

## EDITORIAL

*Discurso Laboral es una publicación dedicada a examinar los problemas del mundo del trabajo y las instituciones jurídicas que los gobiernan, medida en la que (a pesar de las limitaciones de espacio propias de su formato) tratará de presentar una formulación relativamente terminada sobre el tema seleccionado para cada edición.*

*El documento, órgano de expresión del Departamento de Derecho Laboral y de su Centro de Investigaciones, también pretende servir de instrumento de consulta para los profesores y estudiantes de la Universidad Externado de Colombia, propósito que explica la unidad temática de cada número y que se vincula a la idea de una colección por fascículos.*

*El Departamento de Derecho Laboral y su Centro de Investigaciones esperan regularizar la publicación de este boletín como medio para fortalecer su relación con la comunidad universitaria, y ofrecen sus páginas a los profesores y estudiosos de la materia en el convencimiento de que son los llamados a garantizar la perdurabilidad de este proyecto académico.*

*Esta edición se ocupa del reciclaje burocrático y del ejercicio profesional de los ex magistrados de las Altas Cortes, realidades carentes de un estatuto restrictivo apropiado y que, aparte de distorsionar el principio de igualdad de oportunidades, originan explicables suspicacias y le quitan credibilidad a la justicia colombiana.*

# Discurso Laboral

número

1

uno

junio de 2005

Universidad Externado de Colombia  
Departamento de Derecho Laboral

## OTRA FISURA CONSTITUCIONAL: EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES EN LA ALTA MAGISTRATURA

*Por Augusto Conti*

### I. Introducción

Salvo por la acción de tutela y por su significativa repercusión en materia de derechos fundamentales, resulta evidente que la Constitución de 1991 ha sido un rotundo fracaso. No hacen falta profundas reflexiones para reconocer esa realidad, advertida en

forma cotidiana y respecto de todas las aristas de la arquitectura institucional.

La lista de frustraciones es interminable. Para no hablar de las vinculadas al problema de la guerra, cuya magnitud hace pensar en la increíble ingenuidad del constituyente, enunciemos estas: la distancia entre gobernantes y gobernados es cada día mayor, y en tal medida que de no ser por sus violentas expresiones de protesta los ciudadanos jamás serían oídos; los mecanismos de participación previstos para fortalecer la democracia, o se han agotado sin ningún fruto o sólo sirven de instrumento para perpetuar el bipartidismo; la descentralización sigue perteneciendo al mundo de la demagogia electoral; las minorías son tan ignoradas como antes y la protección a su entorno ecológico no pasa de ser un lujo semántico en el texto de la Carta Política; instituciones como la de revocatoria de mandato y moción de censura son manipuladas a su antojo por los barones electorales de siempre; el foro parlamentario se agota con propósitos de enmienda y nunca con el debate debido a los grandes problemas nacionales; la inoficiosidad del vicepre-

sidente configura una franca agresión contra el Erario público; la injusticia social se expresa en índices aterradores: más de la mitad de la población vive en condiciones de absoluta miseria; el sistema acusatorio ha degenerado en arbitrariedades sin precedente cuyo péndulo se devuelve contra las arcas oficiales mediante multitud de acciones resarcitorias; la modernización del Estado y sus correlativos programas de ajuste fiscal han revertido en la pauperización progresiva de la sociedad colombiana..., en fin, nunca como ahora se había visto semejante estado de cosas.

Por supuesto que este cuadro de disolución no nació con el nuevo marco constitucional. La crisis de nuestros días deriva de un complejo haz de problemas cuyo origen se pierde en el tiempo. Lo que se censura al constituyente del 91 y a los gobiernos que desde entonces se ocuparon de ejecutar sus mandatos es la candidez vertida en la creencia de que bastaba con expedir textos para que todo comenzara a funcionar bien. Nada más alejado de la realidad.

Pero no se trata sólo de la abismal distancia existente entre las normas y la vida de la sociedad, ahondada por la ineptitud de todos, pero especialmente de los gobiernos de los diez últimos años. En ciertas materias, como en la que ahora nos ocupa, hay de por medio una condescendencia constitucional inaudita, que corroe los cimientos de nuestra débil democracia y fomenta prácticas que para decirlo en términos coloquiales se ven muy mal. Nos referimos al tímido régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la alta magistratura, estructurado con prescindencia de criterios objetivos y contrario no sólo a la regla de paridad de oportunidades sino al principio fundamental de igualdad.

De los distintos aspectos que convergen en la materia abordaremos sólo dos: el del reciclaje burocrático, aceptado como método eficaz para acceder a los cargos claves del Estado, y el del ejercicio de la abogacía de los ex magistrados de las altas corporaciones de justicia, consentido como uso no menos legítimo.

Ambos casos serán tratados en la perspectiva del derecho al empleo y del respeto por el principio de igualdad de oportunidades, y no en lo que hace a sus connotaciones políticas, tema que reclama un estudio prolijo y separado.

## II. El reciclaje burocrático en los altos cargos del Estado

Una sociedad civilizada no puede tolerar las prácticas discriminatorias porque eso equivale a autodestruirse, y no es necesario agregar nada más para aceptar la verdad que encierra este axioma. Pero especialmente debe proscribir aquellas que se relacionan con las condiciones de admisión y promoción en el empleo porque son las que originan el desequilibrio del sistema democrático, que presupone un riguroso respeto al principio de paridad de trato.

Aunque puede afirmarse que todo evento discriminatorio repercute en la esfera patrimonial del individuo, ya porque le ocasiona un perjuicio directo e inmediato, ora porque se traduce en

la posibilidad de una limitación futura, es incuestionable que el que afecta el entorno del empleo adquiere la connotación más dañina. Ante todo porque desajusta las leyes de la producción y del consumo y el ciclo económico de un sistema diseñado para funcionar sobre el principio de paridad de condiciones.

En este orden de ideas, enunciaremos las razones por las cuales la práctica de proveer los altos cargos del Estado recurriendo al reciclaje burocrático resulta contraria al principio de igualdad y a su corolario dinámico de paridad de oportunidades.

### a. Violación a la regla de trato paritario

Debido a las restricciones de un escrito de esta naturaleza, no es posible explicar aquí todos los aspectos vinculados al principio de trato igualitario. Por lo tanto, nos limitaremos a observar que de acuerdo con los postulados elementales de la democracia, todos los ciudadanos gozan de oportunidades semejantes cuando están en trance de acceder a un empleo. Esta regla se torna más exigente cuando se trata de un cargo del Estado, no susceptible de ser provisto mediante el sistema de elección popular, medida en la que se justifica el método del concurso, concebido para garantizar no sólo la selección del mejor candidato sino la transparencia en el proceso y el respeto absoluto por el principio de igualdad.

¿Se desconoce este principio cuando un magistrado de la Corte Constitucional la deja por renuncia con la mira de ser designado como Defensor del Pueblo? ¿O cuando quien hasta ayer era alto funcionario de la Fiscalía hoy es magistrado de la Corte Constitucional?

Relacionados con el propósito de alcanzar la eficiencia burocrática, estos "traslados" parecerían no sólo incontrovertibles sino convenientes. Pero en presencia de las realidades que pasan a exponerse, no existe la menor duda de que son contrarios a la regla de trato paritario. Basta pensar en el poder institucional adquirido por quien desempeña el cargo que para efectos de este ensayo llamaremos "originario", para admitir la enorme desventaja en que se encuentra cualquier eventual competidor, por excelente que sea, frente a la expectativa de ser considerado en igualdad de condiciones respecto de la vacante para la cual concursa. Dicho con palabras más directas: cuesta creer en un solo parlamentario que se niegue a recibir a un magistrado de la Corte Constitucional que aspira a ser elegido como Defensor del Pueblo. Incluso, y dependiendo del personaje, es probable que el elector se ofrezca como "jefe de debate", y entonces despliegue toda su capacidad de convocatoria para obtener el apoyo de sus colegas. La suerte de los candidatos "anónimos" es, en cambio, muy distinta. Se darían por bien servidos si al menos fuesen recibidos por la secretaria del congresista.

Las ventajas inherentes al ejercicio de los altos cargos del Estado también se deben considerar, pues son muy significativas cuando se compite por una jerarquía. Más allá de las puramente salariales, determinantes si se piensa en los costos del cabildeo necesario para vencer en este tipo de contiendas<sup>1</sup>, conviene reparar en la imagen vinculada a la gestión pública y en la influencia que inconscientemente genera en el ánimo de los llamados a elegir. No existe medio de comunicación que

1. "Hubo juntas parlamentarias, reuniones a puerta cerrada, visitas personales, llamadas telefónicas, desayunos, almuerzos, comidas, cocteles y hasta parrandas vallenas para lograr las mayorías necesarias" ("Congreso: A propósito de la elección de procurador y magistrados", El Tiempo, Bogotá, 17/12/2000, pp. 1-24).



no pretenda una entrevista semanal de los altos dignatarios, ni funcionario de este nivel que se resista a concederla. Unos y otros sobreviven gracias a este tipo de intercambio, renovado casi a diario con ocasión de los inusuales hechos que ocurren en nuestro país. Hasta dónde habrá llegado el afán de perfilar una imagen pública, muchas veces con el propósito de alcanzar una posición ulterior más elevada, que hoy en día los mismos jueces, algunos de ellos pertenecientes a las altas Cortes, “explican” sus sentencias en *flash* televisivos de doce segundos. La construcción de una imagen y el fortalecimiento paulatino de la misma mediante el ejercicio cotidiano del poder desequilibran la opción de los candidatos que están fuera de esta especie de vitrina, marginándolos de la contienda o en el mejor de los casos reduciendo sus posibilidades de triunfo.

La opinión pública es muy sensible a la magia de los reflectores. De alguna manera y al margen de los méritos que generalmente tienen quienes ocupan las altas dignidades, da por sentado que éstos son mejores que otros candidatos simplemente porque “aparecen en televisión”. Incapaz de distinguir entre lo artificioso y lo real, carece por completo de elementos para cuestionar la integración de ternas o advertir que son producto de una interacción no neutral entre candidatos virtualmente vencedores y electores, si no comprometidos, al menos irremediablemente influenciados. Que el “efecto televisión” es decisivo, lo prueba la elección de los personajes de la farándula que han llegado al Congreso. Los candidatos que no contaron con la ventaja del imaginario colectivo formado mediante la televisión jamás obtuvieron el favor de los electores.

Visto como un problema de la condición humana, hay que admitir que el favoritismo asociado a factores subjetivos es una realidad. Pero examinado en relación con las categorías de la democracia, no hay duda de que debe conjugarse con la regla del trato paritario. Justamente se trata de lograr que el derecho a participar con igualdad de oportunidades tenga expresión práctica y no se quede como tantos otros principios en una inefectiva declaración retórica.

Las anteriores reflexiones pretenden subrayar que el principio de igualdad de oportunidades se desconoce cuando el concurso previsto para llenar las vacantes en los altos cargos del Estado parte de una protuberante disimilitud en las condiciones objetivas de los candidatos. Mientras unos tienen todas las oportunidades en su favor, incluidas las que surgen de su poder de relación con los electores, otros resultan vencidos de antemano al estar privados de cualquiera. En estas condiciones, la formación de ternas no pasa de ser un ritual amañado y por ende contrario a los postulados de la democracia<sup>2</sup>.

Este discurso podría desarrollarse en muchos otros sentidos pues el evento discriminatorio que nos ocupa afecta distintas

esferas de la legislación, pero consideramos que con lo expuesto se puede comprender la magnitud del perjuicio que causa y la correlativa necesidad de expedir un estatuto serio para convalidarlo. Mismo que por lo demás no demanda una profunda elaboración teórica. Con sólo establecer un período de inhabilidad igual al previsto para el del respectivo cargo, se recuperaría el equilibrio de los postulantes que “pretenden llegar” sólo con su hoja de vida.

## **b. Incompatibilidad funcional**

La rotación de los altos funcionarios también resulta inconveniente desde el punto de vista funcional. Y no sólo por razón de los frecuentes impedimentos que propicia.

Pasar de Defensor del Pueblo a Vicefiscal General de la Nación, por ejemplo, comporta una contradicción insalvable. Es cierto que todas las autoridades de la República están instituidas para respetar y hacer cumplir la ley, medida en la que no se concibe ninguna arbitrariedad de su parte. Pero también lo es que los desafueros de ciertas agencias del Estado, de los cuales no escapa la Fiscalía, son una verdad cotidiana en nuestro país. De manera que no se comprende cómo quien ha sido paladín de los derechos humanos pueda, de un día para otro, hacer parte de una institución que en no pocas veces los agrede<sup>3</sup>.

Frente a esta realidad, la majestad del Defensor del Pueblo adquiere un valor supremo, majestad que de alguna manera se deteriora cuando quien la encarna pasa a hacer parte de un organismo comprometido con la violación si no sistemática al menos frecuente de los derechos humanos.

## **c. Carrera judicial y gestión política**

A las altas Cortes se llegaba, hasta hace relativamente poco tiempo, por viejo y por docto, calidades que si bien no siempre se acompañan son, en perspectiva de una carrera cimentada en el mérito, requisitos naturales para acceder a la cúspide a la justicia.

Este modelo quedó definitivamente abolido con el parágrafo del artículo 232 superior, que permite la elección de postulantes que no pertenecen a la carrera judicial. La norma consagra una tremenda injusticia, pues los magistrados de los tribunales superiores, llamados por derecho propio a tener la primera opción, en la práctica y debido a su total anonimato jamás hacen parte de una terna. De modo que lo que antes era un instituto inspirado en el reconocimiento a los servicios meritorios prestados a la justicia, pasó, sin más, a ser objeto de reparto burocrático<sup>4</sup>.

Es indiscutible que los concursantes no se convierten en grandes magistrados de la noche a la mañana por virtud de su elección. Casi todos han dado prueba elocuente de sus conocimientos. ¿Qué es entonces lo que se le censura al sistema?

2. “La politización es más evidente en la integración de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Todavía está fresca la confesión del último ministro de Justicia del gobierno Gaviria cuando admitió públicamente que les había pedido candidatos a los políticos para integrar la primera terna. Ni el Presidente al integrar las ternas, ni el Congreso al elegir, han tenido el cuidado y el tino que el país debe exigirles a la hora de integrar la cúpula del poder judicial (...) El país tiene derecho a exigir seriedad al Gobierno y al Congreso. Hay, indudablemente, muy buenos abogados que no llegan a las Altas Cortes por no tener vínculos políticos con el Presidente o con los parlamentarios. También ha sido equivocado transferirles funciones electorales a las altas corporaciones de justicia. Cómo olvidar que tanto el procurador como el contralor, que terminaron en la cárcel dentro del proceso 8.000, habían sido postulados respectivamente por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional” (“La justicia politizada”, El Tiempo, Bogotá, 11/09/2000, pp. 1-16).

3. Los ejemplos son inagotables. Para no invocar las frecuentes quejas de los abogados que a diario se ven sorprendidos con providencias contrarias a los derechos fundamentales, muchas de las cuales quedan impunes por falta de mecanismos idóneos y expeditos de confrontación, rememoremos el caso de violencia judicial más importante de los últimos años, el del señor Alberto Jubiz Hazbum, sindicado injustamente de haber asesinado al senador Luis Carlos Galán y puesto en libertad luego de un oprobioso cautiverio.

4. Apreciaciones semejantes reclama la “carrera diplomática”, limitada para quienes laboran en la Cancillería y aspiran a ocupar el cargo de embajador. De acuerdo con una discutible sentencia de la Corte Constitucional, sólo el 20% de tales cargos quedaría reservado para los funcionarios de carrera.



Ante todo, su nepotismo, si se admite el término, expresado en la desmedida preferencia por los candidatos que tienen una trayectoria pública. El círculo vicioso se cierra con otro uso que merece reparo: el del llamado "activismo judicial", patente en providencias muy polémicas<sup>5</sup>.

Pero es la perniciosa costumbre de desempeñar un cargo en función de la expectativa de acceder a otro superior, la que definitivamente debiera desterrarse. Así como no parece lógico que la carrera judicial culmine en los tribunales de apelación, lo que la convierte en un simple eufemismo, tampoco parece sensato que la carrera política comience en la Corte Constitucional, el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia, corporaciones que mal pueden servir de trampolín para arribar a otros altos cargos del Estado<sup>6</sup>.

El día en que exista un estatuto de inhabilidades dirigido a prohibir estos usos se habrá dado un gran salto en favor de la democracia. El reciclaje burocrático conduce a la politización de la justicia, es decir, al gobierno de los jueces. Y esto no es correcto.

Recordemos a Solón: "La sociedad está bien organizada cuando los ciudadanos obedecen a los magistrados y los magistrados obedecen a la ley".

### III. El ejercicio profesional de los ex magistrados de las Altas Cortes

El principio de igualdad de oportunidades también se resiente con un tibio régimen de inhabilidades, que en el caso de los magistrados de las altas corporaciones de justicia da lugar a toda clase de desequilibrios.

Apenas dejado el cargo, comienzan a aparecer avisos en los periódicos donde el hasta ayer magistrado se anuncia como litigante anteponiendo la partícula "ex" a la de su antiguo cargo, tanto para significar su valía profesional, lo cual es hasta cierto punto legítimo, como para indicar a sus potenciales clientes las probabilidades de éxito de la eventual gestión, lo cual despierta explicables suspicacias.

Se aducirá que los abogados que dejan la magistratura no pueden quedar condenados a la indigencia. Desde luego que no. Pero tampoco pueden abusar del privilegio que significa ser atendido por quienes meses antes fueron sus compañeros de Sala. Esta realidad adquiere mayor dimensión cuando se pi-

ensa en el período del cargo. Tiempo de sobra, como lo supone cualquiera, para hacer una estrecha amistad, misma que no siempre conduce a la declaratoria del impedimento que su contraparte esperaría<sup>7</sup>.

¿Por qué se sugiere que los ex magistrados debieran quedar inhabilitados por un período significativo para ejercer la abogacía? Entre otras razones sobresalen estas dos:

- Porque el hecho de litigar ante los amigos configura una colisión que altera la neutralidad del operador jurídico induciéndolo a preferir las razones del ex colega de trabajo. Si a esta realidad se agrega la circunstancia, bastante probable por cierto, de haber sido elegido con el voto del memorialista, se comprende la necesidad de instituir un veto para este tipo de prácticas<sup>8</sup>. Al menos respecto de la correspondiente Sala.
- Porque una práctica semejante revierte en una clara violación al principio de igualdad de oportunidades. Hay que admitir que los ex magistrados de las Altas Cortes tienen más probabilidades de ser llamados como casacionistas, por ejemplo, que los abogados que no han fungido como jueces de tales corporaciones. Entre otros motivos porque este factor tiene peso específico en la mente del cliente. Realidades como estas producen lo que en materia comercial se denomina "posición predominante". Pues bien: el control de cualquier mercado es lícito en cuanto no provenga de ventajas ligadas al ejercicio de una dignidad oficial, pues entonces el deterioro de los pares es manifiesto e injusto.

Para cerrar esta ranura constitucional y reparar los desajustes que causa en el mundo del trabajo, debiera dictarse una prohibición tajante que supere las ambigüedades surgidas de las disposiciones que algunos han entendido aplicables a esta hipótesis discriminatoria (Decretos Ley 2400 y 3074 de 1968, y Ley 200 de 1995) y que en rigor de verdad no la gobiernan. Tanto por haber sido dictadas para regular la actividad de determinados servidores públicos, como por razón del principio de especialidad inherente al Estatuto de la Administración de Justicia<sup>9</sup>.

Conviene observar, finalmente, que las anteriores reflexiones son una simple aproximación al problema, cuya complejidad radica en el sistema político, y en esa medida debe ser estudiado como parte de la estructura y no como defecto aislado de la legislación.

5. "La opinión pública tiene la sensación de que la actual Corte Constitucional, contaminada de un desaforado apetito mediático y de una curiosa tentación demagógica, ha impuesto una especie de gobierno de los jueces en materias muy diversas, que van desde las tasas de interés hasta la rebaja de penas por el año del jubileo (...) Por lo pronto, lo más importante es que en la selección de los nuevos magistrados, prevista para los próximos meses, no se repitan los errores del pasado" ("Fallos desconcertantes", editorial de El Tiempo, Bogotá, 25/10/2000, pp. 1-18).

6. Esta práctica ha sido criticada por algunos sectores de la opinión pública norteamericana porque fomenta las llamadas sentencias "subliminales", dictadas con el inocultable propósito de cautivar al elector.

7. "Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.), en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado y, cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación. Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones" (Consejo de Estado, Sala Plena. Radicación AC-3300. 12/03/96. M. P.: Joaquín Barreto Ruiz).

8. Conviene observar que algunos de los actuales magistrados se desempeñaron en su momento como auxiliares de sus electores, razón de más para suponer la existencia de una especie de subordinación intelectual que afecta la imparcialidad cuando se trata de confrontar el mérito de las posiciones en conflicto.

9. "La Ley 270 de 1996, 'estatutaria de la administración de justicia', constituye el marco que regula esta alta función pública, a cargo del Estado; deroga las disposiciones anteriores sobre la misma materia o las que le resulten contrarias (como lo hizo expresamente el art. 210 en relación con el Decreto 2652 de 1991); contempla en los artículos 150 a 154 las inhabilidades, incompatibilidades, derechos, deberes y prohibiciones propios de los funcionarios de la rama judicial; en estos aspectos el Código Disciplinario Único de la Ley 200/95 no es aplicable a los funcionarios ni empleados judiciales, por cuanto siendo la ley estatutaria posterior, regula en forma especial la materia" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación 822. 27/08/96. M. P.: Luis Camilo Oso).