



Revista de  
**Derecho**  
Público

**¿UNA CORTE DE BOLSILLO? REELECCIÓN  
PRESIDENCIAL E INDEPENDENCIA JUDICIAL:  
UN CONTRASTE ENTRE LAS CONSECUENCIAS  
INSTITUCIONALES DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL  
EN COLOMBIA Y LA PERCEPCIÓN DE LA OPINIÓN  
PÚBLICA TRAS LA ELECCIÓN DE LA TERCERA  
CORTE CONSTITUCIONAL**

**HELENA DURÁN CRANE**

Artículo de investigación científica y tecnológica

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho Público N.º 32

Enero - Junio de 2014. ISSN 1909-7778

## ¿Una Corte de bolsillo? Reelección presidencial e independencia judicial: un contraste entre las consecuencias institucionales de la reelección presidencial en Colombia y la percepción de la opinión pública tras la elección de la tercera Corte Constitucional

### Resumen

Las controversias que suscitó la elección de algunos magistrados de la tercera Corte Constitucional<sup>\*</sup> llevaron a que muchos se cuestionaran sobre los efectos de la reelección presidencial en la independencia de este tribunal. En este artículo se analizan, en primer lugar, las consecuencias de la reelección presidencial sobre la arquitectura institucional prevista para garantizar la independencia de la Corte, y luego, con base en una juiciosa revisión de prensa, se examina el por qué de la percepción generalizada de que la Corte elegida durante del gobierno de Álvaro Uribe había perdido su independencia. La conclusión a la que se llega es que, si bien la reforma constitucional que permitió la reelección presidencial tuvo consecuencias sobre el diseño institucional previsto para garantizar la independencia de la Corte, estas no fueron las que generaron tal percepción.

**Palabras clave:** Independencia judicial, Corte Constitucional, reelección presidencial, cooptación política, ternas de uno, opinión pública.

## An Independent Court? Presidential Reelection and Judicial Independence: a Contrast Between the Institutional Implications of the Presidential Reelection in Colombia and the Perception of Public Opinion After the Election of the Third Constitutional Court

### Abstract

The controversies that arose after the election of Colombia's Third Constitutional Court led many to question the impact of the presidential reelection on the independence of the Court. Focusing on these controversies, this article discusses the consequences of presidential reelection on the institutional architecture created to guarantee the independence of the Court and on the other hand, parting from an extensive press review, the article analyzes why there was a generalized perception that the new Court had lost its independence. The conclusion reached is that while the constitutional reform that allowed reelection had an impact on the institutional design intended to ensure the independence of the Court, those consequences were not what generated the perception that the new Court was not independent.

**Keywords:** Judicial independence, Constitutional Court, presidential reelection, political cooptation, public opinion.

## Uma Corte de bolso? Reeleição presidencial e independência judicial: um contraste entre as consequências institucionais da reeleição presidencial na Colômbia e a percepção da opinião pública após a eleição da terceira Corte Constitucional

### Resumo

As controvérsias que suscitou a eleição de alguns magistrados da terceira Corte Constitucional levaram a que muitos se questionassem sobre os efeitos da reeleição presidencial na independência deste tribunal. Neste artigo se analisam, em primeiro lugar, as consequências da reeleição presidencial sobre a arquitetura institucional prevista para garantir a independência da Corte, e logo, com base em uma meticolosa revisão de imprensa, se examina o porquê da percepção generalizada de que a Corte elegida durante o governo de Álvaro Uribe havia perdido sua independência. A conclusão à que se chega é que, se bem a reforma constitucional que permitiu a reeleição presidencial teve consequências sobre o planejamento institucional previsto para garantir a independência da Corte, estas não foram as que geraram tal percepção.

**Palavras-chave:** Independência judicial, Corte Constitucional, reeleição presidencial, cooptação política, ternas de uno, opinião pública.

---

\* En teoría, los ocho años de mandato de los primeros magistrados de la Corte Constitucional iban de 1993 hasta el 2001. A la Corte que sesionó durante este período se le conoce como la primera Corte. La segunda fue la que se eligió, en su mayoría, para sesionar de 2001 a 2009. La tercera Corte, objeto de este artículo, corresponde a la elegida en 2009 para sesionar hasta 2017.

## SUMARIO

Introducción – I. INSTITUCIONES QUE GARANTIZAN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: PERSPECTIVA TEÓRICA – A. *El ideal: la independencia judicial* – B. *Modelos sobre actuación judicial* – C. *Factores que determinan el comportamiento de los jueces: modelo institucional* – 1. Nominación y elección de los jueces constitucionales – 2. Período de los jueces – 3. Proceso de remoción – 4. Número de jueces determinado en la Constitución – II. DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LOS EFECTOS DEL ACTO LEGISLATIVO QUE PERMITIÓ LA REELECCIÓN INMEDIATA – A. *Factores institucionales* – 1. Proceso de nominación y elección – 2. Período de los magistrados – 3. Posibilidades de remoción – 4. Determinación constitucional del número de magistrados – B. *Conclusiones sobre la arquitectura institucional colombiana y los efectos de la reelección* – III. LA ELECCIÓN DE LA TERCERA CORTE Y LA OPINIÓN PÚBLICA COLOMBIANA – A. *La elección de la tercera Corte* – 1. La primera terna presidencial – 2. Las otras dos ternas enviadas por Uribe – B. *¿Una Corte independiente? El fallo del referendo y la grata sorpresa de la opinión pública* – IV. CONCLUSIONES FINALES – Bibliografía.

# ¿Una Corte de bolsillo? Reelección presidencial e independencia judicial: un contraste entre las consecuencias institucionales de la reelección presidencial en Colombia y la percepción de la opinión pública tras la elección de la tercera Corte Constitucional\*\*

Helena Durán Crane\*\*\*

## Introducción

La reforma constitucional que introdujo la reelección presidencial en el 2004 representa, probablemente, una de las modificaciones más significativas a la Constitución de 1991, en sus más de veinte años de existencia. Ha sido mucho lo que se ha dicho y escrito sobre la reelección; en general, el debate ha girado en torno a la tensión generada entre defender el poder del pueblo o el diseño institucional previsto en la Constitución para mantener el equilibrio de poderes y el régimen político que la Carta Mag-

na buscaba garantizar. En palabras de García Villegas (2009, p. 10) “mientras los defensores de la reforma ponen el acento en las mayorías políticas y creen que hay que acomodar las reglas de juego constitucionales a esas mayorías, los opositores hacen una distinción entre los asuntos coyunturales de la política, y los asuntos estructurales o de largo plazo que están en la Constitución y que son fundamentales”. Por lo anterior, parte de la discusión se ha enfocado en analizar y estudiar cuál ha sido el efecto de la reelección sobre la arquitectura institucional prevista para el funcionamiento del Estado.

La Corte Constitucional colombiana, una de las creaciones más importantes de la Constitución de 1991, no ha sido ajena a este debate. Si bien desde su institucionalización se ha caracterizado por su activismo y progresividad en la defensa de los derechos fundamentales de los

---

\*\* Cómo citar este artículo: Durán Crane, H. (Junio, 2014). ¿Una Corte de bolsillo? Reelección presidencial e independencia judicial: un contraste entre las consecuencias institucionales de la reelección presidencial en Colombia y la percepción de la opinión pública tras la elección de la tercera Corte Constitucional. *Revista de Derecho Público*, 32.

\*\*\* Abogada y politóloga de la Universidad de los Andes. Correo: h.duran28@uniandes.edu.co

ciudadanos, así como por su autonomía en el análisis de constitucionalidad de leyes y decretos, actuando como verdadero contrapeso de la rama ejecutiva y legislativa, al declarar exequible el acto legislativo que permitió la reelección presidencial inmediata de Álvaro Uribe su independencia quedó en entredicho. Gran parte de la opinión pública colombiana consideró que esta, al ser elegida en su mayoría durante el segundo período de Uribe, era una Corte demasiado dependiente del ejecutivo.

Para muchos, la reforma que introdujo la reelección presidencial inmediata perjudicó el andamiaje institucional de la Constitución del 91, poniendo a tambalear, entre otros aspectos, la independencia de la Corte. La controversia es mucho más compleja si se tiene en cuenta que en manos de dicha Corporación estaba decidir sobre la posibilidad de una segunda reelección presidencial y, por tanto, un tercer período del presidente Álvaro Uribe. La opinión pública colombiana consideraba que la supuesta influencia del ejecutivo en la Corte llevaría, sin lugar a dudas, a un fallo que permitiera dicha reelección, perjudicando aún más la estructura del Estado y el sistema de frenos y contrapesos previsto en la Constitución. Sin embargo, para sorpresa de muchos, la Corte declaró inexecutable la ley que convocaba a un referendo reeleccionista. ¿Qué sucedió? ¿Se había afectado realmente la independencia de la Corte? ¿Por qué había la percepción generalizada de que la Corte había perdido su independencia? ¿Cuáles fueron los verdaderos efectos de la reelección sobre este tribunal?

El propósito de este artículo es analizar de qué manera y en qué medida la reforma constitucional que introdujo la reelección presidencial inmediata afectó el diseño institucional previsto en la Constitución para garantizar la independencia de la Corte Constitucional. Para ello, se analizan los factores de la estructura del Estado que promueven la independencia de los tribunales judiciales, la forma en que operan y cómo aplican en el caso de la Corte Constitucional. Con esto claro, se analizan las razones de la percepción generalizada de que la Corte no era independiente, buscando determinar si dicha apreciación fue consecuencia de su decisión sobre la reelección presidencial inmediata y el efecto que esta produjo en el diseño institucional, o si, por el contrario, hubo otras razones.

Como hipótesis inicial se afirma que, si bien la reforma constitucional que introdujo la reelección presidencial inmediata tuvo consecuencias sobre el diseño institucional previsto para garantizar la independencia de la Corte, estas no fueron las que ocasionaron la percepción generalizada de que la Corte no era independiente, sino el presentimiento de que podría fallar en igual sentido frente a una segunda reelección del presidente Álvaro Uribe y, principalmente, la intromisión de este en el modelo previsto para la elección de los magistrados de este tribunal.

## Metodología

Esta tiene dos componentes. En primer lugar, un análisis legislativo y bibliográfico para determinar, a partir de la literatura existente, los efectos de la reelección en los propósitos ante-

riormente indicados para este artículo. En segundo lugar, una extensa revisión de noticias, editoriales, columnas de opinión de periódicos y revistas de circulación nacional (*El Tiempo*, *El Espectador*, *Semana*, entre otros) para establecer los motivos por los cuales la opinión pública tenía la percepción de que la Corte había perdido independencia frente a la rama ejecutiva. Se tuvieron en cuenta, principalmente, noticias sobre el proceso de elección de los magistrados de la tercera Corte, predicciones en torno al fallo del referendo reeleccionista y la reacción pública después de que dicho referendo fue declarado inconstitucional. También se realizó una entrevista a una de las abogadas ternadas para la elección de la tercera Corte Constitucional.

El artículo se divide en cuatro partes. En la primera se analiza la independencia judicial desde una perspectiva institucional, exponiendo los factores que, según la literatura relevante, son necesarios para promover la independencia de los tribunales constitucionales. En la segunda se estudia la forma en que dichos factores se ven reflejados en la arquitectura institucional colombiana y los posibles efectos que la reelección presidencial pudo haber tenido sobre esta. En la tercera parte se analiza, a partir de una revisión de prensa, los motivos que llevaron a que la opinión pública considerara que la nueva Corte no era independiente. Finalmente, en la cuarta parte se presentan las conclusiones y comentarios.

## I. INSTITUCIONES QUE GARANTIZAN LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: PERSPECTIVA TEÓRICA

### A. El ideal: la independencia judicial

En un Estado constitucional en donde existe división de poderes y un sistema de frenos y contrapesos la independencia del poder judicial es fundamental, ya que garantiza que las decisiones judiciales se basarán únicamente en la ley, que se mantendrá el equilibrio de poderes previsto en la Carta Fundamental y que las decisiones estarán libres de injerencias y presiones indebidas.<sup>1</sup> En el caso de Colombia, donde la Constitución Política es norma de normas, es necesario que haya un poder judicial independiente y autónomo capaz de garantizar que tanto los ciudadanos como el ejecutivo y el legislativo lo respetarán. Por consiguiente,

la separación de los jueces de las fluctuaciones políticas coyunturales y de los intereses de la mayoría justifica la defensa de la independencia de la justicia, pues si las decisiones judiciales dependieran del calor de las discusiones

<sup>1</sup> "The chore of judicial independence (...) consists of the freedom of courts to make decisions without control of the executive or legislative or by the people" (Burbank, 1999, p. 335). Es necesario aclarar que para los propósitos de este artículo, y teniendo en cuenta la complejidad del asunto, se entenderá la independencia judicial como la facultad que tienen los jueces y tribunales para tomar una decisión de forma libre, sin que medien injerencias o presiones indebidas por parte de otros actores. Sin embargo, debe reconocerse que hay un complejo debate en torno a su definición y aún no existe un consenso. Para apreciar algunas de las complejidades del debate ver, por ejemplo, Brashear, L. (2006). *Judicial Independence: Often Cited, Rarely Understood*, 15 J. Contemp. Legal Issues 129; Kornhauser, L. (2002). Is Judicial Independence a Useful Concept. In S. B. Burbank y B. Friedman (Eds.). *Judicial Independence at the Crossroads-An Interdisciplinary Approach*; Ferejohn, J., Kramer, L. (October, 2002), Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint. *NYU Law Rev*, 77(4), 962, entre otros.

políticas del momento, y respondieran a las lealtades, presiones o injerencias indebidas, la sujeción al imperio de la ley —fundamento del Estado de derecho o *rule of law*— no sería más que letra muerta (Rubiano, 2009, p. 85).

Como puede verse, si un tribunal constitucional es independiente tendrá mayor facilidad para decidir si una ley o un decreto son inconstitucionales o no, sin tener que preocuparse por las recriminaciones o recompensas que pueda recibir a cambio. Lo ideal sería, entonces, que en su análisis de leyes y decretos y en su labor de protección de los derechos constitucionales de los individuos, los jueces o magistrados tuvieran como único fundamento para su decisión la norma de normas, es decir, la Constitución Política. Sin embargo, es claro que las decisiones de los tribunales constitucionales no pueden aislarse totalmente del contexto social y político en el que se toman; igualmente, que los magistrados son seres humanos sujetos a ideales, motivaciones e incentivos de diferentes tipos que determinan su forma de pensar y actuar. Sería excesivamente idealista pensar que quienes son elegidos para ejercer como garantes máximos de la norma superior, al entrar a ser parte del tribunal dejan de lado sus ideologías, motivaciones, simpatías y posiciones para pasar a decidir como si fueran máquinas que aplican únicamente la Constitución. En esa medida, para estudiar la independencia judicial y la actuación judicial es necesario tener en cuenta dichos factores, y no asumir que los jueces fallan de forma mecánica, en un vacío.

También debe considerarse que en los últimos años el poder y activismo judicial se ha expan-

dido de forma significativa, haciendo que el papel de los jueces se convierta en central dentro de las esferas políticas, sociales y económicas de los países (Malleon y Rusell, 2006; Uprimny, 2007; Ferejohn, 2002). Esto ha traído como consecuencia lo que algunos han llamado la judicialización de la política,<sup>2</sup> que ha llevado a su vez a que quienes aspiran a regir los asuntos públicos intenten “entrar” al mundo de la justicia para perseguir intereses políticos o económicos; es decir, la judicialización de la política puede llevar a que la justicia también se politice.<sup>3</sup> A través de la judicialización y politización, los jueces pasan a ser vistos, según Montoya (2011, p. 13), “como actores políticos que toman decisiones políticas”. Ahora bien, la politización de la justicia puede llegar a afectar la independencia de los jueces, en la medida en que los actores políticos traten de influir en la actuación de las Cortes, ya sea a través de reformas institucionales, campañas de desprestigio o en los procesos de nombramiento y selección de estos (Ferejohn, 2002). En consecuencia, se hace aún más relevante analizar la independencia judicial, pilar fundamental del Estado de derecho.

2 Según Kapiszewski y Taylor, existe un consenso conceptual en torno a la definición de judicialización. La mayoría de los autores la entienden, en términos generales, como el fenómeno mediante el cual las Cortes se adentran en la arena política (2008, pp. 748-749).

3 “When courts can make politically consequential and more-or-less final decisions, anyone with an interest in those decisions has reason to try to frame those interests in the form of persuasive legal arguments. And those interested in judicial decisions have reason to seek to influence and, if possible, to control appointments to the courts and other legal institutions. In this sense, “judicialization” of politics tends to produce the politicization of courts. As a result, judicial decision-making tends to become politics carried on by other means” (Ferejohn, 2002, pp. 63-64).

## **B. Modelos sobre actuación judicial**

Debido a la progresiva judicialización de la política y la consecuente politización de la justicia, y como respuesta a la creciente preocupación por la independencia judicial, se ha buscado analizar cuáles son los factores que determinan la actuación de los jueces, bajo qué condiciones se puede garantizar una mayor independencia y los diferentes modelos y teorías que buscan explicar el proceso de toma de decisiones por parte de dichos funcionarios dentro de tribunales constitucionales.

Algunos modelos plantean que lo único que guía la actuación judicial es la ley; según esta postura, los jueces actúan de forma casi mecánica y en una especie de vacío, aplicando la ley sin atender a intereses o presiones de ningún tipo (Burton, 1992; Fisher, Horowitz y Reed, 1993; Markovits, 1998). Otros afirman que es la actitud de los jueces, es decir, su ideología y posiciones personales, la que determina su modo de actuar (Segal y Spaeth, 1993; Segal, 2002); desde esta perspectiva, los jueces actuarían con independencia, sin restricciones ni injerencias externas de ningún tipo, guiados únicamente por sus convicciones personales. Otras teorías sugieren que los jueces, en realidad, no actúan de forma totalmente independiente ni “transparente”, sino que hacen un análisis estratégico en el que tienen en cuenta el contexto y las implicaciones sociales, políticas o económicas que puede llegar a tener su decisión tanto a nivel personal como general, y resuelven de acuerdo con dicho análisis (Epstein, Knight y Shvetsova, 1998; Burbank y Friedman, 2002; Spiller y

Gelly, 1990; Bill-Chávez, Ferejohn y Weingast, 2011). Todos estos modelos buscan determinar por qué actúan los jueces de la forma en que lo hacen y qué tan independientes son tanto del gobierno como de los diferentes grupos de interés que pueden influenciar sus decisiones.<sup>4</sup>

Ahora, si bien es importante analizar los factores que determinan la actuación de los jueces para ver con qué tanta independencia proceden, es aún más conveniente examinar si la estructura institucional dentro de la cual deben fallar ayuda a garantizar dicha independencia, o si, por el contrario, la perjudica incentivando decisiones basadas en presiones indebidas por parte de otros actores. Algunos autores se han dedicado a estudiar este tema y concluyen que factores tales como el poder que tienen los tribunales tanto en la revisión de las leyes como en la protección de los derechos de los ciudadanos; su ubicación estructural, composición y tamaño; el proceso de selección, las posibilidades de reelección, los mecanismos de remoción y el período de elección de los jueces; entre otros, inciden en sus decisiones (Ginsburg, 2003; Epstein, Knight y Shvetsova, 2002; Navia y Ríos Figueroa, 2005; Ríos Figueroa, 2011; Lara Borges, Castagnola y Pérez Liñán, 2010). Algunos de ellos se han enfocado en factores institucionales específicos, tales como los procesos de

<sup>4</sup> Es necesario anotar que estas son solo algunas de las teorías o modelos que buscan estudiar y explicar la actuación judicial. Hay innumerables modelos más que exponen, desde otras perspectivas, la forma de actuar de los jueces y la independencia con la que *ellos* actúan. Por ejemplo, Jerome Frank o Herman Prichett han intentado utilizar las teorías de psicoanálisis de Freud para analizar la actuación judicial (Segal y Spaeth, 2002). Por motivos de espacio y por los objetivos planteados en el presente artículo no se entra a mirar a profundidad la gran diversidad de teorías sobre actuación judicial que existen, sin que ello implique desconocerlas.

elección y los actores que participan en estos (Pérez Liñán y Castagnola, 2011; Malleson y Russell, 2006; Lamprea, 2010; Montoya, 2011), la estabilidad en el cargo de los magistrados en diferentes países (Lara Borges, Castagnola y Pérez Liñán, 2011) o en cómo las instituciones informales pueden llegar a minar la independencia de los tribunales (Bill-Chávez, 2003).

Otros estudios han buscado analizar en qué medida determinada arquitectura institucional puede ayudar a balancear la tensión entre la independencia judicial y la rendición de cuentas que, actualmente, se espera de los tribunales constitucionales (Ferejohn y Kramer, 2006; Lamprea, 2010).

Si bien, como se puede ver, hay una gran diversidad de estudios y perspectivas que parten del análisis institucional, todos coinciden en la premisa básica de que la arquitectura y el diseño institucional es fundamental para garantizar, por lo menos en algún grado, la independencia judicial, y en que hay ciertos factores que inciden de forma directa en la independencia con la que los jueces entran a decidir cierto caso (Pérez-Liñán y Castagnola, 2011, p. 2), por ejemplo, el proceso de selección, el período de nombramiento, la facultad para remover los jueces y el tamaño de los tribunales. Como se dijo más arriba, este diseño institucional es el punto de partida de la independencia en la actuación judicial, la semilla a partir de la cual un juez o tribunal puede crecer con independencia o verse fácilmente influenciado por otros actores. Por ello, es el eje central del presente artículo.

Para hacer el análisis institucional se tuvo como base y guía el índice de independencia judicial de tribunales constitucionales construido por Julio Ríos-Figueroa (2011) porque, en primer lugar, es bastante claro y concreto al determinar los requisitos básicos necesarios para promover un mínimo grado de independencia y, en segundo lugar, porque incluye y analiza las instituciones que la mayoría de estudios consideran relevantes para tal propósito, dándoles un mismo grado de importancia. No obstante, teniendo en cuenta que no existe un consenso en torno a cuál es el diseño institucional que mejor garantiza la independencia judicial (Pérez-Liñán y Castagnola, 2011, p. 3) se tuvieron en cuenta las posiciones de otros autores.

### ***C. Factores que determinan el comportamiento de los jueces: modelo institucional***

Las cuatro características institucionales que la mayoría de autores que asumen esta perspectiva consideran relevantes para la independencia judicial de los tribunales (Pérez-Liñán y Castagnola, 2011), y que por ello fueron incluidas en el índice de independencia judicial construido por Ríos-Figueroa (2011, p. 29), son: 1) el mecanismo de nominación y elección de los jueces constitucionales, 2) el período de los jueces constitucionales y su relación con el proceso de elección,<sup>5</sup> 3) el proceso de remoción de los jueces y 4) la determinación constitucional del

5 Ríos-Figueroa divide el segundo factor en dos elementos diferentes: 1) el período y 2) su relación con los períodos de quienes los eligen, aspecto que analiza mirando el tiempo y si coinciden. Sin embargo, por cuestiones de claridad y espacio, en este artículo estos dos criterios se unificaron y analizaron conjuntamente.

número de jueces en el tribunal. A continuación se hace una breve exposición de cómo, según diferentes autores, dichas instituciones ayudan a garantizar la independencia de los tribunales.

### 1. Nominación y elección de jueces constitucionales

La nominación y elección de los jueces que conforman los tribunales constitucionales puede oscilar entre la cooptación y la elección directa por parte del pueblo o del ejecutivo. La cooptación es el proceso mediante el cual los mismos jueces eligen a quienes los van a remplazar; también la rama judicial, en virtud del principio de meritocracia, tiene facultad para designarlos. La elección directa se da cuando es el pueblo mismo quien los elige. En el espectro de mecanismos de selección se pueden encontrar otros, tales como los procedimientos cooperativos, llamados así porque requieren la cooperación de por lo menos dos actores para la selección de los magistrados; o los representativos, en los que diferentes actores los eligen directamente sin la cooperación de un tercero. Según algunos autores, la cooptación o la elección meritocrática aseguraría una mayor independencia, ya que los criterios políticos no influyen en la selección de los magistrados (Ríos-Figueroa, 2011; Muller, 1999; Feld y Voigt, 2003), mientras que en los mecanismos representativos o de cooperación participan actores políticos que pueden llegar a perjudicar la independencia de los elegidos.

Sin embargo, teniendo en cuenta que las decisiones de carácter constitucional tienen un componente y un impacto político en diversos

ámbitos de la vida de los países, es más recomendable tener un tribunal constitucional que se encuentre por fuera de los órganos judiciales tradicionales y en cuya elección participen diferentes actores (Ríos-Figueroa, 2011), ya que de esta forma puede ser más fácil y factible elegir jueces menos tradicionales y más vanguardistas, que estén más conectados con el contexto social y político del momento y que cuenten con mayor legitimidad.<sup>6</sup>

Nuno Garoupa y Tom Ginsburg sostienen una posición similar al concluir que el mejor modelo o mecanismo de elección es aquel que se encuentra en un punto intermedio entre la cooptación y la elección política; que la cooptación, si bien garantiza un alto grado de independencia, aísla a los jueces del contexto social y político y les resta legitimidad ante la sociedad, mientras que la elección política los hace demasiado propensos a injerencias indebidas por parte de actores políticos. Según estos autores “the first model of judicial self-selection arguably errs on the side of independence, while pure political control may make judges too accountable, in the sense that they will consider the preferences of their political principals in the course of deciding specific cases” (2009, p. 5).

6 Al respecto Ríos-Figueroa dice lo siguiente: “If the constitutional court is located outside the judiciary, it becomes easier to appoint respected lawyers with no previous judicial careers or even respected professionals other than lawyers who are more likely to defend rights and expand the judicial role beyond its traditional dispute settler function (...) In sum, for different reasons, the location of the constitutional courts as autonomous may promote the arrival of judges who are more open to expanding the traditional role of the judiciary into policy making areas traditionally reserved for the political branches” (2011, pp. 37-38).

En esa medida, aunque la cooptación puede llegar a asegurar una mayor independencia, tampoco es recomendable si se tiene en cuenta el rol progresista y activista que, en la mayoría de los casos, están llamadas a cumplir estas Cortes. Por consiguiente, Ríos-Figueroa (2011, p. 37) afirma que para tener un tribunal constitucional con independencia que, además, esté compuesto por jueces suficientemente preparados y contextualizados con la realidad social y política, dispuestos a llevar la protección de los derechos más allá de lo tradicionalmente planteado y que cuenten con mayor legitimidad ante la sociedad, es necesario implementar un mecanismo de elección en el que participen diferentes actores (poderes ejecutivo, legislativo, judicial y sociedad civil), pues de esta forma se asegura que no esté ligado a un único poder político.<sup>7</sup>

## 2. Período de los jueces

Una segunda característica institucional que afecta de forma directa la independencia de los jueces constitucionales es la duración del período para el cual son elegidos y la relación de este con el de quienes los eligen. Sobre el particular hay cierto consenso en la literatura en que los períodos vitalicios o de larga duración promueven en mayor medida la independencia (Feld y Voigt, 2003; Ginsburg, 2003; Segal y Spaeth, 2002; Epstein, Knight y Shvetsova, 2002), porque si un juez tiene la certeza de que va a

7 "In particular, the more open the appointment procedure, the more likely it is that less traditional judges will arrive at the constitutional court (...). At the same time, this more democratic appointment process probably makes constitutional judges less worried about defying the legislature and participating in the policy-making process" Ferreres Comella (2004) citado por Ríos-Figueroa (2011, p. 38).

permanecer de por vida en el cargo es menos proclive a favorecer intereses particularmente coyunturales. En cambio, si su período coincide con el de quienes lo eligieron (por ejemplo, con el del ejecutivo o el legislativo) hay más potencial para presiones indebidas, y si su período es mayor podrá tener cierto margen de maniobra para decidir con independencia sobre asuntos que afectan a un gobierno diferente al que lo eligió. Entonces, para garantizar una mayor independencia del tribunal constitucional se debe asegurar que el período de los jueces sea superior al de los actores que participan en su elección para que no coincidan plenamente.

## 3. Proceso de remoción

El tercer factor institucional que afecta el grado de independencia de los jueces constitucionales es la posibilidad de que otros actores (poder ejecutivo o legislativo, por ejemplo) puedan acusarlos o removerlos.<sup>8</sup>

## 4. Número de jueces determinado en la Constitución

Finalmente, la cuarta característica del andamiaje institucional que garantiza una mayor independencia de los jueces es que sea la pro-

8 "Removal proceeding also relates constitutional judges to the elected branches o government. Particularly important is the accusation part of the process because a simple accusation may tarnish a judge's reputation; the easier it is to accuse the more likely is that the judge will be unduly pressured. Let us then distinguish between removal procedures in which the president can start the impeachment or removal process (a value of 0 in the index), cases in which a simple majority in the congress or court itself can do so (a value of 1), and removal procedures that at minimum require a supermajority of one chamber of congress to initiate the accusation (a value of 2)" (Ríos-Figueroa, 2011, p. 30).

pia Constitución la que determine el número de quienes componen el tribunal constitucional, puesto que será más difícil que el ejecutivo o el legislativo puedan modificar lo dispuesto en ella (Lara Borges, Castagnola y Pérez-Liñán, 2010, Ríos-Figueroa, 2011). Por consiguiente, un tribunal que no cuente con una determinación constitucional al respecto actuará con menor independencia por miedo a que una decisión adversa de otro de los poderes públicos pueda “desbaratarlo” reduciendo o aumentando el número de jueces (Bill-Chávez, 2003).

Estos cuatro factores institucionales, y la forma en que se reflejan en el andamiaje constitucional y legal de cada país son los que, desde un inicio, garantizan que un tribunal actúe con más o menos independencia de las diferentes ramas del poder y grupos de interés, y que, a su vez, sus jueces cuenten con los méritos necesarios y con posturas diferentes a las tradicionales.

Habiendo explicado cuáles son estos factores y cómo pueden aumentar o disminuir la independencia de un tribunal constitucional, a continuación se pasa a mirar la arquitectura planteada en la Constitución Política colombiana para la Corte Constitucional, cómo se incorporan los factores institucionales que influyen en su independencia y las consecuencias que el Acto Legislativo 01 de 2004, que modificó la Constitución para permitir la reelección presidencial inmediata, pudo haber tenido en la arquitectura institucional.

## II. DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y LOS EFECTOS DEL ACTO LEGISLATIVO QUE PERMITIÓ LA REELECCIÓN INMEDIATA

### A. Factores institucionales

En esta sección se analiza el diseño institucional previsto para garantizar la independencia de la Corte Constitucional, concretamente los cuatro elementos estudiados en la sección anterior, y los cambios que la reelección presidencial inmediata generó sobre estos.

#### 1. Proceso de nominación y elección

En Colombia, la elección de los magistrados de la Corte Constitucional oscila entre la cooptación y la elección directa, dentro de un criterio tanto político como meritocrático. Según la legislación relevante,<sup>9</sup> los nueve magistrados de la Corte son elegidos por el Senado (criterio político) de ternas que presentan el presidente de la República (criterio político), el Consejo de Estado (criterio meritocrático) y la Corte Suprema de Justicia (criterio meritocrático).<sup>10</sup>

9 Artículos 239 de la Constitución Política, 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996) y 317 de la Ley 5ª de 1992.

10 En este punto es necesario precisar que si bien la arquitectura institucional en teoría está diseñada para que las altas Cortes escojan sus ternas partiendo de un criterio meritocrático, y por ello se considera que Colombia acoge un criterio mixto de selección (Rubiano, 2009, p. 89), en la práctica es evidente que, detrás de las nominaciones del Consejo de Estado y de la Corte Suprema también hay un criterio político “oculto” (Lamprea, 2010; Rubiano, 2009). Lamprea muestra cómo el Consejo de Estado, por un lado, elige sus ternas de acuerdo con el partido o posición ideológica de los candidatos, supuestamente (según quienes entrevistan) para mantener un balance ideológico en la Corte

Como se puede ver, este mecanismo combina los elementos que Ríos-Figueroa establece como necesarios para que un tribunal constitucional sea independiente y conocedor del contexto social y político en el cual se enmarcan sus decisiones. Si bien la Corte Constitucional hace parte de la rama judicial, está por fuera de la jurisdicción ordinaria, y la forma de elección de sus magistrados es sustancialmente diferente a la de las demás Cortes.<sup>11</sup> En el tribunal constitucional, el presidente de la República participa, junto con las altas Cortes en la nominación de los nueve magistrados y el Senado es quien los elige, lo que, en teoría, permite la entrada de magistrados más cercanos a la realidad del país y más abiertos a asumir posiciones menos tradicionales, más innovadoras y con mayor legitimidad.

En ese sentido podría pensarse que está garantizada su independencia frente al poder político, ya que gracias al mecanismo de cooperación los magistrados no quedan ligados directamente a un actor político y su elección es, en cierta forma, indirecta<sup>12</sup> lo que, en teoría, permite

que entren magistrados con mayor legitimidad y con visiones más contextualizadas y progresivas que la de aquellos elegidos por medio de un mecanismo puramente meritocrático o de cooptación. Sin embargo, en los últimos años ha sido objeto de algunas críticas, una de ellas por la escasez de requisitos, pues según el artículo 232 de la Constitución Política, para ser magistrado únicamente se requiere ser colombiano, ser abogado, no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad y haber ejercido la profesión durante diez años como funcionario de la rama judicial, como abogado litigante o como profesor. Esto, sumado al hecho de que no existe ninguna posibilidad de objetar a los candidatos, lleva a que la politización de las ternas sea más factible, puesto que “no hay obstáculos para que primero se filtre a los aspirantes según la afiliación política, y luego se justifiquen sus calidades profesionales” y “no hay canales de participación ciudadana para debatir qué calidades deben tener los aspirantes a ser los garantes de la Constitución, por lo que una vez un candidato es incluido en una terna, queda prácticamente blindado ante cualquier cuestionamiento de la opinión pública” (Rubiano, 2009, p. 91).

Como respuesta a las críticas anteriores, en el 2008 se creó Elección Visible, una ONG que buscaba garantizar la transparencia en la elección de la mayoría de los magistrados que compondrían la tercera Corte Constitucional. El proceso consistió en pedirle a los entes nominadores que publicaran la hoja de vida de los candidatos, y dieran a conocer de forma clara y precisa los criterios de selección para la conformación

---

(2010, p. 14-16). La Corte Suprema, por otro lado, elige a los ternados de acuerdo con su posición frente a la problemática revisión de sentencias por parte de la Corte Constitucional; según el estudio realizado por el autor, la Corte Suprema elige a sus magistrados de acuerdo con su “lealtad” hacia la Corte y su postura frente a dicha problemática (2010, p. 16-20). En esa medida, si bien en teoría la inclusión de las dos altas Cortes como entes nominadores frente al proceso de elección intenta darle un mayor grado de independencia de los actores políticos por medio de un proceso meritocrático, en la práctica dichas nominaciones también tienen un tinte político e ideológico que puede llegar a perjudicar la independencia de la Corte.

- 11 Los magistrados del Consejo de Estado y de la Corte Suprema son nombrados y elegidos por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura (Constitución Política, art. 231).
- 12 Según Cepeda (2007), el hecho de que el Senado sea elegido popularmente hace que en el nombramiento de los magistrados de la Corte Constitucional participe indirectamente la sociedad civil.

de las ternas. Si bien, como se verá más adelante, el proyecto tuvo ciertas limitaciones<sup>13</sup> representó un avance en torno a la participación de la sociedad civil en la elección de los magistrados. Sin embargo, en general la crítica al proceso de nominación no se dirige tanto a la arquitectura institucional como tal sino al uso (o abuso) que se ha hecho de la facultad para nominar que tiene el ejecutivo.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que tras la reforma constitucional que permitió la reelección presidencial inmediata no se modificó el mecanismo de nominación y elección de los magistrados. No obstante, como se analizará más adelante, el cambio en el balance de poder que pueden representar los cuatro años más de mandato presidencial puede afectar al tribunal como tal, así como la independencia de los magistrados, porque si bien el presidente sigue enviando únicamente tres ternas, eventualmente podría usar su influencia para que el Senado elija a quienes son afines a sus intereses, situación que igual puede presentarse sin que medie la reelección presidencial, lo cual no constituye un cambio en el diseño institucional *per se*.

En conclusión, de acuerdo con el índice de independencia judicial propuesto por Ríos-Figueroa, en materia de nominación se cumpliría con el mínimo requisito para lograr un tribunal independiente, esto es, que en la elección participe más de un actor político, y en este caso el me-

canismo incluye a jueces (altas Cortes) y a los otros poderes estatales (Senado y Presidencia), con lo cual se estaría promoviendo no solo una mayor independencia, sino la calidad y legitimidad de los magistrados.

## 2. Período de los magistrados

Según la Constitución, “los magistrados de la Corte Constitucional (...) serán elegidos para períodos individuales de ocho años (...)” (art. 233), mientras que el de quienes los eligen (senadores) es de cuatro años (art. 132). Hay que tener en cuenta que el Senado elige a los magistrados de entre quienes fueron nominados por la Presidencia y las otras dos altas Cortes, y que el período de estas instituciones también puede influir en la independencia de dicho tribunal. En teoría, la nominación por parte de las altas Cortes corresponde a un criterio meritocrático y no sería factible ninguna injerencia o presión indebida de su parte,<sup>14</sup> mientras que la de Presidencia obedece a un criterio eminentemente político, por ello, para evitar el exceso de poder presidencial respecto a la Corte, es necesario que quienes representan las dos instituciones tengan períodos diferentes y escalonados.<sup>15</sup>

13 Para ver más sobre los obstáculos y limitaciones que tuvo el proyecto de seguimiento y transparencia propuesto por Elección Visible, consultar el artículo *When Accountability Meets Judicial Independence: A Case Study of the Colombian Constitutional Court's Nominations*, de Everaldo Lamprea (2010).

14 En este punto es necesario recordar que, como se dijo en la nota a pie de página no. 9, los criterios de selección de las altas Cortes, en la práctica, no son tan meritocráticos ni transparentes, sino que también corresponden a criterios políticos e ideológicos (Lamprea, 2010). Sin embargo, dado que en la composición de las ternas las Cortes actúan como cuerpos colegiados, los períodos individuales de cada magistrado (que además son diferentes, es decir, no todos los magistrados del Consejo del Estado ni de la Corte Suprema terminan o inician su período en un mismo momento) no son tan determinantes para la independencia del tribunal constitucional.

15 El “escalonamiento de períodos es una expresión concreta del sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) propio de toda democracia constitucional, en virtud del cual los poderes públicos del

En un principio, la Constitución Política preveía que el período presidencial fuera de cuatro años y el de los magistrados de ocho, evitando así que cada presidente nominara su propia Corte. Además, como explica Sebastián Rubiano, el presidente debía enviar las tres ternas en el tercer año de su mandato,<sup>16</sup> “de manera que los magistrados elegidos solo sean un contrapeso del gobierno que los eligió durante menos de dos años y, en cambio, ejerzan también su cargo durante el gobierno del presidente siguiente” (2009, p. 94). De esa forma, se evitaba que los magistrados se sintieran presionados por el gobierno que los nominó, y durante la mayor parte de su período podían tomar decisiones frente a un gobierno diferente.

La reforma constitucional,<sup>17</sup> al permitir la reelección presidencial inmediata, introdujo la posibilidad de extender el período presidencial a ocho años y eliminó la garantía de que el tiempo de los magistrados sea más largo que el del ejecutivo, que es quien los nombra. Ahora bien, se

---

Estado se controlan mutuamente y limitan sus posibles excesos de poder. En este caso, es también una garantía para preservar la independencia judicial de la Corte y liberarla de estar sometida a los intereses políticos del gobierno de turno” (Giraldo, 1997, p. 20 y Gargarella, 1996, citados en Rubiano, 2009, p. 94).

16 Hay que tener en cuenta que aunque en teoría todos los magistrados de la Corte debían iniciar y terminar su período al mismo tiempo, la renuncia anticipada de algunos ha llevado a que quienes los reemplazan tengan períodos diferentes y que la elección se haga en un calendario “irregular”. Así, por ejemplo, el magistrado Eduardo Montealegre, elegido para el período 2001-2009, renunció en 2004 y fue reemplazado por el magistrado Humberto Sierra Porto, cuyo período va de 2004 a 2012. Esto ha afectado el escalonamiento de los períodos con respecto al gobernante de turno, ya que, por ejemplo, uno de los magistrados ternados por la Presidencia de la República terminaba su mandato en 2007 y el presidente que debía gobernar de 2006 a 2010 tendría la posibilidad de tener un magistrado ternado por él en la Corte durante más de dos años de su mandato (2008-2010), lo cual es bastante beneficioso.

17 Acto Legislativo 02 de 2004.

podría pensar que el escalonamiento de los períodos aún se mantiene y, por ello, si bien todos los presidentes tendrían la posibilidad de enviar ternas (asumiendo que todos quieran y logren ser reelegidos), igual gobernarían, durante la mayor parte de su período, con una Corte elegida durante el gobierno anterior, evitando así las presiones indebidas. La misma Corte Constitucional, en la sentencia que declaró exequible la reforma constitucional que introdujo la reelección, siguió esta línea de razonamiento al establecer lo siguiente:

Por ejemplo, los nueve magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de ternas que provienen, en sus dos terceras partes, de la rama judicial. Además, como el período de los magistrados es de ocho años, no reelegibles, un presidente, incluso en la eventualidad de que sea reelegido, ejerce su mandato durante el período de una Corte elegida en un momento diferente al del mandato presidencial. El período de seis de los actuales magistrados de la Corte Constitucional va de 2001 a 2009 y el de uno de ellos de 2004 a 2008. Así, el Presidente elegido en 2010, en el evento de que sea reelegido en 2014, gobernará 7 de los 8 años durante un lapso coincidente con el período de 8 años de los magistrados elegidos para el período 2009-2017 (sentencia C-1040 de 2005).

Como puede verse, el planteamiento anterior no consideró la posibilidad de que, por ejemplo, el presidente Uribe no hubiera sido reelegido en el 2006. De haber ocurrido esto, su sucesor para el período 2006-2010 habría tenido la posibilidad de nominar a tres de los magistrados de la Corte, y de ser reelegido para el período

2010-2014, de gobernar durante seis años con la Corte que ayudó a elegir. Lo mismo sucedería con el presidente del período 2014-2018, quien en 2017 enviaría la terna para conformar la Corte correspondiente, y de ser reelegido para el 2018-2022 gobernaría la totalidad de su segundo mandato con una Corte elegida, en parte, gracias a su influencia. En consecuencia, la reforma que permitió la reelección presidencial, al igualar potencialmente el período presidencial con el de los magistrados de la Corte, sí pudo haber afectado la independencia de esta y viciar el diseño institucional que buscaba utilizar los períodos diferenciados y escalonados como contrapeso al poder político y como garantía de autonomía de la Corte; en teoría, si los períodos presidenciales se llegan a modificar de la forma planteada en el párrafo anterior, el presidente gobernaría durante la mayor parte de su período con una Corte que él ayudó a elegir y en la que, por ello, puede ejercer algún tipo de influencia. No obstante lo anterior, dado que Uribe fue reelegido para gobernar de 2006 a 2010, únicamente pudo tener dos magistrados ternados por él durante su último año, y uno de 2008 a 2010. Es decir, si bien el diseño institucional se vio gravemente afectado, en este caso específico no tuvo la magnitud que hubiera alcanzado de haber sido elegida otra persona para gobernar de 2006 a 2010 y luego reelegida para el período 2010-2014.

### 3. Posibilidades de remoción

El artículo 233 de la Constitución, ya citado, establece que los magistrados “permanecerán

en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso”. Por consiguiente, únicamente por faltas disciplinarias o por haber cumplido 65 años<sup>18</sup> se puede remover a los magistrados de la Corte Constitucional. Por otro lado, la Constitución determina en el numeral tercero del artículo 178 que los magistrados de la Corte Constitucional podrán ser acusados por la Cámara de Representantes; que de dichas acusaciones conoce el Senado de la República en ejercicio de su función jurisdiccional (art. 174); y que la mayoría requerida para la decisión final, que puede ser condenatoria o absolutoria, es de por lo menos dos tercios de los senadores presentes (art. 175). Sin embargo, la decisión de acusar o declarar la preclusión de la investigación la toma la Cámara de Representantes y no está definida una mayoría especial (Ley 5ª de 1992, arts. 339 y ss.).

En esa medida, de acuerdo con el índice propuesto por Ríos-Figueroa, la arquitectura institucional en materia de acusación y remoción de los magistrados de la Corte Constitucional garantiza solo en parte su independencia porque, en primer lugar, el ejecutivo no cuenta con la facultad para iniciar el proceso de acusación, pero la Cámara, mediante votación simple, sí puede hacerlo. Una mayoría especial para la aprobación de la resolución de acusación le aseguraría

18 Este punto ha sido altamente debatido. Por ser la edad de retiro forzoso una figura anterior a la Constitución de 1991 (y por ello a la creación de la Corte Constitucional), se había entendido que únicamente aplicaba a los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado. Dicha postura fue demandada y en un futuro cercano la Corte deberá decidir si aplica también para sus magistrados.

una mayor independencia. En segundo lugar, las razones de permanencia en el cargo dejan como causales para iniciar una investigación la comisión de algún delito y las fallas disciplinarias, lo que significa que ni el ejecutivo ni el legislativo pueden iniciar ni desarrollar una investigación contra un magistrado simplemente porque no les gustó el sentido de un fallo, lo cual les da una mayor independencia. Estas facultades y el mecanismo de remoción no se alteraron con la reforma que introdujo la reelección presidencial inmediata, puesto que las causales, el procedimiento y las mayorías siguen siendo las mismas. Sin embargo, el cambio que podría darse en el balance de poder, como ya se dijo, le permitiría al presidente contar con una mayoría en el Senado que le facilitaría la acusación de los magistrados; no obstante, las causales aún son bastante específicas y de difícil configuración, lo que hace poco factible que esto suceda. Además, en Colombia jamás se ha removido a un magistrado de la Corte Constitucional, estabilidad que también constituye una garantía de independencia.

#### **4. Determinación constitucional del número de magistrados**

La Constitución Política únicamente prevé que el número de magistrados de la Corte Constitucional sea impar; es el artículo 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) el que establece que la Corte estará compuesta por nueve magistrados, situación que reduce la garantía de independencia ante el temor de que una nueva ley reduzca el

número y “desbarate” la Corte. Es pertinente aclarar que la norma que establece el número de magistrados es una ley estatutaria y, por consiguiente, no es tan fácil de modificar.<sup>19</sup>

La reelección presidencial inmediata tampoco afectó este elemento institucional. Incluso, si un presidente reelecto llegara a tener mayor poder e influencia sobre el Senado, las exigencias para modificar una ley estatutaria hacen prácticamente imposible un cambio en el número de magistrados. La ley que modifica dicho número igual se tendría que aprobar por una mayoría absoluta en una única legislatura, y pasar el examen de constitucionalidad de la Corte.

#### ***B. Conclusiones sobre la arquitectura institucional colombiana y los efectos de la reelección***

Como se dijo más arriba, la arquitectura institucional es el punto de partida para que un tribunal constitucional pueda tener la suficiente autonomía e independencia para defender la Constitución frente a los actores políticos y otros grupos de interés, y velar porque se garanticen y defiendan los derechos fundamentales de toda la población, sin temor a represalias. En este aspecto la Corte Constitucional colombiana, en principio, cumple con buena parte de los requisitos mínimos para poder ser un tribunal

19 El art. 153 de la Constitución Política establece: “La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto”. Teniendo en cuenta que conseguir la mayoría absoluta en una sola legislatura es bastante complejo y la exigencia de revisión previa de constitucionalidad, es poco probable que una modificación cambiando el número de magistrados establecido en la ley estatutaria pase.

independiente: los magistrados son elegidos mediante un mecanismo en el que participan varios actores tanto políticos como judiciales; el período de estos, en relación con el de quienes los eligen, es escalonado; el proceso de acusación y remoción, si bien no es el más garantista, sí hace poco probable que pueda adelantarse por iniciativa del ejecutivo o el legislativo; y, finalmente, el hecho de que el número de magistrados esté determinado en una ley estatutaria salvaguarda cualquier modificación que pudiera poner en riesgo la autonomía en sus decisiones.

Sin embargo, la introducción de la reelección presidencial inmediata modificó, en buena medida, una parte importante del diseño institucional previsto para garantizar la independencia de la Corte. Aunque se mantiene el mecanismo de selección, de remoción de los magistrados, de determinación del número de ellos y la relación entre su período y el del presidente, sí quedaron expuestos a posibles injerencias del poder ejecutivo, en caso de que algún mandatario, al ser reelegido, gobierne durante más de la mitad de su período con una Corte de la que hagan parte magistrados elegidos de la terna por él enviada, y sobre los cuales pueda ejercer algún grado de influencia. Si bien esto no ocurrió con el segundo período de Álvaro Uribe, en un futuro dicha situación podría darse y poner a tambalear la independencia del poder ejecutivo, que la diferencia y escalonamiento de períodos buscaba asegurar.

Además, es necesario tener en cuenta que, en la práctica, el hecho de que un presidente dure ocho años en el poder puede afectar la indepen-

dencia del tribunal de otras formas, por ejemplo, incidiendo en la rama legislativa por medio de coaliciones para que resulten elegidos magistrados afines a sus intereses (Rodríguez-Raga 2011, p. 65). En la sentencia que declaró constitucional la reelección presidencial, la propia Corte advirtió que esta “permite que la influencia del Presidente se proyecte, eventualmente, durante un período adicional de cuatro años, con todo lo que ello implica sobre su posibilidad de conseguir y mantener adhesiones en términos de gobernabilidad” (sentencia C-1040 de 2005). En esa medida, teniendo en cuenta que un mandato más largo evidentemente le da al presidente mayor poder para influir en la actuación de otros actores, como el Senado de la República, ese aumento en su poder puede llevar a que su influjo se expanda a otros actores. Así, por ejemplo, para un presidente reelegido será más fácil convencer al Senado de que elija a un magistrado cercano a sus intereses. Es claro que el cambio en el balance de poder sí puede afectar de forma indirecta e “informal” el diseño institucional de la Corte previsto en la Constitución, aunque según sus propias palabras “esas modificaciones en la distribución del poder son eventuales” (sentencia C-1040 de 2005).

En conclusión, si bien la reforma constitucional que introdujo la reelección presidencial inmediata puede llegar a tener serias consecuencias para el andamiaje institucional, específicamente para aquellas corporaciones que buscan asegurar la independencia por medio de la diferenciación y el escalonamiento de períodos, estas no se manifestaron de forma directa en

la elección de los magistrados que tuvo lugar durante el segundo mandato del presidente Álvaro Uribe, porque a pesar de que este, faltando un año para finalizar su período debió enviar al Senado las ternas,<sup>20</sup> lo hizo dentro del diseño previsto desde un principio para garantizar la independencia de la Corte.<sup>21</sup> Ahora, no hay que menospreciar el poder e influencia que cuatro años más de poder le dan a un presidente sobre otros actores como el Senado de la República; sin embargo, aunque esto hubiera ocurrido, en las circunstancias en las cuales se dio la elección, no fue algo que modificara el diseño institucional como tal.

Teniendo claro lo anterior, en la siguiente sección se analiza por qué, si los efectos institucionales de la reelección no tuvieron consecuencias directas en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional en el caso que nos ocupa, la opinión pública colombiana tenía la percepción de que esta era una “Corte de bolsillo” de Uribe, que había perdido su independencia.

20 Con la excepción del magistrado Mauricio González Cuervo (2008-2015), que fue elegido con anterioridad de una terna enviada por el presidente para reemplazar al magistrado Álvaro Tafur Galvis (1999-2007).

21 Si otra persona hubiera resultado electa para ejercer como presidente de 2006 a 2010, esta hubiera podido enviar una terna en 2008 y otras dos en el 2009. Es en ese sentido que se afirma que las consecuencias de la reelección presidencial no se evidenciaron en la participación del presidente Álvaro Uribe en la elección de los magistrados de la Corte. Cosa distinta habría sucedido si el reelegido fuera el mandatario del período 2006-2010, en razón a que habría gobernado parte de su primer mandato y la totalidad del segundo con una Corte para la cual había enviado las ternas.

### III. LA ELECCIÓN DE LA TERCERA CORTE Y LA OPINIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

Como se expuso con anterioridad, dentro del contexto particular de la elección de la tercera Corte Constitucional la reelección presidencial no tuvo mayor efecto sobre la estructura institucional prevista para garantizar la independencia de este tribunal. Sin embargo, con motivo del fallo sobre el referendo que permitiría un tercer período de Álvaro Uribe surgieron muchos cuestionamientos al respecto. La opinión pública colombiana consideraba que los magistrados electos de las ternas del ejecutivo hacían de dicha corporación una “Corte de bolsillo” y que lo más probable era que fallara a favor de una segunda reelección presidencial. Por ejemplo, María Jimena Duzán, en su columna de opinión en la revista *Semana*, dijo lo siguiente:

Estos tres magistrados (Pretelt, González y Calle) no sólo le deben su puesto a Uribe, sino que son beneficiarios de la primera reelección, todos ellos fueron postulados luego de que el dueño del Ubérrimo fue reelecto y se rompió el sistema de pesos y contrapesos concebido por la Constitución del 91, el cual establecía para el Presidente períodos de cuatro años, y para los magistrados de las Cortes, de ocho. Una Corte Constitucional marcada por estos episodios difícilmente puede ser una Corte independiente.

(..)

Una Corte sumisa y ciega, como la que tenemos, tan hecha a la medida de las necesidades

del Presidente, es el mejor escenario para avalar la entronización de un régimen autocrático y revestirlo de un ropaje aparentemente constitucional. (Duzán, 2009).

Igualmente, en un reportaje con ocasión de los diecisiete años de la Constitución, el periodista de *Semana*, César Paredes, escribió:

Debido a la segunda reelección, se ha perdido algo de la autonomía de la Corte que había previsto el constituyente. Así, este año, seis de los nueve magistrados terminan su período en la Corte. De los seis, dos serán reemplazados por ternas propuestas por el gobierno. Como ya había nombrado uno, el jefe del Ejecutivo aumentará su injerencia en la Corte de un magistrado a tres. Probablemente a la nueva Corte, renovada casi en su totalidad, le toque decidir sobre temas como las reformas constitucionales que pueden afectar el espíritu de la Constitución del 91, e indiscutiblemente habrá perdido autonomía del Ejecutivo para hacerlo. (Paredes, 2008).

Por su parte, *El Espectador*, periódico de gran circulación nacional, en su editorial del 25 de marzo de 2009 opinó: “Puestas en perspectiva las cosas, es inevitable sentir que la bien ganada reputación de la Corte Constitucional como un ente transparente y autónomo ha quedado en peligro”.

Como muestran los anteriores extractos, tras la elección de la tercera Corte Constitucional, que se dio durante el segundo período del presidente Álvaro Uribe, la opinión pública colombiana tenía una imagen bastante negativa del alto tribunal y consideraba que la reforma que permi-

tió la reelección presidencial había afectado la independencia y autonomía de una de las instituciones más trascendentales para el país. Sin embargo, como ya se explicó, si bien la reelección presidencial puede, bajo otras circunstancias y en un futuro, afectar de forma significativa la independencia de la Corte desde el punto de vista institucional, específicamente en el caso de Álvaro Uribe no tuvo mayores repercusiones. Si eso fue así, ¿por qué se tenía la percepción contraria? ¿Qué fue lo que sucedió durante la elección de los nuevos magistrados para que se pusiera en duda su independencia? En este capítulo se tratarán de responder estos interrogantes buscando entender por qué, a pesar de que la arquitectura institucional en ese momento no se vio afectada, la percepción pública era que la Corte Constitucional dependía del poder ejecutivo.

### **A. La elección de la tercera Corte**

Si se tiene en cuenta que la primera Corte Constitucional, elegida en 1993, debía sesionar hasta el 2001 y la segunda de 2001 a 2009, la tercera Corte debía ser elegida a finales de 2008 para sesionar desde 2009 hasta el 2017. Sin embargo, como algunos magistrados renunciaron antes de que se venciera su período y debieron ser reemplazados en su oportunidad, a finales de 2008 y principios de 2009 se eligieron únicamente seis de los nueve magistrados. Dado que lo que desató la controversia fue la elección de los magistrados ternados por el presidente, el análisis se enfocará concretamente en ellos.

Como se vio anteriormente, los magistrados de la Corte Constitucional son elegidos por el Senado de ternas que envían el Consejo de Estado (3), la Corte Suprema (3) y el presidente de la República (3). Para las elecciones de finales del 2008 cada uno de estos actores debía enviar dos ternas, puesto que en el 2004 había sido elegido Humberto Sierra Porto, de una terna enviada por el Consejo de Estado; en el 2006, Nilson Pinilla Pinilla, de terna enviada por la Corte Suprema; y a finales de 2007, Mauricio González Cuervo, de terna enviada por el presidente de la República.

## 1. La primera terna presidencial

Respecto de la elección de Mauricio González Cuervo, en el 2007, se deben hacer varias precisiones pues desde ese momento fue que se empezó a decir que el ejecutivo estaba tratando de aumentar su influencia en la Corte Constitucional (Lamprea 2010, p. 13). González, quien al momento de ser nominado ejercía como secretario jurídico de Presidencia, integraba junto con Cristina Pardo e Ilva María Hoyos la terna de la que saldría elegido el reemplazo del magistrado Álvaro Tafur Galvis, quien ya había cumplido su período constitucional. El proceso de nominación y elección estuvo acompañado de diferentes sucesos que generaron varias críticas por parte de la opinión pública, y la renuncia de las dos candidatas por considerar que la elección estaba definida previamente y que las estaban “usando” para que el secretario jurídico del presidente pudiera resultar elegido (*Semana*, 20 de enero de 2010; *El Tiempo*, 2007<sup>30</sup>). Según

Cristina Pardo (2007), al ser ternadas se presentaron ante los senadores, y estos les dijeron que había una “orden presidencial” de apoyar a González Cuervo, por lo que consideraron que no tenía sentido que participarían en una elección que ya estaba definida.

Como consecuencia de lo anterior, el presidente conformó una nueva terna en la que volvió a incluir a su secretario jurídico<sup>22</sup> junto con Beatriz María Arango y Mauricio Velázquez, abogados “completamente desconocidos en el mundo jurídico” (Pardo, 2007) y con poca experiencia en temas constitucionales. Lo anterior llevó a que se criticara duramente la nueva terna, y a que se dijera que era una “terna de uno” en donde los otros dos candidatos servían como relleno porque no tenían posibilidades reales de ser elegidos. Esto se evidenció de forma clara en la votación hecha por el Senado: Arango recibió 7 votos, Velázquez 3 y González 67, es decir, el 87% del total.<sup>23</sup> Ante esto, la opinión pública empezó a percibir que el presidente de la República no actuaba de manera transparente y estaba tratando de asegurar magistrados en la Corte cercanos a él, que no se destacaban precisamente por sus capacidades jurídicas o por su

22 La revista *Semana*, en su versión en línea del 15 de agosto de 2007, expresó: “A pesar de las duras declaraciones de las juristas Hoyos y Pardo sobre las irregularidades en el manejo de las elecciones para sustituir al magistrado Álvaro Tafur, el gobierno insistió —en una nueva terna— en postular al secretario jurídico de la presidencia González Cuervo como candidato prioritario”.

23 Si se compara con elecciones anteriores, esta ventaja es bastante significativa. Por ejemplo, en el 2001, Manuel José Cepeda, también de una terna nominada por el gobierno, ganó con el 51% de los votos (obtuvo 51 votos, mientras que los otros dos obtuvieron 42 y 6); Marco Gerardo Monroy Cabra, también de una terna presidencial presentada en el 2001, ganó con el 64% (obtuvo 63 votos, mientras que los demás ternados obtuvieron 22 y 13) (Rubiano, 2009, p. 107).

conocimiento del derecho constitucional, para ejercer poder desde dicho tribunal (*Semana.com*, 15 y 16 de agosto de 2007). Por ejemplo, en su columna de la revista *Semana*, Daniel Coronell (2007) criticó duramente las capacidades y hoja de vida del señor González, y concluyó que poco podía esperarse de dicho magistrado en materia de independencia judicial.

La controversia frente a la elección de este magistrado revivió en 2011 cuando se reveló una conversación entre el entonces secretario jurídico de Presidencia, Mauricio González, y el senador Mario Uribe, primo del presidente, en la que el senador le recomendaba al futuro nominado que para garantizarle su apoyo en la elección, mandaran una “terna limpia”, es decir, en palabras del senador, “que le pongan dos personas que no aspiren y verán que nos ayudan mucho”<sup>24</sup> (*Semana.com*, 5 de marzo de 2011). Según la politóloga Claudia López, este episodio enterró o dejó muy mal parado al mecanismo de ternas previsto por la Constitución del 91, ya que:

Las ternas tienen un sentido donde el Ejecutivo propone y el Senado dispone. El presidente Uribe, en este caso, propuso y dispuso (...) los otros candidatos sólo dieron su nombre para rellenar una lista, saben que no tienen opción, pero quieren hacerle un favor al presidente Uribe. Si la Corte Constitucional se convierte en un ente dependiente al Ejecutivo, es mejor

suprimirla y sincerarse ante la opinión pública (*Semana.com*, 15 de agosto de 2007).

Como se verá más adelante, estas críticas se volvieron a dar con las ternas enviadas por el presidente Uribe a finales del 2008 para reemplazar a los magistrados Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra; en esencia, fue la deficiente —o estratégica— selección de los candidatos y el muy criticable uso de las “ternas de uno” para elegir a los magistrados lo que llevó a que la gente percibiera que la reelección había afectado la independencia de la Corte y que, por consiguiente, el fallo sobre la ley que convocaba a un referendo para que el pueblo aprobara una segunda reelección presidencial iba a ser favorable al gobierno de turno.

## 2. Las otras dos ternas enviadas por Uribe

Luego de la controversial elección de Mauricio González Cuervo se creó Elección Visible, una coalición de trece organizaciones ciudadanas que buscaba vigilar el proceso de elección de los seis magistrados restantes y velar por su transparencia, bajo el argumento de que, por primera vez en la historia de la Corte, se iba a elegir a casi el 70% de los magistrados en un mismo momento (Lamprea, 2010, p. 12). Como lo hizo ver la revista *Cambio*, “La presentación de las ternas ocurrirá en medio de un clima político enrarecido e incierto por cuenta de la eventual presentación del presidente Álvaro Uribe a una segunda reelección, caso en el cual se hace necesario reformar la Constitución Nacional en un acto controlable por la Corte Constitucional” (4 de septiembre de 2008). La preocupación por la

24 La conversación completa puede escucharse en la página web de Noticias Uno, edición del 6 de marzo de 2011: <http://noticiasunolaredindependiente.com/2011/03/06/noticias/las-influencias-del-ex-senador-mario-uribe/>

transparencia del proceso movilizó a la sociedad civil, lo cual no implica que esta hubiera logrado su propósito. Las altas Cortes reaccionaron de forma bastante defensiva frente a las peticiones de Elección Visible, argumentando que exigir que se dieran a conocer públicamente los criterios de selección para las ternas vulneraba de forma grave su independencia como cuerpo judicial (*Semana.com*, s. f.). Sin embargo, como muestra Lamprea (2010), la reticencia de las Cortes a revelar los criterios y el mecanismo de selección para la composición de las ternas pudo responder al temor de que, en un país legalista como Colombia, se pusiera a tambalear la visión de las Cortes como actores objetivos e independientes del contexto político.

La Presidencia de la República no se opuso de forma abierta al propósito de Elección Visible, aunque tampoco participó en el proceso que este buscaba vigilar de forma totalmente transparente. A continuación se analiza el proceso de elección de los magistrados de las dos ternas presentadas por el presidente Uribe a principios del 2009, y se muestra por qué, tanto para Elección Visible como para la opinión pública este volvió a poner en tela de juicio la independencia de la Corte.

Las dos ternas de origen presidencial para reemplazar a los magistrados Cepeda y Monroy se conformaron en marzo de 2009. La de nominados para reemplazar a Manuel José Cepeda estaba compuesta por María Victoria Calle, Zayda Barrero y José Fernando Torres; y para reemplazar a Marco Gerardo Monroy Cabra los candidatos eran Jorge Pretelt, Lida Beatriz Sala-

zar y José Rafael Escandón. Al igual que ocurrió con la terna de que hizo parte Mauricio González Cuervo, estas fueron duramente criticadas por el desconocimiento y falta de capacidad de los nominados en materia constitucional<sup>25</sup> (*Semana*, 21 de marzo de 2009; Orozco Tascón, 24 de marzo de 2009). La mayoría tenía especializaciones en derecho privado y, curiosamente, algún tipo de vínculo con la Universidad Sergio Arboleda. Por ello, la revista *Semana* en su edición del 21 de marzo de 2009 afirmó: “Lo que llama la atención —de las ternas— es que para ocupar un cargo al que en muchos países sólo llegan respetados juristas como premio a una carrera de méritos académicos e intelectuales, sean convocados nombres que en el mejor de los casos bien podrían conformar un excelente bufete de abogados u ocupar altos cargos en el sector privado”.

También se dijo que la elección estaba cuadrada previamente y que resultarían elegidos Pretelt y Calle. Nuevamente se rumoraba que se estaba ante una “terna de uno” en la que los demás nominados servían únicamente como relleno. Es más, se dijo que el mecanismo de selección era el siguiente: desde Presidencia se elegía el candidato, y este rellenaba las ternas con conocidos suyos que no aspiraran a ser elegidos (*Semana*, 25 de marzo de 2009); supuestamente, fue por eso que casi todos los nominados tenían

25 Por ejemplo, en la revista *Semana* del 21 de marzo de 2009 se dijo lo siguiente: “Las ternas que propuso la semana pasada el presidente Álvaro Uribe dejaron sin habla a muchos expertos en la materia. Y no como efecto de una reacción involuntaria de admiración, por el contrario, para cinco constitucionalistas consultados por SEMANA la mayoría de los seis juristas propuestos por Uribe son unos perfectos desconocidos”.

alguna relación con la Universidad Sergio Arboleda: todos se conocían entre sí (*El Espectador*, 24 de marzo de 2009).

Después de una pobre audiencia pública en la que los nominados por Presidencia debían responder preguntas del Senado de la República, y ante el rumor de que la elección estaba cuadrada (*Semana*, 20 de marzo de 2009), Elección Visible emitió un comunicado expresando su preocupación de la siguiente manera: “A la coalición Elección Visible le alarma el rumor de que dos de los candidatos que aspiran a ser magistrados de la Corte Constitucional (Jorge Ignacio Pretelt y María Victoria Calle) ya se encuentran elegidos, situación que nos conduce a pensar que nos encontramos ante las denominadas “Ternas de uno” (Elección Visible, 25 de marzo de 2009).

Además de su paupérrima participación en la audiencia pública, los senadores pidieron adelantarse la elección para el día siguiente, haciendo imposible que la sociedad civil conociera y discutiera sobre las aptitudes de los nominados.

Los resultados fueron los esperados. Pretelt y Calle fueron elegidos por un amplio margen,<sup>26</sup> incluso mayor y más sorprendente que el del magistrado González Cuervo. La definición previa de quienes resultarían elegidos era tan evidente que únicamente Pretelt y Calle asistieron al Senado el día de las votaciones (*Semana*,

26 María Victoria Calle ganó con 74 votos (98% de los votos válidos), Zaida Barrero tuvo un solo voto y José Fernando Torres ninguno. Jorge Pretelt salió elegido con 67 votos (91% de los votos válidos), contra Lida Beatriz Salazar que recibió 7 y José Rafael Escandón que no tuvo ninguno (Rubiano, 2009, p. 132).

25 de marzo de 2009) y, según afirmó Ernesto McCausland en su columna editorial, aparentemente, había papeletas solo con sus nombres (*El Tiempo*, 30 de marzo de 2009).

Nuevamente, los abogados elegidos fueron criticados por su falta de conocimiento en temas constitucionales, el poco reconocimiento profesional y clara afiliación política cercana al gobierno. En términos de la revista *Semana*:

Ninguno tiene una producción académica rigurosa, ni tampoco tiene un doctorado, ni son expertos en Derecho Constitucional o reputados entre sus colegas por su ejercicio profesional, que es lo mínimo que se le debería pedir a un magistrado cuyo papel será vigilar la Constitución y velar porque se respeten los derechos fundamentales de los colombianos (...) Para quienes no entiendan de derecho constitucional les será difícil fallar sobre estos asuntos en derecho, como debe ser; les quedará más fácil decidir según sus afinidades políticas” (25 de marzo de 25).

La elección del magistrado Pretelt se criticó más duramente porque este, en 2004, escribió un libro titulado *Por qué votar Sí al referendo*, y por ello fue visto como una ficha clave del presidente para asegurar una segunda reelección. Calle, por su parte, puso como respaldo en su hoja de vida a discutidos senadores de los partidos de la coalición de gobierno, lo que llevó a asumir que era, igualmente, una ficha más del uribismo puesta en la Corte para respaldar su ambición reeleccionista

Ante esto y la premura del fallo sobre el referendo, importantes figuras como el expresiden-

te Andrés Pastrana empezaron a cuestionar abiertamente la independencia de la Corte. En una entrevista a *El Espectador*, el exmandatario expresó: “Ya sabemos que el Presidente Uribe nombró dos magistrados en la Corte y lógicamente son del bolsillo del Gobierno, y estoy seguro que la ponencia del referendo va a caer en manos de uno de esos dos magistrados” (20 de mayo de 2009).

Igualmente, en una columna editorial de dicho periódico se afirmó lo siguiente: “Esta nueva Corte Constitucional no es la que el país deseaba ni la que se necesita en la hora actual, pues de impartir aprobación a la segunda reelección inmediata, sobre ella pesará la duda fatal de haber obrado para favorecer al mandatario que de una u otra manera intervino en sus nombramientos” (*El Espectador*, 25 de marzo de 2009).

De lo anterior puede deducirse que lo que más molestó a los colombianos fue el mal criterio con el que se conformaron las ternas y la elección de los magistrados acatando un “guiño” presidencial. Si bien es normal que los presidentes postulen personas que conocen y que sean cercanas a sus intereses, estos no pueden desconocer que también cuentan los conocimientos y capacidades de los nominados. Como lo hizo ver Cristina Pardo (2007), “Lo que no es normal es que [el presidente] no tenga en cuenta las calidades profesionales y personales de los ternados. Quien finalmente resulta elegido, debe serlo por sus méritos profesionales y personales y no solamente por su cercanía al presidente. Quienes han llegado sin merecimientos, sienten que le “deben la elección” al

primer mandatario, lo cual hace que sean menos independientes”.

En esencia, la falta de transparencia, “meritocracia” y exigencia de competencia a los nominados llevó a que la sociedad colombiana considerara que la nueva Corte estaba influenciada por el ejecutivo y, en consecuencia, iba a fallar de acuerdo con sus intereses.<sup>27</sup> En general, por el nuevo talante conservador y tradicional de la Corte (La Silla Vacía, 1 de abril de 2009), se pensaba que esta asumiría una postura oficialista, permitiendo una segunda reelección.

### ***B. ¿Una Corte independiente? El fallo del referendo y la grata sorpresa de la opinión pública***

Como se vio, buena parte de la opinión pública daba por sentado que la nueva Corte fallaría a favor de los intereses del ejecutivo, en asuntos tan controversiales para el país como la posibilidad de una segunda reelección. Sin embargo, para sorpresa de muchos, desde los primeros meses de ejercicio de sus funciones se empezaron a ver signos de independencia (*Semana*, 5 de septiembre de 2009). En septiembre de 2009 la Corte declaró inconstitucional el Acto Legislativo 01 de 2008, mediante el cual el gobierno buscaba modificar la Constitución de tal forma que los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad quedaran incorporados de

27 En palabras de Rubiano (2009, p. 134), “El presidente Uribe utilizó su poder nominador para hacer elegir magistrados de bajo perfil y cercanos a sus intereses. En las elecciones de las tres ternas presidenciales no hubo competencia ni meritocracia. Así las cosas, con sus ternas, el presidente parecía haberse asegurado al menos tres magistrados afines políticamente”.

forma automática en la carrera administrativa, obviando el requisito del concurso de méritos.<sup>28</sup> Dicho fallo fue significativo para el futuro de la reelección, y para la percepción en torno a la independencia de la Corte, porque invocó la jurisprudencia de sustitución de la Constitución utilizada por primera vez en 2003,<sup>29</sup> según la cual la Corte tiene facultad para analizar si el Congreso es competente para modificar la Constitución o si, al hacerlo, excede sus funciones “sustituyendo” la Carta y no modificándola. Al decidir de esta manera dio indicios a la opinión pública sobre su independencia<sup>30</sup> y la posibilidad de que el referendo reeleccionista, bajo la misma jurisprudencia, fuese declarado inconstitucional (La Silla Vacía, agosto 28 de 2009). Además, en la sentencia que declaró constitucional la primera reelección ya había dicho que una segunda reelección constituiría una sustitución de la Constitución. Luego del fallo en estudio, se empezó a considerar que había una mayor posibilidad de que la Corte tumbara el referendo.

En efecto, el 26 de febrero de 2010, con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto (proveniente de una terna del Consejo de Estado), la Corte falló en contra de la ley que convocaba al referendo, declarándola inconstitucional tanto por vicios de trámite como por vicios de

fondo, alegando que una segunda reelección inmediata constituía una sustitución de la Constitución<sup>31</sup> (*El Tiempo*, 26 de febrero de 2010). La ponencia tuvo siete votos en contra y dos a favor, correspondientes, como era de esperarse, a los magistrados González y Pretelt,<sup>32</sup> quienes consideraron que el trámite del referendo era constitucional y que se debía convocar al pueblo para que avalara una segunda reelección. Es bastante dicente que los únicos dos magistrados que salvaran su voto fueran los magistrados ternados por el presidente, y si se tiene en cuenta que ante los ojos de la opinión pública estos llegaron a la Corte no por sus capacidades y aptitudes personales sino por su cercanía con el primer mandatario, es bastante fácil entender por qué se pensaba que su voto estaba comprometido desde un principio. En palabras de Cristina Pardo, “es difícil saber si realmente los magistrados compartían la postura mayoritaria de la Corte pero se sintieron o fueron obligados a salvar el voto. Es algo que sólo ellos sabrán”. Si bien pocos saben qué consideraciones tuvo la magistrada María Victoria Calle para votar a favor de la inconstitucionalidad, lo cierto es que “con ello dio muestras de independencia, poniendo de presente que el origen de la postulación no compromete el voto” (2007).

28 Sentencia C-588 de 2009. M. P.: Gabriel Eduardo Mendoza.

29 Sentencia C-501 de 2003. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

30 En La Silla Vacía se publicó un artículo en el que se afirmaba lo siguiente: “La nueva Corte Constitucional comienza a demostrar que quienes la tildaron de ser de bolsillo de Uribe se equivocaron. (...) Con esta decisión, la nueva Corte Constitucional demuestra tres cosas: que no es de bolsillo de Uribe, que respeta el precedente de la Corte anterior y, lo más importante, que cree en la polémica tesis de la sustitución de la Constitución” (agosto 28 de 2009).

31 Sentencia C-141 de 2010. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

32 “A algunos magistrados, como Mauricio González y Jorge Pretelt, les quedará muy difícil sustraerse de apoyar el referendo y así lo han demostrado en la mayoría de sus decisiones recientes. González saltó del círculo más cercano del Presidente, era su secretario jurídico, directo a la Corte. Y en cuanto a Jorge Pretelt, quien escribió el libro Por qué si votar el referendo, el de 2003, es evidente su afinidad con el presidente Uribe, este lo incluyó primero en la terna para Fiscal, y tras fracasar en el intento, le dio una nueva oportunidad en la Corte Constitucional donde salió elegido” (*Semana*, 5 de septiembre de 2009).

A pesar de las dudas en torno a la independencia de estos dos magistrados, la opinión pública consideró que el hecho de que una Corte que había sido tildada “de bolsillo” profiriera un fallo tan contradictorio a los intereses más prominentes del ejecutivo era una clara señal de su fortaleza e independencia. A continuación se citan extractos de noticias y columnas de opinión con reacciones favorables al fallo de la Corte: “Este es un fallo histórico en el que queda claro que en Colombia la independencia del Poder Judicial es un baluarte de nuestra democracia. También demuestra que haber permitido una reelección en el 2005 en ningún momento afectó la independencia judicial ni el sistema de frenos y contra pesos” (*El Tiempo*, 26 de febrero de 2010).

“La Corte es coherente con su jurisprudencia e independiente en el ejercicio de sus funciones. La Corte sale entonces fortalecida, lo cual es bueno para el Estado de derecho en Colombia” (Uprimny, 27 de febrero de 2010).

“Una tercera ganadora es la Corte Constitucional que, desde el principio del controvertido y desgastador proceso, estuvo rodeada de sospechas y prejuicios hasta el punto de que no pocos la descalificaron a priori como “corte de bolsillo”, y que estuvo sometida a todo tipo de presiones, incluso de la propia Casa de Nariño que movió sus fichas hasta el final” (Samper, 27 de febrero de 2010).

De nuevo se comprueba que lo que llevó a la opinión pública a poner en duda la independencia de la nueva Corte no fueron las consecuencias de la reelección presidencial inmediata sobre el

diseño institucional (que no hubieran sido tan fácilmente olvidadas tras el fallo del referendo), sino el uso que el presidente Uribe hizo de su facultad para nominar posibles magistrados de este alto tribunal, específicamente, las “ternas de uno”, la poca calidad de los postulados, la cercanía de los ternados con su ideología política y la falta de transparencia en todo el proceso.

#### IV. CONCLUSIONES FINALES

El análisis realizado ha puesto en evidencia que no fueron las consecuencias de la reelección sobre el diseño institucional lo que llevó a la percepción generalizada de que la Corte no era independiente, sino el abuso por parte del ejecutivo del andamiaje previsto para la elección de los magistrados. La nominación de abogados de bajo perfil, el reiterado uso de “ternas de uno” y la falta de transparencia en la elección fue lo que puso en tela de juicio la independencia del tribunal. Si bien la reelección presidencial inmediata puede propiciar situaciones como esta, por el cambio en el balance de poder que representan cuatro años más de mandato presidencial y la influencia que puede llegar a tener el presidente sobre otros actores como el Senado de la República, sus efectos, por lo menos en el caso que nos ocupa, no recayeron en la estructura institucional estatuida para garantizar la independencia del tribunal. Si Uribe hubiese mantenido la tradición de nominar juristas reconocidos y calificados, con por lo menos algún conocimiento de derecho constitucional, la sociedad, probablemente, no hubiera dudado en tal grado de la independencia de la Corte. En

esa medida, la idea de que fue la reforma constitucional que permitió la reelección la que llevó a que la independencia de la Corte Constitucional fuera puesta en entredicho, no es del todo acertada.

La compleja situación que se vivió en dichas elecciones puso en evidencia algunas debilidades del diseño institucional y amerita algunas reflexiones sobre cómo evitar que algo similar vuelva a suceder. En primer lugar, la escasa exigencia en cuanto a los requisitos requeridos para ser magistrado de la Corte. Si estos fueran mayores, habría una alta posibilidad de que quienes lleguen a ocupar el cargo lo hagan con base en su experiencia profesional, sus capacidades y méritos, y no gracias a un actor en particular al que sienten que le “deben” su elección y, por tanto, dependencia.

En segundo lugar, la necesidad de fomentar, ampliar y ahondar el debate público respecto a los nominados, para que la sociedad y los mismos senadores que son quienes los eligen conozcan su experiencia, capacidades, posiciones y expectativas. Si el debate se amplía y se hace más público, la sociedad civil le dará mayor legitimidad al voto de los senadores; en otros términos, si la ciudadanía sabe que por lo menos se tuvieron en consideración las diferentes posturas y hojas de vida de los candidatos, será menos suspicaz frente a los nuevos magistrados y la independencia de sus fallos. Si las personas nominadas tienen la experiencia y capacidades necesarias para el cargo, y si, además, su elección se hace dentro de un ambiente más competitivo en donde prime el debate público, la

independencia judicial probablemente no será tan altamente cuestionada como en esta ocasión.

En tercer lugar, la falta de mecanismos de veto para las ternas. Si hubiera una figura mediante la cual los otros actores y la sociedad civil pudieran pronunciarse sobre la calidad de los nominados, el equilibrio en la formación y competencia de los ternados o sobre el proceso de selección, se evitarían las ternas de uno.

Magistrados elegidos por sus capacidades y experiencia en medio de un debate competitivo y serio, sea cual sea su posición ideológica y su cercanía con el gobierno, tendrán un mayor margen de maniobra e independencia en sus fallos. Colombia entera espera que sea esto lo que suceda en las próximas elecciones de magistrados para que la Corte pueda mantener su bien ganada reputación.

## Bibliografía

- Arango, R. (3 de diciembre de 2008). *De magistrados y procurador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/columna95965-de-magistrados-y-procurador>
- Bill-Chavez, R. (2003). Informal Institutions and Judicial Politics: How Informal Rules Influence Judicial Autonomy in Latin America. *Informal Institutions in Latin America Conference Kellogg Institute* (págs. 24-25). South Bend: University of Notre Dame.

- Bill-Chavez, R., Ferejohn, J. y Weingast, B. (2011). A Theory of the Politically Independent Judiciary: A Comparative Study of the United States and Argentina. En J. Ríos-Figueroa, *Courts in Latin America* (págs. 219-246). New York: Cambridge University Press.
- Brashear, L. (2006). Judicial Independence: Often cited, Rarely Understood. *Journal of Contemporary Legal Issues*, 15.
- Burbank, S. B. (1999). The Architecture of Judicial Independence. *Southern California Law Review*, 72, 315-351.
- Burbank, S. y Friedman, L. (2002). *Judicial independence at the crossroads: An interdisciplinary approach*. Thousand Oaks: Sage Press.
- Burton, S. J. (1992). *Judging in Good Faith*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cambio. (4 de septiembre de 2008). *Escogencia de seis nuevos magistrados de la Corte Constitucional será vigilada*. Recuperado de <http://www.eleccionvisible.com/index.php/sala-de-prensa-noticias/71-escogencia-de-los-seis-nuevos-magistrados-de-la-corte-constitucional-sera-vigilada>
- Cepeda, M. J. (2007). *Polémicas Constitucionales*. Bogotá: Legis.
- Coronell, D. (4 de agosto de 2007). La terna del doctor Salsa. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/la-terna-del-doctor-salsa/87421-3>
- Corte Constitucional. Sentencia C-501 de 2003. M. P: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005. M. P.: Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M. P: Gabriel Eduardo Mendoza.
- Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010, M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Douglas, R. (1998). Why Governments Opt for Independent Judiciaries. *Law in context*, 15(1), 1-28.
- Duzán, M. J. (23 de mayo de 2009). *Una corte con rodilleras*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/una-corte-rodilleras/103404-3>
- Elección Visible. (25 de marzo de 2009). *Elección Visible ve con preocupación la falta de interés de los Senadores frente a la audiencia pública televisada ayer y los rumores sobre la escogencia previa de dos de los candidatos*. Recuperado de <http://www.eleccionvisible.com/index.php/comunicados-sala-de-prensa/356-eleccion-visible-ve-con-preocupacion-la-falta-de-interes-de-los-senadores-frente-a-la-audiencia-publica-televisada-ayer-y-los-rumores-sobre-la-escogencia-previa-de-dos-de-los-candidatos>

- El Espectador. (3 de septiembre de 2008). *Por una elección visible de la Corte Constitucional*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/columna-una-eleccion-visible-de-corte-constitucional>
- El Espectador. (5 de septiembre de 2008). A Zarpazos. Columna de Ramiro Bejarano.
- El Espectador. (24 de marzo de 2009). Magistrados a la carta. Artículo de Cecilia Orozco tascón. Recuperado de <http://www.elespectador.com/-magistrados-carta>
- El Espectador. (25 de marzo de 2009). *La nueva Corte Constitucional*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo131136-nueva-corte-constitucional>
- El Espectador. (20 de mayo de 2009). *Estudio de referendo llegará a un magistrado de 'bolsillo'*. Artículo de Germán darío Espejo. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo141756-estudio-del-referendo-llegara-un-magistrado-de-bolsillo>
- El Espectador. (30 de marzo de 2009). *No votes por mí*. Columna de opinión de Ernesto McCausland. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3380577>
- El Espectador. (27 de febrero de 2010). *Un fallo esperanzador*. Columna de Alejandro Gaviria
- El Tiempo. (13 de agosto de 2007). *Renunciaron dos candidatas de terna para elegir magistrados de la Corte Constitucional*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3679207>
- El Tiempo. (28 de agosto de 2007). *Mauricio González, secretario jurídico del presidente, es nuevo magistrado de Corte Constitucional*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3698325>
- El Tiempo. (25 de noviembre de 2008). *Relevos en la Corte*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4687486>
- El Tiempo. (26 de febrero de 2010). *'Se demostró la independencia del Poder Judicial': Manuel José Cepeda*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7309689>
- El Tiempo. (26 de febrero de 2010). *La Corte Constitucional le dijo 'no' al referendo reeleccionista: Era Uribe terminará el 7 de agosto*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7304227>
- Epstein, L., Knight, J. y Shvetsova, O. (1998). *The Choices Justices Make*. Washington, D. C.: Congressional Quarterly Press.
- Epstein, L., Knight, J. y Shvetsova, O. (2001). Comparing Judicial Selection Systems. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 10(7), 7-36.
- Epstein, L., Knight, J. y Shvetsova, O. (2002). Selecting Selection Systems. En S. Burbank y B. Friedman, *Judicial Independence at the Cros-*

- sroads: Interdisciplinary Approach*. Thousand Oaks: Sage Press.
- Espejo, G. (20 de mayo de 2009). *Estudio de referendo llegará a magistrado de "bolsillo"*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo141756-estudio-del-referendo-llegara-un-magistrado-de-bolsillo>
- Feld, L. y Voigt, S. (2003). Economic Growth and Judicial Independence: Cross-Country Evidence Using a New set of Indicators. *European Journal of Political Economy*, 19, 497-527.
- Ferejohn, J. (2002). Judicializing Politics Politicizing Law. *Law and contemporary problems*, 65(3), 41-68.
- Ferejohn, J. y Kramer, L. (2002). Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint. *NYU Law Review*, 77, 962-1039.
- Ferejohn J. y Kramer L. (2006) Judicial Independence in a democracy: Institutionalizing Judicial Restraint. En J. Drobak (eds.), *Norms and the Law*. New York: Cambridge University Press.
- Ferejohn, J. y Pasquino, P. (2003). Rule of Democracy and Rule of Law. En J. M. Pzeworski, *Democracy and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press.
- Ferreres Comella, V. (2004). Constitutional Structures and Institutional Design. The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism. *University of Texas Law Review*, 82(7), 1705-1736.
- Fisher, W., Horowitz, M. y Reed, T. (1993). *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press.
- García Villegas, M. (2009). Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de Derecho, 2002-2009 (introducción). En M. García Villegas y J. E. Revelo Revollo, *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de Derecho, 2002-2009* (págs. 9-14). Bogotá: DeJusticia.
- Garoupa, N. y Ginsburg, T. (2009). Guarding the Guardian: Judicial Councils and Judicial Independence. *American Journal of Comparative Law*, 57.
- Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press.
- Greenwalt, K. (1992). *Law and Objectivity*. New York: Oxford University Press.
- Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (2011). *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press.
- Helmke, G. y Staton, J. (2011). The Puzzling Judicial Politics of Latin America: A Theory of Litigation, Judicial Decisions and Interbranch Conflict. En G. Helmke, *Courts in Latin America* (p. 306-331). New York: Cambridge University Press.

- Kapiszewski, D. y Taylor, M. (2008). Doing Courts Justice? Studying Judicial. *Perspectives on Politics*, 6(4), 741-767.
- Kornhauser, L. A. (2002). Is Judicial Independence a Useful Concept? In S. Burbank y B. Friedman, *Judicial Independence at the Crossroads: Interdisciplinary Approach* (págs. 45-55). Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- La Silla Vacía. (1 de abril de 2009). La nueva Corte es más conservadora que la anterior y de menor perfil. Pero no es de bolsillo de Uribe. Recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/la-nueva-corte-es-mas-conservadora-que-la-anterior-y-de-menor-perfil-pero-no-es-de-bolsillo>
- La Silla Vacía. (28 de agosto de 2009). La Corte Constitucional tomó ayer una decisión que será trascendental para el futuro del referendo reeleccionista. Recuperado de <http://www.lasillavacia.com/historia/4013>
- Lamprea, E. (2010). When Accountability Meets Judicial Independence: A Case Study of the Colombian Constitutional Court's Nominations. *Global Jurist*, 10(1).
- Lara Borges, L., Castagnola, A. y Pérez-Liñan, A. (2010). *Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina 1900-2009*. Ponencia presentada en Latin America Studies Association. Toronto, 6-9 de octubre.
- León, J. (28 de agosto de 2009). *La Corte Constitucional tomó ayer una decisión que será trascendental para el futuro del referendo reeleccionista*. Recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/4013>
- Malleson, K. y Russell, P. H. (2006). *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*. Toronto: University of Toronto Press.
- Markovits, R. (1998). *Matters of Principle: Legitimate Legal Argument and Constitutional Interpretation*. New York: New York University Press.
- McCausland, E. (30 de marzo de 2009). *No votes por mí*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3380577>
- Montoya, A. (2011). *Si no vas al Senado no te eligen Magistrado: la elección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado 1992-2009*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Mueller, D. C. (1999). Fundamental Issues in Constitutional Reform: With Special References to Latin America and the United States. *Constitutional Political Economy*, 10, 119-148.
- Navia, P. y Ríos-Figueroa, J. (2005). The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America. *Comparative Political Studies*, 32(2).
- Orozco Tascón, C. (24 de marzo de 2009). *Magistrados a la carta*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/columna130500-magistrados-carta>

- Pardo, C. (4 de noviembre de 2007). Entrevista personal realizada por H. Durán.
- Paredes, C. (8 de julio de 2008). *Los hijos de la Constitución del 91*. Recuperado de <http://www.semana.com/on-line/articulo/los-hijos-constitucion-del-91/93806-3>
- Paredes, C. (20 de enero de 2010). *Así es el nuevo presidente de la Corte*. Recuperado de <http://www.semana.com/politica/articulo/asi-nuevo-presidente-corte-constitucional/112143-3>
- Pérez Liñán, A. y Castagnola, A. (2011). *Institutional Design and External Independence: Assessing Judicial Apointments in Latin America*. Seattle: APSA Annual Meeting Paper.
- Ríos-Figueroa, J. (2011). Institutions for Constitutional Justice in Latin America. En G. Helmke y J. Ríos-Figueroa, *Courts in Latin America* (pp. 27-54). New York: Cambridge University Press.
- Rodríguez-Raga, J. C. (2011). *Strategic Prudence in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006*. Pittsburgh: University of Pittsburgh.
- Rosenberg, G. (1991). *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- Rubiano, S. (2009). La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En M. García Villegas y J. E. Revelo Rebolledo, *Mayorías sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia* (págs. 84-145). Bogotá: DeJusticia.
- Samper, M. E. (27 de febrero de 2010). *Se acabó el reinado*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/columna190136-se-acabo-el-reinado>
- Segal, J. A. (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press.
- Segal, J. y Spaeth, H. (1993). *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York: Cambridge University Press.
- Semana.com. (s. f.). *Otra terna de uno*. Recuperado de <http://m.semana.com/economia/articulo/otra-terna/106490-3>
- Semana.com. (s. f.). *Consejo de Estado torpedea veeduría de elección de magistrados a la Corte Constitucional*. Recuperado de <http://m.semana.com/politica/articulo/consejo-estado-torpedea-veeduria-eleccion-magistrados-corte-constitucional/95541-3>
- Semana. (15 de agosto de 2007). *A pesar de la controversia, el gobierno da una nueva terna para la Corte: vuelve a incluir al "elegido"*. Recuperado de <http://m.semana.com/on-line/articulo/pesar-controversia-gobierno-da-nueva-terna-para-corte-vuelve-incluir-elegido/87642-3>
- Semana (16 de agosto de 2007). *El Presidente me puso en la terna para que fuese un juez imparcial*. Recuperado de <http://www.semana.com/politica/articulo/el-presidente-me-puso-en-la-terna-para-que-fuese-un-juez-imparcial/87642-3>

na.com/on-line/articulo/el-presidente-pusoterna-para-fuese-juez-imparcial-tengo-cumplirle/87646-3

Semana. (20 de marzo de 2009). *Marcado sesgo en candidatos de Uribe a la Constitucional*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/marcado-sesgo-candidatos-uribe-constitucional/101219-3>

Semana (21 de marzo de 2009). *Cambio extremo en la Corte*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/cambio-extremo-corte/101291-3>

Semana. (25 de marzo de 2009). *Eligen dos nuevos magistrados a la Corte Constitucional*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/eligen-dos-nuevos-magistrados-corte-constitucional/101389-3>

Semana. (5 de septiembre de 2009). *¿Cómo va a votar la Corte?* Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/como-va-votar-corte/107071-3>

Semana. (5 de marzo de 2011). *Mario Uribe habría influido en elección de magistrado de la*

*Corte Constitucional*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/mario-uribe-habria-influido-eleccion-magistrado-corte-constitucional/236480-3>

Spiller, P. y Gelly, R. (1990). A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the “State Farm” and “Grove City Cases”. *Journal of Law, Economics and Organization*, 6(2), 263-300.

Ungar, E. (3 de septiembre de 2008). *Por una elección visible de la Corte Constitucional*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/columna-una-eleccion-visible-de-corte-constitucional>

Uprimny, R. (2007). Judicialization of Politics in Colombia: cases, merits and risks. *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos*, (6), 53-69.

Uprimny, R. (27 de febrero de 2010). *La Corte Constitucional como garante de la democracia*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/columna190596-corte-constitucional-garante-de-democracia>