

# G

## LOBALIZACIÓN, DEMOCRACIA Y DERECHO<sup>1</sup>

Carlos Ariel Sánchez

### I. GLOBALIZACIÓN

#### I. 1. Globalización y soberanía:

Estamos mencionando la democracia en el título de este escrito y eso supone que hablamos de una forma de gobierno de una sociedad, no hablamos de individuos, no hablamos de relaciones interpersonales. Hablamos del planteamiento, entendimiento y manejo de conflictos políticos y sociales y de sus consecuencias en los valores que sustentan el sistema, pero esos valores no son declaraciones formales solamente: son (o debieran ser) vivencias y adhesiones humanas, creencias hondas.

Una democracia es el resultado del recorrido de un péndulo que partiendo desde la anarquía parece regresar a ella pasando por extremos e intermedios: sale de la falta de orden, falta de delimitación de la propiedad privada, de un pacto social que defina al poder público y la legitimidad de su uso, pasando por la reglamentación y limitación del mismo (en sus expresiones de fuerza y de violencia) en el Estado de Derecho para proteger a los beneficiarios, de alguna manera olvidados en tal sentido (de la creación del gobierno como ente monopolizador del poder), para llegar al punto de reducción del uso de la fuerza para la solución de conflictos entre asociados y entre éstos y el Estado, es decir, la democracia.

Nuestro camino hacia el ordenamiento político ha pasado por el absoluto uso del poder, su reglamentación y su restricción; ya que habiendo reducido el número de transgresiones –a secas– a la ley (dado que antes del Estado de Derecho la Lex era el Rex y el poder era absoluto), y cuando ya apareció el Estado de Derecho la Ley se aplicaba, "Lex dura sed lex"<sup>2</sup>, sin mirar

<sup>1</sup> El autor desea agradecer al Dr. Manuel Vidal Noguera, sus comentarios y aportes para este ensayo, que es parte de un trabajo más ambicioso emprendido conjuntamente.

<sup>2</sup> La ley es dura, pero es la ley.

mucho más que su contenido. La democracia le abre paso al disenso, al desacuerdo, al conflicto y a su solución dentro del sistema, reduciendo así el número de transgresiones y aumentando en proporción el de conflictos, y además legitimándolos (reconociéndolos) a ellos y a sus actores. Y además abre caminos legales que incorporan al sistema (legal) a los conflictos y a los actores de ellos, aún si su conflicto está planteado teniendo como contraparte al Estado, a la organización social, económica, política, cultural, espacial (uso del espacio), etc., y a las expresiones de estas formas de organización, digamos, a las leyes o a las costumbres.

Desde la década de los 70's y finales de los 80's se ha dado a nivel mundial, un proceso de aceleración e intensificación de las interdependencias entre agentes, procesos y funciones de diversos países, regiones y continentes en el mundo. Dadas las innovaciones tecnológicas en las áreas de los transportes, telecomunicaciones, informática y la microelectrónica, se ha producido un "borramiento" de distancias con abaratamiento de los costos y los tiempos. Adjunto a ello, se ha dado a nivel mundial un proceso de transformación y debilitamiento de los Estados Nacionales.

Colombia no ha escapado de las tendencias globalizantes que encierra dicho proceso, y desde finales de la década de los 80's e inicios de los 90's, ha venido articulándose decididamente a ellas mediante una serie de transformaciones en las formas de intervención de Estado en los procesos económicos, sociales y políticos, que ha redundado en la composición e incidencia de las fuerzas sociales en la sociedad colombiana.

En el proceso de formación del Estado moderno tienen gran relevancia las ideas políticas de Jean Bodin quien en su obra "Los Seis Libros de la República", publicada en 1576 define la soberanía, como "poder último y perpetuo sobre una república". Así, vienen a ser para el siglo XVI soberanía y república necesarios sinónimos en la consolidación del Estado-Nación. Esta misma soberanía al identificarla con el poder absoluto tiende a sacralizarse y así, surge el derecho divino de los reyes, pero sólo dos siglos después, el príncipe fue desplazado por el pueblo y es este el soberano.

La pregunta hoy sería: ¿qué queda de esa noción de soberanía?

El fin de la guerra fría coincidió con una profunda reestructuración del orden mundial acelerado por los procesos de globalización. No es posible concebir fácilmente el impacto de este nuevo orden mundial sobre 190 países

soberanos cada uno limitado a sus fronteras como Estado-Nación y a su vez, amenazado por lo que se ha llamado, desde McLuhan, la "aldea global", que no es otra cosa que el estrechamiento de las dimensiones económicas, políticas y jurídicas del mundo. Bienes, capital, personas, conocimientos, comunicaciones, delitos, culturas, drogas, modas y creencias parecen no tener fronteras. Todo esto genera múltiples vínculos y conexiones que trascienden las regiones y sociedades. Las protestas contra el Fondo Monetario y el Banco Mundial se presentan ayer en Seattle, recientemente en Praga, o en cualquier otro lugar del mundo donde se reúnan. Los ecologistas de Green Peace y en general múltiples ONG'S agrupan movimientos sociales transnacionales.

Desde el punto de vista político, la soberanía es compartida con organizaciones y tratados, no sólo de comercio, sino que, regulan las zonas marítimas, el espacio electromagnético, las telecomunicaciones que son las nuevas formas de desarrollo de políticas multilaterales. No se trata solamente de desarrollos como la Unión Europea, sino de grupos de los países más desarrollados como los del G7, y es en este contexto, donde movimientos como el de los no alineados pueden adquirir nuevas dimensiones para limitar los efectos del excesivo poder de las grandes potencias económicas mundiales.

La posibilidad de intervención política por fuerzas extranjeras o multilaterales en países de Europa central, posibilidad no muy remota para nuestro país, demuestra que el concepto de soberanía política no puede entenderse en los viejos términos del Estado-Nación.

Desde el punto de vista jurídico, y de manera paralela con los fenómenos económicos y políticos que genera la globalización, produce una expansión de acuerdos internacionales, jurisdicciones internacionales, tratados y protocolos en temas comerciales, tecnológicos y culturales. Concebir un sistema jurídico interno como completamente autónomo es ignorar la compleja interacción entre factores internos y externos, en un mundo que reclama tribunales internacionales, hoy para la defensa de los derechos humanos, mañana para juzgar delitos internacionales como el narcotráfico. Si hay un tema de rápida evolución y de serios vacíos jurídicos es el tema de la globalización<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> GESSNER, Volkmar y BUDAK Ali Cem. Introducción al libro "*Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of law*". The Oñati International Institute For The Sociology Of Law. Dartmouth Publishing Company Limited. Brookfield, USA, pág. 1-13.

Distintos problemas jurídicos propone la globalización y que tienen que ver con la composición de cómo los gobiernos con una soberanía menoscabada responden a intereses globales del comercio internacional, siendo dependientes de decisiones no solamente de otras naciones, sino de grandes empresas que controlan distintos mercados: la banca internacional, la moneda, los derechos de autor en un mundo electrónico, *lex mercatoria* y los problemas de jurisdicción en la era de la globalización han hecho dudar que en el mundo de hoy se pueda hablar de un verdadero Imperio de la Ley<sup>4</sup>, para estos temas.

El impacto de la globalización sobre la soberanía económica no es otro, que los sistemas de producción, distribución e intercambio, los cuales tienen importantes consecuencias en las políticas económicas internas. Entre nosotros, sin ir muy lejos, los aranceles no son un asunto de política económica interna, y que medidas como la eliminación de la banda cambiaría se tomen en Washington y se promulguen en un viejo edificio de la Avenida Jiménez en Bogotá, son suficientes para ver cuáles son los alcances de cualquier política económica interna.

Tal proceso ha desatado un conjunto de tensiones y controversias que ha llevado a la globalización a convertirse en centro de debates colectivos, de reflexiones y foros académicos, de movilizaciones sociales y de pronunciamientos internacionales, no solamente en el presente sino seguramente en los años y décadas venideras. Estudiar sus consecuencias sobre la redefinición de lo público, la gestión y desarrollo local, sobre los nuevos papeles y retos que plantea el Estado y a la administración pública, es sin duda de vital importancia.

La pregunta ahora es: ¿qué pasará con la soberanía del Estado, en "Un Mundo Sin Soberanía?"<sup>5</sup>, que es el título de una reciente obra del francés Bertrand Badie. Dicha desaparición de la soberanía es consecuencia de lo que se ha venido llamando la globalización y el papel de las naciones en la conformación de un nuevo orden global.

La conformación de bloques de países es una consecuencia de la creciente internacionalización de la economía tendiente a crear un mundo multipolar

<sup>4</sup> WIENER, Jarrod. "Globalization and the Harmonization of law". British Library Cataloguing in Publication Data. Londres, 1999. Cap. I.

<sup>5</sup> BADIE, Bertrand. "Un Mundo sin Soberanía. Estados entre artificio y responsabilidad". Tercer Mundo Editores. Bogotá, mayo de 2000. Segunda parte.

y multicivilizacional<sup>6</sup>. Europa ha querido constituir una federación de países más allá de una simple unión comercial, cuya última fase es la moneda única europea, el Euro.

El Estado actual y sus componentes locales hay que situarlos dentro del marco de la "globalización", fenómeno complejo en virtud del cual las restricciones de la geografía, en todos los aspectos, pierden cada vez más importancia o se desvanecen y los Estados Nacionales se entremezclan y se implican a través de relaciones y actores transnacionales, en redes cada vez más densas y ramificadas.

Desde este punto de vista, la globalización trae consigo un mercado mundial cada vez más poderoso, interrelacionado y complejo, el cual precisamente en virtud de su creciente importancia, substituye, y en ocasiones, hace irrelevante el quehacer político de los estados nacionales.

En este tipo de mercado "mundializado", es cada vez más clara la tendencia a la conformación de "bloques comerciales" y a la utilización de pocas monedas. Básicamente el Euro en la Unión Europea y su área de influencia, el Dólar en el área del Nafta y las Américas y el yen y dólar en el extremo oriente.

En el caso europeo, existe un profundo proceso de integración supranacional que contempla la unión monetaria, de la cual se esperan beneficios concretos de la adopción de una moneda única —el euro—, entre los cuales cabe destacar estabilidad de precios, realización efectiva del mercado único, consecución de objetivos económicos comunes y supresión de los costos. La situación es bien distinta en el caso de las Américas, pues de un lado, el NAFTA como proceso de integración no tiene, aún, el alcance del proceso de integración europeo y de otro, en los demás países de América, se manejan diferentes esquemas que incluyen entre otros, "Convertibilidad" y "Dolarización".

En síntesis, la globalización ha implicado una serie de cambios relacionados entre sí en el modelo económico de las Naciones y así mismo, una redefinición del papel que cumple el Estado frente a la sociedad. Los fines del Estado no cambian: sigue siendo en el fondo, el bienestar general de la sociedad; sin embargo ésta serie de procesos implica un cambio de los métodos para conseguirlo.

<sup>6</sup> HUNTINGTON, Samuel P. *"El Choque de Civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial"*. PAIDÓS, Barcelona (España) 1997. Pág. 21.

Además de los problemas ya señalados, la libre convertibilidad o la valorización puede generar problemas en un mundo donde la movilidad del capital internacional es una realidad innegable. Las nuevas tecnologías de comunicación y productos financieros cada vez más complejos, hacen inexistentes las fronteras para los flujos financieros. En 1997, la crisis de Asia Oriental dejó como lección que una liberalización financiera que permita el ilimitado acceso de capitales extranjeros, puede dar lugar a crisis económicas y a la generación de mayor pobreza<sup>7</sup>.

El interrogante aquí es: ¿cuál sería una alternativa posible a la dolarización enmarcada dentro de una propuesta que puede parecer halagüeña, pero que supone grandes exigencias sin la certeza de que se mejoren realmente las condiciones de vida de los colombianos?<sup>8</sup>.

No se puede afirmar con certeza que exista una relación directamente proporcional entre mayor globalización y disminución del poder del Estado. La respuesta ha sido, en realidad, la creación de organizaciones internacionales o la regionalización, creando una estructura intermedia entre las instituciones nacionales y las políticas multinacionales globales capaz de asegurar un más adecuado manejo de las políticas económicas y jurídicas internas. Si la globalización disuelve fronteras internas, la regionalización permite la reconstrucción de espacios para definir condiciones más favorables a pequeños países como el nuestro<sup>9</sup>.

Hay que insistir en un mundo multipolar, pero democrático, capaz de crear organizaciones regionales más allá de los Estados-Nación, y que permitan enfrentar a los grandes monopolios privados que reinan en un mundo globalizado y así mismo que tengan la capacidad de emprender negociaciones colectivas a nivel interregional. Esta regionalización permitiría avanzar en los siguientes temas<sup>10</sup>:

<sup>7</sup> BANCO MUNDIAL. "Informe sobre el desarrollo mundial. En el umbral del siglo XXI". Ediciones Mundi-Prensa. Madrid (España), 2000. Págs. 84-85.

<sup>8</sup> Véase: "Globalización y desarrollo: algunas perspectivas, reflexiones y preguntas", escrito por Jean Philippe Peemans en : El Nuevo Orden Global. Dimensiones y Perspectivas. Imprenta Universidad Nacional. Bogotá 1996. Págs. 13-56.

<sup>9</sup> MCGREW, Anthony G. "Global Legal Interaction and Present-day Patterns of Globalization. Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of law". The Oñati International Institute For The Sociology Of Law. Dartmouth Publishing Company Limited. Brookfield, USA, Cap. 9.

<sup>10</sup> SÁNCHEZ TORRES, Carlos A. "Globalización y soberanía monetaria". Ensayo. FUNDEBOYACA: Tunja 2001.

1. Reglas de acceso al mercado, para un nuevo marco de la OMC. Esto puede facilitar el comercio de países como Colombia en mejores condiciones que las actuales.
2. La reorganización del mercado de capitales, con el fin de evitar la especulación financiera internacional, lo que exige replantear el papel del Banco Mundial.
3. La estabilización de los sistemas monetarios, con el fin de llegar a acuerdos regionales que aseguren una estabilidad relativa de los cambios, lo que evitaría el impacto de devaluaciones al interior de los socios comerciales, de una región<sup>11</sup>.

De hecho el Estado no ha muerto y busca adquirir nueva vida a través de las regiones. El NAFTA desde su creación aspiraba a integrar los Estados más eficientes de América Latina. La Unión Europea que se consideró durante mucho tiempo como un bloque cerrado, poco a poco ha desarrollado una política poderosa en expansión. En el oriente la integración socio-económica ha unido a viejos rivales. Hombres de negocios de Taiwán invierten en China Continental y los vínculos entre Japón y Corea no dejan de intensificarse. Los espacios de integración en el noreste asiático cuentan con el triángulo Indonesia-Malasia-Singapur. En América del sur, se ha buscado reactivar el Pacto Andino, y emerge, con gran fuerza, el MERCOSUR. En África austral se ha dinamizado la SADC (Southern African Development Community), con la entrada de Sudáfrica en 1994<sup>12</sup>.

Este fenómeno regional puede llevar a que los países del NAFTA adopten una moneda que tendría que ser necesariamente el dólar americano, y Colombia tiene, necesariamente que considerar, que es lo mejor para su desarrollo, incluyendo el fortalecimiento de las organizaciones regionales.

## **I.2. La globalización de la economía y la democracia liberal**

Desde 1990 y los años que a este le siguen, se entendió que el capitalismo económico y la democracia liberal política no tendrían inconvenientes de expansión y solidificación dentro de los Estados que implantaran estos modelos como formas del régimen preexistente.

---

<sup>11</sup> AMIN, Samir y HERRERA Rémy. "El sur en el sistema mundial de transformación". Trad. Por Gisela Daza. Trabajo Globalización e inequidades. Siglo del Hombre Editores Limitada, Bogotá 2000. Págs. 11-18.

<sup>12</sup> BADIE, Bertrand. Op. cit. Págs. 131 y s.s.

Los países socialistas que sobreviven no tienen el desarrollo político ni económico para ser líderes globalizadores. El sistema de socialismo cubano dejó de ser hace muchos años, por lo menos desde los años 80, un modelo para América Latina, mientras que en esa época la política anticubana y anticomunista de los Estados Unidos en todo el subcontinente, terminó anulando y mandando al traste los esfuerzos de democratización del subcontinente. Ejemplos símbolo de los resultados de esta política, han sido el sangriento golpe de Estado contra el gobierno socialista de Allende en Chile, en 1973, y la instauración de la feroz dictadura de Pinochet; los golpes de Estado en Brasil contra los presidentes Quadros y Goulart y la instauración en ese país de la dictadura militar de los años 60 en adelante, y los similares procesos de Uruguay, Bolivia, Ecuador, Perú, Panamá, República Dominicana y de la mayor parte de países de la América Central y del Caribe. En Nicaragua, luego de la revolución victoriosa del Sandinismo, se intentó instituir el socialismo marxista, pero los efectos de la política norteamericana de oposición, lo mismo que la caída del Muro de Berlín y del socialismo soviético fueron muy negativos para el sandinismo hasta el punto que esa experiencia también llegó a su fin a comienzos de los años 90<sup>13</sup>.

La China comunista y su modelo político-económico en América Latina ha tenido una influencia muy estrecha y marginal, especialmente en algunos grupos guerrilleros del Perú, como Sendero Luminoso, los Tupamaros en Uruguay y Argentina y, en los últimos años, en los movimientos agrarios de Chiapas en México. También en ciertos sectores minoritarios de la guerrilla colombiana que, como se sabe, es la que cuenta con la más larga trayectoria combativa, habiendo llegado a dominar más de la mitad del territorio. Pero la China no tiene capacidad económica ni cultura política, como las tenía la Urss, para difundir el socialismo marxista-maoísta en América Latina. En la actualidad, después de más de una década, borrado el socialismo y el Estado marxistas en la Unión Soviética y en Europa Oriental, es ya imposible volver a intentarlo, considerando que los modelos del capitalismo y del liberalismo político, comenzando el tercer milenio, sin rival en el mundo entero, han ya logrado el máximo de globalización.

Pero para el caso de América Latina este sistema de liberalismo económico llegó representado en la privatización de las actividades estatales; teniendo en cuenta, que no sólo se involucraron el proceso los entes económicos, sino todos aquellos que dependían del Estado de forma directa, o aquellos de economía mixta.

<sup>13</sup> POMPEJANO, D. "Storia e conflitti del Centroamérica", Ed Giunti, Firenze, 1991, pp.137 ss.



El Estado como agente económico dejó de existir en Europa<sup>14</sup> y en los principales países de América Latina en la década de los 90 y hoy el proceso ha prácticamente concluido. Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, pueden ser citados como ejemplos en el campo de las privatizaciones. En estos países, el Estado ha sacado a la venta sus principales empresas industriales, comerciales y sociedades económicas y se ha llegado a privatizar hasta las empresas de prestación de los servicios de salud, previsión social, fondos de pensiones y hasta los servicios públicos esenciales, como transporte, agua, luz, teléfonos y buena parte del servicio de seguridad ciudadana. También la contratación y las relaciones laborales públicas cambian cada vez más hacia formas privadas. La Banca Mundial y el Fondo Monetario Internacional han presionado el cambio, pero la privatización, sobre todo, se ha tenido que admitir luego de los fracasos del modelo de economía estatal o de aquellas economías que tenían un fuerte sector público<sup>15</sup>.

Este cambio, esta privatización se dio gracias a la influencia que creó la extensión del socialismo por parte de la URSS; es la nueva concepción que se genera del mercado, mirado desde la ley de la oferta y la demanda que propusieron Keynes, Smith y Ricardo.

La otra concepción del Estado se da cuando se convierte en agente del cambio, en productor de bienes y servicios, inversionista, bancario, "capitalista", empresario, en el sentido de ser gran propietario de medios e instrumentos de producción. No sólo es también planificador o programador de la economía y de la sociedad, con más poder que el Leviatán<sup>16</sup>.

### **I.3. La globalización de las instituciones democráticas liberales**

Después de terminar la segunda guerra mundial se da un nuevo orden a los regímenes imperantes, porque entre otras cosas, la guerra es la victoria del régimen capitalista frente al totalitario.

<sup>14</sup> DEBBASCH, C. *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989.

<sup>15</sup> Sobre privatización en latinoamerica ver., DROMI, J.R *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991. TAFUR GALVIS, A. *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano -Privatización de empresa públicas*, Bogotá, Ed. Universidad Externado, 1993, pp. 181 ss.

<sup>16</sup> AMATO, G. *Lo Stato sociale. Verità e problemi in Forme di Stato e di governo, Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1998, v. I, pp. 52 ss.

Las instituciones del moderno Estado de Derecho, de última generación, son especialmente:

1. Una constitución escrita que comprende precisamente un catálogo de garantías y de derechos no sólo de aquellos de primera generación sino también de los que han sido el resultado de los últimos desarrollos de la sociedad<sup>17</sup>; la organización del poder público nacional y local, con base en el principio de la separación y de la colaboración orgánica y funcional; la creación y el desarrollo de los órganos y de las funciones de control; las previsiones normativas sobre el gobierno de la economía; los mecanismos de garantía de la supremacía de la constitución y los procedimientos para la revisión constitucional.
2. Las instituciones de participación del pueblo en la toma, ejecución y control de las decisiones públicas, que comprenden los derechos políticos activos y pasivos, que hacen parte de la democracia indirecta y los derechos de participación popular directa por medio del referéndum, la iniciativa legislativa y constitucional, el control constitucional directo, las asambleas populares y cabildos abiertos, la consulta popular, el mandato imperativo y la revocación del mandato.
3. La existencia autónoma e independiente, constitucionalmente garantizada, de grupos intermedios entre el Estado y el individuo que, como los partidos políticos, sindicatos, asociaciones y demás grupos de interés, representan y defienden los intereses colectivos y sirven de canales de participación política y administrativa de los ciudadanos.
4. En desarrollo de la libertad de expresión del pensamiento, el nuevo Estado de Derecho garantiza la libertad de prensa, de radio, televisión, es decir de los medios de comunicación de masas, como verdaderos canales de participación ciudadana e instrumento de control político sobre gobernantes y administradores.
5. La burocracia estatal y local en el nuevo Estado de Derecho es representativa y democrática, en el sentido de que su reclutamiento, permanencia y ascenso son determinados por los principios y reglas universales de la carrera administrativa, según los cuales los funcionarios públicos son escogidos con base al mérito y no con criterio político, superándose así la tradicional burocracia del spoils system o de nombramiento político partidista.

<sup>17</sup> Ver, ROZO ACUÑA, Eduardo "*Diritti e doveri di terza generazione*" in "*Diritti Umani*", Quaderni del Consiglio Regionale delle Marche, Ancona, 2000, pgs. 123 ss.

6. La fuerza armada en el moderno Estado de Derecho corresponde a una institución profesional apolítica, no deliberante, sometida a la constitución y a la ley, con la principal función de defender la integridad territorial y la seguridad interna. No puede ni debe tener como tarea la defensa de la constitución y de las instituciones políticas ni el desarrollo económico o social por ser estas tareas un derecho-deber de los gobernantes y una obligación jurídica de los gobernados. Esta última prohibición se justifica para impedir que la fuerza armada intervenga en cuestiones que son esencialmente políticas.
7. El aparato de finanzas públicas, es fundamental para la obtención de los recursos económicos necesarios para la ejecución de las políticas públicas que tiendan a la realización de una sociedad justa, al tiempo que armónicamente desarrollada. Su carácter técnico y su eficiencia, lo mismo que su representatividad democrática, por ser de carrera, deben asegurar el principio de que todos están obligados a colaborar económicamente con los gastos públicos y con la inversión social, en modo proporcional a las propias posibilidades.
8. El nuevo Estado de Derecho requiere que las instituciones universitarias correspondan a la más alta calidad académica y científica, y que entre ellas sobresalgan las escuelas de derecho, que tienen la gran misión de preparar los juristas y jurisperitos, que son la principal defensa del imperio de la constitución y de la ley, sin lo cual no es posible garantizar la existencia de este tipo especial de Estado de Derecho, democrático y liberal.
9. La mayor autonomía e independencia de la rama judicial del poder público que de esta manera se transforma en el poder que garantiza el imperio de la ley y de la constitución, es otra de las importantes condiciones del nuevo Estado de Derecho. Los jueces, además de la función jurisdiccional que les compete, están llamados a defender la supremacía de la constitución por medio de sus atribuciones de control de constitucionalidad difuso o concentrado. En Europa, sin embargo, el poder de garantía y seguridad de la constitución es reservado casi que exclusivamente al juez constitucional, por efecto del sistema concentrado de la garantía de la supremacía de la constitución, según el cual, los demás jueces pueden presentar los problemas de inconstitucionalidad de las normas o de los actos, sólo por vía incidental o concreta ante la Corte o Tribunal Constitucional para la decisión final. Inclusive, en un país tan importante en la historia y evolución del moderno Estado de Derecho, como Francia, los jueces no tienen ni siquiera este poder. Por otra parte, para asegurar el autogobierno de la rama judicial del poder, la mayor parte de constituciones europeas y latinoamericanas han creado el Consejo Superior de la Magistratura.

#### I.4. La globalización jurídico-política

La globalización jurídico-política es el proceso que lleva a la construcción del Estado, de la economía y de la sociedad mundiales. Con la desaparición del socialismo marxista de la Unión Soviética y de Europa Oriental este proceso se ha acelerado al máximo. En el campo político las instituciones de la democracia liberal se han reforzado a nivel mundial y el modelo del Estado de Derecho contemporáneo no solo es adoptado por los países en vía de desarrollo por ser el único existente con posibilidad de éxito, sino que es "recomendado" por los centros de poder político y económico mundiales y regionales.

En la experiencia de los países ex-socialistas de Europa Oriental, el modelo de Estado de Derecho, es condición sine qua non en sus relaciones con la Unión Europea, especialmente en el proceso que viven para poder entrar como miembros de esa Unión. Pero la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, la Banca Mundial y las organizaciones políticas, económicas y sociales de carácter regional, que de una manera u otra dependen de las mundiales, condicionan su intervención a favor de los países en vía de desarrollo a la aceptación y realización de todos los cambios que lleven a la liberalización de sus economías, a la adopción del sistema de vida y sociedad "occidental" y a la construcción del modelo liberal democrático del Estado. El nuevo mundo, la nueva sociedad, a nivel mundial, que se derivan de estas concepciones, hablan o deben hablar preferentemente el lenguaje de la democracia liberal y de la economía de mercado.

Sin poder profundizar en los aspectos económicos de la mundialización, se puede constatar plenamente que es esa dimensión de la globalización la que más ha avanzado y sigue en desarrollo constante. Basta recordar que hoy los países del norte y del sur del mundo forman un todo en materia financiera, de producción industrial y agraria y de intercambio comercial. En el mundo de hoy, la gente de cualquier parte del planeta se despierta con una radio de marca japonesa, producida en Malasia; sigue las noticias de la CNN o de la BBC, se aseá con artículos y en baños producidos en cualquier parte del planeta o con patentes de diferentes partes del mundo; se viste con paños australianos confeccionados en diversas partes de Asia o América Latina; su desayuno tiene probablemente café colombiano o chocolate de Costa de Marfil, naranjada brasileña, mermelada y mantequilla francesas o danesas; se va al trabajo en un auto "europeo" o en un bus, ensamblado en

México o Venezuela, con piezas en su mayor parte producidas en diferentes países, con combustible comprado en un mercado dominado a nivel internacional. La sede de trabajo seguramente es una multinacional y los instrumentos o utensilios provienen de los Estados Unidos, de Italia, Corea, Taiwan, Alemania, Brasil, Austria o de cualesquiera otros países. En el intervalo del trabajo se almuerza en un restaurante italiano, chino, francés, argentino, thailandés, japonés, árabe o, lo más seguro para los empleados, se va al McDonalds; al terminar la jornada de trabajo se va al teatro, al cine o se queda en casa frente al televisor asiático para ver espectáculos que pueden ser, y son efectivamente, de cualquier parte del mundo. Este ejemplo llevaba a un director de la Organización Mundial del Comercio<sup>18</sup> a la conclusión de que el mercado global es una realidad que comienza en nuestras casas, no es virtual ni ajeno. La unión de los trabajadores del mundo que predicaba el Manifiesto Comunista a mediados del siglo XIX se ha logrado hoy con la revolución de la globalización del mercado y la homologación de los consumos.

Este ejemplo de globalización económica no muestra los problemas ni los aspectos negativos que de ella resultan para los países en vía de desarrollo, especialmente en su evolución económica cada vez más dependiente del mercado mundial, con sus agriculturas sometidas a la ley oligopólica de la demanda y, consecuentemente, a los términos de intercambio siempre desfavorables; con complejos problemas ambientales, de concentración de riqueza cada vez más en pocas manos, y con crecientes índices de desempleo e inestabilidad en los puestos de trabajo. Tampoco muestra todas las ventajas y utilidades que el proceso podría conllevar si fuera dirigido mundialmente con criterio democrático y pluralista.

Pasando al tema que más nos atañe, la globalización política y a sus elementos que se desprenden de la mundialización del modelo democrático y de derecho, se pueden intentar las siguientes conclusiones:

1. Como hemos demostrado, se ha avanzado mucho en la mundialización teórica y práctica del modelo jurídico-político del moderno Estado de Derecho, liberal democrático. De la construcción del Estado Nacional que ha sido alcanzada en la mayor parte del mundo, con las excepciones de los países de relativa reciente independencia, como los de África negra,

<sup>18</sup> El ex-embajador italiano R. Ruggiero, citado por. SALVINI, G "*Globalizzazione economica e paesi del sud del mondo*", Rivista Emmaus, [www.emmaus.it](http://www.emmaus.it).

- se ha pasado a la del nuevo Estado nacional de Derecho. Una parte considerable del mundo lo ha conseguido –Europa, buena parte de las Américas, Australia, parte de Asia y de África– y la otra trata de lograrlo.
2. La integración regional y subregional se ha podido adelantar gracias a los avances obtenidos en la mencionada construcción de los modernos Estados nacionales. De este modo se está pasando muy velozmente de la idea nacional a la idea supranacional, mediante los procesos de creación de uniones de Estados y de la federalización de las soberanías nacionales. La Unión Europea Occidental es la experiencia más avanzada y como se sabe sigue su curso con la perspectiva de la extensión a la Europa Oriental. Todo esto gracias al modelo político-económico único que impera luego de la caída del Muro de Berlín de 1989. Los países de América avanzan también en sus procesos de integración, e instituciones como mercados comunes, parlamentos, cortes regionales y continentales, ya existen en el contexto de los Estados nacionales del subcontinente<sup>19</sup>. Lo mismo se puede afirmar de los países asiáticos y africanos<sup>20</sup>.
  3. De la construcción de la idea nacional –el Estado Nacional–, a la construcción de la idea supernacional –la federación de Estados Nacionales– los países más avanzados –ver Unión Europea– han gastado cerca de cinco siglos. De la soberanía de los Estados Nacionales se ha pasado, en este caso, a la soberanía federal, con concesiones hacia lo alto para crear los órganos y las funciones supranacionales.
  4. De la construcción de la idea supranacional –Federación de Estados Nacionales– a la construcción de la idea mundial –el Estado Global– el planeta está viviendo su primera etapa. El proceso se encuentra como en los albores de la construcción del Estado Nacional. En el mundo existen hoy doscientos Estados y dos mil naciones, lo que podría obstaculizarlo, pero el ritmo del cambio no tiene antecedentes. Es suficiente recordar que terminada la segunda guerra mundial comienza en sentido estricto la construcción del Estado Mundial o Global con la creación de la Organización de las Naciones Unidas. Hoy todos los Estados y la mayor parte de las naciones hacen parte integral de ella. Sus órganos, sus funciones, su derecho dejan de ser virtuales para convertirse cada vez más en reales. Bastaría repasar la historia del gobierno mundial de las Naciones Unidas de los últimos 10 años para comprobarlo.

<sup>19</sup> Ver, para los procesos de integración latinoamericana, ver. DISTASI, . A "Código de la integración Latinoamericana y El Sela, Sistema Económico Latinoamericano" ,Elea Press, Salerno, 1992.

<sup>20</sup>Para todos los demás procesos de integración, ver PANEBIANCO M. e PENNETTA, P. "Introduzione al diritto delle organizzazioni internazionali", Salerno, 1993.

5. La construcción del Estado Mundial o Global, aun reconociendo que se encuentra en su primera fase, se está logrando en forma acelerada gracias a los siguientes factores:
- a- Una red de trasportes y comunicaciones que las proyecciones científicas y tecnológicas más optimistas no habrían podido calcular cuando el proceso comenzó, es decir al terminar el segundo conflicto mundial. En efecto, la Unión Postal Internacional, las carreteras y ferrocarriles continentales, la aviación civil y comercial, las telecomunicaciones, han tenido un desarrollo sin precedentes. Pero lo más impresionante del desarrollo de las comunicaciones es la telemática, la creación del ciberespacio y los cibernautas, que ha producido el fenómeno de reducir el mundo a la dimensión de un computador. Este fenómeno revolucionario ha creado un nuevo mundo -como en 1492- de comunicaciones y de este sale una nueva economía, una nueva sociedad.
  - b- Una economía de mercado, precisamente basada fundamentalmente en la comunicación del capital, de la tecnología, de las decisiones empresariales y de los servicios. A la movilidad de las mercancías -comercio- que se desarrolla desde los tiempos del primer descubrimiento mundial, se agrega de manera revolucionaria la de todos los demás factores de producción y de servicios. El trabajo, el conocimiento, el capital, la empresa que presupone formas culturales y de vida que se han globalizado.
  - c- Una cultura cada vez más compartida por las diferentes naciones. El desarrollo de los trasportes, incluido sobre todo el electrónico, ha facilitado no sólo la movilidad mundial de los factores de la producción sino también de la cultura. Los valores, las ideas, las creencias, concepciones, las tradiciones, las formas de ser la conciencia de los pueblos más desarrollados o evolucionados y que dominan precisamente las comunicaciones, al reducirse el mundo circulan en tiempo real, volviéndose universales. Hace no muchos años se hablaba del american way of life como de un modelo cultural lejano, que lentamente se imponía. Hoy ya nadie se refiere a él porque corresponde a un normal estilo de vida global: el idioma inglés americano no es solo el dialecto mundial del Ratón Mickey, de Michael Jackson y Madonna, es también de los McDonalds de París, Roma, Moscú, Pekín, Belgrado, Bogotá. Es la lengua global del cine, la televisión, de internet o del ciberespacio. Pero lo es también de la ciencia y de la tecnología. La CNN informa globalmente 24 horas sobre 24 horas, lo mismo hace ABC difundiendo no solo noticias sino sobre todo modos de

- pensar, modelos de interpretación y de acción. La cultura mundial es un hecho sobre el cual se funda la construcción del Estado Global.
- d- La creación de mitos globales o la globalización de los mitos es otro factor para del desarrollo del Estado Mundial. Sabemos que las Naciones se han fundado sobre la creación de mitos compartidos o impuestos en el tiempo. La nación hebrea nos presenta en forma actual ese proceso; los alemanes y sus mitos excelentemente musicalizados por Wagner; las poblaciones precolombinas y su rica mitología; los pueblos asiáticos y africanos, si tienen un denominador que les sirve de elemento de unión esencial, son sus mitos. Pues bien, a nivel mundial en los últimos tiempos el proceso de creación de mitos es asombroso, en todos los campos. Por ejemplo, los derechos humanos; la ecología; el trabajo; la amistad; la paz; la felicidad; el amor; la salud, todos tienen ya su día mundial consagrado y "respetado" globalmente: el mito supernacional ha sido creado. Lo mismo se puede decir sobre varias instituciones elevadas a mitos, como la constitución, la economía libre, el justo proceso, la igualdad ante la ley. El Estado mundial ya tiene sus mitos sobre los cuales se puede desarrollar la supernación.
  - e- El Estado mundial supranacional requiere también, como el Estado nacional lo requirió, de una centralización del poder que se derive de una organización política. En este campo hay mucho por construir aunque la estructura y la base ya están sentadas precisamente con la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad, más precisamente.
  - f- En cuanto a la organización militar, indispensable para cualquier Estado, también en esta materia se han dado pasos grandes con la creación de la fuerza militar de la Onu, los conocidos "casco azules", que han ganado tanta experiencia en los últimos años con las innumerables intervenciones en diferentes partes del mundo. A la base de la fuerza militar de la Onu están también las fuerzas de la Otan –Tratado del Atlántico Norte– para la defensa de Europa cuando existía la Unión Soviética y los peligros del comunismo. Extinguido este último, la fuerza armada de la Otan se transforma en instrumento de intervención mundial a favor de los principios del Estado liberal democrático y de las libertades fundamentales de los pueblos, junto con las fuerzas armadas de las Naciones Unidas.

En estos aspectos, el mundo se asemeja cada vez más a una sociedad y a un Estado Confederal multinacional, con un excelente sistema de comunicaciones y transportes; con un mercado mundial, organizado, que funciona en modo completo, sobre la base de la más completa movilidad de los factores de producción, aunque, tal movilidad para el factor trabajo, es



todavía muy limitada; con la existencia de la comunión en muchos valores, principios, mitos que sirven hoy a la construcción lo que se podría llamar la supranacionalidad, fundamental para el Estado Global. Las estructuras del poder y del gobierno del Estado mundial, supranacional, se encuentran aún muy atrasadas, pero no son inexistentes, como parecía hace sólo cincuenta años. El gobierno del mundo se perfila en todas sus dimensiones y con toda claridad si se tiene en cuenta el desarrollo de los últimos lustros de las Naciones Unidas, que precisamente tienen medio siglo de existencia, y de los desarrollos regionales que parecen ir más allá, inclusive en la creación de la ciudadanía supranacional común, como en el caso de la Unión Europea. Faltando, como falta, mucho camino para la construcción del Estado Global, la idea del ciudadano del mundo permanece todavía en el reino de la imaginación romántica, de los mitos. Pero el proceso de construcción no se define y nos acercamos cada vez más a su realización. Los gobiernos del mundo, los políticos que los guían, no sólo los del norte sino también los del sur del mundo son favorables.

En este proceso es muy importante tener conciencia de las prioridades que se deben establecer. Se puede pensar en las más importantes: en la construcción del Estado Nacional se llegó a pensar en la necesidad e importancia de los controles sobre el poder y de su ejercicio sólo en una época muy avanzada, prácticamente al final del proceso. En la construcción del Estado Global, la previsión de los órganos y funciones democráticas de control, sobre la toma, ejecución y seguimiento de las decisiones políticas y económicas, debe ser prioritaria, y su realización iniciada desde ahora. La organización, la validez y la eficacia de los controles sobre la globalización, no sólo aquella de tipo jurídico-político sino también la económica y socio-cultural, determinarán seguramente sus beneficios. Su ausencia será causa de los mayores y los peores males de los que ya padecen los pueblos de los Estados Nacionales, especialmente aquellos del sur del globo.

## II. REFORMAS AL ESTADO Y GLOBALIZACIÓN

### II.1 Cambios al Estado Colombiano

#### II.1.1. Del Estado interventor al Estado Regulador

En Colombia, la rama ejecutiva ha dirigido la intervención permanente del Estado, generando un todo, un conjunto de acciones que crean un perfil de modelo de desarrollo económico, en este caso, orientado a la creación y

protección de un mercado interno, en la sustitución de importaciones y en los setenta, en la promoción de las exportaciones. Entre 1936 y 1991 transcurren más de cinco décadas de dorado presidencialismo. El país deja de ser rural, las políticas sociales incorporan a esta nueva población urbana a la vida política y social del país, la administración pública se hace gigante, surgen varias reformas administrativas, las cuales fortalecen el ejecutivo y la administración pública. El punto culminante en este fortalecimiento de la rama ejecutiva fue la Reforma Constitucional y legal de 1968 que junto con la reforma administrativa del mismo año racionalizaron la organización administrativa, dentro de una concepción de un Estado que presta directamente los servicios públicos, en economías de monopolio público.

De este conjunto de reformas se observa, para efecto de comprender el peso de la administración en el sistema político, que el verdadero poder presidencial no radicaba en sus funciones tradicionales, sino en la capacidad de desarrollar políticas cuyos resultados afectaban la vida cotidiana de los ciudadanos. De allí por ejemplo, el fortalecimiento del ejecutivo en el manejo económico a través de los Reglamentos Autónomos mediante los cuales, se creó el UPAC y todo el esquema de crecimiento económico, basado en la construcción de vivienda como motor de la demanda internacional. Así mismo la autoridad del cargo se basaba en apoyos políticos y electorales, obtenidos con la satisfacción de particulares intereses de grupos de interés a través de medidas económicas, o con la cooptación de la oposición política a través de la crecida burocracia estatal y finalmente la entrega a los propios parlamentarios de partidas presupuestales llamadas "auxilios".

Una legitimidad y gobernabilidad así construidas no sólo resultaba costosa en términos fiscales, sino que en los ochenta empezó a hacer crisis el modelo de desarrollo "hacia adentro" protegido por el aparato estatal. La creciente liberalización del comercio mundial, el neoliberalismo y un modelo de desarrollo basado en la economía de mercado y la apertura al comercio internacional comenzaban a imponerse en otros países, no pudiendo ser ajenos a estos cambios.

El Constituyente de 1991 fue celoso del poder ejecutivo, ya que la plena vigencia del mercado libre, supone que el Estado debe abandonar las restricciones y su papel de director de la economía, debe desregular el sector privado y privatizar buena parte del sector público, perdiendo así el ejecutivo parte del manejo de los grupos de interés y de parte de la burocracia para complacer a los partidos políticos y al Congreso. Además a tono con

las exigencias del modelo económico neoliberal, el manejo de la política crediticia, monetaria y cambiaria es asignada a la Banca Central. El ejecutivo queda manejando la crisis fiscal, –originada en buena parte, por la deuda externa– para lo cual debe limitar el gasto público y aumentar los impuestos. Así mismo la limitación del gasto significa caída de los gastos de educación, pensión y salud, y en consecuencia un deterioro del clima social.

En la perspectiva constitucional de 1968 se había dotado al Presidente de la República de amplios alcances reglamentarios, no solo de las leyes sino directamente de la Constitución, como el conocido caso de los reglamentos autónomos constitucionales. La Constitución de 1991 condiciona ampliamente esa potestad reglamentaria, conforme el artículo 189 del texto constitucional, a la ley. A su vez los órganos autónomos del Estado y otras ramas del poder publico, adquirieron potestad reglamentaria directa de la C.P. Se inicia así en 1991 una etapa de debilitamiento del ejecutivo. El debilitamiento del ejecutivo, en un país presidencialista, tendría que verse compensado con el fortalecimiento de otras ramas del poder publico, pero no se evidencia esto en lo que se refiere al Congreso de la República; de la misma manera, a pesar del fortalecimiento de la rama judicial propiciado por la constitución de 1991, este crecimiento orgánico no ha sido a costa del debilitamiento del poder ejecutivo. Sin embargo, el papel político de la Corte Constitucional, significa nuevo reparto de poderes. El nuevo reparto de los poderes ha beneficiado a órganos ajenos casi totalmente al control reciproco de los poderes públicos, como la Junta directiva del Banco de la República o la Comisión Nacional de Televisión.

## **II.2. Modelo económico y Políticas Públicas en Colombia**

Desde finales de los ochenta, como consecuencia de la adaptación del país al modelo económico neoliberal, los procesos de reforma del Estado hicieron un nuevo reparto de funciones de las entidades territoriales, tendencia que se acogió y constitucionalizó en 1991. Así, los municipios están encargados de los programas importantes de infraestructura y de la inversión en el sector social; los departamentos de la planeación y control de la gestión de los municipios, y el sector central de la nación en cabeza del Presidente de la República, conservan como autoridad propia la formulación de políticas publicas. Esto significa que el Presidente de la República carece de control directo sobre la ejecución de las políticas entregadas a los municipios y que de otra parte las entidades territoriales están disputando al gobierno central el manejo y control de un parte de los

recursos fiscales de la Nación, que hoy quiere recuperar el sector central disminuyendo las transferencias a través de reformas constitucionales.

El Estado colombiano es por definición unitario, descentralizado y con autonomía de sus entidades territoriales. Si nos referimos a la rama ejecutiva en sus aspectos de descentralización territorial, la Constitución deja enunciadas nuevas entidades territoriales como las regiones y las provincias y las deja a futuros desarrollos de la ley orgánica del ordenamiento territorial –que durante varios años ha hecho tránsito infructuoso por el legislativo– la creación y constitución de las mismas. La noción de autonomía de sus entidades territoriales es precisada en sus elementos por la Constitución en el artículo 287, y la cláusula general de limitación de esta autonomía es la ley.

En este contexto, Colombia optó por uno de los procesos más radicales y más acelerados de descentralización fiscal conocidos hasta ahora en América Latina<sup>21</sup>. Cuando el proceso ya ordenado de transferencias haya llegado en los hechos a sus cifras finales, el monto de los recursos manejados por las entidades territoriales no tendrá par en América Latina, excepción hecha de Brasil. Si a las transferencias actualmente previstas agregamos las que se proyectan por concepto de regalías y por estímulo al esfuerzo fiscal propio, y los montos de los fondos de cofinanciación y los muy especializados mecanismos e instituciones de crédito que hemos venido desarrollando, concluiremos que las entidades territoriales de Colombia cuentan con el mayor paquete financiero que país alguno en desarrollo haya creado para sus entidades, en proporción a los ingresos totales del Estado. Además de ser uno de los más diversificados en fuentes de financiación y, en muchos sentidos, uno de los más sofisticados actualmente existentes en Latinoamérica.

Mediante la atención a las demandas locales, los municipios están en mejor posibilidad que cualquier otro nivel de gobierno, para realizar con precisión programas redistributivos. Mediante la percepción del proyecto común de ciudad o del proyecto colectivo de municipio, los gobiernos locales advierten que la calidad de la vida en una comunidad depende del bienestar de todos y que sólo la solidaridad garantiza niveles satisfactorios de seguridad y de bienestar municipales.

<sup>21</sup> ROJAS, Fernando: "Política y descentralización. Estrategias para la institucionalización de la participación en lo social lo económico y lo cultural". 1997.

La formulación, la ejecución, el seguimiento y el control de la política social son, como lo es la descentralización, termómetro de realización de los derechos sociales, económicos y culturales de la nueva ciudadanía. La primacía indiscutible de las políticas de apertura y de estabilización ha terminado por excluir la participación ciudadana en la formulación de las políticas macroeconómicas que sientan el marco de la política social.

El campo de la gestión es el puente que liga la descentralización y política social para los fines de la realización de la nueva ciudadanía: la política tiene que ser gestionada y aplicada efectivamente en el orden local si se quieren alcanzar los derechos de la participación y las metas supremas de la eficiencia en la asignación y en la producción.

### **II.3 Cambios en la administración pública y los sistemas de control.**

Un aspecto muy importante de la globalización de nuevo Estado de Derecho tiene que ver con el tema de las relaciones entre ciudadano y administración pública. Como se sabe, el modelo de Estado de Derecho contemporáneo que se ha globalizado, es fundamentalmente un Estado administrativo. En otras palabras, la mayor parte de sus funciones legislativas, ejecutivas, de control y, sobre todo, aquellas fundamentales del desarrollo social, económico y de los servicios públicos, son realizadas por el aparato burocrático-administrativo. El ciudadano en este tipo de Estado, está en las manos o depende en modo casi incondicional de los funcionarios administrativos, de sus circulares y ordenanzas, pero sobre todo de su arbitrio. Esta condición ha sido tan radicalmente afirmada que el mismo nombre de ciudadano, en uso en Europa desde la Revolución Francesa, lentamente ha sido modificado, especialmente por los administrativistas que no han hecho otra cosa que constatar la realidad, por el de administrado. Cambio que no ha tenido la más marginal preocupación, no obstante la carga de significado peyorativo que el término encierra. En efecto, se administran las cosas, los bienes, el patrimonio, los servicios, pero no las personas y mucho menos los ciudadanos<sup>22</sup>.

La consagración del principio de la supremacía de la Constitución ha tenido como efecto para el moderno Estado administrativo de derecho, en su globalización y, en forma particular, en Latinoamérica, la afirmación de las siguientes consecuencias:

<sup>22</sup> GIANNINI, M.S. "Il Pubblico Potere, Stati e Amministrazioni Pubbliche", Bologna, 1986.

1. La aplicabilidad directa y preferencial de las normas constitucionales, que en este sentido son plenamente eficaces sin necesidad de promulgar otras normas.
2. El sometimiento de todos los actos del Estado a la Constitución y la consiguiente nulidad de aquellos que le sean contrarios.
3. La obligación de que todo el ordenamiento jurídico sea interpretado en conformidad con la Constitución.
4. La supremacía constitucional de los derechos fundamentales que libera al ciudadano del sometimiento al arbitrio de la administración y de la burocracia, haciéndoles perder su poder sancionador, que queda, como debía ser, de competencia exclusiva del legislador. Las regulae agendi, con las cuales la administración pública prescribe conductas para limitar los derechos y las libertades de las personas, deben siempre tener una base o habilitación legal explícita en respeto del principio de reserva de ley.
5. Además, hay que recordar que la mayor parte de las constituciones latinoamericanas<sup>23</sup> dan a los tratados internacionales en general, especialmente a aquellos en materia de derechos humanos, el rango de normas constitucionales self executive, de este modo hacen parte del derecho interno de inmediata y obligatoria ejecución<sup>24</sup>.
6. De este modo, las normas constitucionales condicionan y limitan la actividad de todo órgano del Estado, incluso al legislador.
7. La necesidad de completar, desarrollar y reforzar los sistemas de justicia administrativa y de control de constitucionalidad, para lo cual se abre y globaliza completamente el camino a las cortes constitucionales y a las instituciones constitucionales del amparo de los derechos fundamentales, del defensor del pueblo y de la acción pública de inconstitucionalidad<sup>25</sup>.
8. Para la Administración Pública, en sus relaciones con el ciudadano, la supremacía constitucional significa, más directamente, que ésta deja de tener y que se caen todos sus privilegios afirmados en el tiempo, especialmente aquellos derivados del procedimiento contencioso administrativo: como la falta de universalidad del control, la insuficiente tutela cautelar, las vías administrativas obligatorias, la legitimación o el acceso judicial restringido, los principios probatorios desfavorables, la limitación en la profundidad del

<sup>23</sup> Solo para mencionar algunas de las últimas, la colombiana del 1991, la peruana del 1993, la argentina del 1994, la venezolana del 1999.

<sup>24</sup> Un ejemplo que vale para todas, el art. 75, numeral 22, de la Constitución Argentina del 1994.

<sup>25</sup> Para el desarrollo de este tema en América Latina, ver "*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*", Medellín, año 1996.

control, los excesivos privilegios procesales, la flexibilidad y frecuente falta de fuerza ejecutiva de las sentencias y de otras normas o condiciones pensadas para favorecer a la administración en violación flagrante del mencionado derecho de tutela judicial efectiva del ciudadano<sup>26</sup>.

Por otra parte, se afirma lentamente el principio que obliga a la administración pública a tener siempre como punto de referencia para su conducta la constitución y, consecuentemente, a desaplicar sus propias normas cuando sean interpretadas o consideradas, por los funcionarios encargados de aplicarlas, manifiestamente contrarias a la constitución<sup>27</sup>. De este modo se ejerce un control administrativo de constitucionalidad posterior a las leyes y a los actos administrativos, sobre la consideración de que las normas no se presumen constitucionales y pueden ser desaplicadas por la misma administración. De la administración, consecuentemente, no pueden emanar actos administrativos en aplicación o desarrollo de normas viciadas de inconstitucionalidad porque no sólo surgiría una causal de nulidad del acto sino también una violación de la obligación de la administración de respetar y hacer prevalecer los principios de la buena administración y las normas constitucionales y legales<sup>28</sup>.

No hay duda que de estos principios y consecuencias, que ya hacen parte del moderno Estado administrativo de Derecho globalizado, se deriva una nueva concepción de la relación ciudadano-administración, toda a favor del primero, como debe ser en una sociedad democrática. Esta orientación del derecho, de la doctrina y de la jurisprudencia más recientes en América Latina puede servir para nutrir el optimismo sobre el desarrollo general de estos pueblos<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A. "Fundamentos del Derecho Administrativo, Madrid, 1988 y E. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*", Madrid, 1992.

<sup>27</sup> Muy significativo de esta tendencia era el artículo 46 de la constitución venezolana de 1961 y que la nueva de 1999 recoge en el nuevo artículo 25 que resa: *Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta constitución y la ley son nulos, y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirva de excusa órdenes superiores.*

<sup>28</sup> Esta obligación se encuentra en el constitucionalismo latinoamericano, basta citar como ejemplo la más reciente norma constitucional, el art. 141 de la carta venezolana de 1999 que dice: *La administración pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.*

<sup>29</sup> Ver., ROZO ACUÑA, E "Alcuni aspetti del rapporto Cittadino-Amministrazione nello Stato costituzionale dell'America Latina", ROZO ACUÑA, E (a cargo de), "Cittadino e Amministrazione nel Diritto Comparato", ESI, Nápoles, 2000, pp. 317-342.

Los cambios en la economía mundial que han impulsado desde hace más de 70 años reformas al Estado, implican cambios en la oportunidad, ejercicio y contenido de los controles. Los más recientes incorporados en la Constitución de 1.991 hacen énfasis en el control de gestión y resultados, en aras de la eficiencia y competitividad que se exigen a una economía y a un Estado para el desarrollo del mercado libre y la apertura económica. La administración pública no es ajena al punto. La legitimidad gubernamental va ligada a la idea de transparencia del obrar público que tengan los ciudadanos.

En efecto, en Estado Social de Derecho, obligado a prestaciones de orden positivo, no a simples abstenciones, debe asegurar el cumplimiento de los fines sociales por parte del Estado. El cumplimiento de tales fines implica, de un lado obtener los recursos necesarios y también utilizarlos adecuadamente.

El tema del manejo de la capacidad del Estado y, por lo tanto, la reforma administrativa, se volvió fundamental en los noventa. Las reformas administrativas son un tema recurrente. Casi todos los gobiernos, en todos los tiempos, hablan de la necesidad de tener una administración pública más moderna, más eficiente. Sin embargo, ha habido únicamente dos reformas administrativas estructurales en el capitalismo<sup>30</sup>. Buscando reemplazar la administración patrimonial, la primera reforma involucró la implementación de la administración burocrática racional-legal: se llevó a cabo en el siglo XIX en los países europeos líderes, en la primera década de este siglo en los Estados Unidos, y en Brasil y los países de Latinoamérica desde mediados de los años treinta. La segunda, que está ocurriendo ahora, es el cambio hacia una administración pública gerencial.

Estos procesos dentro del Estado conducen a generar una nueva administración pública que también se denomina "nueva administración pública" en donde las principales características son:

La administración está orientada al ciudadano-usuario o al ciudadano-cliente. Se hace énfasis en el control de resultados a través de contratos de administración (en lugar del control de procedimientos).

Una autonomía fortalecida de la burocracia estatal, particularmente de los órganos de servidores civiles que ejecutan actividades exclusivas del Estado, se hace más evidente en cuando a su papel político y técnico de formular y seguir las políticas pública, junto con los políticos y la sociedad.

<sup>30</sup> BRESSER Luis Carlos y Otros. "El Rediseño del Estado". DNP. 1999.



La separación entre las secretarías encargadas de la fijación de políticas públicas de naturaleza centralizada, y las unidades descentralizadas que ejecutan estas políticas.

Una distinción entre dos tipos de unidades descentralizadas: las agencias ejecutivas, que llevan a cabo las actividades estatales exclusivas y son monopolios por definición, y los servicios sociales y científicos que son de naturaleza competitiva y en los que no está involucrado el poder del Estado.

La transferencia de los servidores científicos y sociales al sector público competitivo no estatal; la adopción conjunta, con el fin de controlar estas unidades descentralizadas, de 1) mecanismos de control sociales directos, 2) contratos de administración en los que los indicadores de desempeño están definidos claramente y se miden los resultados, y 3) la formación de casi-mercados en los que ocurre una competencia administrada; la contratación con terceros de actividades auxiliares de apoyo que están sujetas a un proceso competitivo de licitación de mercado.

El propósito de la reforma institucional así concebida es crear un marco para un sistema económico eficiente y justo, o por lo menos un sistema más eficiente y más justo que el existente.

De esta forma como lo dice Fernando Rojas (op. cit.), se empieza a transformar el Estado y la nueva administración pública: se empezará a formar el Estado del siglo XXI. Ciertamente no será el Estado socialburocrático, ya que éste fue el Estado que entró en crisis. No será el Estado neoliberal que sueñan los neoconservadores por cuanto no hay apoyo económico ni racionalidad económica para volver al Estado liberal del siglo XIX. El Estado en el siglo XXI será un Estado social liberal: social porque continuará protegiendo los derechos sociales y promoviendo el desarrollo económico; liberal porque lo hará usando más controles del mercado y menos administrativos, porque llevará a cabo servicios sociales y científicos principalmente a través de organizaciones competitivas no estatales, porque hará que los mercados laborales sean más flexibles, porque promoverá el capital humano y el desarrollo tecnológico para permitir que sus empresas sean más innovadoras y competitivas a nivel internacional.

Para finalizar destacamos el aporte dentro del nuevo contexto del Estado colombiano, en el cual los procesos de gestión se empatan con la descentralización política, fiscal, administrativa; donde es pertinente que

la Administración Central debe estar orientada al fortalecimiento de la democracia participativa y el diseño de mecanismos para trasladar funciones a los entes territoriales vinculando la comunidad en el desarrollo, en consecuencia con un mayor efecto de las funciones que la ley ha delegado en el nivel territorial.

### **III. DEBILITAMIENTO DEL PODER PRESIDENCIAL**

#### **III.1. La Presidencia en el Siglo XIX hasta 1886.**

La Presidencia de la República, ha sido por casi dos siglos la pieza fundamental de los sistemas políticos latinoamericanos. Si bien puede haber sido influida por el modelo Norteamericano, es una secuencia apenas lógica del Virreinato y sus instituciones borbónicas, jerárquicas y centralistas dentro de una tradición autoritaria y antipluralista. No debe olvidarse que siglo XVIII europeo, –Siglo de las Luces– fue el de la ilustración pero a la vez del despotismo, por ilustrado que fuera.

Es probable que se tuviese razón en América en hacer ejecutivos fuertes, capaces de reemplazar a un monarca, lejano pero presente a través de la sólida burocracia colonial. Dos modelos de organización veían los fundadores de nuestras repúblicas. El naciente parlamentarismo inglés, o el régimen del absolutismo monárquico resultado de la consolidación del Estado-nación europeo. Así mismo las alternativas ideológicas eran de una parte, Montesquieu que propone la tridivisión del poder, con el control recíproco de las mismas y con fundamento en la abstracta nación, y de otra Rosseau, quien distingue entre la voluntad fundada en la soberanía popular y que será el poder Legislativo y la fuerza que la ejecuta, el poder Ejecutivo. Sin embargo la fuerza puede ahogar la voluntad generando de nuevo el despotismo de unos pocos en nombre del pueblo.

La consolidación de nuestras incipientes repúblicas requería de un Ejecutivo fuerte. Sin embargo, un rápido repaso histórico desde la primera Constitución de Cundinamarca (1811) que erigió esta provincia en Monarquía Constitucional, hasta nuestros días, puede concluirse que nuestro Ejecutivo, ha tenido ciclos, algunos de fortalecimiento otros de debilitamiento, con consecuencias para lo que hoy se llama gobernabilidad. Así en los primeros años de independencia el Congreso de las Provincias Unidas reunido en septiembre de 1814, confía el Gobierno a un triunvirato cuyos miembros se turnaban la primera magistratura cada cuatro meses.

Durante la Gran Colombia se trató discretamente de moderar el poder Ejecutivo, con formulas distintas a las que Bolívar consignó en la Constitución de Bolivia. Se trataba de evitar el estilo napoleónico de gobernar propio del carisma del Libertador. Tal vez esa debilidad facilitó que los caudillos locales de la naciente Gran Colombia pudieran llevarla a su disolución. Qué interesante observar que el tema de la Gran Colombia, se consideraba del ámbito presidencial y así tuvo pervivencia constitucional hasta 1853, año en que el Ejecutivo aún tenía facultades para adelantar los tratados tendientes a revivir la unión con Venezuela y Ecuador<sup>31</sup>.

El temor al influjo militar en el poder, llevó a que entre 1832 y 1843, la presidencia quedara atada al Consejo de Estado, cuya opinión era requerida para nominar altos cargos y ejercer los poderes de excepción. Si bien entre 1843 y 1853 se fortaleció de nuevo el poder Ejecutivo sin tales restricciones, el temor al general Mosquera, el último de los caudillos de las guerras de independencia llevó poco a poco a un Ejecutivo débil, y a una Constitución que en 1863, se hizo "para no dejar gobernar". Así el Ejecutivo desde 1853 no fue fuerte para conjurar las guerras civiles del siglo XIX y ese poder Ejecutivo debilitado casi lleva a la disolución nacional, con un modelo de país con pequeños Estados, más parecidos a Centroamérica, que a una nación con vocación continental, conforme con la visión que tuvo Bolívar de la unión de la América Hispana, capaz de ser par de la América Anglosajona.

Nuestro Ejecutivo tampoco fue fuerte en nuestro convulsionado siglo XIX, en el sentido, que López Michelsen desarrolla en su "Estado Fuerte", recordando la figura del monarca español, el gran protector de los indígenas. Nuestros gobiernos en el siglo en el Siglo XIX, no desarrollaron unas políticas de protección a los indígenas tan fuertes como las de la colonia. Tampoco lo social tuvo el mejor balance como puede leerse en los escritores de fines del mencionado siglo, como el clásico la "Miseria en Bogotá" de Miguel Samper.

En conclusión durante el siglo XIX pueden señalarse dos épocas de fortalecimiento del Ejecutivo, la década entre 1843 y 1853, y los últimos años de ese siglo, resultado de la Constitución de 1886. Allí nació un Presidente más parecido a un monarca electivo y temporal, no sólo con abundantes facultades, sino dotado de abundantes poderes dictatoriales en

<sup>31</sup> MADRID- MALO. Mario, *Los decretos del presidente en Colombia*..ESAP. Bogotá. 1990.

las cláusulas transitorias ante el temor de nuevas guerras civiles. Como lo señalaba nuestro profesor SÁCHICA, era la manera de despertar en la trágica realidad nacional después del sueño de los años de la "Utopía Radical"<sup>32</sup>.

### III. 2 La presidencia entre 1886 y 1991.

En 1886 el ciclo de debilidad del Ejecutivo se cierra y se abre el de fortalecimiento del Ejecutivo que se extendió por más de 100 años. Se ha dicho entre nosotros que el Siglo XX comenzó en 1930, con la caída de la hegemonía conservadora que gobernó el país desde 1886. El hecho es que la crisis de los años treinta obligó a que en 1936 se incorporaran en nuestra Constitución los principios del Estado Social de Derecho y aquí se marca el inicio de un nuevo presidencialismo, signado por el Presidente como rector de la economía.

El Presidente dirige la intervención permanente del Estado, generando un modelo de desarrollo económico, orientado a la creación y protección de un mercado interno, por la sustitución de importaciones y en los setenta, por la promoción de las exportaciones. Entre 1936 y 1991 transcurren más de cinco décadas de presidencialismo.

La reforma constitucional de 1968, consolidó el crecimiento del ejecutivo y sus "intrusiones" en las facultades de otras ramas del poder público, fenómeno en todo caso común a muchas democracias occidentales. Así se fortalecieron las facultades legislativas del ejecutivo, por una triple vía:

- a) Amplio ejercicio de las facultades extraordinarias, tanto en el tiempo como en la materia.
- b) Iniciativa legislativa del gobierno, en materias económicas y presupuestales.
- c) Ampliación de los reglamentos autónomos, a materias tradicionalmente de la órbita del legislador, como la intervención económica (Ejemplo, el Numeral 14 del Artículo 120 de la Constitución de 1886.)

<sup>32</sup> SÁCHICA, Luis Carlos. "De la utopía radical al nacionalismo ecléctico". Ediciones Rosaristas. Bogotá. 1987.

Esta reforma permite concluir, que el verdadero poder presidencial no radicaba en sus funciones tradicionales, sino en la capacidad de desarrollar políticas, en especial económicas, cuyos resultados afectaban la vida cotidiana de los ciudadanos. Así mismo la autoridad del cargo se basaba en apoyos políticos y electorales, obtenidos con la satisfacción de particulares intereses de grupos de interés a través de medidas económicas (manejo de tarifas arancelarias, licencias de importación, préstamos con intereses preferenciales, devaluación) o con la cooptación de la oposición política a través de la crecida burocracia estatal y finalmente la entrega a los propios parlamentarios de partidas presupuestales llamadas "auxilios".

Una legitimidad y gobernabilidad así construidas no solo resultaba costosa en términos fiscales, sino que en los ochenta empezó a hacer crisis el modelo de desarrollo "hacia dentro" protegido por el aparato estatal. La creciente liberalización del comercio mundial, el neoliberalismo pregonado por los gobiernos de Reagan y la Sra. Thatcher, y un modelo de desarrollo basado en la economía de mercado y la apertura al comercio internacional comenzaban a imponerse en otros países, no pudiendo Colombia ser ajeno a estos cambios.

### **III.3 La presidencia de la República en la Constitución 1991.**

#### **III.3.1 Modelo económico y facultades del Presidente.**

El constituyente de 1991 fue celoso del poder Ejecutivo, ya que la plena vigencia del mercado libre, supone que el Estado debe abandonar las restricciones y su papel de director de la economía, debe desregular el sector privado y privatizar buena parte del sector público, perdiendo así el Ejecutivo parte del manejo de los grupos de interés y de parte de la burocracia para complacer a los partidos políticos y al Congreso. Además a tono con las exigencias del nuevo modelo económico, el manejo de la política crediticia, monetaria y cambiaria, es asignada a la Banca Central. El Ejecutivo queda manejando la crisis fiscal, –originada en buena parte, por la deuda externa– para lo cual, debe limitar el gasto público y aumentar los impuestos. Así mismo la limitación del gasto significa caída de los gastos de educación, pensión y salud, y en consecuencia un deterioro del clima social.

Los ajustes económicos para adaptar el mercado a la apertura y competencia internacionales desde comienzos de la década pasada, son el inicio de un nuevo modelo económico no proteccionista hacia el exterior y de economía de mercado al interior. La aplicación del modelo

supone tres etapas: 1. La de ajustes de la balanza de pagos y la supresión de subsidios exenciones y precios políticos. 2. Privatización y contratación de un gran número de actividades propias del Estado en condiciones de mercado. Así se privatizan la seguridad social, los servicios públicos, las obras de infraestructura, el sector financiero, entre otras actividades. 3. La etapa a la que debe ingresar el País de ajustes institucionales a largo plazo para consolidar y mantener las reformas de las etapas anteriores. Es lo que se llama en la literatura actual el paso del Estado social burocrático, que presta directamente los servicios sociales hacia un Estado social-liberal, que contrata los servicios en un mercado de libre competencia<sup>33</sup>.

En perspectiva constitucional en 1968 se había dotado al Presidente de la República de amplios alcances reglamentarios, no sólo de las leyes sino directamente de la Constitución, como el conocido caso de los reglamentos autónomos constitucionales. La Constitución de 1991 condiciona ampliamente esa potestad reglamentaria conforme él artículo 189 del texto constitucional, a la ley.

El debilitamiento del poder presidencial se nota al interior de sus mismas y tradicionales funciones de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa. Para las primeras, el Presidente actúa autónomamente y logra los efectos deseados sin concurrencia de otros órganos. Las segundas tienen que ver en su relación funcional con las otras ramas del poder público y las funciones de suprema autoridad administrativa son las típicas de la administración, como nominar, contratar, preservar el orden público.

En este sentido debe recordarse que el Constituyente de 1.886 fue el que introdujo el concepto de gobierno en el constitucionalismo colombiano. El Constituyente de 1.991 quiso ir más allá y asignó funciones especiales al gobierno, en relación con las otras ramas del poder público como puede verse en los artículos 200 y 201 de la C.P.. Podría pensarse que la exigencia del inciso 4º del artículo 115 de la C.P., fortalece al gobierno como figura autónoma, sin embargo es una figura que queda a mitad de camino y no logra debilitar para nada el poder presidencial.

El reparto de funciones de 1991 permite observar por algunos, de una parte, la utilización de un concepto de gobierno como si fuera una institución separada del Presidente de la República, concluyendo que el Presidente por

<sup>33</sup> BRESSER, Luis Carlos . en "*Hacia el rediseño*". Op Cit.

sí mismo, sólo puede firmar los decretos de su despacho, y de otra parte, que las relaciones entre Gobierno y Congreso determinaron una disminución del número de decretos que puede dictar el Presidente de la República, como lo son los decretos especiales y la restricción al ejercicio de la potestad reglamentaria de la constitución y de las facultades extraordinarias<sup>34</sup>.

El Presidente de la República para el cumplimiento de sus funciones está acompañado según el caso de todos o algunos de sus Ministros. Así hay un órgano Ejecutivo pluripersonal compuesto por el Presidente y todos sus ministros, y encargado de decretar los Estados de Excepción –decisión que debe tomarse por unanimidad–, y de la convocatoria de las consultas populares. Se distingue ese órgano ejecutivo pluripersonal, del gobierno que es un órgano ejecutivo dual o bipersonal compuesto por el Presidente de la República o por Ministro o Director de Departamento Administrativo correspondiente, para cumplir funciones gubernamentales. Esta figura es distinta del Consejo de Ministros, de creación y reglamentación legal y de funciones consultivas e incluso decisorias. Así mismo se encuentran aquellos órganos colegiados de reunión periódica, conformados por el Presidente de la República, altos funcionarios de la rama ejecutiva, y ocasionalmente particulares, representantes de gremios o instituciones. Dentro de dichos consejos, entran el Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional, la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores, el CONPES, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, el Consejo Superior de Comercio Exterior.

La pregunta es, si tan compleja organización, sin un reparto claro de funciones, y al requerir todas ellas la presencia del Presidente, facilita la enorme cantidad de tareas de la Presidencia; como a) desarrollar su programa de gobierno y controlar la agenda de avance de estas políticas b) atender las funciones protocolarias, como posesiones o visitas de embajadores c) comunicar sus políticas y decisiones d) atender y responder peticiones o solicitudes de la opinión o sectores de ella.

### III.3.2 Impacto de cambio de modelo económico en el sistema político Colombiano, poder presidencial

Con la reforma que en 1991 se dio a la Constitución, también se abrió el cambio estructural en el modelo económico. En efecto, la Constitución fue instrumento para remover las interferencias al libre funcionamiento de la

<sup>34</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime en "*Derecho Administrativo Colombiano*". 11ª Edición.

economía de mercado. Por esta razón las reformas se orientaron en dos sentidos. De un lado se trataba de disminuir la intervención del Estado, para dejar más amplios sectores al mercado, lo que se puede evidenciar, con la autorización constitucional de crear un mercado para el desarrollo de la previsión social (Seguridad Social y Pensiones), de los servicios públicos domiciliarios, que a su vez generaron una amplia política de privatizaciones, y que aún no ha terminado de ejecutarse. Esto debía complementarse con las reformas al Estado a fin de evitar distorsiones en el mercado a través de su intervención, controles o regulación excesiva; se trata de flexibilizar la economía, generando la apertura de los mercados de bienes y servicios, con la baja de aranceles, desregulación financiera y flexibilización laboral, que no es otra cosa en la práctica que un abaratamiento de la mano de obra, para asegurar la competitividad en el mercado internacional. (Fazio, 2000).

La Constitución de 1991, marca el punto de no retorno en el advenimiento del mercado como inapelable instancia para el desarrollo, ante el agotamiento del modelo intervencionista como paradigma. Fueron más de cincuenta años, desde la Reforma Constitucional de 1936, producto de la crisis de los treinta, para gestar un crecimiento desde dentro, y por muchos años hacia dentro con elevadas barreras arancelarias, dentro del modelo de sustitución de importaciones. Pero algo más: no podíamos crecer económicamente más hacia dentro, como indiscutiblemente se hizo a lo largo de más cinco décadas, no sólo por agotamiento del modelo, sino porque la última década del segundo milenio, nos sorprendió en estas altitudes andinas, con la globalización y sus incidencias.

El Poder Presidencial en Colombia se ha debilitado como consecuencia de este modelo económico. El mercado como regla supone menor intervención del Estado, y por ende menores poderes del Presidente como director de la economía. A su vez los poderes del Congreso frente a los temas económicos, venían ya menguados desde la reforma constitucional de 1968. De otra parte el ajuste fiscal consecuencia del alto costo de la deuda externa implica una nueva distribución de funciones y recursos en la organización territorial y una profundización de la descentralización perdiendo así también poder frente a las entidades territoriales el Presidente de la República. El debilitamiento del poder presidencial ha cambiado las relaciones Congreso-Gobierno generando prácticas corruptas del Ejecutivo para obtener apoyo del Legislativo. Los Jueces han irrumpido a través de la Corte Constitucional, con fallos que no sólo tiene impacto económico, sino que en ocasiones, ponen en cuestión las directrices de la política económica gubernamental.



Durante muchos años se ha definido por nuestros profesores de Derecho Constitucional y de Ciencia Política, nuestro sistema político como presidencialista, y desde la óptica académica no cabe duda que así lo ha sido desde los albores de la República. Sin embargo puede hacerse un breve repaso histórico y observar el papel protagónico del presidente en el sistema político.

#### IV. 3.3 Modelo económico, poder presidencial y poderes locales:

El poder presidencial se ha visto menguado en la organización territorial. Desde finales de los ochenta, como consecuencia de la adaptación del país al nuevo modelo económico, los procesos de reforma del Estado hicieron un nuevo reparto de funciones, como ya se analizó. La motivación de esas reformas es económica: se trata de reducir el déficit fiscal de la nación, reducir el desordenado endeudamiento de las entidades territoriales y reasumir en lo posible, el control de la inversión social desde el sector central.

El Estado colombiano en su Rama Ejecutiva del poder público es por definición unitario, descentralizado y con autonomía de sus entidades territoriales. Si nos referimos a la Rama Ejecutiva en sus aspectos de descentralización territorial, la Constitución deja enunciadas nuevas entidades territoriales como las regiones y las provincias y las deja a futuros desarrollos de la ley orgánica del ordenamiento territorial –que durante varios años ha tenido tránsito infructuoso por el Legislativo– la creación y constitución de las mismas. La noción de autonomía de sus entidades territoriales es precisada en sus elementos por la Constitución en el artículo 287, y la cláusula general de limitación de esta autonomía es la ley. La pregunta es, cuál clase de ley en el amplio repertorio que de clases de ella trae la Constitución. Es más, los fallos de la Corte Constitucional han reducido el concepto de autonomía al de descentralización, toda vez que no sólo las leyes orgánicas, concebidas a la luz del derecho comparado, para el reparto de competencias en el ordenamiento territorial, sino en la práctica cualquier ley asigna, o limita funciones a estas entidades territoriales (ST-C 151-95; ST- C 169-95). Si bien es cierto que los departamentos y municipios son totalmente descentralizados desde el punto de vista administrativo, toda vez que sus autoridades superiores son electas popularmente, en lo que se refiere a temas, como el gobernador como agente del gobierno, se observan inconsistencias<sup>35</sup>. En efecto del artículo 303 podría deducirse que la ejecución de leyes administrativas, sólo, vincula al gobernador en materias económicas

<sup>35</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. "Derecho Administrativo..." Op.cit.

y en las convenidas entra la nación y el departamento. En otro aspecto no sólo el gobernador sino también el alcalde municipal es agente sometido no solo a las leyes, sino a los actos y órdenes del Presidente. Sin embargo en esto del orden público, aunque se diga que gobernaciones y alcaldías hacen parte de la rama ejecutiva y que en ese particular punto hay jerarquía, no son pocos los problemas que se presentan por ello en las relaciones intergubernamentales.

En una perspectiva que considere los diez años de expedida la Constitución, los cambios del alcance y contenidos del poder presidencial y de la rama ejecutiva en general, no pueden explicarse sin entender el cambio de modelo económico al que el Constituyente que 1991, contribuyó efectivamente, al establecer por mandato constitucional, la regla de la economía de mercado y la pérdida de las principales funciones de dirección de la política económica, para asignarlas, en aras del control de la inflación, al Banco de la República, la privatización de la Seguridad Social y los servicios públicos. Las presiones de la liberalización del comercio internacional previstas a través de mecanismos multilaterales como el ALCA, las exigencias de la banca mundial sobre el control del déficit fiscal, única función relevante de política económica del Presidente de la República, pueden producir en los próximos años serios conflictos sociales, consecuencia de lo que se llama el ajuste estructural que implica reducción de la inversión social, seguramente más impuestos y bajos salarios, que sumados a los pocos resultados de los procesos de paz, no auguran los mejores días para el país.

#### **IV. LA RELEVANCIA LOS JUECES**

A su vez los órganos autónomos del Estado y otras Ramas del poder público, adquirieron potestad reglamentaria directa de la C.P. Se inicia así en 1991 una etapa de debilitamiento del Ejecutivo. En efecto varios factores han incidido en el fortalecimiento de los Jueces y su actual relevancia política y social:

El cada vez más acentuado cambio de referencia hermenéutica, desde el clásico artículo 27 de la 153 de 1887, propio de la idea decimonónica de que los jueces son solo "la boca de la ley", porque el legislador de elección popular, es el único depositario de toda soberanía y legitimidad, a convertir el precedente judicial, en especialmente en materia de tutela, en fuente principal del derecho.

Además de las funciones judiciales, los jueces cumplen actualmente funciones políticas de legitimación. La crisis del Estado de Bienestar no ha menguado entre nosotros la función judicial, y sí se observa acrecida por la tutela como garantes del los derechos fundamentales, incluyendo algunos de segunda generación y de contenidos económicos.

#### **IV.1. La administración de justicia en Colombia. Constitución Política de 1886<sup>36</sup>.**

##### 1.1 Estructura.

La estructura de la Rama Judicial prevista en la Carta Política de 1886, era la siguiente: tenía como cabeza a la Corte Suprema de Justicia. Por debajo de ella, los Tribunales Superiores de Distrito, "cuya composición y atribuciones determinará la ley". Finalmente, existían los "juzgados inferiores", cuya organización y atribuciones, lo mismo que la duración de los jueces, correspondía a la ley.

##### 1.2 Número de Magistrados y Designación de los Mismos.

Correspondía al presidente de la República el nombramiento de los siete magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los magistrados de los Tribunales Superiores; estos últimos de ternas presentadas por la Corte suprema de Justicia. La primera designación de ambas clases de magistrados correspondió al Presidente de la República, sometiendo tales nombramientos a la aprobación del Consejo Nacional de Delegatarios.

El período de los magistrados de la Corte y de los Tribunales Superiores, era vitalicio, a menos que incurrieran en causal de mala conducta. Se defería a la ley la definición de los casos de mala conducta y lo relativo a los trámites necesarios para declararla por sentencia judicial. Los magistrados de los Tribunales Superiores, además, debían responder ante la Corte Suprema por el mal desempeño de sus funciones y por las faltas que comprometieran la dignidad de su puesto.

<sup>36</sup> Para este tema se ha consultado: HENAO HIDRÓN, Javier. *"Panorama del Derecho Constitucional Colombiano"*. Temis. Bogotá. 1992.; PIEDRAHITA Restrepo, Carlos. *"Constituciones Políticas Nacionales de Colombia"* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.; SÁCHICA, Luis Carlos. *"La Constitución Colombiana Cien Años Haciéndose"*. Universidad Autónoma de México. México D.F. 1982.; TASCÓN, Luis Enrique. *"Historia del Derecho Constitucional Colombiano"*. Litoalfa. Pereira. 2000.; VIDAL Perdomo, Jaime. *"Derecho Constitucional General"*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1992.

La Corte era, en primer lugar Tribunal de Casación y definía los conflictos de competencia que se presentaran entre dos o más Tribunales de Distrito. Tenía, además, competencias como tribunal de instancia en algunos casos.

### 1.3 Relación con Otras Jurisdicciones.

La Constitución de 1886 solo hacía referencia a dos jurisdicciones especializadas, a saber: la Jurisdicción Castrense y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La primera estaba compuesta por las Cortes Marciales o tribunales militares; la contencioso-Administrativa era una jurisdicción "potencial", cuyo establecimiento se dejaba en manos del legislador, caso en el cual el Consejo de Estado tendría la competencia de "decidir, sin ulterior recurso", las cuestiones sometidas a conocimiento de la misma. Solo con las reformas constitucionales de 1910 y 1914 se haría realidad la creación de esta jurisdicción y el papel del Consejo de Estado como cabeza de la misma.

## **2. Reforma de 1910 (Acto legislativo Número 3).**

La reforma de 1910, que constituye un hito en la construcción de nuestra democracia, en cuanto efectuó una importante tarea en materia de racionalización y control del poder político, restringiendo la concentración de facultades del Presidente de la República, redistribuyendo algunas hacia otros poderes, fijándole límites a otras y estableciendo controles más efectivos sobre el Ejecutivo y la Administración por parte de los poderes Legislativo y Judicial. Es de resaltar el hecho de haberle otorgado a la Constitución Política valor normativo preferente sobre las leyes y todas las demás normas jurídicas; estableciendo mecanismos para hacer efectiva tal primacía. Se dispuso el establecimiento por el legislador de la jurisdicción contencioso administrativa, mandato que tendría desarrollo a través de la ley 130 de 1913, que organizó dicha jurisdicción, con el objeto de revisar "los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con el pretexto de ejercerlas". Sin embargo quedaban por fuera de su órbita las controversias relativas a los contratos de la administración, y el contencioso por responsabilidad del Estado, asuntos propios de la jurisdicción ordinaria; pues la Corte Suprema mantenía una cláusula general de competencia que la habilitaba para conocer de "los negocios contenciosos en que fuera parte la Nación o constituyeran litigio entre dos o más departamentos".

### **3. Reforma constitucional de 1914 (Acto reformativo de septiembre 10 de 1914) y Ley 60 de 1914 (Ley Orgánica del Consejo de Estado).**

En virtud de esta reforma, se restableció el Consejo de Estado (que había sido suprimido en 1905), el cual, adquirió el carácter de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. Además, se modificó el sistema de elección de los Consejeros, eliminando la competencia que en ese punto tenía la Corte Suprema de Justicia. Con esto se consolida la independencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, frente a la Jurisdicción Ordinaria.

### **4. Reforma de 1945 (Acto legislativo No. 1 de 1945).**

#### 4.1 Estructura

Se mantiene en esta reforma la Estructura básica de la Administración de Justicia, pero se le agrega la posibilidad de que por ley se establezcan otros "tribunales y juzgados". El territorio del país se divide en distritos judiciales. Se prohíbe al legislador establecer categorías entre los Tribunales del país.

#### 4.2 Estructura de la Corte Suprema de Justicia, elección y período de los magistrados.

La Corte se divide en salas, y la ley determinará que asuntos deben ser de competencia de las salas y cuales han de decidirse con intervención de toda la Corte. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia son elegidos por las Cámaras Legislativas, de ternas que pasa el Presidente de la República; la mitad de los magistrados les elige la Cámara y la otra mitad el Senado, pero si el número a elegir fuera impar la Cámara elegirá uno más. Cada magistrado tendrá un suplente personal elegido de la misma forma que el principal y los magistrados interinos serán elegidos por el presidente de la República. El período de los magistrados será de cinco años, "pudiendo ser reelegidos indefinidamente".

#### 4.3 Funciones de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte además de sus funciones como Tribunal de Casación conserva la función (que viene desde 1910), de mantener la guarda de la Integridad de la Constitución consistente en decidir definitivamente sobre la

inexequibilidad de proyectos de ley objetados por el gobierno como inconstitucionales y las acciones públicas de inconstitucionalidad contra leyes y decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno. Esta atribución se complementa con la conferida al Consejo de Estado de definir las acusaciones por inconstitucionalidad presentadas contra los demás decretos del gobierno.

Así mismo conserva las siguientes funciones especiales: Juzgamiento de altos funcionarios del Estado que hubieren sido acusados ante el Senado, cuando el hecho sea constitutivo además, de Infracción Penal.

La Corte Suprema de Justicia elige a los magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial debiendo tomar "como base la proporción en que estén representados los partidos en la respectiva Asamblea Departamental." Esta obligación de designar con base en la proporción en que están representados los partidos, se extiende al Presidente cuando nombre a los fiscales de los Tribunales y al Procurador General de la Nación al designar a los Fiscales de los Juzgados. Los Tribunales Superiores, a su vez, designan a los Jueces del respectivo Distrito Judicial.

Se ordena desde entonces al Legislador establecer la Carrera Judicial y reglamentar los sistemas de concursos para la selección de candidatos que hayan de ocupar los cargos judiciales y los del Ministerio Público. Así mismo se ordena al legislador establecer y organizar la Jurisdicción del trabajo y se lo faculta para crear Tribunales de Comercio.

#### 4.4 Tribunal de Conflictos.

Se establece un Tribunal de Conflictos, cuya organización corresponderá al legislador encargado de "dirimir los casos de competencia que ocurran entre la Jurisdicción Común y la Administrativa".

#### **5. Reforma de 1957 ("Plebiscito") y 1959 (Acto legislativo No. 1 de 15 de septiembre de 1959).**

Esta reforma constitucional determinó, en desarrollo de los acuerdos del "Frente Nacional", la paridad entre los dos partidos tradicionales, liberal y conservador, en las corporaciones públicas y la alternación entre ellos en el cargo de presidente de la República, inicialmente hasta 1968 y luego hasta 1974.

En el mismo sentido se estableció la paridad en la conformación tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado y, además, la cooptación: "Las vacantes serán llenadas por la respectiva corporación".

#### **6. Actos legislativos No. 4 de 1959, No. 1 de 1960, No. 1 de 1963 y No. 1 de 1968.**

Estas reformas modificaron lo relativo a la competencia de la Corte Suprema de Justicia como guardiana de la integridad de la Constitución Política (no como cabeza de la Jurisdicción Ordinaria): En la reforma de 1960, se dispuso que la Corte Suprema estudiaría la constitucionalidad de los Decretos Legislativos expedidos bajo Estado de Sitio, si así lo decidía el Congreso, mediante proposición aprobada por mayoría absoluta de una y otra Cámara. En 1968, se creó la Sala Constitucional de la Corte y se deslindaron las competencias de la Corte y del Consejo de Estado, para juzgar la constitucionalidad de los decretos del Gobierno. De otro lado, la reforma de 1968, le otorgó al Tribunal Disciplinario, encargado de resolver los conflictos de competencia entre la Jurisdicción Ordinaria y la Contencioso Administrativa (y que existía desde 1945), la competencia de juzgar las faltas disciplinarias de los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado.

#### **7. Acto legislativo No. 2 de 1977 ("Pequeña constituyente").**

Este Acto legislativo fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 5 de mayo de 1978. En él se ordenó convocar una Asamblea Constitucional, "como organismo derivado del Congreso en su calidad de constituyente" para que reformara la Constitución Política en unas específicas materias, entre las cuales estaba el Ministerio Público, el Consejo de Estado, la Administración de Justicia y la Jurisdicción Constitucional.

#### **8. Acto legislativo No.1 de 1979.**

Esta reforma fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia de 3 de noviembre de 1981. En lo relativo a la Administración de Justicia y la Jurisdicción Ordinaria, dispuso en resumen. lo siguiente:

- El Presidente de la República, quedaba facultado para "crear, suprimir y funcionar juzgados y empleos subalternos en las oficinas judiciales,

determinar el área territorial de los Distritos y Juzgados y fijar, por razón de la cuantía, la competencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de los Tribunales y Juzgados".

- Se creaba el cargo de Fiscal General de la Nación, Jefe Superior de la Policía Judicial, encargado de dirigir y adelantar la investigación de delitos y asegurar la presencia de los presuntos infractores y promover su juzgamiento, así como de acusar ante la Corte Suprema de Justicia a los funcionarios cuyo juzgamiento correspondiera a dicha corporación.
- Se creaba el Consejo Superior de la Judicatura, organismo encargado de administrar la carrera judicial, vigilar y sancionar la conducta de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de conocer de las faltas disciplinarias en que incurrieran los magistrados y jueces y los abogados en el ejercicio de la profesión. Igualmente le correspondía resolver los conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones. Los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, también serían elegidos por cooptación.
- Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado pasaban a ser de período individual fijo: 8 años y su nombramiento se efectuaban por cooptación atenuada: serían elegidos por la respectiva corporación de listas elaboradas por el Consejo Superior de la Judicatura. La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serían paritarios, los otros cargos de la Rama Judicial serían de carrera.

## **9. La Constitución Política de 1991.**

Con la Constitución Política de se producen importantes variaciones en la estructura de la Administración de Justicia, que pueden resumirse en lo siguiente:

### **9.1 Nuevas Jurisdicciones y Organismos dentro de la Rama Judicial.**

La Constitución de 1991, introduce reformas estructurales a la rama judicial del poder público, y si bien son el resultado de la Constituyente del mismo año, fueron promovidas de tiempo atrás. Nos referimos a la creación de la Corte Constitucional, de la Fiscalía General de la Nación y del Consejo Superior de la Judicatura los conflictos fenómeno que excluye del acceso a los jueces a los pobres, limitando la justicia a los estratos medios y altos.

1. La Corte Constitucional. La reforma en materia de control constitucional consistió en que sin modificar el muy difuso sistema de control constitucional de que goza Colombia se le asignó a la Corte



Constitucional, control por vicios de forma de los actos reformativos de la Constitución, y el control de vicios de forma y de fondo sobre las leyes y los actos del ejecutivo que son materialmente leyes.

2. Fiscalía General de la Nación. La Fiscalía General de la Nación es una institución creada por el constituyente de 1991, que implicó una profunda modificación al procedimiento penal en nuestro país, al introducir el sistema acusatorio, buscando como efecto práctico una mayor operatividad en la persecución de los delincuentes y en la recolección de pruebas para la condena de los mismos. Ya se escuchaban voces con antelación a la reforma constitucional en el sentido según el cual, resultaba inane la justicia si el mismo juez que investigaba era el que fallaba, o lo que es mejor en la práctica, la etapa de instrucción sumarial era adelantada en forma repetitiva por los jueces de instrucción criminal y los jueces de conocimiento, velando muchas veces con este proceder las investigaciones mismas, que generalmente conducían al sobreseimiento bien temporal, bien definitivo de los sindicados, y al consecuente archivo de los expedientes. Es más: se señalaba que la congestión en la administración de justicia penal no estaba en la etapa del juicio sino en la de la investigación

Por las anteriores razones, el constituyente otorgó al Fiscal General de la Nación por mandato constitucional, la función de investigar los delitos y acusar a los presuntos delincuentes, para que sean los jueces del conocimiento, los que adelanten el juzgamiento y condenen o absuelvan, simplificando de esta forma la etapa investigativa.

Sin embargo, en torno a su existencia, a su eficacia y eficiencia, se han levantado voces de crítica, unas teóricas y otras prácticas.

Entre los primeros podemos citar a aquellos que aducen que nuestro ordenamiento jurídico, apegado a la tipicidad penal heredada de la escuela alemana, no está preparado para una transición del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, razón por la cual ha sido inoperante. A esto se suma el hecho evidente de que los funcionarios encargados de administrar justicia, tienen una formación académica y técnica diferente, una cultura jurídica distinta del Derecho Anglosajón de donde procede la institución de la fiscalía, y desde donde justifica su razón de ser y existir. Quienes se consideran detractores de la existencia del Fiscal y de todo su andamiaje, desde el ángulo de la praxis, aducen la mala calidad y preparación de los funcionarios que ocupan las plazas de fiscales, en razón de la improvisación observada en el tránsito hacia la vigencia de esta nueva institución jurídica; y como prueba de ello esgrimen la baja calidad técnica y de elementos con los que cuentan para poder adelantar con éxito alguna investigación.

3. Consejo Superior de la Judicatura. De tiempo atrás, desde la fallida reforma constitucional de 1979 se quiso dotar a la justicia de una infraestructura administrativa que le permita mantener una organización eficiente y en condiciones de administrar pronta y cumplida justicia. Debe recordarse que de conformidad con la constitución política de 1.886, el soporte administrativo para la rama judicial era suministrado por el ejecutivo a través del Ministerio de Justicia impidiendo la mejor administración de las necesidades de los jueces.

La creación del Consejo Superior de la Judicatura estuvo inspirada en los mencionados antecedentes jurídicos y fácticos y buscaba responder administrativamente a las necesidades materiales de la administración de justicia.

Para ello se le asignaron distintas funciones orientadas a asegurar resultados así; a través del control del rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales. Así mismo, mediante la emisión de los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, relacionados con la organización, funciones internas, regulación de los trámites judiciales y administrativos de los despachos en los aspectos no previstos por el legislador.

Autonomía administrativa: a través de la administración de la carrera judicial y la facultad de elaborar las lista de candidatos para la designación de funcionarios judiciales. Sin embargo las respectivas nominadores conservan dentro de tales listas la libertad para seleccionar los funcionarios judiciales.

También esta facultado para crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en aras de la mayor eficiencia de la administración de justicia.

Planificación. le corresponde señalar metas y objetivos a la rama judicial y proponer los programas que deben ser incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo.

Autonomía presupuestal para los cual elabora el proyecto de presupuesto de la rama judicial y o ejecuta de conformidad con la aprobación que haga

#### **IV. 2. Crisis del Estado de Bienestar y la Administración de Justicia**

Si apelamos a la perspectiva del derecho, visto desde el contrato social, podemos explicar simultáneamente el origen político y voluntario del Estado, por una parte; y por otra, justificarlo como fundamento de la legitimidad, lo

cual nos habilita para discurrir las cuestiones de justicia en una óptica desde la cual resulta claro que la sociedad se obliga para con los individuos, hecho que guarda correspondencia con el concepto de Estado Social de Derecho, opción nuestra desde el artículo 1° de la Carta del 91 con antecedente en el artículo 16° de la Constitución de 1886. Bajo este concepto, tanto la sociedad como el Estado, guardan obligaciones para con la persona.

Las categorías del contrato social que establecen las obligaciones del Estado y de la sociedad para con los asociados, de aplicación universal, lo son también, particularmente en Colombia siguiendo la tesis del contrato social de la modernidad. Es evidente para cualquier persona que haya vivido en Colombia que ésta es una sociedad extraordinariamente dinámica, dispuesta, no sólo a asumir una cuota de sacrificio, sino también a aportar una de creatividad y pragmatismo en el momento de atisbar el insalvable abismo de la desintegración social.

En la Colombia de hoy no se espera que los jueces se limiten a cumplir con la función principal que se les asignaba en el siglo XIX, ser "la boca de la Ley", siendo el legislador de elección popular, el depositario de toda soberanía y legitimidad. Hoy, además de las funciones judiciales propias de su fuero, los jueces cumplen funciones políticas de legitimación. Con la crisis del Estado de Bienestar la función de los jueces, se ve crecida, por ser garantes de los derechos de la segunda generación.

La crisis del Estado de Bienestar, la irrupción del neoliberalismo y la concomitante aparición de la globalización y de formas jurídicas y contractuales complejas, hacen disminuir transitoriamente su relevancia, ante la dificultad de analizar los nuevos hechos, con las categorías jurídicas tradicionales<sup>37</sup>. Los jueces, en toda clase de sociedad, además de cumplir con funciones instrumentales, tienen funciones políticas y simbólicas, y el ejercicio de éstas últimas desplaza el vértice de la legitimidad de los órganos de representación popular a los jueces. Por lo anterior no es posible entender el derecho en Colombia sin entender el pluralismo jurídico que generan los cambios económicos globales<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Hecho palpable en el acápite "National and international governance" del informe "Global trends 2015: a dialogue about the future with nongovernment experts". National intelligence Council. Washington, 2000.

<sup>38</sup> Véase el tratamiento del tema en PALACIOS, German. "El pluralismo jurídico" Editorial Universidad Nacional. Bogotá. 1995.

La globalización no solamente impacta en las economías nacionales y regionales, también lo hace en el sistema judicial. La globalización puede verse como un conjunto de flujos rápidos e irrestrictos de personas, información, valores culturales, ideas, capital, bienes y servicios, lo que hace que De Sousa la defina como "el proceso mediante el cual una condición o entidad local dada, consigue extender su alcance a todo el globo, y al hacerlo, desarrolla la capacidad de designar a una condición o entidad rival como local."<sup>39</sup>

La comprensión del tema exige, como lo hacen los autores, la precisión de los distintos consensos liberales que perfilaron el final del siglo XX y el amanecer del XXI. El primero es el consenso económico neoliberal de Washington, orientado a promover la liberación de los mercados, la derregulación, la disminución del tamaño del Estado y la promoción del libre comercio mundial a través de la OMC. La consecuencia política de éste consenso económico es el Estado Débil. El segundo consenso es el minimalismo democrático liberal, que supone ésta condición para acceder a los mercados financieros internacionales. Por último, se da el consenso de la primacía del derecho de los Tribunales Internacionales para la justicia privada, que asegura la efectividad del cambio de las reglas económicas, que significa el neoliberalismo, al interior de los Estados<sup>40</sup>. Las reformas judiciales de los países periféricos y semiperiféricos –incluyendo la nuestra– se orientan en éste sentido. Sin embargo, es inquietante lo que señala De Sousa como característica de estos países que vienen de una larga tradición intervencionista del Estado; en la medida en que la reforma a la justicia no solamente implica el tema legal o instrumental, sino la "propia construcción del Estado de Derecho". Dicho en otras palabras, se trata de cambios en las funciones del Estado y los órganos del poder. Si bien es cierto que el fin del modelo intervencionista debilita en primer término el poder ejecutivo, con la consiguiente pérdida de gobernabilidad, los cambios en la rama judicial que se propician con ella afectan de contera a la gobernabilidad.

Como consecuencia directa de la globalización en los ámbitos judicial y gubernamental los Estados se verán obligados a interactuar con actores no gubernamentales para manejar la autoridad y compartir responsabilidades en las cuales los tres retos más importantes que el Estado deberá afrontar

<sup>39</sup> Discurre ampliamente sobre el punto DE SOUSA, Boaventura, Capítulo III, "El Caledoiscopio de las Justicias". Bogota. 2001

<sup>40</sup> Véase en perspectiva crítica el análisis de las consecuencias de los consensos STIGLITZ, Joseph. "El malestar en la Globalización". Taurus. 2002.

son: 1) manejar las relaciones con los actores no gubernamentales; 2) combatir la corrupción y 3) responder de forma dinámica y veloz frente a etnias y a grupos religiosos extremistas.

Los actores no estatales con los cuales deberán interactuar los Estados, tanto los que tienen ánimo de lucro, como los que no, seguirán adquiriendo poder gracias a que no se ha dado una liberación global financiera y de negocios, oportunidad que se abre a la globalización gracias a las nuevas tecnologías.

Colombia ha cambiado las instituciones, pero la violencia, las prácticas políticas y administrativas viciadas, la desigualdad y la pobreza subsisten.

Como bien lo anotara Nicolás de Maquiavelo, en su ensayo sobre el poder, ampliamente conocido como "El Príncipe", "su espíritu (el del Príncipe) debe estar dispuesto a volverse según que los vientos y variaciones de la fortuna lo exijan de él...". Con esta referencia sólo quiero recordar que todo proceso es inacabado por su naturaleza histórica y que no solo somos espectadores sino necesarios actores de un proceso de ajuste impuesto desde afuera por la globalización. Los ajustes a las instituciones y el derecho que se requieren en la búsqueda de la estabilidad social y política, son por lo tanto un aspecto fundamental del concepto de gobernabilidad. Hoy gobernabilidad es entendida como la calidad del desempeño gubernamental a través del tiempo y como la capacidad de adoptar decisiones legítimas ante hechos repentinos o desestabilizadores que se traducen en situaciones de crisis.

Esta es la capacidad que deben tener los regímenes democráticos para asimilar los problemas que pretenden menoscabar la estabilidad estatal, aprovechándolos y transformándolos en respuestas positivas para los asociados. Así las "perspectivas para la democracia", del que habla de Sousa, deben ir ligadas a la posibilidad de hacer gobernable el Estado. Dos nociones de democracia distingue de Sousa<sup>41</sup>, una de baja intensidad que sujeta los rasgos de la democracia, a un mundo basado en los mercados libres transnacionales. En esta democracia, la administración de justicia debe aumentar la estabilidad y la predictibilidad de las transacciones económicas, promover la paz social y hacer más eficiente al Estado. La democracia de alta intensidad sujeta los rasgos de la democracia a la capacidad de conferir poder a los ciudadanos y sus organizaciones en un mundo basado en la tensión dialéctica entre la avidez y la solidaridad transnacional. En este

<sup>41</sup> "El Caledoiscope de las Justicias" Bogotá 2001. Tomo 1.

tipo de democracia se quiere ir mas allá de la primera de baja intensidad que es sólo el punto de partida. La experiencia judicial demuestra que el Estado de derecho y el sistema judicial, son componentes fundamentales de la democracias.

Sin lugar a dudas, los problemas de la administración de justicia y la necesidad de reforma misma han sido señalados hace más de treinta años como reto esencial para establecer y preservar la convivencia ciudadana. Impunidad, justicia privada, narcotráfico y guerrilla son temas que por su permanente crecimiento exigen una precisa respuesta desde el Estado. Estos problemas han generado permanente crisis de gobernabilidad, crisis agravada por la creciente fragmentación de la sociedad civil, favorecida por la incapacidad del Estado para cumplir con su función de cohesionador social. Para, una mayor comprensión del fenómeno colombiano, el libro da una mirada retrospectiva, y sin ir más lejos el diagnóstico sería el siguiente: crisis de legitimidad del régimen político y su poca credibilidad estuvieron acompañadas por la desconfianza y el descontento por la forma como el Estado manejaba las relaciones de poder; imposibilidad real de alternancia política en el Gobierno impuesta por los acuerdos del Frente Nacional; ineficiencia e incapacidad estatal para mediar y solucionar los conflictos sociales y darle solución a los problemas colectivos. Entre tanto el Congreso evade su responsabilidad ante la crisis, concediendo sin tregua, facultades extraordinarias para legislar, al ejecutivo, en contravía a la concepción democrática del Estado.

Por ello, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, introdujo sustanciales reformas a los Estados de Excepción, tal como los consagraba la Constitución Política de 1886 en sus artículos 121 y 122; ya que antes de ellos la facultad del Ejecutivo para declarar conmocionado el orden público interno era ilimitada y circunscrita tan sólo al control por vicios de forma a la Corte Suprema de Justicia.

En las declaratorias de Estados de Excepción, en la vigencia de nuestra actual Constitución, las motivaciones del gobierno para decretar la conmoción interior, han estado sujetas al control de la Corte Constitucional, no sólo por vicios formales, sino también por requisitos de fondo que aluden en forma directa a la presencia de condiciones objetivas, que permiten establecer que no existen otros mecanismos ordinarios para conjurar la crisis<sup>42</sup>. De igual

<sup>42</sup> Sentencia C802/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

forma están sujetas a un control político por parte del Congreso de la República, quien debe establecer si el Ejecutivo está haciendo un correcto uso de las facultades extraordinarias, lo cual genera para el Presidente una responsabilidad de carácter político.

### **IV.3 La desjudicialización de la Administración de Justicia**

Se ha destacado en recientes estudios los avances en lo que se ha llamado la desjudicialización de la Administración de Justicia<sup>43</sup>. Poco antes de la Constituyente de 1991 y en virtud de los decretos expedidos en uso de las facultades extraordinarias para legislar otorgadas al ejecutivo en razón de la ley 30 de 1987, se introdujeron reformas a los códigos de Procedimiento Civil y Penal, las cuales asumieron procesos de desjudicialización.

Las reformas a los procedimientos judiciales se han orientado a su racionalización, estableciendo la conciliación previa en distintas materias, el establecimiento de liquidación consensual de sucesiones, la celebración de matrimonio, el cambio de nombre y apellido ante notario. Lo más importante de la reforma es la exigencia procesal de realizar antes de trabar la litis una audiencia de conciliación, –sin perjuicio de que se pueda conciliar en el curso del proceso– que permite que el juez, avale el acuerdo entre las posibles partes en torno a los mejores instrumentos y modos para fin a sus conflictos de intereses.

El código de Procedimiento Civil fue así, el primero en consagrar el mecanismo de la conciliación como forma de evitar procesos y facilitar la misma en cualquier etapa procesal. Con posterioridad a la reforma del Estatuto Procedimental Civil, y en la misma orientación, de desjudicializar conflictos, se expide la Ley 23 de 1991, la cual hace extensiva la conciliación no sólo a los conflictos de competencia de la jurisdicción civil, sino también a la jurisdicción penal, a la laboral, e incluso en la jurisdicción contenciosa-administrativa, lo que significa un importante avance en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, al posibilitar que el Estado pueda conciliar con los particulares, e impedir que en la práctica que en la Nación sufra cargas más gravosas como resultado de una condena en circunstancias en que el caudal probatorio demuestra desde la diligencia de conciliación misma, que el Estado es responsable. Con anterioridad, a esta reforma la ley prohibía

<sup>43</sup> UMPRINY, Rodrigo en el capítulo II de la obra citada "*El Calediscopio de las Justicias*" Bogotá. 2001.

a las entidades de derecho público, a la Nación, a los Departamentos y a los Municipios, transigir en los litigios y por ende y con mayor razón conciliar de manera previa al litigio sus diferencias con los ciudadanos. Esta tendencia hacia la desjudicialización de los conflictos, sido reiterada por la ley 446 de 1998.

#### **IV.4 Narcotráfico y globalización de la justicia**

Importancia especial por su actualidad y el impacto que ha producido en la sociedad y en el Estado, tiene el análisis de las relaciones, narcotráfico, poder y justicia, en el marco de la globalización.. En el punto debe recordarse que casi que de manera coetánea con la aparición en escena de los movimientos guerrilleros, a mediados de la década de los años setenta, el tráfico de drogas empezó a ocupar un papel importante en la esfera política y social. Se comenzó con pequeños cultivos de marihuana primero, en minifundios, en pequeñas parcelas, y posteriormente en gran escala, para abastecer la demanda creciente principalmente proveniente de los Estados Unidos. Los impresionantes efectos económicos de esta situación, fueron catalogados como la "bonanza marimbera". Y como es de todos conocido, al final de la década del setenta el cultivo de marihuana fue sustituido paulatinamente por el negocio de la cocaína: su producción y comercialización se convirtió en una fuente de fortuna y poder. Surgieron en Medellín y Cali los carteles de la droga, que impusieron nuevas formas de expresión del crimen organizado y crearon otro foco de violencia, prevaleciente aún.

Estas organizaciones, y otras paralelas diseminadas a lo largo y ancho del territorio nacional, infiltraron las bases de la sociedad civil, logrando introducir profundas variaciones en la conciencia individual y colectiva de los ciudadanos, prevalidos de la riqueza acumulada producto de sus actividades ilícitas, derogando casi que de un plumazo los valores esenciales de sociedades altamente tradicionales, sustituyendo los valores del esfuerzo y el trabajo, por el de la consecución de dinero fácil, trayendo como consecuencia un crecimiento galopante de la delincuencia, y la sofisticación de los métodos empleados en el ejercicio de la violencia, alcanzando niveles intolerables, traducidos estadísticamente en el aumento en proporción geométrica de los secuestros, las torturas, las desapariciones y los homicidios, conductas delictivas de por sí ya enquistadas en las bases de nuestra sociedad.

Como resultado de la dialéctica natural de mimetización de las organizaciones del narcotráfico, se produce su entrada a la sociedad política,



llegando a ocupar ellos mismos escaños en las corporaciones públicas, o comprometiendo individualmente a miembros de la vieja clase política, mediante el ofrecimiento mordazmente desinteresado de dineros para sus campañas políticas, trayendo como consecuencia natural, su natural complicidad con los grandes jefes de la mafia, quienes encontraron en este procedimiento como la mejor forma de amarrar a la clase política y conducirla hacia el logro de sus objetivos personales. Luego, evidenciamos una clase política desprestigiada, miembros de la misma, comulgantes devotos con de la delincuencia organizada, y completamente ajena a las necesidades populares.

Obviamente, como la bola de nieve que va creciendo al deslizarse por la falda de la ladera de un nevado, arrastrando tras de sí todos los sedimentos que le permiten adquirir un gran volumen y una gran capacidad destructiva, el narcotráfico contaminó a velocidades sorprendentes a jueces, magistrados y fiscales, asegurando de esta forma altos niveles de impunidad, que les ha permitido ser protagonistas principales de la vida industrial, financiera y política del país, sin que los mecanismos empleados por el Estado tengan efectividad alguna.

Las primeras respuestas oficiales frente al problemas se concentraron en el uso de la figura del Estado de Sitio –hoy denominado Conmoción Interior–, y en la aceptación de la incapacidad para controlar judicialmente el problema, que constituye la extradición. Fruto del manejo excepcional del orden público, para controlar el narcotráfico a principios de los noventa, fue la expedición del Estatuto Antiterrorista, por el Gobierno Nacional en el mes de Septiembre del año de 1991, adoptado luego como legislación permanente al Código de Procedimiento Penal por la comisión legislativa. El Estatuto Antiterrorista, estableció la Jurisdicción de Orden Público, para el conocimiento de los delitos cometidos fundamentalmente por agentes guerrilleros o del narcotráfico, conductas delictivas, a las cuales se le añadieron ingredientes y a partir de allí se crearon nuevos tipos penales, con un significativo aumento en cuanto a las penas a imponer. Estableciendo el máximo cuántum de punibilidad consagrado en la Constitución Política de 1886, otorgando a la Policía Judicial mayores facultades en relación con la legislación ordinaria imperante; e implantando la existencia de los jueces y fiscales sin rostro.

En los últimos 25 años se ha experimentado, el control militar de los cultivos, la extradición, la justicia sin rostro, la política de sometimiento a la justicia y la negociación de penas, sin resultados prácticos. Desde afuera se

hacen exigencias en relación con la efectividad de las reformas al aparato judicial colombiano vinculado a la lucha contra el narcotráfico<sup>44</sup>. Desde la perspectiva del papel financiero y de la acumulación que supone el narcotráfico, se concluido que el prohibicionismo norteamericano, como formula para solución del problema se ha exportado a los países andinos, productores de hoja de coca y del su producto final, en lo que el llama "localismo globalizado". En consecuencia la alternativa política que debe plantearse para la solución de este problema, debe ser también globalizante<sup>45</sup>.

En el tema del narcotráfico no ha de olvidarse, que el crimen organizado reivindica sus acciones a nivel internacional, y ésta es una de las realidades de nuestro tiempo, expresión clara del fenómeno de globalización, que ha impactado duramente a Colombia, y que nos hace reflexionar acerca de un fenómeno con el cual no podemos lidiar en solitario. La cooperación y solidaridad internacionales no sólo son indispensables, sino en justicia necesarias. Se trata pues del crimen organizado internacionalmente, solamente atacable en esos términos y con una estrategia sincronizada; ya que la complejidad del instrumento más avanzado en esta materia para luchar exitosamente contra esta conducta criminal globalizada, la Convención de Viena de 1988, no ha tenido hasta ahora ni la agilidad ni la eficacia que se buscaban, y ello a causa de su complejidad y de las transformaciones que ella misma exige en las legislaciones nacionales de los países que la han ratificado. En conclusión, hemos sido víctimas del subdesarrollo institucional y legal evidente en el ámbito internacional y de un fenómeno similar en el nivel doméstico.

## V. CONTROLES Y SISTEMA POLÍTICO

Los cambios en el reparto de poderes en la organización del Estado, ésto es, el sistema político real, han impulsado de tiempo atrás, cambios en el control. Para ello se han distinguido tres esferas de decisión constitucional (Lowestein, 1982) 1. La decisión política, fundamental, atribuida al ejecutivo y a legislativo. 2. La ejecución de la decisión política fundamental, que involucra al gobierno, la administración pública y a los jueces. 3. El control, disperso entre los distintas Ramas del poder y los órganos constituidos para ello, incluyendo al control ciudadano. Siguiendo la propuesta de clasificación que hace el mismo autor, existen distintas clases de control. Los controles

<sup>44</sup> NAGLE, Luz Stella "The search for accountability and transparency in Plan Colombia: Reforming judicial institutions—Again". The Dante B. Fascell North-South Center. Universidad de Miami. 2001.

<sup>45</sup> UMPRINY, Rodrigo en "El caleiscopio de las..." op.cit.

horizontales que se dan entre órganos y Ramas estatales oponiéndose a los verticales, es decir aquellos ejercidos por la sociedad algunos de sus componentes. Dentro de los primeros se encuentran, los controles intraorgánicos esto es al interior del órgano tales como la consagración del Gobierno, la exigencia de la firma por los Ministros en distintos casos, el control de tutela, para el sector descentralizado y el control jerárquico al interior del sector central.

Desde los 70's las reformas al control han pretendido cambios en la oportunidad ejercicio y contenido de los controles. Los más recientes incorporados en la Constitución de 1.991 hacen énfasis en el control de gestión y resultados, en aras de la eficiencia y competitividad que se exigen a una economía y a un Estado para el desarrollo del mercado libre y la apertura económica. La Rama Ejecutiva no es ajena al punto. La legitimidad gubernamental va ligada a la idea de transparencia del obrar público que tengan los ciudadanos. Es amplia la gama de controles en Colombia. La corrupción no se origina en la falta de controles sino en la ineficiencia de los mismos. Desde una perspectiva de las instituciones hay tres clases de control básicos: El Estado, el mercado, y la sociedad civil. El Estado no sólo son sus órganos y Ramas del poder sino las normas que rigen la sociedad y el Estado. Un modelo económico como el descrito, que reduce el poder del Estado al de regulador del mercado, debe centrar el control en la gestión y los resultados, con el señalamiento de indicadores de desempeño definidos claramente y en lo posible, mecanismo de control social, como apoyo a los procesos de control oficial. Se evidencia una crisis del control al no adaptarse con la suficiente eficacia al cambio de vértice desde la legalidad formal hacia la eficiencia y eficacia de la gestión pública.

En 1991 estableció la Constitución un control político adicional a los ministros a través de la moción de censura, control que se puede clasificar dentro de los controles horizontales, interorgánicos o externos, es decir ejercido por otras Ramas y órganos sobre la Rama Ejecutiva. Entre ellos se puede mencionar el juicio político o "impeachment", la censura, las citaciones o informes, los controles de constitucionalidad o legalidad. El control político a los estados de excepción, la autorización senatorial a determinados actos, los conceptos vinculantes del Consejo de Estado, la aprobación de contratos por el Congreso, el control fiscal y disciplinario. La eficacia de estos controles por parte del Congreso, esta vinculada al tipo de gobierno presidencial.

Se distinguen en América Latina tres tipos de gobierno presidencial<sup>46</sup>. 1. Los basados en coaliciones multipartidistas, 2. Los basados en gobiernos de partido 3. Los basados en un partido dominante. En Colombia como efecto del debilitamiento de los partidos tradicionales, la separación de fechas para elegir el Congreso y Presidente de la República y la exigencia de la mayoría absoluta para acceder a la Presidencia, se ha ido cambiando el tipo de gobierno presidencial del de partido mayoritario al de coalición multipartidista, que de ninguna manera asegura las mayorías parlamentarias debilitando, aún más el poder presidencial. En general en este tipo de gobierno, el Gobierno debe hacer grandes esfuerzos para asegurar sus proyectos o incluso su propia supervivencia, generando problemas de gobernabilidad o teniendo que asegurar esta, a través de mecanismos corruptos para obtener el apoyo político o electoral que necesita. Se ha concluido que en pesos constantes los llamados "auxilios" parlamentarios resultado de acuerdos entre congresistas y funcionarios del gobierno, tuvieron bastante estabilidad entre 1968 y 1991 y se incrementaron sustancialmente a tal punto que para al 1997 tenían un monto 8 veces superior a los de 1990<sup>47</sup>.

No ayuda para nada a la legitimidad de un gobierno una opinión poco favorable a la eficiencia de los controles, en la medida en que considere que la corrupción es un cáncer que carcome, no solo el presupuesto sino la sociedad, con los nefastos efectos sobre la legitimidad no sólo del poder Ejecutivo, que controla en la práctica más del 90% del Presupuesto Nacional, sino del Estado. Esta reflexión debe llevar a pensar que la legitimidad de nuestro Estado Social de Derecho reposa en el adecuado funcionamiento de las distintas clases de control. En efecto, el Estado Social de Derecho, obligado a prestaciones de orden positivo, no a simples abstenciones, debe asegurar el cumplimiento de los fines sociales por parte del Estado. El cumplimiento de tales fines implica, de un lado obtener los recursos necesarios y también utilizarlos adecuadamente. Ya observamos lo precario que puede resultar el control político del Congreso, frente al poder corruptor del poder Ejecutivo debilitado. Sin embargo, ¿por qué no son efectivas las otras clases de control?. La maraña de los controles lo impide. Obsérvese que la amplia gama de controles tiene múltiples puntos

<sup>46</sup> JACKISCH, Carlota. "Algunos aspectos del debate sobre presidencialismo y parlamentarismo en Latinoamérica". Revista Contribuciones No.1. 1995. Buenos Aires.

<sup>47</sup> VARGAS, Jorge Enrique. "Las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo . Análisis Económico". En "Hacia el rediseño del Estado". Bogotá. 1999.

de contacto que a su vez pueden generar conflictos entre sí. Sin ir muy lejos, el control de legalidad sobre los actos o conductas del servidor no sólo lo hacen los Jueces sino los órganos de control, generando no sólo un conflicto de poder, sino un desgaste del control. Después de muchos esfuerzos para culminar una investigación fiscal o disciplinaria, la Rama Judicial puede considerar equivocada la actuación y probablemente 7 ó 10 años de trabajo, no sólo de los órganos de control sino de los Jueces pierden toda justificación.

## VI. LA DEMOCRACIA COMO FORMA INSTITUCIONAL DE CAMBIO

Si bien es cierto que elecciones y democracia no son sinónimos, no puede pensarse en democracia sin elecciones y por ello a pesar de los distintos gobiernos que en los últimos 50 años han regido el país, se puede afirmar sin duda y dentro de nuestra tradición latinoamericana que la democracia es la forma institucional de cambio político<sup>48</sup>. En este sentido hemos avanzado en 50 años hacia un régimen político cada vez más democrático, esto es, un entramado institucional que no sólo asegura las condiciones de funcionamiento del orden jurídico, sino que será democrático, en la medida en que implique negociación y competición pacíficas en la relación de fuerzas. Régimen Político no es sistema político, expresión que involucra un concepto institucional en cuanto el régimen puede cambiar sin que cambien las instituciones en la medida en que se introduzcan factores o de imposición o de consenso según el caso en la relación de fuerzas. Esta distinción ha permitido entre nosotros que se critique el "régimen" como entramado de complicidades que con la apariencia de un sistema político democrático puede asfixiar la legitimidad del mismo<sup>49</sup>. Se ha señalado que desde mediados del siglo XX el país ha vivido una crisis política aún sin solución. Para las elecciones presidenciales de 1946, por la división del liberalismo y la ausencia de una segunda vuelta se produjo el relevo de partidos en un sistema electoral que asignaba la victoria al candidato que obtenía la mayoría simple frente a sus contendientes, siendo en todo caso minoría, incluso parlamentaría.

Este fue el inicio de la más larga crisis política de la historia nacional y dos generaciones después no hemos podido recuperar para el sistema político y para los gobiernos un régimen político lo suficientemente democrático que asegure la paz y la democracia entre los colombianos con el plebiscito.

<sup>48</sup> RAMOS JIMÉNEZ, Alfredo "La democracia como forma institucional del cambio político en América latina" en JUSTICIA ELECTORAL VOLUMEN 5 No. 7 MÉXICO. 1996.

<sup>49</sup> GÓMEZ HURTADO, Álvaro 1994.

En 1958, por primera vez en nuestra historia electoral era convocado el pueblo, incluyendo las mujeres directamente al ejercicio del poder constituyente, y durante más de 30 años se quiso que fuera también la última vez que el pueblo ejerciera su poder directamente.

El texto sometido al pueblo fue aprobado por 4.169.294 votos, y podemos destacar los siguientes puntos de mayor significación política:

1. Las mujeres tendrán los mismos derechos políticos de los varones.
2. En las elecciones populares que se efectúen para elegir corporaciones públicas hasta el año 1968, inclusive, los puestos correspondientes a cada Circunscripción Electoral se adjudicarán por mitad a los partidos tradicionales, el conservador y el liberal. Si hubiere dos o más listas de un mismo partido, y los puestos que a éste correspondieren, fuesen más de dos, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido. En las elecciones que haya durante el período a que se refiere este artículo, en todas las Circunscripciones Electorales se elegirá un número par de miembros de las corporaciones públicas. Para obtener ese resultado, se observarán las normas constitucionales que fijan el número de miembros de tales entidades, pero aumentando un puesto cuando quiera que él sea impar. Ningún Departamento con más de un millón de habitantes podrá tener menos de seis Senadores ni menos de doce Representantes.
3. En las corporaciones públicas a que se refieren al artículo anterior, la mayoría para todos los efectos legales, será de dos tercios de los votos; pero el Congreso por medio de ley votada por las dos terceras partes de los miembros de una y otra de la Cámara, podrá señalar, para periodos no mayores de dos años, las materias respecto de las cuales bastará la aprobación de la simple mayoría absoluta.

#### **VI. 1 El Frente Nacional**

Durante las sesiones ordinarias del Congreso elegido por sufragio popular en 1958, se inició el trámite de lo que sería el Acto Legislativo No. 1 de 1959 cuyo texto es:

"En los tres períodos constitucionales comprendidos entre el siete de agosto de mil novecientos sesenta y dos y el siete de agosto de mil novecientos setenta y cuatro, el cargo de presidente de la república será desempeñado, alternativamente, por ciudadanos que pertenezcan a los

partidos tradicionales, el conservador y el liberal; de tal manera que el presidente que se elija para uno cualquiera de dichos períodos, pertenezca al partido distinto al de su inmediato antecesor. Por consiguiente, para iniciar la alteración a que se refiere este artículo, el cargo de Presidente de la República en el período constitucional comprendido entre el siete de agosto de mil novecientos sesenta y el siete de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro, será desempeñado por un ciudadano que pertenezca al partido conservador".

Ya en 1968 por Acto Legislativo N° 1 del mismo año, se había prolongado la paridad en la rama ejecutiva hasta el 7 de Agosto de 1978.

El sistema político del Frente Nacional se caracterizó por:

Alternación entre liberales y conservadores en la presidencia de la república.

Paridad de los dos partidos tradicionales en todas las corporaciones de elección popular (congreso, asambleas departamentales y consejos municipales);

Control político permanente del congreso sobre el ejecutivo durante el Estado de Sitio;

Paridad de los dos partidos en el gobierno y en la administración pública;

Paridad de los dos partidos en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado, complementada con el procedimiento de cooptación en las dos corporaciones.

Régimen especial de votación en las corporaciones públicas, consistente en que las decisiones en ellas solo podrían tomarse mediante mayorías de las dos terceras partes, para evitar el predominio de un partido con los deslizamientos sorpresivos de pequeñas fracciones del otro.

Vale la pena señalar lo que en sus orígenes se dijo del Frente Nacional:

"El Frente Nacional no es una forma ni un conjunto de normas. El Frente Nacional no es la alternación; no es la alternación y la paridad; no es la alternación, la paridad y las dos terceras partes. No es, tampoco, un simple problema de fechas. Es mucho más que todo eso: es un sistema de garantías"<sup>49</sup>

<sup>49</sup> GÓMEZ HURTADO, Álvaro, citado por Latorre Rueda Mario en Hechos y Crítica Política, pp. 50.

## **VI. 2 Institucionalización de un nuevo sistema electoral. Ampliación del espectro participativo y democrático de fuerzas políticas no tradicionales.**

Una vez visto lo impopular e ilegítimo que había resultado el Frente Nacional para la democracia nacional y ante la imperiosa necesidad de ampliar normativamente el espectro para la participación de diversas fuerzas políticas, durante el gobierno de Belisario Betancur se presentó y aprobó lo que fue la ley 58 de 1985 que constaba de 7 artículos divididos en cuatro capítulos. El primero referido a los "Estatutos y Registros", el segundo "Financiación parcial de Campaña" el tercero "Publicidad política electoral" y el último capítulo de "Disposiciones varias". Estas normas estuvieron vigentes hasta 1994, año en que fueron sustituidas por la Ley 130 ó "Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos" promulgada el 23 de marzo de este mismo año.

Al terminar la Administración Betancur, estaba en el orden del día la apertura del sistema a la oposición. Se consideraba conveniente derogar el artículo 120 de la Constitución de 1886 que en la redacción del Acto Legislativo de 1968 parecía obligar a compartir el gobierno con el segundo partido o movimiento en votación, desnaturalizando la vocación primaria del segundo partido o movimiento político en votación, como lo es la oposición.

Las normas de la ley 58 de 1985 empezaron a tener vigencia y la Corte Electoral que posteriormente fue el Consejo Nacional Electoral procedió a conceder personería jurídica a los partidos Liberal Colombiano, Conservador Colombiano, al Nuevo Liberalismo, al Movimiento Nacional Conservador, al Partido Comunista, al Frente Democrático, a la Unión Patriótica, a la Alianza Nacional Popular entre otros.

El gobierno de Virgilio Barco en 1986, consolidó el desmonte real del Frente Nacional facilitado, además, por las mayorías parlamentarias que obtuvo. El gobierno propuso la necesaria reforma constitucional con el fin de asegurar la consolidación del esquema gobierno-oposición y el partido conservador por ese entonces declarado en la "oposición reflexiva" alegó que no existían garantías para ejercer la oposición, solicitando un estatuto de oposición.

A mediados de la Administración Barco, se hizo notoria la necesidad de una reforma política orientada a la legitimidad democrática y que fuera capaz de superar la dificultad que se había generado ante al fracaso de los



dos proyectos de reforma constitucional en 1977 y 1982, consistente en que por vicios constitucionales, de forma o de fondo, la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de sus funciones de juez constitucional, declaraba inexequibles tales intentos parciales de reformas a la administración de justicia, al congreso o al ordenamiento territorial. Se vislumbró entonces la posibilidad de superar tan poderoso escollo político a través del llamado al constituyente primario. Un efímero grupo de estudiantes "Todavía Podemos Salvar a Colombia" impulsó la idea de incluir un séptima papeleta en las elecciones para corporaciones públicas que se realizarían el 11 de Marzo de 1990: el pueblo sería consultado sobre la convocatoria de una asamblea nacional pluralista que se encargaría de modernizar al Estado.

La acogida que en algunos sectores tuvo la propuesta de la séptima papeleta y el hecho político en que se había convertido llevaron al presidente Barco a expedir el decreto legislativo 927 de 1990 que autorizó a la Registraduría Nacional del Estado Civil para contabilizar los votos a favor de convocar una Asamblea Constitucional para reformar la constitución política.

Declarado exequible dicho decreto y por segunda vez en la historia política de la nación, el pueblo el 27 de mayo 1990 manifestó su voluntad de reformar la constitución y las instituciones para hacerlas más democráticas y ajustarlas a las nuevas realidades económicas.

La nueva Carta promulgada el siete de julio de 1991 introdujo una serie de reformas básicas a la normativa electoral colombiana, las cuales podemos sintetizar de la siguiente manera:

1. Se separaron las elecciones locales de las nacionales (art. 262).
2. El senado se elegirá por circunscripción nacional (art. 171).
3. Se crea una circunscripción nacional étnica mediante la asignación de dos curules para las comunidades indígenas en el senado de la republicana (art. 171).
4. Así mismo se crearon hasta cinco curules para ubicar a las minorías étnicas y a los colombianos en el exterior conforme la ley (art. 171).
5. Se estableció la segunda vuelta electoral para las elecciones presidenciales (artículo 190).
6. Se instituyó la figura de vicepresidente (artículo 202).
7. Se estableció la elección popular de gobernadores y alcaldes (Art. 262, 303 y 314).
8. Para gobernadores y alcaldes se estableció la revocatoria del mandato y el voto programático (artículo 103 y 154).

9. Se hizo constitucional el uso de la tarjeta electoral suprimiendo la papeleta preimpresa por los candidatos (artículo 258).
10. Se estableció la financiación parcial del estado a las campañas políticas y a los partidos (artículo 109).
11. Se autorizó al Consejo Nacional Electoral a asignar topes máximos a los costos de las campañas (art. 265, 6).
12. Se autorizó también al Consejo Electoral a reglamentar las encuestas de opinión y asegurar la imparcialidad a los medios de comunicación con regulaciones a su acceso (artículo 20 y 265).
13. Se consolidó el poder electoral con el establecimiento constitucional del Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil (artículo 120, 164 y 265).
14. En cuanto al registro electoral no se hicieron modificaciones pero se dispuso que en las votaciones locales sólo pueden participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio (artículo 316).
15. Se dispuso que se regulara legalmente un estatuto para el ejercicio de la oposición para facilitar al acceso a la información, a los medios de comunicación y el derecho de replica (arts. 112 y 152, c).
16. Se consagró la soberanía popular y la participación directa de los ciudadanos en el ejercicio del poder político a través del voto, del plebiscito, del referendo, de la consulta popular, del cabildo abierto, de la iniciativa legislativa y de la revocatoria del mandato (artículos 3 y 103).

Tan amplia gama de normas electorales han sido desarrolladas por:

Ley estatutaria 130 de 1994 o estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, normas de financiación de los mismos y de las campañas electorales.

Ley estatutaria 131 de 1994 por la cual se reglamenta el voto programático y regula lo relativo a la revocatoria del mandato.

Ley estatutaria 134 de 1994 sobre instituciones y mecanismos de participación ciudadana, y

Ley estatutaria 163 de 1994 que modifica algunas disposiciones de la ley 130.

Como se observa, hoy por hoy, el derecho electoral en Colombia recoge normas de distintas épocas e incluso dictadas bajo distintos marcos constitucionales.

Procedemos a continuación a desarrollar los aspectos más destacados dentro del enunciado normativo electoral.

### **VI.3 Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos. Breve descripción y comentarios.**

Hasta aquí una síntesis, a grandes rasgos de la historia, avances y retrocesos que el derecho electoral en Colombia ha presentado desde hace cerca de cincuenta años, hasta la expedición, tanto de la Carta Magna, como de la Ley 130 de 1994 o "Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos", misma que por representar el desarrollo constitucional de mayor significado para la vida política de nuestro país, abordaremos en un breve estudio.

### **VI.4 Órganos de fiscalización y control electoral**

A la cabeza de las organizaciones electorales se encuentra el Consejo Nacional Electoral que ejerce funciones propias en materia de escrutinios y partidos políticos, además, ejerce la suprema inspección y vigilancia sobre la Registraduría Nacional del Estado Civil a cuyo cargo esta la preparación y realización de los comicios electorales.

El Consejo Nacional Electoral está compuesto por nueve miembros elegidos por el Consejo de Estado, organismo perteneciente a la rama judicial y que es la cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, de ternas elaboradas por los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, de manera que refleje la composición del Congreso. Los miembros del Consejo Nacional Electoral deben llenar los mismos requisitos exigidos para los magistrados de la Corte Suprema y no serán reelegibles.

Dentro de las funciones a su cargo, vale la pena destacar aquellas relacionadas con el tema que nos ocupa saber:

"-Velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos políticos y las disposiciones sobre publicidad y encuestas de opinión política; por los derechos de la oposición y de las minorías, y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.

Distribuir los aportes que para el financiamiento de las campañas electorales y para asegurar el derecho a la participación política de los ciudadanos, establezca la ley.

Reconocer la personería jurídica de los partidos y movimientos políticos. Reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado.

Colaborar para la realización de las consultas internas de los partidos y movimientos para la escogencia de sus candidatos" (C.P., artículo 265).

El Consejo adoptará sus decisiones por la mayoría de los dos tercios de sus integrantes: lo que busca tener un alto grado de apoyo y compromiso político para sus decisiones.

El Consejo tiene poderes sancionatorios que, no obstante, se han mostrado insuficientes. De modo igual, el Consejo puede constituir tribunales o comisiones de garantías y de vigilancia, ordenar y practicar pruebas, revisar libros y documentos públicos y privados, inspeccionar la contabilidad de las entidades financieras y exigir copia de las declaraciones de renta (declaraciones tributarias).

Con carácter transitorio la Constitución de 1991 creó la llamada Veeduría del Tesoro encargada de impedir que los dineros del tesoro público ingresaran indebidamente a las campañas. Esta institución finalizó sus funciones después de las elecciones pasadas.

Por último, la ley ordenó la creación de los consejos de control ético los cuales pueden hacer pronunciamientos que afecten a los afiliados cuando violen normas éticas establecidas en los correspondientes códigos internos de los partidos o cuando atenten contra los intereses generales, la buena fe o la honestidad y decoro público. Las sanciones pueden ir desde la amonestación, hasta la cancelación de la afiliación. Existe también un veedor del partido para promover el cumplimiento de las obligaciones y deberes de los elegidos. Por último, la ley ha dispuesto la presencia de auditores respecto a las cuentas de los partidos y movimientos.

#### **VI.5 De la financiación estatal y privada, de los gastos de funcionamiento y de la reposición de los gastos de campañas políticas.**

Uno de los aspectos que más interesa a los estudiosos de los temas políticos es el relacionado con la financiación de los partidos y de las campañas electorales.

Las diferentes teorías nos han mostrado cómo la concepción sobre la financiación cambia según el tipo de estado existente. Así, en los Estados totalitarios se concibe a los partidos como agentes del gobierno y por tanto la financiación es netamente estatal.

En la vieja concepción del Estado Liberal, los partidos se conciben como agentes únicamente de la sociedad y la financiación es privada en su totalidad.

El pensamiento político moderno concibe a los partidos como agentes duales; es decir, representan a la sociedad y desempeñan un papel primordial en la conformación del poder político del Estado y por tanto los dos deben contribuir a su financiación. De esta concepción nace la idea de la financiación mixta.

Otro aspecto que continúa estudiándose es el de los montos de la financiación por parte de los grupos económicos dominantes *versus* gran número de pequeñas financiaciones particulares, a fin de evitar los compromisos que una fuerte financiación obliga al receptor de la misma.

### VI.7 Retos inmediatos

En este sentido si la clave es la democratización del régimen político, para que sea el sustrato en el que operen el conjunto de normas que conforman el sistema político, la dirección debe ser la de un régimen político que obligue a una confrontación permanente, pero pacífica, de fuerzas; y la velocidad, aquella necesaria para no desdibujar la legitimidad y consenso, último fundamento de todo sistema político y normativo.

No se debe retroceder sino más bien profundizar los avances en la democratización de la sociedad política –Estado y partidos–. Pienso, que la dirección correcta debe ser profundizar desde el punto de vista administrativo, fiscal y político la descentralización, toda vez que ello implica necesariamente mayor posibilidad de confrontaciones en múltiples espacios de poder, para un resultado final de mayor consenso y menos riesgos de hegemonía. La descentralización debe seguir siendo el eje de los cambios de las relaciones de poder al interior del Estado.

La descentralización, es una fuerza centrífuga que debe equilibrarse con fuerzas centrípetas que hoy vienen dadas por la creciente globalización, no sólo en términos económicos sino políticos, lo que se traduce en un reto para los partidos políticos, que como se ha señalado recientemente<sup>51</sup> deben trascender los planteamientos nacionales y organizarse internacionalmente para que sean de nuevo realmente influyentes en una sociedad civil que como la nuestra, está fragmentada no sólo por la violencia, sino por los mismos procesos generados en la búsqueda de una sociedad más pluralista, lo que se refleja en que antiguos elementos cohesionantes, como la religión, el Estado centralista y de antigua soberanía económica, han dejado de serlo.

<sup>51</sup> SÁNCHEZ DAVID, Ruben. "Modelos de Partido y Nuevo Milenio" en Revista Avance N° 11 de 1999.

Las distintas propuestas de reforma al sistema electoral, pomposamente llamadas, de "reforma política", son vistas con desdén por la mayoría de los ciudadanos, que no ven cambios al régimen político. Una reforma que continúe distribuyendo el poder como se hace en la descentralización, puede modificar la relación de fuerzas y romper hegemonías antidemocráticas, sin que ello suponga nada distinto de un tránsito pacífico, en medio de la necesaria contraposición, que debe darse entre propuestas o modelos de sociedad.

### CONCLUSIONES

No es fácil abandonar más de cien años de preeminencia del poder presidencial, y tampoco es posible huir hacia atrás, añorando el dorado presidencialismo de los años sesenta, ya que las condiciones de la nueva economía mundial lo impiden. En la medida que estos cambios ocurren, la agudización de la crisis social y política, debe ante todo darse paso a las reformas que fortalezcan el entorno del poder presidencial.

En América Latina durante la década de los noventa se observaron intentos de fortalecer el poder presidencial, con ejecutivos autocráticos y la aparición de "outsiders", como respuesta al debilitamiento del poder presidencial. Países cercanos al nuestro y también con una larga tradición presidencialista (Perú, Ecuador y Venezuela), una vez desaparecidos los partidos políticos tradicionales, experimentaron el ascenso de lo que se ha llamado el "Nuevo Caudillismo".

No se trata de intentar introducir entre nosotros nuevos sistemas políticos, ello sería, de pronto desperdiciar –como lo hemos hecho en recientes ocasiones– nuestra experiencia política y constitucional en el tema, más que centenaria. Pero además, los sistemas políticos no son frías y neutrales estructuras "prefabricadas", que se puedan "armar" sin ninguna consecuencia. Existen unos "Límites de la ingeniería constitucional", que no son otros que la infraestructura básica de cualquier sistema político, esto es, el sistema de partidos. En efecto, las condiciones óptimas del sistema presidencial, supone que las mayorías del Presidente y del Congreso son las mismas, lo que es posible con la existencia de dos o tres partidos, relativamente disciplinados. Sin embargo, este sistema no es operante en condiciones adversas, como lo pueden ser, un Presidente en minoría parlamentaria, pero frente a unos partidos indisciplinados, o divididos. (Ejemplo: Colombia. 1998-2002). Un sistema semipresidencial, como el modelo francés, admite distintas mayorías para Presidente y Congreso, y la existencia

de cuatro o cinco partidos disciplinados. Un sistema parlamentario clásico, depende del sistema de partidos, que permitan a través de la disciplina, construir la mayoría gubernamental. Se puede concluir que la estabilidad política no depende del sistema, sino de los partidos que lo sustenten; así cualquier reforma debe orientarse a generar partidos políticos responsables y capaces por sí mismos de impulsar y concretar las políticas que el poder presidencial debilitado no puede por sí mismo.

Superar este factor de debilidad que a la vez genera corrupción del Ejecutivo, ha sido el propósito de los recientes intentos de reforma política, que vista así, resulta inaplazable. Esta reforma implica fortalecer a los partidos políticos importantes, sin eliminar la representación de las minorías, fortalecer internamente los partidos, incluyendo la financiación de los partidos y de las campañas y en general promover otras medidas que contribuyan a la cohesión partidista.

En la última década del siglo XX la lucha contra la corrupción, genera en el campo penal, la "justicia-espectáculo", y con ello jueces y fiscales –no solo entre nosotros– transitan gracias a la opinión, de los tradicionalmente austeros despachos judiciales, a las candidaturas y cargos de elección popular, adquiriendo la función judicial desconocidas facetas políticas. Lo que en ocasiones se ha presentado a la opinión como choque de trenes, entre el congreso y los jueces, no es sino una manifestación de su nuevo papel en el sistema político.

La irrupción de la apertura y la aparición de la globalización con formas jurídicas y contractuales complejas, pueden generar dificultades en el análisis de los nuevos hechos, con las categorías jurídicas tradicionales, y con los órganos tradicionales. La respuesta ha sido la "desjudicialización" y "desnacionalización" de estas controversias, a través de Tribunales de Arbitramento Nacionales e Internacionales y la promoción de los mecanismos alternativos de solución de controversias, generando nuevas formas administración de justicia, mas allá de lo estrictamente estatal.

Lo anterior sin considerar el papel –en la práctica político– de los jueces en la confección de ternas para postular las cabezas de los órganos de control, tradicionalmente vinculados al parlamento o a los cuerpos colegiados de elección popular y que en la práctica, no son la tradicional colaboración armónica de los poderes públicos.

Puede observarse así que hoy, los jueces y no sólo entre nosotros, además de sus funciones instrumentales, adquieren funciones políticas y simbólicas, y el ejercicio de estas últimas desplaza el vértice de la legitimidad de órganos de representación popular, como el Congreso y el Presidente de la República, al Poder Judicial.

Además el nuevo reparto de los poderes ha beneficiado a órganos ajenos casi totalmente al control recíproco de los poderes públicos, pero vinculados a las nuevas exigencias del modelo económico como la Junta Directiva del Banco de la República, que regula la economía desde el control monetario, o Comisión Nacional de Televisión, que regula el mercado del espacio electromagnético.

Esto confirma que el Estado, no es un ente neutral entre los partidos como sociedad política y la sociedad civil, sino todo lo contrario, hace parte de la sociedad política, y como tal, la reforma política no es posible sin consideraciones sobre la reforma del Estado.

---

<sup>1</sup> "The elements of globalization –greater and freer flow of information, capital, goods, services, people, and the diffusion of power to nonstate actors of all kinds– will challenge the authority of virtually all governments. At the same time, globalization will create demands for increased international cooperation on transnational issues.

All states will confront popular demands for greater participation in politics and attention to civil rights—pressures that will encourage greater democratization and transparency. Twenty-five years ago less than a third of states were defined as democracies by Freedom House; today more than half of states are considered democracies, albeit with varying combinations of electoral and civil or political rights. The majority of states are likely to remain democracies in some sense over the next 15 years, but the number of new democracies that are likely to develop is uncertain".