta ley es la que nos interesa para los efectos de lo que estamos aquí conversando y es el *compliance* público.

La ley impone normativamente para las empresas, todas las empresas de Colombia, pequeñas, medias o PYMES, los programas de ética y transparencia empresarial. Pero a su vez, introduce estos programas para los planes anticorrupción de las entidades públicas, y el artículo 31 de la Ley 2195 modifica parte del contenido que había establecido el Estatuto Anticorrupción en la Ley 1474, en su artículo 73, y ¿qué decía ese artículo? pues que las empresas y organizaciones públicas debían contar, porque si nosotros estamos hablando derecho disciplinario uno de los principales focos de las faltas se relaciona con esa violación de los deberes funcionales y particularmente con conductas que lesionan o ponen en peligro sin justa causa la administración pública, y el Estatuto Anticorrupción nos hablaba de planes anticorrupción y atención al ciudadano para identificar esos riesgos. Este es un antecedente de *compliance*.

Pero ¿qué pasó con muchas de las normas contenidas en ese estatuto?, pues no lograron mitigar, ni lograron disminuir los niveles de corrupción y la Ley 2195 lo viene a fortalecer y dice: las entidades del orden nacional, departamental o municipal que estén sujetas a un régimen de contratación y esto incluye servidores públicos, particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas, contratistas o terceros vinculados directa o indirectamente con la administración, que dentro de las entidades del Estado existan estos programas de ética y de transparencia, que no es otra cosa que un programa de *compliance* o un programa de cumplimiento.

Esos programas se enfocan en ser un muro de contención, en identificar cuáles son los riesgos principales que tiene esa organización. Pensemos, por ejemplo, la política de regalos: hasta qué tope se puede recibir un regalo, hasta qué límite anual esos regalos no pueden ejercer una sumatoria para identificar ciertos riesgos, no de delito, porque aquí el cohecho o el soborno está siempre relacionado con el propósito, pero en el plano ético está relacionado con un límite que va a fijar una cuantía que, a juicio, por ejemplo, de ciertos sistemas puede tener una contabilización y de esa manera una mayor claridad.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Estos programas en Colombia quieren fortalecer la debida diligencia, prevenir, gestionar y administrar riesgos de corrupción. Es tan interesante esta ley que, fíjense, que el legislador comprendió la corrupción en Colombia no solo como delitos contra la administración pública, sino delitos conexos: medio ambiente, orden económico y social y también financiación de terrorismo y le añadió la creación o la proliferación de armas de destrucción masiva, como riesgos conectados con los casos de corrupción.

Esta es una herramienta de ética pública. Colombia es el único país de la región tan avanzado en el *public compliance* y estas políticas quieren procedimientos de debida diligencia, mecanismos de transparencia a cargo de las entidades públicas para prevenir riesgos porque cuando el riesgo se materializa está cometida la falta, está cometido el delito, lo único que queda es la sanción. Muy pocas veces se puede reparar el daño y muchas veces el efecto tardío ya no sirve para mucho.

Estos programas no solo van a contribuir a fortalecer la cultura de la legalidad, de la transparencia, sino también van a contribuir a mitigar la comisión de estos delitos y de estas faltas.

¿Cuál es la relación del título de esta conferencia, *compliance* e inteligencia artificial? Diríamos que los dos son sectores convergentes al servicio de la justicia y que están diseñados justamente para anticipar las barreras de protección del Estado y generar un mayor enfoque en la precaución, en la prevención y en el control de los riesgos.

Por razones de tiempo, quisiera ir cerrando, reflexionando con ustedes cuáles son los aportes particulares de *compliance* y de la inteligencia artificial en el derecho disciplinario porque en los trece últimos años de mi vida que he estado en la Procuraduría General de la Nación, entidad la que amo profundamente, he aprendido un poquito del disciplinario, y estoy convencida de que el disciplinario es autónomo e independiente y es la *prima ratio* que simplemente opera como ese muro de contención en aquellos casos donde se han lesionado y se han puesto en peligro efectivamente y sin justa causa los bienes jurídicos relacionados con la administración pública. Y esa *ultima ratio* si se la dejo al derecho penal, soy penalista de formación, pero soy muy enamorada del derecho disciplinario del que he aprendido mucho con maestros que hoy están aquí con nosotros

¿Qué aportes entonces en particular nos brinda *compliance* e inteligencia artificial a estos temas que hemos discutido? En primer lugar, el cumplimiento que no es “cumplimiento y miento”, no, sino el cumplimiento puede ser, y esos programas de transparencia y ética

empresarial pueden usarse como escudos en una investigación disciplinaria y, la persona, a través de ese programa de transparencia y de ética, puede probar su debida diligencia y esto va a suponer que la implicación práctica de un programa de *compliance* puede hacer, atenuar, exonerar o verificar la responsabilidad del sujeto disciplinable.

En segundo lugar, los programas de *compliance* pueden mitigar efectos de la investigación disciplinaria, lograr exoneraciones de responsabilidad cuando se detecte, por ejemplo, que en la cadena de delegación pese a que el hecho se cometió se cumplieron los deberes in eligendo e *in vigilando*. También un sistema de *compliance* puede ser una espada porque no hay responsabilidad disciplinaria en aquellos casos en que ese programa de *compliance* logre demostrar que el sujeto hizo todo lo posible dentro de su esfera de dominio y que esa situación fue producida por riesgos exógenos o endógenos dentro de la organización a la que pertenece, que eran imposibles de controlar.

Las entidades públicas particularmente pueden tener esquemas de cumplimiento que incidan en aspectos esenciales, como la delegación y la integración en materia de desconcentración que operan en la administración pública. Para nadie es un secreto y ya tenemos algunas decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que se han ocupado del nexo de imputación entre el delegante y el delegado ¿hasta qué punto esa desconcentración o esa transferencia de responsabilidades puede exonerar al delegante? y ahí aparecen deberes relacionados con la debida diligencia y ahí *compliance* puede aportar.

Los directivos de la administración pública independientemente del órgano pueden probar con un programa de cumplimiento que si adoptaron medidas de prevención y de anticipación de los riesgos y si la meta es la integridad pública, *compliance* es una buena herramienta para lograrlo porque va a determinar materialmente quién cumple y quién no cumple las metas del programa y cuáles eran sus límites o deberes funcionales.

Perspectivas de futuro. Ustedes se preguntarán ¿por qué al finalizar esta charla hay unas abejas? Quiero ser muy precisa, estudiando estos temas me encontré con un tema de uso de drones para lo bueno y para lo malo. Desde generar la llegada de agua a sectores con sequía, hasta utilizar drones para la guerra. Aprendí que mucha de la inteligencia artificial se basa en estos animales, las abejas. Y ¿por qué se basa en las abejas? y mi invitación como reflexión de cierre es que seamos un poco como las abejas: las abejas tienen la habilidad de saber cómo tienen que hacer bien su trabajo sin que nadie se los diga, es decir, la integridad: hacer las cosas bien cuando nadie nos ve.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Las abejas se dividen para cuidar las larvas, mantener limpia la colmena y recoger polen para elaborar la miel. Trabajo en equipo, integridad y servicio colectivo. Las abejas poseen una alta sofisticación, construyen colectivamente, son resilientes, robustas y adaptativas. Así que, si la inteligencia artificial tiene mucho que aprender de las abejas, creo que nosotros también.

Y permítanme terminar con dos frases, que no son mías, por supuesto. Esta frase que es de Ginni Rometty una ingeniera en informática y eléctrica que trabaja con inteligencia artificial desde el 2012 en IBM, siendo la primera mujer en llegar a esa posición en esa multinacional, nos dice acerca de la inteligencia artificial: “algunas personas a estos avances de la robótica, de la tecnología, llaman inteligencia artificial, pero la realidad es que esta inteligencia no va a mejorar la condición humana, así qué lugar de inteligencia artificial creo que lo que tenemos que hacer es aumentar nuestra inteligencia”.

Por último, esta que es mi favorita que es de Melvin Minsky, que es el padre de la inteligencia artificial en 1956, este investigador estadounidense enamorado de los computadores que creó el término de inteligencia artificial y que se murió hace muy poco en el 2016, nos dejó esta reflexión como legado: “¿cuál es el truco mágico que nos hace inteligentes? el truco es que no hay truco, el poder de la inteligencia emana de nuestra vasta diversidad, no de un único y perfecto principio, lo pueden encontrar ustedes en la sociedad de la mente”.

Muchas gracias.

Conferencia:

Derecho constitucional y pluralismo jurídico en el ejercicio del poder disciplinario.

Rubén Martínez Dalmau

Profesor de la Universidad de Valencia, Derecho Constitucional

Buenas tardes a todas y a todos.

Quería en primer lugar, agradecer, como no podía ser de otra forma, a la presidenta de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que me ha invitado a participar en este evento con esta conferencia. Quería agradecer a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, a la Universidad Libre, que me propuso para poder estar aquí con ustedes y, también, a toda la gente que ha hecho que esta estancia en Medellín sea tan maravillosa. Muchísimas gracias Doctora, muchas gracias a todas y a todos.

Voy a hablarles sobre este territorio, sobre América latina. Les voy a hablar sobre América latina, porque si se dan cuenta, en estos trabajos intensos que hemos tenido ayer y hoy en este magnífico congreso, hemos estado hablando de muchos nombres; hemos hablado de Kelsen, de Bentham, de Aristóteles, de Alexy. Si se dan cuenta, los nombres que he mencionado y, podía haber mencionado muchísimos más, en el fondo, reúnen tres cualidades particulares: son hombres, europeos y blancos. Y, en América Latina, yo no digo que no hablemos de hombres europeos y blancos, cosa que es muy importante, pero también creo que hay que hablar de mujeres, indígenas, latinoamericanas.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

Y, voy a hablar sobre el concepto de pluralismo jurídico, que no se entendería, sin poder hablar de los pueblos originarios que habitan estas tierras desde tiempos inmemoriales y que muchas veces son, como dice González Pazos, los eternos olvidados. Es la gente que está ahí, pero es como si no estuviera ahí, porque la construcción del Estado liberal se ha realizado sin que se pueda contar con ellos o, sin que se haya contado con ellos. Por tanto, voy a hablar de pluralismo jurídico.

Para eso, voy a plantearles una propuesta basada en cuatro ideas. Una primera un marco conceptual. ¿Qué es el pluralismo jurídico; cómo los pueblos indígenas resistieron a la construcción del Estado-Nación en América latina y cómo construyen su propio derecho, ¿su propio sistema de derecho y cuáles son las características de este sistema de derecho?, cosa que es muy interesante, cuando hablamos en particular de control disciplinario.

En segundo lugar, ¿cómo el pluralismo jurídico responde a una característica particular, que es tener una organización en el marco del derecho? Y, ahí voy a referirme a algunos lugares donde existe una igualdad, entre lo que se suele llamarse el sistema de justicia ordinario y el sistema de justicia originario, indígena originario, campesino.

En tercer lugar, voy a hablar sobre la relación entre este pluralismo jurídico y el derecho constitucional y el Estado constitucional.

Y, en cuarto lugar, me voy a referir a la transformación que gracias a este pluralismo jurídico se está viendo en ordenamientos jurídicos de todo el mundo, pero, que no nos olvidemos, empezó aquí en América latina, que es la relación con la naturaleza. Es decir, la construcción de un nuevo paradigma de relación con las personas, con la naturaleza, que proviene directamente del pensamiento de los pueblos originarios y que hace, que hoy en día, hablemos de la naturaleza como titular de derechos.

Además, lo voy a hacer, en recuerdo y en mención de un éxito que hubo en España hace dos días, que es el reconocimiento de la titularidad jurídica del Mar Menor, una albufera salada del Mediterráneo, en Murcia, por parte del legislador español, es el reconocimiento del mar Menor como sujeto de derechos.

¿Qué solemos entender conceptualmente por pluralismo jurídico? Fíjense ustedes; voy a intentar en cinco minutos, dar una explicación de teoría del Estado, que, normalmente,

estaríamos algunas horas en un aula, para poder plantearlo correctamente, pero, voy a intentar resumirlo.

Ustedes saben que el Estado moderno es una forma de construcción del poder político, que surge después de una transición muy larga, prácticamente 800 años en Europa, desde la caída del Imperio romano de occidente, el de oriente duró bastante más, hasta la creación del poder, entorno a la figura del rey.

El Estado liberal, el Estado moderno, se construye en el marco de esa figura del rey, que es capaz de superar la fragmentación del poder que había en la época medieval, donde estaba el Papa, estaban los imperios, estaban los señores feudales y, el rey pasa a ser, de un primus inter pares, a ser un príncipe más, a un señor feudal más, a ser el órgano en torno al cual se van a centralizar los poderes públicos de eso que llamaremos Estado.

¿Dónde se construye esa figura del estado en manos del rey? Se construye allí donde el rey tuvo capacidad de imponer su poder, allí donde el rey fue capaz de imponer el poder frente a otro rey, que también estaba imponiendo su poder, ahí, se construye una línea que llamamos frontera. Es muy interesante el concepto fronterero, porque, es a partir de la idea de fronteras, como se crea la idea de Estado. ¿Dónde se aplica un orden jurídico determinado? Dentro de unas fronteras. ¿Cuáles son los rasgos particulares que hacen que determinada persona pertenezca a una nación o tenga determinado pasaporte? Estar o pertenecer a determinadas fronteras.

Ese concepto frontera y rey, obedece a una racionalidad particular, que es la racionalidad del poder de los reyes, como estaba explicando antes, en torno, o en contra, del poder de otros reyes.

Cuando llega Europa y coloniza a América Latina, al final lo que hay es una regencia o poder del rey, que se transmite a un territorio, que, pasa de ser un territorio desconocido para los europeos, a ser un objeto muypreciado de sus políticas; todo tipo de concepto de política más amplio que se puedan imaginar, particularmente políticas económicas.

Y, a partir de ese momento se va construyendo en América latina una relación de explotación entre los pueblos originarios y los colonizadores. Cuando hablo de los colonizadores, no hablo solo de los españoles, todo mundo sabe que fue objeto de colonización por parte de muchas otras potencias europeas y, que llegaron aquí con el afán, sobre todo,

de buscar recursos para poder tener más oro, más plata, más metales, con los cuales poder realizar, en todo caso, sus guerras en Europa y poder conquistar todavía más poder.

Pero, ocurre una cosa muy interesante. Cuando a partir del siglo XIX se producen lo que se llaman los procesos de emancipación, resulta, que esas independencias de los diferentes Estados latinoamericanos no crean un modelo diferente a los estados europeos o norteamericanos; si, entendemos Norteamérica como un precedente, en el caso emancipador americano. No crean una cosa diferente. Es decir, lo que ocurre en América latina, es que las mismas condiciones de aparición del Estado moderno en Europa, que a partir del siglo XIX era ya Estado liberal, se reproducen casi sin ningún tipo de cuestionamiento. Es decir, hay una adaptación, lo que Cooper llama los trasplantes.

Cuando los estados latinoamericanos se convierten, es decir las diferentes élites latinoamericanas crean los primeros Estados, empiezan a trasplantar y, entre ellos, trasplantan algo que al principio del siglo XIX era muy novedoso, las constituciones racional normativas, en término del maestro García Pelayo. Constituciones, que se pueden leer, que están organizadas, sistematizadas, articuladas y, entonces, en América latina aparecen las primeras Constituciones racional normativas.

Pero, aparece también el concepto de frontera. El concepto fronterero se incorpora sobre los límites que tenía el antiguo mapa de la colonización, es decir, apenas hubo prácticamente cambios, y lo que antes eran las de limitaciones administrativas para España, o para Portugal, acabaron siendo las fronteras entre los diferentes países.

Por tanto, la racionalidad que se construye en América latina a partir del siglo XIX y, responde al mismo pensamiento colonizado que había surgido en otros lugares y que se entendía como el adalid de la modernidad: lo moderno, es tener un Estado, tener una constitución, tener tres poderes tener un parlamento bicameral, tener un Tribunal supremo, un sistema de control difuso, etcétera, etcétera.

De hecho, la presencia de los sistemas presidencialistas obedece a ese proceso de adaptación. Es decir, sentir que en Estados Unidos existe la creación de ese sistema que llamamos presidencialismo, por el cual hay una división de poderes entre el parlamento y el presidente. Por adaptación, se incorpora también en América latina; de ahí proviene el famoso debate entre Juan J. Linz y Dieter Nohlen, que, seguramente conocerán, que es el debate entre presidencialismo y parlamentarismo.

Cuando Linz dice; miren ustedes, el gran cáncer del sistema político latinoamericano es el presidencialismo, porque obstaculiza los procesos de generación de democracia parlamentaria y por tanto, obstaculiza el avance democrático y la argumentación en el marco político, Nohlen dice que no, que el problema es mucho más grave, pero bueno, con independencia en qué posición estemos, lo importante, es que entendamos que sí hay un proceso de adaptación de instituciones anteriores.

¿Dónde quedan los pueblos indígenas? En todo esto los pueblos indígenas quedan relegados de la construcción de los Estados modernos latinoamericanos, apartados; no son tenidos en cuenta. Es decir, respecto a los pueblos indígenas u originarios latinoamericanos, existe todavía una deuda pendiente, que es, que nunca se incorporaron, o nunca los incorporaron, a la construcción de los diferentes Estados Nación latinoamericanos y, eso, hoy en día, continúa siendo una deuda histórica.

Yo tuve la oportunidad de estar hace unos meses en Chile, donde saben que hay un proceso constituyente, que continúa; donde había una propuesta de construcción, que intentaba solucionar esa deuda histórica con los Mapuches, en particular, pero no solo los Mapuches, los Diaguitas, los Quechuas, los Rapa nui, tantos pueblos indígenas que hay en Chile y, que eran desconocidos para el propio pueblo chileno, por cierto; y, esa deuda histórica con los Mapuches se intentó solucionar en el proyecto de constitución del 2022, que finalmente fue votado como saben, en contra por la mayor parte del pueblo chileno. Pero ahí está el problema.

Entonces es muy curioso porque en la construcción del concepto Estado Nación en América latina, lo que se construye realmente son estados liberales, pero no responden a la idea de Nación. Si hubiera respondido realmente a la idea de Nación, no estaría un pueblo como los Quechua divididos en cinco o seis estados, no estaría un pueblo como los Guaraní divididos en siete estados, o, tendríamos por ejemplo a los Aymaras o a los Wayuu o a los Mapuches que hubieran podido tener en cuenta esa idea, de haber sido sustrato de la creación del concepto Nación. Y eso no ocurrió.

Pero, fíjense ustedes, la construcción del Estado-Nación en América Latina, genera una resistencia por parte de los diferentes pueblos indígenas. Una resistencia a ese Estado hace que los propios pueblos tengan la capacidad de mantener sus propios ordenamientos jurídicos y sus propios sistemas de justicia, con independencia del que se crea en el marco del Estado, incluso relegando, al que se crea en manos en el marco del Estado.

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

No por una razón digamos particular, belicosa, por parte de ellos. Sí hubo algunos problemas de construcción belicosa, es el caso de los Mapuches, pero esta no es la razón principal. La razón principal, es que los Estados no llegaban a los territorios periféricos, se quedaban en los centros. Yo tuve la oportunidad de estar en Manaus, hace poco tiempo ahora en julio, dos meses de profesor invitado y recorrí una parte del Amazonas. hasta la zona de las tres fronteras; no sé si conocen la zona de las tres fronteras, les recomiendo un montón que la conozcan, donde está Leticia en Colombia, Tabatinga en Brasil y Santa Rosa del Yavarí en Perú, en la isla y, cuando ustedes cruzan de Colombia a Brasil, lo que van a hacer es prácticamente dar un paso en la misma calle, no se van a encontrar a nadie que les pida un pasaporte, no se van a encontrar a nadie que les diga “oiga usted dónde tiene el visado”, es más yo intenté que me visaran la entrada y fue difícilísimo, casi tuve que rogarles que me visaran el pasaporte.

Claro, porque el concepto Estado en los lugares donde el Estado no llegaba se rompe totalmente y, ahí aparecen unas dinámicas que tienen que ver con el mantenimiento del pluralismo jurídico en determinados pueblos originarios. Esto es lo que solemos llamar plurinacionalidad.

A mí no me gusta el término plurinacionalidad, es un término del que suelo rehuir; pero, sí que es verdad, que doctrinalmente, técnicamente, lo conocemos como plurinacionalidad. Es esta plurinacionalidad la que da paso a la construcción de sistemas jurídicos propios; propios de cada uno de los diferentes pueblos indígenas originarios.

Pasando ya al segundo punto de mi exposición, ¿cuáles son las características de esto que llamamos pluralismo jurídico?, es un concepto que hasta prácticamente los años 90 del siglo XX se rehuía, no se conocía muy bien y, ¿cuáles son los elementos que lo determinan?

El pluralismo jurídico responde a una realidad, y es que la realidad es que antes de la aparición del Estado moderno, realmente lo que había era pluralismos jurídicos y, cada uno estaba determinado por ciertas normas que tenían que ver por dónde vivía, pero también por quién era, en parte también por cómo era; es decir, había una pluralidad de ordenamientos que se aplicaban a cada persona, cada comunidad y muchas veces dependiendo también del papel del juez, el papel del juez era importantísimo, determinante del derecho, antes de la creación del Estado moderno.

Pero, a partir de la aparición del Estado moderno y la búsqueda del principio de igualdad ante la ley, todo el mundo sabe que es una construcción liberal que tiene muchas

raíces previas, a partir de ese momento, lo que tenemos es una incorporación del concepto de Ley homogénea; y, esa idea de homogeneidad rompe con el concepto de que cada comunidad tiene el derecho a poder construir su propio derecho, el derecho en minúscula, a poder construir su propio Derecho, en mayúscula.

Cuando en América latina se construye el Estado Nación, las resistencias que se derivan de los diferentes pueblos indígenas hacen, como he explicado antes, que se mantengan los sistemas propios de cada uno de los diferentes pueblos y cada uno tiene su forma de entender la relación social, tiene su manera de aplicar los diferentes normas y, sobre todo, que es lo que más me ha interesado a mí, al menos o, a profesoras como Raquel Irigoyen, tiene su propia forma de entender cómo se resarce el bien inculcado. Es decir, no hay prácticamente ningún pueblo indígena en su origen que conozca el concepto cárcel. El concepto cárcel es un concepto que aparece en Europa y que se aplica a América latina a través del Estado, de la normatividad del Estado liberal.

Hay otra forma de entender el resarcimiento en los pueblos indígenas, que tiene que ver con otros elementos los cuales la justicia ordinaria; hablamos habitualmente, del concepto de solidaridad, de reparación, etcétera, realmente, al final lo que se convierte es: multa, a la cárcel o como sea. En el caso de los pueblos indígenas es, digamos, diferente y, les recomiendo los trabajos de Raquel Irigoyen al respecto que les va a dar muchísima luz.

La supervivencia de estos sistemas jurídicos, que son sistemas fijos reales, en la normatividad del Estado no se aplicaba en una gran parte de los territorios por las razones que he explicado antes. La constitución no era normativa, era una Constitución nominal, basada en principios programáticos que no tenían ningún tipo de exigencia en el marco de la materialidad. Los diferentes operadores jurídicos actuaban entonces en ese marco de las realidades de los pueblos indígenas, donde se aplicaba el derecho.

Pero ¿qué ocurre? Que todo este entramado jurídico que realmente aludía a la realidad, a la materialidad, ha sido abandonado, menospreciado, ha sido ninguneado, por parte del pensamiento occidental. Es decir, recuerden, que al final, la colonización no responde simplemente a criterios políticos o a criterios económicos, responde, sobre todo, a criterios intelectuales, entonces lo que está colonizado es el pensamiento. Y, cuando hay oligarquías propias que lo que buscan es copiar modelos externos o extranjeros, pero al mismo tiempo lo que hacen es ningunar las realidades materiales de sus pueblos, ahí si podemos hablar realmente de un pensamiento colonizado.

Utilizando las teorías de Mignolo yo hablaría de un ninguneo del pensamiento fronterizo. Mignolo construye toda una teoría epistemológica, sobre cómo tenemos que entender el derecho y, lo que dice, es que hay una serie de conocimientos sociales que han sido apartados, ninguneados, porque han sido tratados como conocimientos subalternos, subalternidad. ¿Subalternidad arrodillada a quién? Al pensamiento masculino, blanco, europeo, que es lo que hemos estado hablando principalmente en la jornada de ayer y de hoy.

Y esa subalternidad, hace, que pensemos que aquí, en América latina, no había un pensamiento propio, que no había una capacidad de construir reglas propias, sistemas jurídicos propios, que no había capacidad para construir desde el propio territorio la forma como los pueblos indígenas querían organizarse. Y, desde luego, ese pensamiento fronterizo ahora está siendo reivindicado por las teorías de la descolonidad, está haciendo reivindicado por las teorías feministas, está siendo reivindicado por las teorías democráticas que dicen que no podemos continuar heredando un pensamiento externo y creer que nosotros no podemos construir nuestro propio pensamiento.

Eso tiene que ver, con el tercer punto que voy a relatar, que es la relación entre el pluralismo jurídico y el Estado constitucional. Construir nuestro propio pensamiento Latinoamericano, que necesariamente tiene que estar mirado desde los pueblos originarios, es decir, desde las personas que vivían aquí, que han vivido aquí desde siempre; aquella gente de la que podemos aprender. Debemos introducirlos, tenemos que introducirlos, en el marco de la creación de un sistema de justicia estatal. Tiene que ver, cómo les comentaba, con ese término que ya les he dicho, a mí no me gusta mucho, pero es un término válido, que es la plurinacionalidad. Es decir, la existencia de diferentes Naciones en el marco de un Estado. Es romper con la idea de Estado-Nación tal y como se construye en la Europa del siglo XIX y que, además, obedece, cómo sabemos muy bien, a un pensamiento filosófico romántico y que trajo una serie de problemas a la hora de fundar qué Estados y qué naciones.

Simplemente, el reconocimiento, de que somos un estado plurinacional nos da mucha tranquilidad. ¿Cuál es el problema de reconocer que en un Estado puede haber muchas naciones? Fíjense ustedes, la democracia más antigua del mundo que es Suiza, se lo estaba comentando a mi querido amigo el profesor Vigo, que yo hice una parte mi doctorado en Freiburg, a 53 km de Basilea, en la frontera con Suiza y, pasaba mucho tiempo en Suiza y veía cuál era la construcción en Suiza del concepto Estado plurinacional; partiendo desde el punto de vista, que no hay una única lengua en todo el Estado y no pasa nada. Es más,

no tienen ni un único presidente permanente en todo el Estado, y no pasa nada. Y toma las decisiones democráticamente. Y cuando uno está en Zúrich habla en alemán y cuando está en Ginebra habla en francés y, cuando está a orillas del lago habla italiano, y no pasa nada. Estamos hablando de una de las democracias más avanzadas del mundo y uno de los países con mayor índice de desarrollo humano del mundo.

Pero no solo Suiza es un Estado plurinacional. Nueva Zelanda es un estado plurinacional a través además del pacto que se hizo entre los maoríes y los ingleses, el Pacto de Waitangi. Muy interesante, cómo la potencia colonizadora, entre comillas, firmó un tratado con los maoríes sobre cómo tiene que producirse esa relación. Canadá con los Inuit es un Estado plurinacional.

Entonces el concepto plurinacionalidad no puede asustarnos y que, dentro de esa plurinacionalidad, cada pueblo originario tenga su propio sistema de justicia para todo aquello que le sea útil. No solo no tiene que asustarnos, sino que tendría que alegrarnos, que abriéramos los ojos, darnos cuenta, que tenemos derecho a crear nuestras normas y aplicarlas como nosotros queramos.

Pues bien, esta constitucionalización de la plurinacionalidad que se realizó, que existe en muchos países, pero que por primera vez aparece constitucionalizado en un artículo muy interesante, que es artículo 1 de la Constitución Ecuatoriana de 2008, tiene un desarrollo mucho más completo en una Constitución de un país enormemente plurinacional que es Bolivia. Bolivia, en su artículo 1, declara que se construye como un Estado social de derecho unitario, plurinacional, comunitario. Incorpora el término plurinacional dentro de su definición de Estado, y continúa hablando de que se funda en el pluralismo jurídico. Es decir, se funda en la presencia de diferentes sistemas normativos, de cada uno de las decenas de los pueblos indígenas originarios que existe en Bolivia.

Yo tuve la oportunidad de estar trece meses en Bolivia en el marco de la asamblea constituyente, en su momento. La verdad, es que los debates que yo presencié en ese momento en la asamblea constituyente fueron algo que me transformaron la vida, porque yo también soy un hombre blanco, europeo, es decir, que no crean que no he tenido que pasar por ese tránsito hacia un pensamiento alternativo, como diría Mignolo.

Pero, lo cierto es que en Bolivia aparece algo, desde mi punto de vista enormemente transformador, que es la construcción de una serie de valores constitucionales, que no

responden solo a los valores clásicos europeos, a los que hemos hecho mención. Por supuesto, también están en la Constitución el principio de igualdad, el principio de solidaridad, por supuesto, está el principio de libertad, claro. Pero junto con todos esos principios existe una construcción axiológica propia, que ya no proviene de lo que decía Kant o, ya no proviene de lo que decía Sieyès, o, ya no proviene de lo que decía Hume. Proviene de lo que decían los Guaraníes, los Aymaras, los Quechuas. Es más, está escrito en los idiomas guaraní, aymara, quechua, y el español, que está entre paréntesis traduciendo, apoyando, es adjetivo. Lo sustantivo es el ama llulla ama sua ama quella, el no mentir, no robar, no ser perezoso. Lo sustantivo es el Qhapaq Ñan, la vida noble, el camino sin mal, el ivi maraei, en ñandereko, eso es lo sustantivos del artículo 8 de la Constitución boliviana. Un tejido originario propio construido desde los pueblos originarios bolivianos.

Y, todo esto se reconoce en el marco del sistema de justicia. Si ustedes revisan la página web del Tribunal constitucional plurinacional Boliviano, que además es un Tribunal constitucional plurinacional, es decir, formado por personas que llegan de la justicia que ellos llaman justicia ordinaria, pero, también, de personas que llegan de la justicia indígena originaria campesina, porque no se puede entender la interpretación o la argumentación en el marco de una Constitución plurinacional, si no se realiza desde las dos ópticas, muchas veces muy diferenciadas, pero que hay que unir y buscar una solución conjunta.

Es lo que dice la profesora María Elena Attard, la relación entre la diosa Temis y mama Oclo. Claro, que la diosa Temis está ahí, yo la he visto ahí a la diosa Temis, está en la en concepto de justicia que manejamos permanentemente. Está en los valores construidos en las antiguas civilizaciones europeas. Pero también está mamá Oclo cruzando el lago Titicaca, con Manco Cápac, trayendo la tecnología, difundiendo una forma de entender la vida distinta.

Por tanto, es importante que comprendamos, que el pluralismo jurídico no está en contra de una legislación o de unos valores universales. Al contrario, desde mi punto de vista, apoya esa existencia y lo hace desde la materialidad de los pueblos originarios que dejan de ser ninguneados para estar presentes. Siempre que imparto una asignatura sobre derecho constitucional latinoamericano me gusta mucho preguntarles a mis alumnos, ¿cuál es la primera Constitución latinoamericana? y algunos me dicen fue la Constitución de Venezuela de 1811, y otros pues no, fue la Constitución de Cúcuta, fue la constitución de Argentina: miren, la primera Constitución latinoamericana, sin ninguna duda, fue la constitución negra de Toussaint-Louverture en Haití. La primera gran Constitución democrática latinoamericana, haitiana, ¿por qué nadie conoce la Constitución negra de Hai-

tí? Porque es negra, porque si hubiera sido blanca les aseguro que esa Constitución estaría en el podio de las Constituciones del mundo.

Entonces, descolonizar el pensamiento, significa también entender que existe una necesidad de buscar aproximaciones entre ese pluralismo jurídico del que les hablo y las formas propias del Estado moderno de crear justicia, que tienen que ver con una Constitución, unas leyes, unos jueces que toman decisiones, etcétera.

Y, por supuesto, existe una capacidad de ese sistema de justicia, que ya les digo, en el caso boliviano es un sistema reconocido en el propio Tribunal constitucional y, por lo tanto, colocado al mismo nivel que el sistema, que ellos llaman sistema de justicia ordinario, o sea, forman parte de la misma estructura jurídica. Por supuesto, que hay órganos constitucionales que se aplican en los dos sistemas de justicia, porque, el gran avance del reconocimiento del pluralismo jurídico por parte de las Constituciones, es entender, que la Constitución sigue siendo la norma suprema del ordenamiento jurídico, y que la constitución es una norma vigente, tanto en el marco de la justicia originaria como en el marco de la justicia ordinaria y, que el sistema de derechos consagrado la Constitución, es un sistema que se aplica plenamente a los dos ámbitos jurídicos y de otros sistemas jurídicos diferentes.

Yo estoy cansado de escuchar, cada vez que se habla de justicia indígena, no aquí, en el mundo, que, al final, lo que sale, es que sí a tal persona lo avasallaron, lo crucificaron, lo colgaron, lo chicotearon, miren ustedes este tipo de actos son actos totalmente inconstitucionales y que van en contra de los derechos humanos, por supuesto, y de los derechos constitucionales y son totalmente ilegítimos. Es como si conociéramos la justicia ordinaria por, no sé, por la cantidad de ejecuciones extrajudiciales que pudiera haber, o por las malas condiciones en las que viven los presos en las cárceles. Eso no es justicia. Eso, de hecho, son violaciones a la justicia. La justicia originaria, el pluralismo jurídico, va mucho más allá de este y lo que plantea es la solución real de problemas que tenían, tienen, los diferentes pueblos originarios y los solucionan de acuerdo con sus costumbres, de acuerdo con su derecho, de acuerdo con su forma de aplicar la justicia.

También son jueces quienes crean, quiénes aplican, los Tatas, quienes aplican la justicia originaria también son jueces y juezas.

Por tanto, hay que romper los estereotipos de qué es el pluralismo jurídico. Hay que empezar a pensar, o tenemos que empezar de manera diferente, a sacar ese otro pensa-

miento, a preguntarnos por qué todos estos sistemas que realmente funcionaban, ¿por qué nunca aprendimos de ellos desde la justicia ordinaria? ¿por qué el legislador no aprendió de ellos? Yo les he dado la razón, el por qué, es porque formaban parte del pensamiento fronterizo, formaban parte de los conocimientos subalternos, formaban parte de aquello que no había que escuchar. ¿Qué vamos a aprender de un indígena? ¿Qué vamos a aprender? Pues bien, hay mucho que aprender.

Y sobre lo que hemos aprendido, les voy a hablar en la cuarta parte de mi exposición. Entre las muchas cosas que he tenemos que aprender de los pueblos indígenas, está, lo que nosotros llamaríamos en términos occidentales su ética, la construcción de su etos, pero que ellos llaman la cosmovisión. Porque para los pueblos indígenas latinoamericanos, y esto es coincidente con los Maoríes en Nueva Zelanda, con los Rapa Nui, con los pueblos oceánicos, con los pueblos africanos, muy importante, con los Inuits en Canadá, hay una coincidencia en todo esto: existe una cosmovisión que no aleja a la persona de la naturaleza, sino que entiende, que las personas forman parte de la naturaleza y la relación es una relación intrínseca, íntima.

Es imposible para un pueblo originario hablar de una, de lo que nosotros llamaríamos vida digna, ellos la llamarían suma qamaña o sumak kawsa, un buen vivir, un vivir bien, sin entender la relación con la naturaleza. En el caso de la construcción del concepto “vida digna” en el mundo occidental esto no ha sido así. El mundo occidental ha construido su concepto vida digna al margen de la naturaleza. Les recuerdo que los derechos ambientales, los derechos del medio ambiente empiezan a aparecer en el constitucionalismo mundial a partir de la Constitución griega en 1975, tiene alguna repercusión en la portuguesa del 76, en la española del 78, pero, aparece en lo que solemos denominar la visión antropocéntrica: la naturaleza está al servicio de las personas. Son los hombres, dice la Constitución griega, los que tienen el derecho a un medio ambiente sano, no porque el medio ambiente, porque la naturaleza tenga un derecho propio a existir, no porque ya hemos entendido que debe haber, lo que se llamaba un imperativo ecológico, tiene que haber un imperativo desde la razón hacia la naturaleza, que nos impele a buscar esa relación simbiótica; no, no. Era una normatividad basada en el uso del disfrute, dice la Constitución española del 78 de la naturaleza, del medio ambiente.

Entonces cuando empiezan a aparecer las primeras Constituciones y empiezan a aparecer los primeros elementos internacionales, entre ellos la famosa conferencia de Estocolmo de Naciones Unidas de 1972, que habla del medio ambiente, pero también habla del hábitat humano, las Naciones Unidas en el 72 incorpora los dos elementos, para decir,

que aquí no se me escape el control de la naturaleza, hoy en día afortunadamente no es así en el planteamiento de Naciones Unidas, ahora lo explicaré, pero cuando aparece en el año 72 aparece desde ese planteamiento antropocéntrico de uso respecto a la naturaleza.

¿Qué nos enseñan las cosmovisiones indígenas relacionadas con ese pluralismo jurídico al que estoy haciendo relación? Nos plantean, que la presencia del ser humano no tendría ningún sentido con la naturaleza, ningún sentido. Fijense ustedes, ayer estaba comentándole a unas colegas que tuve la oportunidad de estar en Çatal Höyük en Turquía, en la península de Anatolia, hace trece meses en agosto del año pasado, y se trata, para quien no lo sepa, es la primera ciudad del mundo, es el primer lugar donde la gente decidió vivir en comunidad. Entonces, después de miles y miles de años viviendo como nómadas, cazadores, recolectores, caminando por los bosques, por las praderas, de repente, alguna gente dijo no, vamos a empezar a vivir en comunidad, estable, es lo que Harari llama la esclavitud del trigo.

Desde que empezamos a sembrar y, como estamos sembrando, tenemos que cuidar la siembra, tenemos que recolectar y, por lo tanto, tenemos que volver a sembrar la semilla de tal forma que estamos ya atrapados, y como estamos atrapados tenemos que buscar un lugar donde quedarnos. Y ese lugar, el primer sitio en el mundo donde la gente decidió eso, es una ciudad que se llama Çatal Höyük. Cuando ustedes vayan, les recomiendo muchísimo la visiten, se van a sorprender. En primer lugar, la construcción estatal de Çatal Höyük se realiza de espaldas a la naturaleza, es como si se tuviera miedo, es decir, ese entorno natural donde se ha vivido siempre, en el que nos hemos realizado en el 99,8% del tiempo que hemos permanecido en la tierra como especie humana, ese lugar de repente pasa a ser un sitio que es fruto, más de pesadillas, que de armonía.

Y ¿cómo construyen las casas? Las casas las construyen apiñadas, no hay calles, no hay plazas, toda la ciudad es una muralla, una muralla frente a quién si no hay enemigos externos, si no hay más ciudades, no hay más colectivos que les fue atacar, frente a los animales, frente a las plantas, frente a los árboles, es decir, una muralla frente al mundo natural. Ni puertas había en la casa. Dirán ¿por dónde entraban? Había una trampilla en el techo, entraban y salían. Es más, enterraban a sus muertos dentro de la casa, iban elevando el estrato y dormían encima de los enterramientos, porque tenían miedo a que los muertos, los cadáveres, estuvieran en manos de lo natural.

Fijense ustedes, cómo desde el origen de la creación de la civilización como la entendemos hoy en día, hemos vivido de espaldas a la naturaleza.

Pues bien, en América latina está ocurriendo una cosa totalmente distinta. Y está ocurriendo algo totalmente distinto sobre todo desde que, en el año 2008, se aprueba la primera constitucionalización de la naturaleza como sujeto de derechos en el mundo. Fue en la Constitución ecuatoriana de 2008, la Constitución de Montecristi, el artículo 10 que dice que la naturaleza será sujeto de los derechos reconocidos en esta Constitución.

Yo tuve también la oportunidad de estar en Montecristo en aquella época, con la Asamblea constituyente ecuatoriana y, recuerdo muy bien los debates que hubo sobre el fundamento de la naturaleza como sujeto de derechos, y recuerdo los argumentos de los leguleyos desde su punto de vista que planteaban que eso era una aberración. “no, no, ¿cómo vamos a dotar de derechos a un río? ¿cómo vamos a tolerar que una montaña o un nevado o un mar, sean sujeto de derechos? Entonces, te colocaban esas entelequias, constructos teóricos creados por mucha gente que se dedica a teorizar sobre estas cosas, y decían “no, no, es que los derechos exigen obligaciones y la naturaleza no puede obligarse, por tanto, no puede responder, por tanto, no puede ser sujeto de derechos”. Esto es un concepto de derecho normalmente limitativo que hace décadas que hemos abandonado.

O es que realmente alguien le va a exigir obligaciones a un bebé de tres meses y por eso va a decir “no, no, es que el bebé no tiene derechos”, por ejemplo. O alguien le va a exigir obligaciones una persona incapacitada y va a decir “no, no, como está incapacitada y no se puede obligar, entonces no es sujeto de derechos”. Es ridículo. Es un pensamiento limitativo que obedece de nuevo una hegemonía del pensamiento occidental que está totalmente superado a través, justamente, de creaciones emergentes como el concepto de “derechos de la naturaleza”. Porque no piensa igual alguien que ha vivido en un pueblo originario respecto a la naturaleza, que alguien que no lo ha hecho. No piensan igual. No es la misma forma de entender la relación vital con los elementos naturales.

Yo recuerdo muy bien al profesor Fernando Dantas, cuando me comentaba “no profesor Dalmau es que yo estuve con pueblos Ticuna, en el amazonas brasileño, que también incorpora una parte del territorio colombiano, bastante extensa por cierto, y estuve trabajando con los niños de Ticuna y con las niñas, y cuando yo en un aula le decía a los niños y a las niñas que había Ticuna y había gente que no hacía parte del originario, dibújame su familia, aquel niño que provenía de la ciudad, que provenía de una forma de digamos de lo que llamamos nosotros civilización, dibujaba su familia, su papá, su mamá, dibujaba el techo, pero, el niño y la niña Ticuna, claro que también dibujaba su papá y su mamá, y también dibujaba su casa y el techo, pero también te dibujaban la nube, es su familia, y te dibujan el sol y la luna, es su familia,

y el Mapinguarí, uno de esos elementos de la cosmovisión de la mitología amazónica que no todos conocemos, conocemos quién era el dios Zeus y la diosa Atenea, pero muy poca gente conoce quién es el Mapinguarí, espectacular la idea, el pensamiento mítico amazónico, además transversal a todos los estados. Ese misticismo amazónico lo podéis ver en Iquitos en Perú, lo podéis ver en Manaus en Brasil, lo podéis ver en Leticia en Colombia, y también el Mapinguarí forma parte de la familia del niño Ticuna”.

Entonces, no es lo mismo pensar de una forma, que pensar de otra. No es lo mismo pensar desde el centro, que pensar desde la periferia. Por eso los diferentes pluralismos jurídicos responden a las necesidades de la periferia, a las necesidades de los diferentes pueblos que han buscado soluciones dentro de su propia cosmovisión, dentro de su relación con la naturaleza.

Ahora, hay una serie de universidades europeas, entre ellas Stavanger en Suecia, y Maastrich en Holanda, que han descubierto lo que ellos llaman el Green Constitutionalism, el constitucionalismo verde. Y, de repente esas universidades europeas, están construyendo un bagaje teórico sobre cómo los pueblos indígenas latinoamericanos han revisado su relación con la naturaleza, la relación sobre la construcción con la sociedad ambiental, con la lucha contra el cambio climático y muy pronto, van a ver ustedes, los autores más citados en derechos de la naturaleza serán autores occidentales, de nuevo eran hombres, blancos, europeos.

Eso es algo que, desde mi espíritu latino, latinoamericano, creo que no tendríamos que tolerar. Nosotros teníamos que estar construyendo una propia teoría latinoamericana sobre la naturaleza y sus derechos.

Quiero realizar la parte final de mi exposición, hablando de cómo este pluralismo jurídico, ya he intentado *esbrinar*¹, buscar la relación entre problema jurídico plurinacionalidad-Estado moderno-pueblos originarios, cómo ha tenido repercusión en la transformación del Estado y, diría ya, que en todo el mundo, porque la idea del concepto de la naturaleza como titular de derechos ya es una idea universal; es universal porque es un aporte enorme del derecho latinoamericano al mundo y del derecho en particular de los pueblos indígenas latinoamericanos al mundo.

1. Nota del editor: *esbrinar*, palabra en catalán, que significa averiguar.

Y estaba ahora viendo llover aquí en Medellín. ¿Saben ustedes el tiempo que hace que no llueve en Europa? Estamos acabando con el planeta y alguna respuesta tenemos que dar desde el mundo del derecho. Está muy bien que hablemos de dignidad humana, pero también está muy bien que hablemos de cómo vamos a mantener vivo este planeta desde el derecho.

Y para eso, quiero recordarles algunas sentencias fundantes sobre la aplicación del concepto “derechos en la naturaleza” en el marco internacional. Una de ellas, desde luego, es el caso del río Vilcabamba en Ecuador. El río Vilcabamba, no es un río particularmente grande en Ecuador, lo cierto es que es un río mediano, que cruza principalmente por una provincia, por el departamento de Loja, y, de repente ese río que había vivido, que tenía aguas transparentes, en el cual se podía pescar, en el cual se podía ver, ese río empieza a ser contaminado por una constructora. Hay una constructora que está construyendo una carretera y esta empresa lo que hace es, lógicamente el principio de eficiencia, de los recursos particularmente de la empresa privada, lo que hace es lanzar los derrubios de la carretera al río y el río empieza a morir, a morir. Y la gente de allí, de Loja, se va a un Tribunal, no crean que es a la Corte Constitucional, ni al Tribunal supremo, no. Se va a la Corte provincial, digamos al tribunal local, y dice “oiga, es que la Constitución, artículo 10, del Ecuador dice que la naturaleza tiene derechos y que tienen los derechos reconocidos en esta Constitución y entre esos derechos está el derecho a la vida, y mi río se está muriendo, lo están matando”.

Y, el Tribunal de Loja, en la sentencia fundante, dice: “caramba, es una aplicación pura de la regla, dice artículo 10 de la Constitución de Ecuador, la naturaleza será titular de los derechos que implique esta Constitución”. Efectivamente, hecho fáctico, el río está muriendo, por tanto, yo aplico directamente la Constitución y yo obligo a los señores de la constructora a paralizar la construcción de la carretera y a buscar una forma de evacuación de los derrubios en la carretera.

¿Qué dice la constructora? Derecho administrativo: “oiga, miré, pero es que en el pliego de condiciones que yo firmé con la república de Ecuador no estaba que yo tenía que plantear, claro porque esto me supone una serie de problemas, de gastos, tal como yo voy a llevarme toda esta tierra a otro lugar”. Mire, pero es que lo siento, reclame usted si quiere al Estado ecuatoriano, pero lo cierto es que tiene usted que parar ahora mismo la construcción y vamos a devolverle la vida al río Vilcabamba.

Hablo del río Vilcabamba porque, punto por punto, se podría aplicar casi a otro caso que ustedes conocen muy bien, que es el caso del río Atrato en el Chocó, en el territorio negro colombiano. Y como saben perfectamente en la sentencia también fundante, la Corte Constitucional colombiana, incluso cuando la constitución no prevé expresamente la titularidad de los derechos de la naturaleza, lo que hace es extraer de los principios de la Constitución ese reconocimiento, y decir el juez constitucional: “el río Atrato tiene derecho a la vida y como derecho a la vida que tiene, tiene el Estado colombiano una serie de obligaciones que aplicar”. Y, entre ellas tiene que limpiar el río, descontaminarlo, paralizar la minería ilegal, cosa que estoy en seguimiento de la aplicación de la sentencia, como todas las sentencias de ese tipo, hay dudas sobre su aplicación material, pero lo cierto es que los avances en ese sentido han sido incuestionables.

Pero no crean que estamos hablando solo del caso del río Vilcabamba o del río Atrato. Podemos hablar de decenas y decenas de casos de ríos, de montañas, de bosques. Ahora en noviembre año pasado, todavía no hace ni un año, apareció una sentencia también fundante de la Corte Constitucional ecuatoriana, con ponencia del Magistrado Agustín Grijalva, donde hablaba del bosque protector Los Cedros. Un bosque protector que no solo tenía importancia por él mismo, sino que protegía los ecosistemas que estaban más allá del mar. Un bosque protector que estaba amenazado en su existencia por parte de una explotación minera. Y, la Corte Constitucional dijo que el bosque protector tiene derechos que la Constitución reconoce y por lo tanto tenemos que buscar la forma de que esos derechos sean ponderados en el marco del resto de derechos de la Constitución y, por eso, una sentencia fantástica, dice aquí: “Ustedes no pueden implementar técnicas mineras porque acabaría con el bosque, vayan otro lugar donde no habrá un estropicio ecológico como el que se pretendía realizar en Los Cedros”.

Y como esto, podríamos hablar de muchos más lugares.

Para terminar, los voy a hablar de un caso que además conozco bastante bien, gracias además a un experto y amigo que es el profesor Joel Colón-Ríos, que es el caso de Nueva Zelanda. Les hablé antes de Nueva Zelanda y quería terminar hablando de Nueva Zelanda, que no es cualquier país. Nueva Zelanda es en todos los índices de desarrollo humano, de los países más avanzados en desarrollo humano. Nueva Zelanda es, en los índices de democracia, de los países más democráticos del mundo. Es decir, este paradigma es un paradigma que asumen países muy democráticos y desarrollados.

El caso de Nueva Zelanda es muy interesante, porque incorpora no solo el elemento del reconocimiento de los derechos de un río o de un lugar natural amplio, sino la relación que hay espiritual con un pueblo indígena como son los maoríes. En Nueva Zelanda ocurrió una cosa bastante interesante. Como comentaba antes, la relación entre los ingleses y el pueblo maorí fue una relación de cierto respeto y, todavía, el tratado de Waitangi, prevé, que cuando hay un conflicto sean capaces de solucionar el conflicto hablando, viendo cómo vamos a buscar una respuesta a ese conflicto y el conflicto estaba dado: el conflicto se llama Te Awa Tupua. Te Awa Tupua es una región en el centro de Nueva Zelanda, enorme, que es un lugar sagrado maorí. Es decir, es un lugar sagrado para la espiritualidad de un pueblo originario. Y es un lugar donde hay ríos, donde hay montañas, donde hay valles, y de repente el Estado neozelandés lo que hace es construir o determinar que ese lugar Te Awa Tupua, va a hacer el centro de un parque nacional. Y de repente empieza a llenarse de gente que va de fin de semana, que acampa en un lugar, que se meten todos a bañar al río, que dejan sus desechos por allí, y empieza a haber una violación de los derechos del pueblo maorí a su espiritualidad y a su entorno, pero sobre todo una violación a los propios derechos de Te Awa Tupua, es decir del lugar natural.

Y el *liwa*, es en los lugares maoríes, los centros primeros, de las comunidades primeras, en el marco de los pueblos originarios, el *liwa* de Te Awa Tupua habla con el gobierno neozelandés y dice que esto no puede continuar así: ¿cómo ustedes van a venir aquí a llenarme de semanistas un lugar, que es un lugar que tiene una un impacto importante en nuestra vida, pero que tiene esencia por el mismo? Lo que ellos llaman el *mana* y el *mauri*, la vida y la potencia.

Y el legislador neozelandés construye una ley, la ley Te Awa Tupua y aprueba una ley que hace algo que solo desde un derecho muy democrático se puede hacer, que es, por un lado, reconocer el *mana* y el *mauri* de Te Awa Tupua, es decir, reconocer que Te Awa Tupua tiene su esencia y su potencia; reconocer que Te Awa Tupua tiene personalidad jurídica propia y por tanto derechos propios y desde ahí decidir que el Estado neozelandés no puede crear un parque nacional, sino lo que tiene que hacer es conservar, preservar, ese elemento natural por el bien, por supuesto, por el bien de todos y de todas, pero especialmente por el bien de Te Awa Tupua. Reconocimiento de la naturaleza en un plano de igualdad.

Sobre esto, les podría hablar mucho, de cómo el pluralismo jurídico ha incidido en el marco de la realización del Estado constitucional; les recuerdo, que en el caso español, el

Derecho jurisdiccional disciplinario, desde un enfoque ético, deontológico y preventivo

mar Menor en Murcia ya tiene derecho reconocidos por el legislador español, es decir que entra por la puerta grande el paradigma biocéntrico en Europa a través del mediterráneo, como no podía ser de otra forma. Y, les digo, que es muy importante que incorporemos el derecho en las nuevas formas los nuevos retos que tenemos, sin miedos. Y sin miedos significa, desde mi punto de vista, no podemos desconfiar de los pluralismos jurídicos.

Tenemos que entender, que el pluralismo jurídico no es una amenaza a nada, sino que es una respuesta a muchas cosas. Que el pluralismo jurídico es una construcción descolonizada de un pensamiento propio latinoamericano, que es un aporte enorme hacia el mundo y, que tenemos que ver, cómo esta cosmovisión nos ayudará, a los que somos operadores jurídicos, a luchar contra el cambio climático, a buscar la forma de que la naturaleza esté presente y que llueva más.

Muchísimas gracias.

Derecho jurisdiccional disciplinario,

desde un enfoque
ético, deontológico
y preventivo



La Comisión Nacional de Disciplina Judicial fue creada mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2015, que en su artículo 19 modificó el artículo 257 de la Constitución Política y estableció que “La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial”, de igual forma estableció que “La Comisión Nacional de Disciplina Judicial será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión ...”



COMISIÓN NACIONAL DE
**Disciplina
Judicial**



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia