



GACETA CONSTITUCIONAL

Nº 91

Bogotá, D.E., jueves 6 de junio de 1991

Edición de 8 Páginas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

ALVARO GOMEZ HURTADO
Presidente

HORACIO SERPA URIBE
Presidente

ANTONIO JOSE NAVARRO WOLFF
Presidente

JACOBO PEREZ ESCOBAR
Secretario General

FERNANDO GALVIS GAITAN
Relator

RELATORIA

Proyecto de Acto Legislativo de Vigencia Inmediata

Descongestión de la Justicia

Constituyente:
LUIS GUILLERMO NIETO ROA

(Pág. 2)

Proyecto de Acto Reformatorio de Vigencia Inmediata

Por el Cual Se Crea la Corte Constitucional

Constituyente: **JAIME CASTRO**

(Pág. 4)

El Ministerio Público y el Defensor de los Derechos Humanos

Constancia ante la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del
Señor Ministro de Gobierno, Humberto de la Calle L. y del Consejero para
la Asamblea Constitucional Manuel José Cepeda.

(Pág. 5)

Proyecto de Acto Legislativo de Vigencia Inmediata

Descongestión de la Justicia

Constituyente: LUIS GUILLERMO NIETO ROA

EXPOSICION DE MOTIVOS Y PONENCIA PARA PRIMER DEBATE

Señores constituyentes:

La implantación de las modificaciones definitivas que esta Asamblea introduce al sistema jurisdiccional en Colombia requiere de un terreno apropiado que sólo se logrará con medidas drásticas, de emergencia, que descongestionen totalmente los órganos cuyo cometido es la aplicación de justicia.

Afirmar que Colombia es un país que posee una de las mayores proporciones de jueces por habitante (4 por 100.000 habitantes) y los despachos judiciales más congestionados del mundo, al tiempo que unos niveles de impunidad alarmantes no es, desafortunadamente, una contradicción. Por lo menos dentro de la realidad actual.

La impunidad y la falta de fe en la justicia son cada vez más crecientes, y no sólo por el número de delitos que se quedan sin sanción. De los aproximadamente 26.977 presos que hay en las 184 cárceles nacionales, solamente 10.791 han sido condenados y 16.186 esperan una definición judicial, situación aberrante que, en la medida en que afecta a muchos inocentes, socava la credibilidad de los administrados en el sistema.

Además, el índice de delitos que jamás se denuncia es alarmante (en 1985 llegaba al 80% de los delitos cometidos). Las razones que motivan el silencio de las víctimas son, en su orden: la ausencia de pruebas, la inoperancia de la justicia y lo complicado de los trámites para poner en conocimiento de las autoridades lo sucedido.

Pero, el deterioro de la justicia colombiana no se refleja únicamente en lo penal. La formación judicialista de nuestros abogados se ha ido manifestando en las otras jurisdicciones en volúmenes preocupantes de conflictos que hubieran podido hallar solución distinta a la de interponer una demanda. Estadísticas recientes demuestran que de un poco más 1.600.000 procesos que cursan ante la justicia civil, el 50.6% están inactivos, y los que continúan su trámite normal demoran demasiado.

En lo laboral, donde la legislación se preocupó por diseñar un procedimiento teóricamente expedito, un juicio ordinario puede demorar más de 49 meses. Situación ya de por sí penosa para los trabajadores, que se ve agravada por un alto índice (46%) de procesos que culminan con decisiones que les son completamente desfavorables, lo que hace suponer, posiblemente, el

desconocimiento de la oportunidad y la manera de entablar la demanda.

Señores constituyentes, si bien es cierto que dentro de los últimos años se han ido adoptando medidas de especial significado para el mejoramiento y la descongestión de la justicia, su pleno efecto depende de la evolución de la mentalidad de jueces, litigantes y administrados. Y esa evolución, en un momento como el que vive el país, ante la implantación de un nuevo sistema jurisdiccional, no puede dejarse al paso del tiempo; hay que provocarla y convocar a todos los en ella implicados para que aporten su concurso en garantía del éxito del nuevo orden jurídico.

De acuerdo con el reglamento, esta misma exposición de motivos puede obrar como ponencia para primer debate.

De los señores constituyentes,

LUIS GUILLERMO NIETO ROA.

ACTO CONSTITUYENTE DE VIGENCIA INMEDIATA (TRANSITORIO)

Por el cual se dictan unas
disposiciones constitucionales

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DECRETA:

ARTICULO PRIMERO: Los procesos de carácter civil, mercantil, de familia y laboral, de primera o única instancia, que cursan en los juzgados de las cabeceras de Distrito Judicial y que a la fecha de entrar en vigencia el presente Acto Constituyente no se encuentren al despacho del juez para fallo, se someterán a una etapa obligatoria de conciliación.

Exceptuándose de lo establecido en este artículo, los procesos de jurisdicción voluntaria, los de división de grandes comunidades, los de disolución y liquidación de sociedades y los sucesorales.

ARTICULO SEGUNDO: Constitúyese un cuerpo de conciliadores ad-honorem. Dentro de los diez (10) días siguientes a la entrada en vigencia del presente Acto Constituyente, las facultades de jurisprudencia harán llegar a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial la lista de sus egresados y profesores de los últimos veinticinco años.

Recibidas éstas, el Tribunal Superior de Distrito Judicial conformará de entre ellas, listas de posibles conciliadores que inmediatamente remitirá a los jueces, quienes dispondrán de diez (10) días para hacer las

designaciones correspondientes, mediante sorteo, y enviar los nombres, para su publicación en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación local, al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Esta publicación será suficiente notificación para todos los efectos de este Acto Constituyente.

ARTICULO 3°. Los abogados que así lo deseen, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la expedición del presente Acto Constituyente, podrán inscribirse en el Tribunal Superior del Distrito Judicial donde ejercen, mediante memorial donde expresarán en qué clase de proceso desean actuar como conciliadores. Esta escogencia será respetada por los Tribunales y los jueces.

ARTICULO 4°. El cargo de conciliador es de forzosa aceptación. Su desempeño será necesario para litigar durante los próximos cinco (5) años o desempeñar cargos en la administración pública, nacional, departamental o municipal. Se exceptúan quienes demuestren, con certificación de la autoridad nominadora, que desempeñan algún cargo público o quienes se encuentren fuera del país o sufran enfermedad grave, debidamente comprobada.

ARTICULO 6°. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de que trata el artículo segundo, la persona designada conciliadora deberá comparecer al juzgado para tomar posesión del cargo y recibir el expediente. De hallarse impedida, así lo manifestará al juez, quien dejará constancia del hecho y procederá a nombrar su reemplazo.

Si transcurridos siete (7) días a partir de la publicación, el designado conciliador no compareciere a tomar posesión del cargo, el juez designará su reemplazo e informará al Tribunal Superior de Distrito Judicial para que inicie el proceso disciplinario correspondiente.

ARTICULO 7°. La etapa de conciliación obligatoria tendrá una duración de treinta (30) días, a partir del momento en que el conciliador comunique por telegrama a las partes que ha recibido el expediente. Vencido este término, los procesos que no sean de ejecución serán sometidos a arbitramento obligatorio, en los términos previstos en el presente Acto Constituyente.

ARTICULO 8°. El conciliador que incumpla con el deber de comunicar a las partes que ha recibido el expediente, será sancionado con la suspensión en el ejercicio de la profesión por un (1) año. Los interesados avisarán al juez que no han recibido

la comunicación pertinente, y éste, inmediatamente, remitirá al Tribunal de Distrito Judicial la información necesaria para adelantar el proceso disciplinario.

ARTICULO 9°. Salvo fuerza mayor, enfermedad grave o calamidad doméstica, debidamente comprobadas, la asistencia a las audiencias de conciliación será obligatoria para el conciliador y para las partes, quienes podrán actuar directamente o a través de sus apoderados debidamente constituidos. Estos últimos podrán ser reconocidos por el conciliador.

La inasistencia a las reuniones de conciliación sería causal de sanciones así:

— Si es el conciliador quien no concurre, el Tribunal Superior de Distrito le impondrá suspensión en el ejercicio de la profesión por un término de seis (6) meses.

— Si es una de las partes o su apoderado, se tendrá como indicio en contra suya.

— Si las dos partes no asisten, el Conciliador lo informará al juez, quien dará por terminado el proceso y ordenará archivar el expediente.

ARTICULO 10°. Si durante la conciliación las partes llegaren a un acuerdo total, se hará constar en acta que suscribirán, especificando las prestaciones a cargo de cada una de ellas. Si el acuerdo es parcial, en el acta se expresarán claramente las prestaciones a cargo de cada una y los puntos pendientes. El acta de conciliación prestará mérito ejecutivo y tendrá fuerza de cosa juzgada en aquello en que las partes hayan logrado un acuerdo.

ARTICULO 11°. Concluida la etapa de conciliación, el conciliador remitirá al juez de conocimiento el expediente, acompañado del acta que dio fin a la misma. Si las partes llegaron a un acuerdo total, para archivar el expediente y si el acuerdo fue parcial, o no hubo acuerdo, para convocar a las partes para que designen los árbitros que habrán de fallar el proceso.

ARTICULO 12°. El juez comunicará a las partes la fecha y hora para designación de árbitros, lo que se hará de las mismas listas elaboradas para efectos de conciliación. Las partes o sus apoderados podrán designarlos conjuntamente, pero si no llegan a un acuerdo, o no comparece alguna de ellas, los árbitros serán designados por el juez, por sorteo, y así se comunicará a las partes y a los árbitros para que se constituya el tribunal.

ARTICULO 13°. Los árbitros dispondrán de seis (6) meses, a partir de la instalación del tribunal, para fallar. Los árbitros tendrán en cuenta las siguientes reglas en materia probatoria:

1. Todos los documentos allegados al

proceso se presumirán auténticos, a menos que alguna de las partes los tache de falsedad. En este caso, no se dará trámite al incidente respectivo si la parte no adjunta copia del denuncia penal;

2. Las partes, de común acuerdo, podrán reemplazar los dictámenes de peritos por los de expertos en la materia, y podrán solicitar que se les fije una remuneración acorde con la que usualmente se paga a los mismos profesionales en el mercado laboral;

3. Las pruebas que no se pueden practicar en cuatro (4) meses se tendrán por no solicitadas, a menos que ellas dependan de la colaboración de la parte contraria. En este caso, se valorará el comportamiento de la parte renuente como si se hubiera probado el hecho que la perjudica.

ARTICULO 14°. Las partes tendrán diez días hábiles a partir del nombramiento del conciliador o del árbitro, y su comunicación, según el caso, para consignar a órdenes del juzgado, una suma equivalente al 5% del valor del mayor interés en litigio, en los procesos de mínima cuantía, al 3% del mismo valor, en los de menor cuantía y al 2% en los de mayor cuantía, para cubrir los gastos y los honorarios del conciliador y de los árbitros. No hacerlo tendrá para la parte que los incumpla el mismo efecto que no comparecer a las audiencias, si se tratare de conciliación. En el arbitramento, significará una decisión contraria a las pretensiones de la demanda o totalmente favorable a ella, según quien incumpla con este deber; la falta de pago por ambas partes se entenderá como causal de terminación anticipada del proceso.

Los gastos en que incurran las partes para lo previsto en este artículo serán tenidos en cuenta para la liquidación de la condena en costas.

ARTICULO 15°. Los expedientes en procesos de única o primera instancia que, al entrar en vigencia el presente Acto Constituyente, hayan permanecido en secretaría por seis (6) o más meses, por estar pendiente su trámite de un acto del demandante, serán objeto de perención que el juez decretará de oficio. Este término se contará a partir del día siguiente al de la notificación del último auto o al de la práctica de la última diligencia o audiencia.

El auto que ordene la perención, donde también se decretará el levantamiento de las medidas cautelares, si las hubiere, tendrá efecto definitivo. La acción no podrá ser posteriormente interpuesta.

Lo establecido en este artículo no se aplica a los procesos de división de bienes comunes, deslinde, liquidación de socie-

dades, de sucesión por causa de muerte y jurisdicción voluntaria.

ARTICULO 16°. Los procesos que cursen en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en los Tribunales Contencioso Administrativo y en el Consejo de Estado, que al entrar en vigencia el presente Acto Constituyente se encuentren al despacho del magistrado sustanciador por un término de seis (6) meses o más, en espera de que se elabore o profiera el fallo respectivo, serán repartidos a los conjucees que en ese momento hayan sido nombrados para actuar ante la respectiva corporación.

ARTICULO 17°. Los conjucees a que se refiere el artículo anterior dispondrán de tres (3) semanas, por negocio repartido, para registrar para fallo el proyecto respectivo y deberán defenderlo ante las respectivas salas o secciones, función en la cual reemplazarán también al magistrado ponente.

ARTICULO 18°. Las notificaciones al Ministerio Público, en los procesos que se adelanten ante los Tribunales Contencioso Administrativos y el Consejo de Estado se harán simultáneamente y en iguales condiciones que las notificaciones a las partes. No será obligatorio para el Ministerio Público conceptuar en proceso alguno pero cuando lo haga, será en la misma oportunidad procesal en que las partes han de presentar los memoriales correspondientes.

ARTICULO 19°. Las respectivas secciones del Consejo de Estado y de los Tribunales Contencioso Administrativo declararán terminados, en la etapa en que se encuentren, los procesos que se adelanten ante ellas en ejercicio de la acción de nulidad, cuando la norma que se impugna haya sido derogada.

ARTICULO 20°. Todo proceso penal por un delito que tenga pena privativa de la libertad, en el cual el acusado haya permanecido detenido más de la mitad del tiempo promedio entre el mínimo y el máximo señalado, cesará automáticamente y el acusado recobrará su libertad en forma incondicional.

ARTICULO 21°. No podrán actuar como conciliadores, árbitros y conjucees, los abogados cuya tarjeta profesional haya sido cancelada, o que tengan vigente una sanción que implique su suspensión.

Los conciliadores, árbitros y conjucees estarán sometidos a las mismas causales de inhabilidad e incompatibilidad previstas para los jueces.

Presentado a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, por el Delegatario *LUIS GUILLERMO NIETO ROA*.

Proyecto de Acto Reformatorio de Vigencia Inmediata Por el Cual Se Crea la Corte Constitucional

Constituyente: JAIME CASTRO

LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE

DECRETA:

ARTICULO 1°. A la Corte Constitucional se le atribuye la guarda de la supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1ª Decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad que se presenten contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2ª Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de la convocación de un plebiscito o referendo, de una Asamblea Constituyente para reformar la constitución, exclusivamente por vicios de procedimiento en la expedición de aquella.

3ª Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y las consultas populares de orden nacional, sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

4ª Decidir definitivamente sobre las objeciones de inconstitucionalidad que el Gobierno oponga a los proyectos de ley, tanto por su contenido material como por no haber sido tramitados en la forma prescrita en la Constitución.

5ª Decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad que se presenten contra las leyes, por su contenido material como por no haber sido tramitadas en la forma prescrita en la constitución.

6ª Decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad que se presenten contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno.

7ª Decidir si los decretos dictados con base en las facultades de los estados de excepción fueron expedidos con el lleno de las formalidades prescritas en los artículos correspondientes y si sus normas se ajustan a las atribuciones del Gobierno para dichos casos, y decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que contra esos mismos decretos se instauren por otros motivos y en cualquier tiempo.

8ª Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes al de la sanción de la ley. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario, no serán ratificados.

Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexe-

quibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá obligar al Estado colombiano después de formular la correspondiente reserva.

ARTICULO 2°.- Las actuaciones de la Corte Constitucional se adelantarán conforme a las reglas siguientes:

1ª Cualquier ciudadano puede ejercer las acciones previstas en el artículo anterior o intervenir en los correspondientes procesos como impugnador o defensor:

2ª Las acciones por vicios de forma prescriben en el término de dos años contados desde la vigencia del respectivo acto;

3ª La Corte Constitucional dispondrá de un término de sesenta días para decidir, que se reducirá a la mitad en el caso de los decretos dictados con base en los estados de excepción. Su incumplimiento es causal de mala conducta y de destitución que decretará el Consejo Superior de la Judicatura; y

4ª Las decisiones se tomarán con el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes de la Corporación.

ARTICULO 3°.- Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento en la formación de un acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, se enmiende el defecto observado.

Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

ARTICULO 4°.- La ley fijará el número de magistrados de la Corte Constitucional y dictará las normas necesarias para su organización y funcionamiento y establecerá que su elección se haga para periodos de seis años y en proporciones iguales por el Gobierno, el Congreso y la Rama Jurisdiccional.

Para ser Magistrado de la Corte Constitucional se exigen los mismos requisitos y calidades que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo transitorio.- Mientras la ley no fije otro número, la Corte Constitucional estará integrada por seis magistrados que serán elegidos dos por el Gobierno, dos por la Corte Suprema de Justicia y dos por el Consejo de Estado.

Si dentro de los tres días siguientes a la fecha de vigencia de este acto reformativo de la Constitución, la Corte Suprema o el Consejo de Estado se abstuvieron de hacer los respectivos nombramientos, lo hará el Gobierno indicando a quiénes se designa a nombre de la Corte y a quienes, del Consejo. La mitad de los nombramientos se hará para periodos de seis años y el resto para periodos de tres.

Facúltase al Gobierno para tomar las medidas administrativas y presupuestales que exija el establecimiento de la Corte Constitucional y para dictar, mientras la ley no lo haga, las normas relativas a su organización y funcionamiento, así como las procedimentales necesarias para el estudio y despacho de los asuntos que deba resolver.

ARTICULO 5°.- Las acciones que a partir de la fecha de vigencia de esta reforma se instauren contra actos que sean de competencia de la Corte Constitucional, no se tramitarán por ninguna otra autoridad y se entregarán a la Corte tan pronto como empiece a funcionar.

El presente acto reformativo rige a partir de la fecha de su sanción y promulgación.

JAIME CASTRO

EXPOSICION DE MOTIVOS

Con sobrada razón los colombianos vivimos orgullosos de los principios y las fórmulas que hemos adoptado para el ejercicio de las funciones que corresponden a la llamada jurisdicción constitucional. El constituyente, el legislador, la doctrina y la jurisprudencia han contribuido periódicamente de manera decisiva a su consolidación y mejoramiento permanente.

Dentro de esta línea de pensamiento y acción parece llegado el momento de proceder a la creación de un órgano especialmente constituido para el efecto, tal como se ha propuesto desde 1957 y como se aprobó en la "primera vuelta" de las reformas de 1968 y 1979, años en que se terminaron aceptando modificaciones que muestran cada día más la necesidad de la Corte Constitucional.

Razones de peso y de diverso orden se han dado para justificar su creación. Las más conocidas tienen que ver con la necesidad de atribuir tan delicada función al cuidado de un Tribunal especializado, por razón de los asuntos o negocios de que conoce, y la conveniencia de avanzar progresivamente hacia el control concentrado, que evita la multiplicidad de interpretaciones y las contradicciones de la jurisprudencia.

A las anteriores, agrego una que tiene que ver con la naturaleza jurídico política del control de constitucionalidad. En efecto, cuando se verifica la constitucionalidad de un acto del Congreso, que actúa como constituyente o como legislador, o del Gobierno, que actúa como delegatario del legislador, se hace uso de un procedimiento judicial y se dicta una sentencia que produce efectos judiciales, pero también es

claro que se ejerce una función de carácter político (confrontación, de acuerdo con los principios y criterios políticos del fallador, de dos normas políticas, la constitución y la ley, que recogen el punto de vista de unas autoridades políticas). La decisión que se adopte tiene, igualmente, evidentes repercusiones en el campo político, pues se refiere, por ejemplo, a la extensión de las atribuciones del poder del Estado al contenido de las libertades públicas y de los derechos humanos, al reparto de competencias entre el Ejecutivo y el Legislativo o entre la Nación y las entidades territoriales.

Se trata, pues, en el caso de la jurisdicción constitucional, de una función de naturaleza jurídica política, cuyo ejercicio, en razón de sus alcances, interesa a todo el Estado, a las diferentes Ramas del Poder Público, no a una sola de éstas.

Por eso, en los países en donde se consagra, y hoy en día está institucionalizada en prácticamente todo el mundo, por lo menos en todos los Estados de derecho, el órgano, corporación o tribunal que la ejerce refleja de alguna manera la voluntad del

poder público, en sus distintas ramificaciones o manifestaciones. Así ocurre con los llamados Tribunales, Cortes o Consejos Constitucionales o Cortes Supremas de Justicia, que tienen atribuida la jurisdicción constitucional. En todos los casos, a su formación concurren, en igualdad de condiciones o en proporción distinta, el Gobierno, el Congreso o Parlamento y la rama Jurisdiccional.

Así no ocurre, por el contrario, en Colombia desde 1957, cuando cambiamos el sistema de integración de la Corte Suprema de Justicia. Sabiamente adoptamos ese año la independencia orgánica de ésta y de toda la Rama Jurisdiccional. Nadie pide ahora que el país regrese a procedimientos que vinculen al Ejecutivo y a las corporaciones públicas a la escogencia de los Magistrados.

Pero no nos dimos cuenta en 1957 que al dejar en cabeza de la Rama Jurisdiccional, integrada ya sin participación de las otras Ramas del Poder Público, el ejercicio de la función jurídico-política del control de constitucionalidad, estábamos rompiendo la separación de Poderes que consagra

nuestra Carta e introduciendo un factor de desequilibrio entre ellos, tal como el paso de los años se ha encargado de mostrarlo.

Dario Echandía, Eduardo Zuleta Angel y Fernando Isaza advirtieron las posibles consecuencias y por eso propusieron a la Comisión Paritaria de Reajuste Institucional, que redactó el Plebiscito de 1957, "la creación de una Corte Constitucional distinta y separada de la Corte Suprema de Justicia".

Como entonces no oímos la recomendación, corresponde hacerlo ahora, después de que en 1968 y 1979 mejoramos el sistema, tal como se propone en el proyecto adjunto, que conserva todos los principios, elementos y características de nuestro sistema de control de constitucionalidad. Porque lo único que cambia la propuesta, en relación con el sistema vigente y con lo aprobado en 1979, es el origen no de la Corte Suprema sino de la Corte Constitucional, al sugerir que a la integración de ésta concurren las tres Ramas del Poder: la Jurisdiccional, el Gobierno y el Congreso.

JAIME CASTRO

El Ministerio Público y el Defensor de los Derechos Humanos

Constancia ante la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del Señor Ministro de Gobierno, Humberto de la Calle L. y del Consejero para la Asamblea Constitucional Manuel José Cepeda.

Honorables Delegatarios:

El Gobierno ha seguido cuidadosamente cómo el debate sobre el Ministerio Público y la creación del Defensor de los Derechos Humanos ha enriquecido las numerosas propuestas sobre este trascendental tema, dentro de los cuales se encuentra una del Gobierno.

Sin duda, quienes hemos impulsado la institucionalización de mecanismos que permitan evitar que los derechos constitucionales sean simples ideas y se conviertan en garantías efectivas de la dignidad humana, vemos con satisfacción que en la Comisión Cuarta se hubieran previsto expresamente atribuciones para alcanzar este objetivo. Son ellas, por ejemplo, la de interponer el recurso de amparo o tutela en nombre de algún interesado en proteger sus derechos o la de presentar anualmente un informe público sobre la situación de los derechos humanos en Colombia.

SON FUNCIONES BIEN DISTINTAS

Sin embargo, el Gobierno ve con preocupación que tales atribuciones se hayan asignado al Procurador General de la Nación, que según la ponencia para primer debate se denominaría Defensor del Pueblo. Después de revisar instituciones análogas de otros países encargadas de la defensa de

los derechos humanos en general, y no sólo del derecho a la vida o a la integridad física, no fue posible encontrar un solo país donde se acumulen en un mismo funcionario la función disciplinaria y la función de defender los derechos humanos. En realidad, la naturaleza de cada una de ellas es bien distinta.

Una, pero tan sólo una, de las eventuales consecuencias de la violación de un derecho, es una sanción de tipo disciplinario. Ni siquiera en España, de donde se tomó la denominación de Defensor del Pueblo, se coloca en este alto funcionario la doble función de investigar y sancionar disciplinariamente al responsable. Después de concluida la investigación, el Defensor, según la correspondiente ley orgánica, debe formular al superior jerárquico del servidor público responsable "las sugerencias que considere oportunas" (Artículo 23 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo).

Esta marcada tendencia mundial obedece a las características peculiares de la función de defender los derechos humanos desde una perspectiva amplia, no judicial, ni procesalista, ni exclusivamente jurídica. Por eso, es lógico que el actual Procurador General públicamente haya criticado que se le atribuyeran algunas funciones más propias de un defensor de derechos hu-

manos, como la de interponer recursos de amparo o tutela (ver entrevista concedida a El Tiempo, anexa).

Hay otra razón por la cual las funciones deben estar encomendadas a organismos separados. El objetivo de la función disciplinaria es distinto al de la función de defender los derechos e inclusive pueden llegar a ser incompatibles, si se acumulan en un mismo funcionario. En una investigación disciplinaria, el propósito es determinar si se ha "violado la ley". La decisión final consiste en aplicar un estatuto disciplinario en el cual el legislador ha señalado los deberes del funcionario. Sin embargo, la conclusión de una investigación disciplinaria no puede ser la de que el funcionario obró "ineficientemente", "equivocadamente", "mal", "de manera arbitraria", "claramente en contra de lo que era razonable". Un Defensor de los Derechos si puede llegar a esa conclusión, hacerla pública y solicitar que se enmiende el error o el exceso, así no proceda una sanción por la violación de la ley.

UN DEFENSOR DE LOS DERECHOS SEPARADO DE LA PROCURADURIA

Respetuosamente sugerimos a la Asamblea que estudie la posibilidad de crear un Defensor de los Derechos Hu-

manos, independiente y separado de la Procuraduría General de la Nación. Son varias las razones que inspiran esta exhortación.

En primer lugar, no es conveniente congestionar aún más a la Procuraduría. Esto le quita, en la práctica, capacidad de acción a dicha entidad y no es aconsejable restarle vigor. Nada debilita más a una institución que debe responder permanentemente ante el pueblo, que llenarla de muchas funciones diversas, atiborrarla de tareas, abrirla con demasiados compromisos. De la congestión no queda sino la ineficiencia y el correspondiente desprestigio institucional en tan delicadas materias.

Si la Procuraduría no tuviera ya una gran carga de trabajo, no habría mayor problema. Pero todos sabemos cuán grandes son sus responsabilidades. Si no hubiera corrupción, indisciplina e ineficiencia en la administración pública colombiana, podríamos pensar en quitarle importancia a la función disciplinaria, pasarla a un segundo plano, y colocar ante todo la defensa de los derechos humanos. Sin embargo, todos sabemos que la fiscalización del servidor público es tarea prioritaria que no puede ser relegada.

Pero tampoco puede serlo la defensa de los derechos humanos. El Defensor del Pueblo previsto en la ponencia seguramente designaría un delegado para los derechos humanos, lo cual sin duda coloca en un segundo nivel esta función que no debe ser responsabilidad de un delegado, por importante que sea, sino de la cabeza visible, notoria y responsable de una institución nacional. Esa es la segunda razón por la cual es necesario separar institucionalmente las dos funciones. De lo que se trata es de evitar que alguna de ellas pase a un segundo plano, como sucede actualmente puesto que ya existe en la Procuraduría un Delegado para los Derechos Humanos.

En tercer lugar, la creación de un Defensor de los Derechos Humanos no le quita funciones a la Procuraduría, especialmente en lo que tiene que ver con la supervigilancia de la fuerza pública. La Procuraduría conservaría incólumes sus facultades disciplinarias y de investigación en caso de excesos o abusos de agentes del Estado o de cualquier otro funcionario. El hecho de que el Defensor de los Derechos reciba una queja sobre posibles violaciones del derecho a la vida cometidas por autoridades, no impide que la Procuraduría practique las investigaciones de rigor. Tampoco le impide que el Defensor inicie una investigación por sí mismo. Lo usual para evitar repetición de actividades investigativas es que la investigación que recoja el Defensor sirva de base para las actuaciones del órgano disciplinario (Procuraduría o superior jerárquico) o, viceversa, que el Defensor solicite al órgano disciplinario los informes pertinentes relacionados con una queja. En esta forma, las dos instituciones se complementan, se ayudan mutuamente y en ninguna forma la una le quita funciones a la otra.

Además, desde esta perspectiva, se evita la burocratización de los derechos humanos. Si esta función se diluye en dependencias, secciones, subsecciones y finalmente en anaqueles de voluminosos ex-

pedientes, no estaremos dando el gran paso necesario. A veces para evitar burocracia es preferible crear un órgano que asuma ágilmente una función nueva en vez de colgarle a estructuras administrativas ya existentes la responsabilidad de expandirse para cumplir las nuevas tareas.

Por ejemplo, si una madre se queja de que su hija ha sido inadmitida en un colegio exclusivamente por razones discriminatorias y el funcionario público competente no ha hecho nada al respecto, el problema no se soluciona abriéndole investigación disciplinaria al funcionario negligente. Lo más importante es que la estudiante sea admitida, para lo cual un proceso cuasijudicial es inútil. La función del Defensor de Derechos será promover ante el colegio la admisión de la estudiante mediante una carta o una llamada o cualquier otro mecanismo ágil e informal. O si éste fuere insuficiente, denunciar públicamente las prácticas discriminatorias señalando a los responsables. Por otra parte, como complemento a esta acción mediadora y de denuncia, la información que reciba sobre el funcionario negligente puede ser remitida a la Procuraduría o al superior jerárquico para que prosigan con la investigación a que hubiere lugar.

Por lo tanto, decir que el Defensor aumentaría la burocracia no corresponde a la naturaleza de esta institución. Es más, existe una mayor propensión a la burocratización si se atribuyen estas funciones a una entidad ya grande, que por sus funciones debe delegar y subdelegar tareas en un ambiente propicio para abrir expedientes. En todo caso, el aumento de trabajo y de tareas que no pueden ser efectuadas con las estructuras administrativas existentes, requerirá de una organización para asumir las nuevas responsabilidades. La pregunta es si esa organización debe ser pequeña, fresca, ágil, flexible y ajena a ritualismos, como lo es la que sustenta la labor de los Ombudsmen en muchos países, o si esa organización, por el contrario, va a ser una prolongación al interior de otra dentro de los mismos patrones de las ya existentes entre nosotros.

Si esto no es suficiente para disipar los temores a la creación de burocracia, podría pensarse en seguir el ejemplo de otros países que han decidido permitirle al Ombudsman adelantar ciertas investigaciones por intermedio de las oficinas ya existentes, tanto en la administración pública como en organismos de fiscalización. Tales oficinas desarrollan sus actividades en un plazo previamente determinado y rinden al Ombudsman el informe que éste les solicita, so pena de ser a su turno investigados y posiblemente sancionados. También se puede pensar en una fórmula mixta.

Hay una sexta razón que conduce a separar las dos instituciones. Un Defensor de los Derechos Humanos cumple sus responsabilidades haciendo uso de herramientas muy diferentes a las de un Procurador en ejercicio de funciones disciplinarias. Cuando la consecuencia de una investigación puede ser una sanción, es preciso que ésta se desarrolle siguiendo unos procesos cuasi-penales —si cabe esta expresión—. Se reciben cargos, se investiga, se escucha a todos los involucrados y

afectados, se aplican criterios estrictos para aproximarse probatoriamente a la verdad, y luego, se absuelve o se sanciona a un individuo. En cambio, un Defensor de Derechos para ser eficaz tiene que trabajar con una visión que supere el casuismo y la perspectiva jurídica. De lo contrario, se quedaría corto en su misión, porque como todos sabemos el goce efectivo de muchos derechos depende de las condiciones reales, sociales, económicas, culturales, administrativas, en las cuales se encuentran los individuos frente al poder; condiciones que no puede cambiar un funcionario aislado así recaiga sobre él una sanción disciplinaria.

El derecho a la seguridad social ilustra este contraste entre la visión meramente jurídica y la visión más amplia de la vigencia de un derecho. Son muchos los colombianos que no gozan efectivamente de seguridad social y en el futuro habrá aún más compatriotas expuestos a riesgos que una democracia debería ayudar a cubrir. Esto no se afronta sólo sancionando al funcionario que le negó a una persona el acceso a la seguridad social o a alguno de sus beneficios. También es indispensable atacar el problema de fondo: hacer un diagnóstico completo de la seguridad social, prestar especial atención a factores demográficos, administrativos, presupuestales, procedimentales, e inclusive políticos. Este diagnóstico le corresponde hacerlo al Defensor de los Derechos, no a un procurador general. Debe estar plasmado en un informe público de alcance general y no en una decisión de alcance particular que sanciona a un individuo. En caso de excesos, puede ser útil la sanción disciplinaria como instrumento complementario. Sin embargo, la sanción no será suficiente cuando la ineficacia y la falla estén unidas estrechamente a factores más profundos y arraigados de los cuales se nutren.

UN DEFENSOR PARA LA NUEVA CONSTITUCION

La Nueva Constitución que habrá de adoptar esta Asamblea va probablemente a contener una amplia Carta de Derechos. Para el cumplimiento de los derechos fundamentales se han propuesto recursos novedosos, como el de amparo o tutela, y para garantizar los derechos colectivos se sugiere extender las acciones populares. Al mismo tiempo, se ha determinado que algunos derechos sociales, económicos y culturales se desarrollen progresivamente de acuerdo con la capacidad administrativa del país y la disponibilidad de recursos presupuestales.

La Carta contiene entonces una nueva concepción de los derechos. Estos no son simples declaraciones sino garantías del individuo o de la comunidad frente al poder exigibles judicialmente y que comprometen al legislador y al ejecutivo. Para que esta Carta de Derechos sea realmente útil y llamativa para los ciudadanos, es necesario que se cumpla en la práctica. Varias tareas quedan entonces por delante.

La primera, es difundir la Carta de Derechos. No sólo para explicar la reforma sino para que sea asimilada por los colombianos, para que la vean como suya, para que en realidad les brinde abrigo y abra espacios a la acción política y al desarrollo autónomo de la persona. Es una

La tarea que requiere de constancia y dinamismo. Un defensor de los derechos es indispensable para que este empeño por construir una cultura de tolerancia, libertad y respeto mutuo no sea flor de un día o una decisión coyuntural de un procurador general que decida darle prioridad.

La segunda, es poner en práctica los nuevos mecanismos judiciales de protección de los derechos fundamentales que no han sido tradicionales en Colombia. Promover el recurso de amparo o tutela. Impulsar las acciones populares. Mostrar que si es posible tomar en serio los derechos y que hay instrumentos efectivos para hacerlos cumplir. Quizás quienes pueden recibir asesoría jurídica no acudan al Defensor, pero éste sí será muy útil precisamente para quienes se encuentran en situación de mayor debilidad frente a organizaciones poderosas. Como lo dijo el señor procurador en la entrevista que se anexa, esta no es tarea de la Procuraduría. En verdad corresponde mejor al Defensor de los Derechos Humanos interponer a nombre del interesado recursos de amparo o acciones populares.

La tercera, es cumplir una tarea de promoción: evaluar la situación de los llamados derechos de desarrollo progresivo y proponer medidas legislativas o de otra naturaleza para que los derechos sociales, económicos y culturales no sean vanas ilusiones o aspiraciones que jamás se realizan. Esta tarea también es más propia de una institución dedicada especialmente a promover el desarrollo de los derechos, no sólo a sancionar violaciones particulares o a conjurar amenazas individuales.

La Carta de Derechos también consagra derechos que en otros países, por sí solos, han motivado la creación de Ombudsman especializados, como un defensor del principio de **Igualdad**, un Defensor para la Libertad de Prensa y el **Derecho a la Información**, un Defensor de los Derechos de los Niños, un Defensor de los Derechos de los Desvalidos o un Defensor de los Derechos de los Indígenas. Inclusive, en Japón el proceso de apertura económica estuvo acompañado de la creación de una figura análoga al Ombudsman para la liberación de comercio al cual podían acudir también compañías extranjeras (Saburo Okita. Role of the Trade Ombudsman in Liberalising Japan's Market, en *The World Economy*, 1984). No se trata de proponer una proliferación de Defensores de los diversos derechos humanos, sino de resaltar que para ciertos derechos novedosos o para aquellos que requieren de un impulso especial, muchas democracias han creado Defensores de los Derechos. Precisamente, por el carácter multifacético de esta institución, por su versatilidad, por su capacidad para responder a diferentes problemas y realidades. La creación de un Defensor de los Derechos haría más probable que los nuevos derechos tuvieran vigencia práctica.

Otro cambio en la concepción de los Derechos hace necesaria la figura del defensor. Buena parte de los derechos abarcan también las relaciones entre particulares, no sólo entre estos y el Estado. El ámbito real de los derechos se vería recortado a la mitad si se circunscriben a la actuación de los funcionarios hoy vigilados por la Procuraduría. En cambio, un Defensor de los Derechos que no sanciona disciplinaria-

mente sino que promueve los derechos y denuncia públicamente su violación sí puede, es más, debe evaluar las relaciones entre individuos y poderes privados.

¿QUE TAN PODEROSO DEBE SER?

Se discute mucho qué tan poderoso debe ser el Defensor de los Derechos. El Gobierno considera que debe tener las herramientas suficientes para cumplir esta misión más amplia de defensa, protección y promoción de derechos.

El principal poder que debe tener es el de denunciar públicamente el desconocimiento de los derechos o su precaria aplicación práctica. Es este un poder mucho mayor que el de abrir un expediente que eventualmente después de muchos meses, o varios años, termina en una decisión de carácter individual.

No se trata de que el Defensor condene antes de investigar sino de que divulgue a la opinión pública problemas generales relacionados con los derechos humanos. Si procede una sanción individual, puede dar traslado a la Procuraduría o al fiscal general, según el caso.

En cambio, si se acumulan las dos funciones, la disciplinaria y la de denuncia pública en un mismo responsable, se llega al inconveniente de que quien debe sancionar a un individuo eventualmente quede prejuzgado, así no sea con nombre propio, ante la opinión pública. Eso no es aconsejable. Como tampoco lo es que quien se ha comprometido ante la ciudadanía con una denuncia, decida si ésta tiene fundamento jurídico suficiente y, por consiguiente, quede después en sus manos el poder de sancionar a un individuo relacionado con dicha denuncia general.

Cuando se dice que el Defensor sólo tiene el poder de persuasión que le dan su dignidad y autoridad moral, no se está disminuyendo su poder, que en el mundo moderno de las comunicaciones y de la política, es suficiente y bien grande aunque no excesivo.

En algunos países se ha previsto la indeseable posibilidad de que las recomendaciones particulares que el Defensor de los Derechos haga al encargado de sancionar disciplinaria o penalmente a un funcionario público sean desatendidas. En este caso extremo, se permite que al cabo de un plazo fijado en la ley, el Defensor imponga directamente las sanciones disciplinarias por la falta que fue olvidada. Así sucede, por ejemplo, en Suecia. El Defensor, en esta eventualidad, también vela por que el superior jerárquico, y la misma Procuraduría, adelanten eficientemente sus tareas disciplinarias. Pero ésta es sólo una facultad excepcional.

Este poder general de informar a la opinión pública, directamente o ante quienes la representan en el Congreso, sobre la situación de los derechos, requiere instrumentos precisos que están recogidos o implícitos en la ponencia: presentar informes al Congreso o al Presidente de la República, interponer el recurso de amparo o tutela para movilizar el control constitucional, presentar acciones populares para defender intereses colectivos, llevar al Congreso proyectos de ley, sugerir a la administración pública que cambie prácticas o efectúe reformas, apremiar a las organizaciones privadas a que se abstengan

de desconocer un derecho. Pero la facultad básica es la de realizar investigaciones sin que se le pueda oponer reserva alguna y, cuando fuere necesario, transmitir sus conclusiones al Procurador General, al superior jerárquico o al Fiscal General para que de esta manera la justicia penal y quienes tienen poder disciplinario también se movilicen en defensa de los derechos humanos.

De esta manera, el Defensor de los Derechos se convierte en el motor que mueve todo el andamiaje judicial, legislativo, administrativo y disciplinario de protección de los derechos, cuando por inercia u otras razones no esté operando adecuadamente. En esta acción mediadora, el poder de orientar a la opinión pública es no sólo necesario sino suficiente y eficaz.

RESPUESTA A ALGUNOS COMENTARIOS

Anteriormente nos referimos al temor de generar más burocracia, el cual aunque fundado en otros casos, no debe ser tan grande con el Defensor de los Derechos. Lo dicho en párrafos anteriores se puede adicionar con la propuesta de aprovechar a los personeros municipales que hoy en día ya tienen funciones de defensoría de derechos, pero necesitan de un órgano nacional influyente que les brinde apoyo, los oriente y coordine.

Alguien comentaba que el Ombudsman sólo existe en países pequeños. Esto no es cierto. Francia y Gran Bretaña tienen una población grande, superior a la nuestra, y han creado una modalidad de Ombudsman.

También se dice que es una institución extraña, propia de los países escandinavos. Esto tampoco tiene fundamento en la realidad. El Ombudsman se ha difundido por todo el mundo, en diversas modalidades, con mayor o menor poder, con distintas responsabilidades y misiones. Por eso, un experto en la materia concluyó que este viejo argumento no tiene ya relevancia. En efecto, a principios de la década pasada, según el Informe Anual del Instituto Internacional del Ombudsman, existían 75 modalidades de esta institución operando en el mundo. De éstas, 19 operaban en el nivel nacional, 34 en el regional o departamental y 22 en el local. Además de estos 75 Ombudsman generales se crearon otros especializados (80) o internos, dentro de la rama ejecutiva (20). Esta lista no incluye el tipo de Ombudsman de la naturaleza de los universitarios. (D. Rowat. *The Ombudsman Plan*. Segunda Edición, p. 134). Países tan distintos como los siguientes adoptaron una modalidad de Ombudsman general: Australia, Austria, Barbados, Canadá, Dinamarca, Fiji, Finlandia, Francia, Alemania, Ghana, Guatemala, Guyana, India, Jamaica, Japón, Islas Mauricius, Namibia, Nueva Zelanda, Nigeria, Noruega, Portugal, España, Sudán, Suecia, Tanzania, Trinidad y Tobago, Reino Unido, Zambia, Zimbabue.

También se ha sostenido esporádicamente que el Ombudsman no ha funcionado bien en algunos países y se citan los casos de Gran Bretaña y Francia. ¿Por qué en estos dos países no ha sido tan eficaz como en otros? La razón no es la de que esta institución es intransferible, como se vio anteriormente. En verdad, en estos dos países son otros los factores que explican

las deficiencias conocidas. En Gran Bretaña, el Comisionado no puede recibir quejas directamente. Estas deben ser enviadas a un parlamentario para que las filtre, lo cual politiza la institución. La competencia del Comisionado Británico también es más reducida tanto territorial como jurídicamente y su poder de recomendación es precario, inclusive frente al Parlamento del cual es agente. El Defensor de los Derechos Humanos propuesto para Colombia suple estas deficiencias.

En Francia, aunque el Mediador tiene mayores poderes que el Comisionado Británico, también está sometido al filtro de los parlamentarios, no es elegido por el Parlamento sino por el Consejo de Ministros, lo cual reduce su independencia, no recibe salario, e investiga sirviéndose de las oficinas ministeriales. Sin embargo, en promedio maneja 5.500 quejas al año, según un estudio de 1984 (D. Rowat. *The Ombudsman in France*). Un experto en la materia evaluó los diez años de funcionamiento del Mediador y concluyó que, dadas sus limitaciones y para lo que fue creado, "ha sido sorprendentemente exitoso. Esto se puede apreciar por el aumento en el número de casos que ha manejado en los últimos años, por su influencia en reformas legislativas y administrativas y por su creciente popularidad".

¿POR QUE SE NECESITA EN COLOMBIA?: OTRAS VENTAJAS

Son varias las razones ya expuestas para justificar la creación de un Defensor de Derechos en Colombia separado de la Procuraduría y con las funciones propuestas en varios proyectos: asegurar la eficacia de los derechos, promover la nueva concepción de los derechos recogida en la Carta, colocar el tema de los derechos en un primer plano en la agenda política, impulsar los derechos sociales, culturales y económicos, velar por que los derechos sean respetados por poderes privados y no

sólo por los funcionarios públicos, cumplir una labor pedagógica en materia de derechos, aclimatar instituciones novedosas como el derecho de tutela o las acciones populares, ser el motor de todo el aparato judicial, administrativo, legislativo y disciplinario de protección de los derechos, evitar congestionar y debilitar a la Procuraduría; superar la visión exclusivamente jurídica de la garantía de los derechos, e involucrar a la opinión pública en la defensa de sus derechos.

El Defensor suple vacíos que existen hoy en día en Colombia y, también, responde a las necesidades que surgirán por la adopción de la Nueva Constitución. Pero existe una razón adicional que no tiene qué ver con los derechos humanos sino con otro asunto de capital importancia: la reforma a la administración pública.

Al velar por el respeto de los derechos por parte de los funcionarios públicos, el Defensor se convierte en un guardián de la eficiencia de la administración pública. No sólo porque promueve investigaciones que pueden concluir en sanciones impuestas por la Procuraduría o en denuncias públicas, sino porque su sola presencia nacional genera al interior de la administración una sensación de estar siendo observado y evaluado por una entidad ágil e independiente que puede movilizar a la opinión pública, lo cual produce un efecto disuasivo que es saludable y que hace falta en Colombia. Un efecto preventivo para algunos más eficaz que la remota posibilidad de que se impongan sanciones disciplinarias.

Dentro de la Reforma a la Justicia el Defensor puede entrar a jugar un papel fundamental. Primero, podría organizar la Defensoría Pública en materia penal para que todo acusado por el Fiscal tenga efectivamente un defensor. Segundo, podría evitar que muchos casos lleguen a una administración de justicia ya congestio-

nada, puesto que con su simple labor de información y de formulación de recomendaciones incluso a particulares, cumple una función mediadora que mitiga el ánimo litigioso propio de nuestra tradición jurídica.

También en relación con la administración de justicia, se ha argumentado que la lentitud y el costo de los procesos y la precariedad de los mecanismos judiciales para defender intereses difusos o derechos colectivos, son razones adicionales para adaptar la figura del Ombudsman a nuestra realidad. Otras insuficiencias del control judicial y disciplinario de la administración pública, tales como la imposibilidad de evaluar el ejercicio arbitrario o injusto de facultades discrecionales, también ha servido para justificar, no que se supriman o debiliten las instituciones existentes, sino que sean complementadas. Así lo han sostenido especialmente para América Latina, autoridades como Agustín Gordillo (*Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*, Civitas, 1986) y Héctor Fix-Zamudio (*A Global Survey of Governmental Institutions to Protect Civil and Political Rights*, en *Den. J. Int'l. L. and Pol'y*, 1983).

En conclusión, aunque la propuesta sometida a la consideración de esta Asamblea proveniente de la Comisión Cuarta representa un significativo avance, sería conveniente complementarla con las sugerencias que respetuosamente hacemos a los Honorables Delegatarios: asignar las funciones de defensoría de los derechos a una figura independiente, separada de la Procuraduría, elegida por la Corte Constitucional o por el Congreso y cuya misión no se confunda con la de órganos disciplinarios, pero que trabaje junto a ellos cuando sea necesario.

Cordialmente, **HUMBERTO DE LA CAJAL**, ministro de Gobierno.
MANUEL JOSE CEPEDA E., consejero para la Asamblea Constitucional.