

Acceso a la justicia, regulación y colegiación de los abogados: relaciones*

David Teleki Ayala (Colombia)**

Recibido: 4 de abril de 2015 • Revisado: 4 de mayo de 2015

Aprobado: 20 de mayo de 2015

Resumen

Este documento pretende analizar las consecuencias jurídicas por la ausencia de una regulación efectiva, amplia y determinada de la profesión de abogado (así como la inexistencia de una colegiación general, obligatoria y reglada), en el marco de la afectación del acceso a la justicia, visto este como derecho fundamental, pilar ético-político del Estado social y democrático de derecho y como parte del núcleo esencial de otros derechos esenciales como el debido proceso y la igualdad. En este sentido, el problema de investigación a resolver es si se afecta al derecho de acceso a la justicia por la ausencia de una colegiatura de los abogados en Colombia.

Para tal efecto, trataremos de determinar qué entendemos por derecho subjetivo y la naturaleza que reviste en dicho contexto el acceso a la justicia. Luego, intentaremos delimitar o tratar de conformar los rasgos esenciales y diferenciables del derecho fundamental de acceso a la justicia; seguidamente a través de situaciones concretas de la actividad procesal damos alcance a la necesidad de la existencia de una regulación legal clara, determinante y efectiva (que incluya una colegiación obligatoria), como condición necesaria de la realización del acceso a la justicia, esto con base en determinar cuál es y ha sido la función de una regulación legal de la profesión

*El artículo es producción académica del proyecto de investigación “La colegiatura de los abogados”, el cual está inscrito en la línea de investigación de Derecho Público de la Corporación Universitaria Republicana (CUR). El citado proyecto es financiado por la Corporación Universitaria Republicana (CUR), y hace parte de los proyectos institucionales de la mencionada academia.

**Abogado de la Universidad Externado de Colombia, profesor de la Corporación Universitaria Republicana (CUR). Especialista en Derecho y nuevas tecnologías de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de cursos doctorales en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Correo electrónico: dteleki55@hotmail.com

de abogado y una colegiación obligatoria, y su pretendida importancia e interés para la efectividad del derecho de acceso a la justicia de la ciudadanía en general. Sostenemos que un abogado no agremiado, desprotegido y sin un organismo que capacite, desarrolle el control ético y ejerza control al profesional litigante, hace nugatorios los derechos humanos en el marco de la actividad judicial, en especial el acceso a la justicia, que en dichas condiciones es un mero enunciado.

Palabras clave: colegiatura, abogados, acceso a la justicia, derechos subjetivos, debido proceso.

ACCESS TO JUSTICE AND REGULATION AND LICENSING OF LAWYERS: RELATIONS

Abstract

This paper aims to analyze the legal consequences from the absence of an effective, comprehensive and specific regulation of the legal profession (as well as the lack of a comprehensive and compulsory formal licensing), as part of an effect on access to justice, saw this as a fundamental right of social and political ethics and democratic rule of law pillar as part of the core of other essential rights such as due process and equality. In this sense, the research problem to be solved is if it affects the right of access to justice by the absence of a fellowship of lawyers in Colombia.

To that end, we try to determine what we mean by nature subjective right and lining in that context access to justice. Then we try to define or try to shape the essential and distinguishable features of the fundamental right of access to justice; then through concrete situations of judicial activity outreach we need for the existence of a clear, decisive and effective legal regulation (including a mandatory membership), as prerequisite for the realization of access to justice, this basis in determining what is and has been the function of a legal regulation of the legal profession and compulsory membership, and its alleged importance and interest for the realization of the right of access to justice for the general public. We hold that a non-unionized, unprotected without a body trained lawyer, develop ethical control and exercise control to professional litigant, makes nullifying human rights in the context of judicial activity, particularly access to justice, in such conditions is a mere statement.

Keywords: Bar, lawyers, access to justice, individual rights, due process.

ACESSO À JUSTIÇA E REGULAÇÃO E AFILIAÇÃO DOS ADVOGADOS: RELAÇÕES

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar as consequências jurídicas entre a ausência de uma regulação efetiva, ampla e determinada da profissão de advogado (bem como a falta de uma afiliação geral, obrigatória e regrada), no quadro da afecção do acesso à justiça, visto isto como um direito fundamental, pilar ético-político do Estado social e democrático de direito e como parte do núcleo essencial de outros direitos essenciais, tais como o devido processo legal e a igualdade. Neste sentido, o problema de pesquisa a ser resolvido é se e afetado o direito de acesso à justiça pela ausência de uma associação de advogados na Colômbia.

Para esse fim, tentamos determinar o que entendemos por direito subjetivo e a natureza que encerra nesse contexto o acesso à justiça. Logo, tentaremos definir ou tentar conformar as características essenciais e distintivas do direito fundamental de acesso à justiça; em seguida, através de situações concretas da atividade processual conseguimos chegar à necessidade da existência de uma regulamentação legal, clara, determinante e eficaz (que incluía uma afiliação obrigatória), como requisito necessário para a realização do acesso à justiça, isto baseado em determinar do que é e tem sido a função de uma regulamentação legal da profissão de advogado e uma afiliação obrigatória, e sua pretendida importância e interesse para a efetividade do direito de acesso à justiça da cidadania em geral. Sustentamos que um advogado não sindicalizado, desprotegido e sem um organismo que o treine, desenvolva o controle ético e exerça controle ao profissional litigante, torna sem valor os direitos humanos no contexto da atividade judicial, em especial o acesso à justiça, que em tais condições é uma mera declaração.

Palavras-chave: Afiliação, advogados, acesso à justiça, direitos subjetivos, devido processo.

Introducción

La pregunta concreta que nos hacemos es: si la profesión de abogado, sin una regulación y asociación garantizada por el Estado, afecta en grave forma el acceso a la justicia, ya sea desde cualquiera de las aristas propuestas: como pilar del Estado

democrático y constitucional de derecho, como derecho fundamental o como parte del núcleo de otros derechos esenciales.

Cabe advertir que estamos ante una de las lagunas más amplias del derecho, ya desde la propia legislación pues hay enorme vacío en el marco jurídico del control a la abogacía y una ausencia innegable de estudios científicos o investigaciones profundas de la profesión de abogado, que en el mundo entero crece a pasos agigantados por cuestiones como la globalización, la expansión universal de los derechos y de los mecanismos de protección (democratización y pluralismos posteriores a las dos guerras mundiales, la guerra de Vietnam, las bombas atómicas, etc.).

Es menester que existan registros, estadísticas, datos, cifras, balances, perspectivas, estudios históricos, estadísticas sobre edades (de actividad, retiro, etc.), universidades, preparación educativa o académica, lugares de práctica, formas de ejercicio, controles, y en definitiva de sus aspectos más relevantes. Y esa ausencia de una atención debida, es un olvido imperdonable porque centraliza la atención del Estado en los operadores judiciales, pero abandona uno de los pilares de la actividad de la Administración Pública: al abogado o representante judicial de la parte.

No hay estudios consecuentes en Colombia (me limito a mi propia experiencia), así como tampoco una regulación efectiva. Entre otras cosas nos preguntamos, qué van a poder regular los legisladores si es que no conocen en su práctica a la abogacía (la mayoría de los políticos y funcionarios son abogados de título, pero mínima proporción ha ejercido en los tribunales). Tampoco existe interés demostrable del Estado-Gobierno por influir en leyes o concebir políticas con relación a la profesión de abogado. Digamos desde ahora que una tímida y aséptica normatividad de deberes, faltas y sanciones no constituye una regulación eficaz y viable a la realización del acceso a la justicia como derecho fundamental. Dicha regulación deberá reunir unas características acordes con los valores democráticos (Ley 1123 del 2007. Código Disciplinario del Abogado. Colombia).

Derechos subjetivos

Entendemos que el derecho solo se concibe entre individuos, y que el derecho solo se ocupa en su integridad de relaciones entre individuos, no entre personas y cosas. El derecho es una construcción humana cuyo propósito es viabilizar y hacer posible la convivencia pacífica. Para ello nos apoyaremos en los argumentos expuestos por el profesor Luis Javier Moreno Ortiz, que resume en buena medida

lo expuesto por Robert Alexy en su teoría de los derechos fundamentales (Alexy, 2000, p.11). No habría entonces ningún derecho en relación con las cosas, puesto que cuando se hablase de los Derechos Reales en verdad el asunto se restringiría a expresar que se tiene un derecho en relación con todos los individuos *in genere* y por ende se trata de una vinculación de diversos contenidos que hacen referencia a una cosa (el detentador del derecho puede ejercerlo al disponer y los demás deben abstenerse de toda conducta que implique afectación o desconocimiento). En el fondo todo derecho es personal. “Los derechos no son fines en sí mismos, sino que cumplen un papel de medios de los que se sirven las personas a lo largo de su existencia” (Ortiz, 2000, p. 5) y como es sabido, es necesario de toda la gama de derechos determinar una especie de jerarquía o gradación (clasificación). La clasificación que se adopte influye básicamente en cuanto a) a las condiciones de otorgamiento y reconocimiento de los derechos (por ejemplo: el derecho a la vida debe ser reconocido incondicionalmente a toda persona; b) a la posibilidad de establecer restricciones a los derechos (que respecto del contenido esencial de los derechos vitales sería casi absolutamente nula); c) a las circunstancias en que pueda considerarse que se está abusando de los derechos, y d) a las formas o mecanismos de protección idóneos para asegurar que sean respetados los derechos (Ibídem, p. 9), para ir de unos esenciales, existenciales, vitales; hasta unos convenientes, apropiados, ventajosos o beneficiosos. De allí surge todo lo relativo a los interrogantes básicos, esto es: quién es detentador del derecho y en qué circunstancias (cómo); asimismo los límites y el abuso de los derechos, e igualmente sus posibilidades de protección estatal. Acudimos a las dimensiones expuestas en la teoría jurídica (Alexy): la analítica, la empírica y la normativa, o lo que es lo mismo: los principios y conceptos estructurales del derecho, las leyes y decisiones particulares y la crítica de la práctica jurídica:

Las tres dimensiones coexisten en el tiempo, es decir: unas necesitan de las otras para lograr una aproximación integral a lo que es jurídico. Las cuestiones analíticas, empíricas y normativas son necesarias para lograr formar un juicio jurídico que pretenda o aspire a ser correcto ante unas circunstancias dadas sobre la base de un derecho positivo. El conocimiento del derecho positivamente válido es tarea de la dimensión empírica. El material dotado de autoridad obtenible en la dimensión empírica (Derecho Positivo) no basta, en todos los casos más o menos problemáticos, para fundamentar vinculadamente el juicio jurídico concreto de deber ser.

Ello hace necesario recurrir a valoraciones adicionales y así, a la dimensión normativa. Presupuesto de la racionalidad de toda ciencia es la claridad conceptual, la no contradicción y la coherencia (Alexy, p. 14).

Se considera que para lograr una concreción al menos aproximada de lo que es un derecho subjetivo, es necesario hacer uso de todas las dimensiones expuestas para dar cuenta de una respuesta al menos satisfactoria; en este propósito es como se encuentra que es necesario entender que **para que exista el derecho, no basta con una simple y formal denominación ritual y vacía de la existencia del mismo** (los derechos no son tanto en sí mismos, como en sus modos de efectividad), esto es, en efecto hay derechos de simple nominación sin contenido más allá de su propia literalidad y valiendo por sí mismos, sin la existencia de mecanismos de efectividad y protección que den realidad práctica a sus predicados lingüísticos.

El profesor Ricardo Rabinovich prevé que:

Con la palabra derechos, que tiene otros significados más, cuando se la usa como adjetivo como humanos, reales, propios, principales, paternos, etc., se suele hacer referencia al poder que alguna persona (o un conjunto de ellas) tiene, para exigir una o varias conductas de parte de otras. Pero no se trata de un poder fundado en la propia fuerza o medios (te puedo matar porque tengo un arma), sino en la aceptación de la comunidad. Al extremo de que, si la conducta en cuestión no es cumplida, el titular del derecho (quien tiene ese derecho, decimos metafóricamente) podría ir ante quien en esa comunidad estuviera encargado de expresar la voluntad social (juez, magistrado, cacique, funcionario, anciano, general, jefe de la banda de ladrones, etc.) y exigir que quien debía cumplir esa conducta la cumpla. O en todo caso, si eso no fuera posible, que se realice otra conducta, dada o respaldada por la comunidad: que sufra un castigo, que pague una indemnización, etc. (Rabinovich, 2013, p. 32).

Para definir los derechos subjetivos a la luz de la dimensión normativa a que nos estamos plegando, es menester entender que ella envuelve dos clase de análisis: por una parte, un ámbito ético-filosófico y por el otro una cuestión dogmática. O lo que es lo mismo se habrá de preguntar por qué las personas tienen derechos, y cuáles son sus derechos. En el primer caso se formulará la cuestión a nivel universal

(cualquier sistema), en el segundo caso el cuestionamiento será en un sistema particular (dogmático): 1) hay una norma que otorga un derecho, pero no sabemos si se aplica al caso; o 2) se aplica al caso pero confiere un derecho subjetivo. Para el primer asunto la solución es básica acudiendo al contenido de la norma y elaborando un trabajo de simple deducción; para lo segundo el examen lógico se agota, es inútil y se debe entonces acudir a otro tipo de análisis para lograr una solución. Una de las mejores soluciones fue planteada por Kant en sus obras *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, *La metafísica de las costumbres* y en la *Crítica de la razón práctica*, quien consideraba que a) las personas tienen derechos en razón de que son sujetos morales, es decir, seres que son un fin en sí mismos y no un mero medio al servicio de un fin externo; b) que las personas tienen todos los derechos de los demás bajo una ley universal de libertad. Cada arbitrio puede realizar, valga decir: tiene derecho a aquello que sea compatible con la libertad (los arbitrios) de los demás bajo una ley universal de libertad (Ibídem, p. 19). Se forman así varias cuestiones problemáticas (en concreto en la dimensión analítica):

La determinación significativa entre normas y posición, es decir, aquellas relaciones que dependen de predicados diádicos (expresan propiedades de algo) o triádicos: A tiene frente a B un derecho a C. De aquí surge una anticipada conclusión y es que existen obviamente las razones para los derechos subjetivos (el porqué de los mismos); la concepción de los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos, todo hasta llegar a la conformación de diversos ángulos de observación: “los enunciados sobre razones para los derechos” y los enunciados sobre los derechos mismos, así como enunciados sobre derechos y enunciados sobre la protección de los derechos que terminan siendo derechos en sí mismos. O lo que es peor, llevar a la pregunta de si un derecho sin protección es realmente un derecho (Ibídem, p. 25).

Particularmente se considera que la clasificación de Alexy es un notable esfuerzo intelectual que pretende, al menos así parece, establecer con cierta claridad unos límites entre lo que es el derecho subjetivo propiamente dicho, lo son las razones que lo sustentan y lo que es su capacidad jurídica de imponerse. Aun desde la perspectiva de los medios y los fines, un derecho sin mecanismos de protección y efectividad sería algo así como un medio para ningún fin, pues el derecho subjetivo quedaría librado a la buena voluntad del destinatario de una acción u omisión (contenido) (Ibídem, p. 35). Se erige una constante relacional entre detentadores de derechos, contenidos de los derechos y destinatarios de los derechos: para el primero son las

personas, para los segundos los contenidos o conductas (hacer, no hacer), para el tercer caso el Estado o los particulares. Derechos de carácter negativo y derechos de carácter positivo o prestacional, o lo que es lo mismo “derechos de defensa” (abstenciones) o actividades.

Para las acciones negativas se consideran los siguientes aspectos: que no se impida u obstaculice el ejercicio de un derecho, o que el Estado no “afecte determinadas propiedades o situaciones; que el Estado no elimine posiciones jurídicas del titular (Ibídem, p. 39). Para sintetizar tenemos que estas acciones negativas por su naturaleza de abstenciones son referidas a que el Estado permita que las acciones humanas se realicen sin talanqueras, que no se elimine, coarte o limite sin justificación una acción determinada.

La contrapartida de estas omisiones son las acciones positivas como cargas prestacionales sin las cuales el derecho y su efectividad se hacen nugatorios en igual sentido. Acá en las acciones positivas se necesita una intervención del Estado que en las acciones negativas se proscribe.

El acceso a la justicia

En Colombia normativamente se encuentra definido el acceso a la justicia en el preámbulo, artículo 2, 228, 29 y 229: se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Nos encontramos frente a un derecho fundamental por razón de su aprehensión científica a través de tres postulados: se trata de un eje neurálgico del Estado Constitucional y democrático¹ de Derecho, esto es, uno de sus pilares fundacionales. En segunda medida nos encontramos frente a un derecho subjetivo realizable de cara al Estado y tercero, la evidente conexión entre el acceso a la justicia y otros derechos fundamentales, en tanto son la plena realización de su carácter jurídico (una acción que se deja librada a la voluntad del destinatario es un mero ruego sin capacidad de efectividad, llámese esta coerción como centro vital de la naturaleza intrínseca del derecho).

¹ Atendidas estas premissas, Estado que nao garantir a via judiciaria, impondo soluções aos conflictos por ato próprio, nao pode, evidentemente, ser qualificado como Estado democrático (Alves, p. 99).

Desde el origen de los sistemas constitucionales, es indispensable la presencia de una distribución de las funciones del Estado (principio de separación de poderes) y encontramos que ya sea desde la propia antigüedad se justifica la necesidad de la existencia de un órgano, autoridad, magistrado, rey o juez que decidiera las cuestiones problemáticas del derecho. O lo que es lo mismo, que las comunidades humanas no perviven si no cuentan con mecanismos de justicia, modos de acceso y posibilidad de definir a los operadores de la justicia. La convivencia pacífica entre los hombres requiere de mecanismos o instrumentos adecuados para evitar la justicia por propia mano y la ley del más fuerte (el estado salvaje y caótico). Es imposible la realización de los valores ideales del Estado Constitucional y democrático si no se cuenta con instituciones a las que se pueda acceder para solucionar los conflictos (digamos una autoridad o ente supraindividual). Dicha garantías y al propio tiempo derecho (mecanismo de protección y derecho subjetivo) que se vincula de manera íntima con el concepto de humanidad, “implica que no se pudiera pensar siquiera a un ser humano que no tuviera esas prerrogativas. Un hombre o una mujer sin ellas (esos derechos o garantías), entonces, estaría privado de su humanidad”, sin ir más lejos se trata de derechos esenciales en tanto hace o constituye la naturaleza de las cosas, sin las cuales, por ende, la cosa no es o se transforma en otra.

El acceso a la administración de justicia es un derecho fundamental cuyo alcance no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados. Su núcleo esencial reside en la certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión (Corte Constitucional Colombiana, sentencia C- 084 de 1995).

No basta, así las cosas, con la existencia apenas constatable de unos órganos por ley competentes para decidir una especie de conflicto (según la conformación de una estructura burocrática que reciba las demandas) sino que es menester para no afectar el núcleo o la esencialidad del acceso a la justicia, que la demanda a más de ser recibida la súplica o libelo tramitado, que se haga conforme a las reglas propias del juicio (debido proceso) y que tenga como finalidad alcanzar el grado de una determinación que desate el conflicto con prontitud y razones jurídicas que *legitimen* la actuación del Estado. La Corte ha afirmado que el derecho de acceder a la administración de justicia es un derecho fundamental, cuyo alcance no puede

concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados, puesto que su esencia reside en la certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión. (Corte Constitucional, Sentencia C-1027 de 2002). Se hacen visibles la imparcialidad, el ajuste del juez a las pruebas vertidas y a las normas que se disponen para subsumir el caso (sustanciales y procesales); una conducta judicial material que defienda valores superiores del orden jurídico, que se escuche y permita el debate entre las partes, que genere condiciones para que dicho debate se dé en situaciones de plena igualdad material y que se haga con prontitud, ponderación, razonabilidad, racionalidad, y sea una actividad (judicial) óptima (que las decisiones judiciales se cumplan, no se dilaten o se dejen a la mera voluntad de los individuos. (Corte Constitucional, Sentencia T-172 de 1994) para alcanzar los fines supraindividuales de la convivencia pacífica y el bien común. El marco de todo es la dignidad humana, como presupuesto de cada derecho fundamental frente al Estado.

Es claro que el acceso a la justicia no significa, la simple presencia muda y pasiva de las partes, sino la posibilidad concreta de utilizar plenamente todos los instrumentos enderezados a hacer conocer del fallador los intereses y derechos en conflicto sobre los cuales habrá de producir su decisión (Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1992).

La Corte Constitucional ha considerado que el acceso a la administración de justicia requiere, para que en efecto tenga utilidad, de un sistema jurídico que contemple en un momento procesal definitivo en el que, con certeza, las resoluciones que se profieran sean aptas para la concreción de los derechos. Pero, además, implica que los jueces vayan resolviendo los asuntos puestos a su consideración de tal modo que, evacuados los que se definen, puedan prestar atención a nuevos procesos. Los pleitos interminables acaparan y obstaculizan el aparato judicial y por lo tanto impiden a otras personas acceder a la administración de justicia, causando simultáneamente daño al interés general (Sentencia Corte Constitucional C-543 de 1992).

Así las cosas, se vislumbran actos negativos o acciones negativas del Estado, así como acciones positivas en torno del acceso a la Justicia. Para las primeras valdrá como ejemplo el que no se impida por ningún medio la realización de las demandas ante el Estado, teniendo como corolario el deber de elevar demandas superfluas (o confusas, con ánimo de congestión y entorpecimiento de la labor judicial). La Constitución Política consagra, como fundamental, el “derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia” (CP, art. 229). La garantía de acceso a la justicia allí sentada, supone de una parte la remoción de barreras culturales, económicas, geográficas o administrativas para el ejercicio del derecho de acción ante la organización judicial. De otra parte, supone también la realización del derecho a la resolución justa y oportuna de conflictos de intereses jurídicamente tutelados.

El derecho de acceso a la justicia (CP, art. 229) ha sido cualificado como derecho a una justicia pronta. La propia Constitución, en relación con las actuaciones judiciales, alude a “un debido proceso público sin dilaciones injustificadas” (CP, 29); y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra los principios de “celeridad” y “eficiencia” (L. 270/96, arts. 4 y 7), según los cuales la administración de justicia debe ser “pronta y cumplida” como “eficiente” o “diligente en la sustanciación de los asuntos a su cargo”, respectivamente. La oportunidad de la función pública de administración de justicia, se concreta en el cumplimiento perentorio y estricto de los “términos procesales” por los funcionarios judiciales (CP, 228; L. 270/96, art. 7) (Corte Constitucional, Sentencia C-334 de 2012).

Al Estado le corresponde no crear (por ejemplo) normas que limiten en forma injustificada o discriminen sin fundamento a unos individuos frente a otros en sus posibilidades de acción. La creación de barreras insalvables como tasas de cobros elevadas (requisito previo a la interposición de una demanda), o requisitos que afecten la igualdad y el debido proceso por ser normas inconstitucionales estarían proscritas.

A los individuos se les advierte que no deben poner en funcionamiento el aparato del Estado con intereses mezquinos para burlar a la administración de justicia ya que simplemente extienden el conflicto, no lo desatan ni solucionan (fines nocivos): demandas inocuas, carentes de sentido y temerarias verbi gracia. Este determinado núcleo del derecho es irreductible, no puede aminorarse, aun y a pesar de la inevitabilidad de restricciones o controles a los derechos (ya sea por marco de condiciones de regulación de procedimiento, ora por cuenta de contenidos o conductas, así como con necesidad de evitar los abusos de los derechos).

Manifestaciones del acceso a la justicia, condiciones de viabilidad y efectividad. Límites del acceso a la justicia y el ejercicio de la profesión de abogado

La presencia del abogado como soporte y manifestación del acceso a la justicia es indiscutido. Ello por cuanto es sabido que los abogados representan a los actores del proceso, a sus protagonistas las partes y por ende su labor de gestión va acompañada de la posibilidad de que en el proceso personalmente acuda solo el abogado como representante judicial.

El abogado, cuando la ley lo impone (como sucede con el 80 % de las causas), es una necesidad del propio sistema, y por ende condición y manifestación del acceso a la justicia. Posibilita el derecho, y forma parte del mismo. Por ende, de sus condiciones, calidades y prácticas es que depende en buena proporción que el acceso a la justicia siga siendo en su realidad práctica un pilar del sistema, un derecho fundamental y el núcleo de otros derechos superiores.

El incumplimiento de los principios éticos que informan la profesión de abogado implica también riesgos sociales que ameritan el control y la regulación legislativa, tanto más en cuanto tal intervención se encuentra explícitamente autorizada por la propia Carta Política. El ejercicio inadecuado o irresponsable de la profesión de abogado pone en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales, como la honra, la intimidad, el buen nombre, el derecho de petición, el derecho a la defensa y, especialmente, el acceso a la administración de justicia, así como la vigencia de principios constitucionales que deben guiar la función jurisdiccional, como son la eficacia, la celeridad y la buena fe (Corte Constitucional, Sentencia C-884 de 2007).

Una vez que justificamos la importancia otorgada a la profesión desde la propia esencia del acceso a la justicia, es que se reclama que su regulación debe ser adecuada para controlar, disciplinar, educar ética y académicamente, así como fomentar su crecimiento en beneficio del bien general y no tanto de los intereses privados. Lastimosamente tenemos la presencia de dos herencias jurídicas y por ende dos visiones diferentes de los abogados, mezcladas a la suerte de las circunstancias en nuestra paupérrima regulación. Por una parte, una inspiración de libre mercado proveniente del mundo anglosajón, y por el otro una serie de controles éticos ineficaces pero centralizados en la figura del Estado que reclama para sus individuos el seguimiento del interés general y el bien común (visión continental europea). No

existen controles en el campo económico (honorarios), y los que existen apenas se refieren a una disciplina cargada de desconocimientos de las realidades cotidianas de los abogados por tratarse de leyes elaboradas por personas que no tienen la más mínima idea de lo que comprende y significa el litigio, lo cual imposibilita la asociación efectiva, la agremiación y la configuración de un interés de grupo. Eso conlleva a órganos apáticos y simples sancionadores que no promueven la prosperidad de los abogados porque no es respecto de sus pares que ejercen dicho control disciplinario. No existen entonces políticas de mejoramiento de la profesión y su función exclusiva es castigar. Así las cosas, no existe unidad de criterios entre abogados y judicatura en relación con los intereses, fines y medios de la profesión de abogado, y se incrementa su falta de capacitación, su participación en la toma de decisiones frente a los miembros del grupo de abogados y su afectación del acceso a la justicia por incrementar las formas en que los abogados pueden transformarse en dilatadores, picapleitos y causa de congestión en la administración de justicia por sus recursos litigiosos impertinentes, infundados o temerarios.

Decimos que el acceso a la justicia de las personas es un derecho fundamental, pero limitado como es que reconocemos que no existe ningún derecho absoluto. De aquí la necesidad de una regulación de la abogacía, de sus condiciones, actividad, deberes y derechos de representación judicial y como grupo, ya que en virtud del derecho de asociación puede agremiarse y edificar políticas en beneficio de sus integrantes. Dejar al garete a la profesión, solo disciplinada por quien no la conoce, no la entiende, no la ha sufrido, no la ha practicado, es tanto como regular sobre médicos sin saber si la medicina es una ciencia o apenas una práctica. En esto influye el interés de los abogados como grupo, su afectación de vida (peligros comunes), mismos estímulos y fines compartidos en una actividad determinada. el cual puede ser reclamado a través de la conformación de sindicatos o agremiaciones, empero se hace necesario que el Estado a través de la legislación incentive la creación de organizaciones que eduquen y disciplinen a sus abogados con miras a su mejoría de condiciones de vida. Alguien que no es abogado, como los miembros del Consejo Superior de la Judicatura Colombiana (organismo judicial encargado por la C. N. del control disciplinario de los abogados en la instancia que la ley determine, aunque a la fecha la ley ha determinado que es en dos instancias), no le interesa nada más que cumplir el código de disciplina y crea disconformidades y contradicciones profundas que impiden la prosperidad de los abogados como grupo identificable.

El acceso a la justicia reclama de abogados, ya no hablemos genéricamente de los sujetos del proceso, que con ponderación, criterio y ética afincada y sentida como legítima (por provenir de sus pares), accionen ante la justicia buscando una solución del conflicto, en un tiempo razonable y sin interponer obstáculos o cortapisas a la actividad del Estado. La disciplina, entonces, en su realidad proviene más de su aceptación o reconocimiento que del deber-ser (norma). El derecho de acceso a la administración de justicia sufriría grave distorsión en su verdadero significado si, como lo desean los demandantes, este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie. Semejante concepción conduciría a la parálisis absoluta del aparato encargado de administrar justicia. Implícitamente supondría además la exoneración del individuo de toda ética de compromiso con la buena marcha de la justicia y, con su prestación recta y eficaz. Y en fin, el sacrificio de la colectividad, al prevalecer el interés particular sobre el general (Corte Constitucional, Sentencia C-351 de 1994).

Esto antes expresado por el lado de la interiorización de la disciplina y la amplitud de los controles, pues la justicia de los pares opera entre iguales para efectivizar precisamente el arraigo de los valores en el individuo a través de sus intereses de grupo. Una disciplina impuesta y ejercida por otros que no pertenecen al grupo, genera disociación y disconformidad, así como sentida deslegitimación. Ahora bien, ya en lo que se refiere a las regulaciones debemos señalar lo siguiente: el hecho de una necesidad de regulación no impide referir la autonomía y la independencia, pues así las cosas no se reclama de regímenes autárquicos que no se encuentren bajo el control del Estado en aspectos referidos más al interés general. Es el modelo francés de regulación y control:

Así pues, si bien la abogacía es una organización independiente, el Estado francés interviene para regular su funcionamiento y para formular sus propias reglas internas (por ejemplo a propósito de los modos de elección de los representantes de la profesión y de la defensa jurídica de oficio o de las fusiones con otras profesiones jurídicas. No solo eso, la organización profesional de los abogados ejerce un control estricto del ingreso a la profesión y del ejercicio de la abogacía (Villegas, 2010, p. 15).

La figura francesa del *batonnier* (o similar, llámese decano también) y la imposición de filtros académicos para quienes desean ejercer como abogados (en definitiva se entiende como abogado a quien litiga o aboga, los demás son profesores,

funcionarios, la colegiación impide que se genere la denominada puerta giratoria de magistrados a abogados, sin más requisitos que un periodo corto de tiempo. Esta puerta giratoria, hemos visto, es fuente de corrupción, en fin, licenciados o profesionales del derecho): podría ser una especie diplomado, maestría o curso para abogacía necesarios en el marco de una colegiatura o agremiación de pares que controle, discipline y forme a los abogados. La maestría (requisito que se sustenta una vez se terminan los 5 años de carrera en la universidad en España) para litigar profesionaliza al litigante, lo forma en el arte de intervenir en los litigios, en hacer más eficaz su discurso o argumentación (oral o escrita), en crear conceptos y valores éticos sólidos por su permanente recordación por su propio gremio y no por extraños.

Se impide que se desempolva la tarjeta profesional (documento de identidad del abogado) para acudir a demandar en espacios desconocidos, que no le son familiares, a la ciega prácticamente, sin práctica antecedente y se restringe el acceso a la litigación de solo los que posean dichas condiciones: es verdad que no todos los profesionales del derecho pueden y quieren litigar ante tribunales. Sabemos que existen simples consultores, funcionarios de carrera, profesionales del derecho que se dedican al comercio, a las artes, a otros oficios, así como profesores e investigadores que no tienen el litigio como su forma de vida. Estas palabras están dirigidas obviamente al abogado.

Aparte de la academia básica del derecho, el abogado debe tener otras condiciones diferentes al mero conocimiento de la ley. Se construye sentido de pertenencia con la agremiación y se dan las condiciones para que mediante esa solidaridad gremial se piense en la búsqueda del bien común, en el interés de la justicia. Es el compromiso del grupo al que cualquiera que pertenezca no puede ser inferior. Estamos hablando de evitar los juicios dilatados, los juicios temerarios, las acciones fallidas y la actividad desprovista de controles efectivos que afecta el acceso a la justicia por hacer prevalecer el interés particular sobre el general, los causidici: verbosos, gesticulantes, inconcluyentes y vanidosos, que convertían una pequeña causa en cuestión de estado y de un asunto mísero sacaban buena ocasión para hacer rimbombantes discursos (Ibídem, p. 299). Colegios, asociaciones obligatorias, barras que sean academias complejas y permanentes de los abogados en la ética, y de la misma manera funjan como su bastión gremial (su defensa) de defensa y respaldo, a fin de evitar esa soledad en las que nos hallamos los litigantes. Sin nadie que eleve siquiera una queja o reclamo ante el atropello de las autoridades que en muchas ocasiones abusan de sus facultades correccionales. Se han visto casos

de abogados detenidos por simple capricho del servidor que a veces usa de sus poderes en audiencia para minar la confianza del togado ya sea desacreditándolo o poniéndolo en ridículo frente a su cliente; se ha sabido de que han llegado hasta recomendar cambio de abogado (obvio, cuando no es del gusto de ciertos jueces y fiscales inescrupulosos). Las quejas de abogados son generalizadas: se interrumpe al abogado para hacerle perder su concentración, se le ridiculiza frente a su cliente, se le detiene o priva de su libertad por causas de difícil explicación, en fin, una serie de actos que hacen vulnerable la actividad del abogado, convirtiéndola en “profesión de alto riesgo”. Se refieren por los operadores judiciales actos dilatorios cuando se trata del ejercicio de los recursos legales, y siempre se le mira con recelo y desconfianza al litigante en sus acciones de gestión.

Esa ausencia de compromiso moral y ético con la administración de justicia, de la que tanto se quejan los jueces y fiscales, es posible evitarla con una agrupación que tenga entre sus facultades la disciplina y el control, así como la capacitación ética de los abogados para contribuir a que la justicia sea ágil y oportuna, así como se equilibren las cargas procesales, el respeto se haga una constante para todos los sujetos o intervinientes. En este sentido la regulación debe estar dirigida a las universidades, a la seriedad de los programas educativos (la especialización no está solucionando la necesidad de la capacitación ética), de sus compromisos institucionales con los valores del Estado Social y democrático de Derecho.

Ahora bien, debemos decir que las posibilidades positivas de la agrupación abogadil son: la protección de las facultades del abogado en el desempeño de su representación judicial, así como la consolidación de la imparcialidad y la actividad judicial legítima. Un gremio y por ende una regulación eficaz y amplia, también se impide el abuso y la arbitrariedad, puesto que se reclama de sus intereses de grupo protección que redunde en garantía de la igualdad y el debido proceso, equiparar cargas entre las partes. Impedir discriminaciones injustificadas a las posiciones y actos de los sujetos procesales. Impedir que el abogado sea la presa más fácil del sistema es objetivo primordial de la regulación y la asociación. Desde la citada perspectiva viene a colación la importancia de la protección, la garantía de una representación de grupo en proteger a uno de sus miembros y que se puedan al menos reclamar las garantías del abogado en el desempeño de su oficio: jueces que no dejan hablar, que atropellan al abogado, que humillan a los togados, que los encaran con sus clientes, jueces que alevosamente pueden encarcelar a un abogado y con ello vulnerar seriamente el acceso a la justicia.

Si el abogado es afectado en su ejercicio, el representado lo será en forma coetánea, y por ende toda obstaculización de la actividad del abogado es una acción positiva de intervención atentatoria de la garantía del acceso a la justicia (de la misma manera no realizar conductas prestacionales de proporcionar medios para la eficaz intervención del abogado), pues recordemos, el núcleo del acceso a la justicia no se reconduce a la simple presencia física del togado.

Debe permitírsele al abogado actuar en forma libre (obviamente según el imperativo categórico Kantiano. Sin un gremio que esté para proteger o apoyar al abogado, la situación es la que lamentablemente estamos padeciendo en Colombia: abogados silenciados, encarcelados, muertos, eliminados de la profesión con sanciones arbitrarias, o burlados. ¿Esto no afecta inexorablemente el acceso a la justicia? La respuesta es positiva.

El debate constitucional (colegios de abogado y libertad de asociación)

En última instancia y dicho sea con el mayor respeto a todos los profesionales y profesiones, hay colegios de colegios. Una cosa es un colegio de bacteriología, de evidente interés científico y sanitario, pero que no configura la existencia de un Estado de Derecho, cuya creación fue lo que motivó la sentencia de la Corte Constitucional de 1994. Y otra la creación de un colegio de abogados, que responde a razones de orden público e interés social consustanciales a la propia existencia del Estado de Derecho, como ya hemos expuesto.

Es decir, nada impide que uno o varios profesionales, al amparo del artículo 38 de la Constitución se constituyan en una asociación o colegio voluntario, como de hecho así ha venido haciéndose. Pero tampoco nada impide que el Estado, por razones de interés público, que ya hemos expuesto cuando de abogados se trata, pueda condicionar el ejercicio de la profesión de abogado a la pertenencia a un colegio nacional obligatorio.

Obligación que, dicho sea de paso, en nada afecta, disminuye o restringe el derecho constitucional de los abogados integrantes del colegio para asociarse voluntariamente para cuantas otras actividades deseen. Incluso en el seno del propio colegio. A título de ejemplo, en el colegio de abogados de Zaragoza, al que pertenece el autor del informe, coexisten 16 asociaciones voluntarias de abogados que se

benefician de la infraestructura que les facilita el colegio, pero que son autónomas en su funcionamiento. La mayoría asociaciones de abogados por especialidades para tratar problemas comunes a su modalidad de ejercicio profesional, pero también deportivas, culturales y musicales.

En cuanto al otro aspecto de la libertad de asociación que mencionaba la ponencia, el aspecto negativo del derecho a no asociarse, tal derecho decae cuando se trata de condiciones legales para ejercer una actividad profesional. En conclusión, no vemos que la creación de un colegio profesional obligatorio de abogados al amparo del artículo 26 de la Constitución, viole en forma alguna el derecho a la libertad personal de asociación del artículo 38.

Dos principales escollos presenta el proyecto de ley de la colegiatura, expuestos de manera concreta a fin de ser solucionados por tratarse en nuestra opinión de un cuestionamiento que es superable a través de una consideración global de los fines y sentidos de la colegiatura. El primero de ellos tiene que ver con una eventual violación del derecho fundamental de libre asociación y que en el pasado ya fue expuesto como criterio determinante del archivo de proyecto de ley que aspiraba a la creación de la colegiatura obligatoria. El segundo se relaciona con la naturaleza de la ley que cree el colegio nacional de abogados, y poder concretar su trámite específico ante el Congreso de la República.

Haciendo un poco de historia sobre los antecedentes que en el pasado se han expuesto como tentativas inacabadas o improprias por modificar el régimen disciplinario de los abogados, digamos así nuestro código de ética y las autoridades encargadas de la disciplina o salvaguarda de los códigos deontológicos, se citan los siguientes: proyecto de ley No. 015 de 2008, Cámara “por el cual se crea la colegiatura de abogados”, presentado a consideración del Congreso de la República por el doctor Fabio Valencia Cossio como Ministro del Interior y de Justicia. Se sostuvo que con este, el legislador sobrepasaría su competencia al disponer aspectos que solo pueden ser del resorte de los particulares y en este sentido, al hacerlo, pudiera desconocer y por contera vulnerar el derecho de asociación al que hacen referencia los artículos 26, 38 y 103 de la Constitución Política de Colombia. Así presentada la situación, podemos afirmar que la constante de oposición a la colegiatura obligatoria deviene soportada exclusivamente en una interpretación marco del derecho de asociación, recurriéndose a jurisprudencia de la Corte Constitucional en desarrollo del alcance e interpretación del artículo 38 de la Carta Política, ya que se sostiene por los contradictores al proyecto que dichas asociaciones no pueden tener origen en la ley y

que los colegios fundan su naturaleza en la voluntad de los individuos, siendo que toda restricción, imposición o limitación devendría en una afectación del derecho de libre asociación en que concurren dos manifestaciones: libertad para afiliarse (positiva) y libertad de decidir si continúa o no se afilia según sus propios intereses.

En la Sentencia C-226/94, sostuvo la Corte Constitucional que:

A pesar de la eventualidad de la asunción de funciones públicas de los colegios profesionales por expreso mandato legal, no debe olvidarse que su origen parte de una iniciativa de personas particulares que ejercen una profesión y quieren asociarse. **Son los particulares y no el Estado quien determina el nacimiento de un colegio profesional, pues este es eminentemente un desarrollo del derecho de asociación contenido en el artículo 38 del Estatuto Superior y como tal, es necesario considerar que la decisión de asociarse debe partir de los elementos sociales y no de un ser extraño a ellos** (Fuente en negrilla como énfasis del autor).

En esta ocasión la Corte estudió la constitucionalidad de una ley que creaba el Colegio Nacional de Bacteriología, la cual fue declarada inexecutable en atención a que:

Se había producido un desplazamiento arbitrario de la persona competente para realizar la creación del antecitado colegio por parte del legislador, el cual asume una función de naturaleza particular, sin encontrarse habilitado para ello y por tanto, se ha violado el artículo 38 de la Constitución. En efecto, siendo los colegios profesionales entidades no estatales –a pesar de que puedan ejercer determinadas funciones públicas–, no corresponde a la ley crear directamente tales colegios puesto que ellos son una expresión del derecho de asociación, que por esencia es social pero no estatal (Fuente en negrilla como énfasis del autor).

Acerca de la libertad de asociación y sus manifestaciones anotadas se hace hincapié en la Sentencia C-492/96 que reza:

Ahora bien, en lo que respecta a las asociaciones de profesionales, la posibilidad de fundarlas o de adherir a ellas es libre, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 38 de la Constitución y, según las directrices jurisprudenciales, el Estado no puede establecer sanciones para quien, según su autónomo criterio, decida no

asociarse, lo cual, sin embargo, no se opone a la exigencia que pueda hacer la ley – por cuanto se refiere a la idoneidad del ejercicio profesional– de obtener el respaldo de colegios o asociaciones de profesionales en el ramo para asumir determinadas responsabilidades concretas que puedan repercutir a nivel social.

Se agrega además que la ley, o mejor, el Congreso de la República no puede indicar de manera directa la necesidad de la afiliación a una determinada asociación, o indicar una preferencia necesaria para desequilibrar el derecho de igualdad de que gozan todas las asociaciones. Sobre el particular, en formales peticiones de archivo de los proyectos, específicamente el 015 del 2008 que la Sentencia C-964/99 advierte:

(...) El origen de los colegios profesionales parte de la iniciativa privada, pues “en términos generales son los particulares y no el Estado a la luz de la actual Constitución, quienes determinan el nacimiento de un colegio profesional, pues esta tarea es eminentemente el desarrollo del artículo 38 de la Carta”. Por consiguiente, es de la esencia de los colegios profesionales, la integración voluntaria de personas que desempeñan una labor cualificada (...).

Se ha sostenido que la creación de una colegiatura obligatoria es manifestación de una forma retrograda de limitación al ejercicio de las profesiones que se reconocen como liberales, así como que afectan gravemente el derecho de libre asociación. En efecto, se ha sostenido que a partir de la eliminación de los costos medievales, esto es, talanqueras o cercenamientos de la libertad de asociación y de comercio, imprimen un retroceso de los derechos que se desarrollaron con el pensamiento liberal del siglo XVIII que dio al traste con los impedimentos de orden gubernamental que son ajenos al sistema capitalista, configurando que toda suerte de cortapisas constituyen intervención indebida en los asuntos privados. Así las cosas, tenemos en nuestro país la opinión de doctrinantes que ven con malos ojos la colegiatura obligatoria por ser una negación directa de los principios democráticos liberales que acabaron con el antiguo régimen de restricciones.

Finalmente, se asevera que todo proyecto de colegiatura obligatoria agrede varios derechos fundamentales como corolario del derecho a la libre asociación reseñado: derecho al trabajo al impedir el ejercicio de la profesión bajo el entendido de una

afiliación obligatoria, así como que se torna la competencia en desequilibrada y restrictiva, evidencia de una regresión a un Estado paternalista.

La tradición de otros países no ha sido ajena a este debate, que obviamente ha oscilado invariablemente entre la obligatoriedad de la colegiatura, y la veneración al principio de libre asociación entendido casi siempre como un derecho de orden absoluto, plegados a criterios liberales clásicos que en pocas ocasiones hacen referencia al denominado interés público. Veamos.

Es sabido que en Francia, Italia y Alemania, las agremiaciones son la muestra de un avance importante hacia la estructuración de organismos puente entre el Estado y los particulares, con la posibilidad legal y constitucional de la atribución de funciones públicas. Así las cosas su desarrollo ha ido de la mano con un nuevo entendimiento del derecho de libre asociación, entendida desde la perspectiva de una relativización de los derechos fundamentales y su ascendiente prestigio. Se les conoce como entidades intermedias, “mediatizadoras de las relaciones entre el Estado y los individuos”, con un estatus especial a nivel jurídico y político. Bueno, entendemos que parte del éxito de estas asociaciones es su evolución, pasando de una negación absoluta a una necesidad imperiosa a medida que se mitigaron los pilares esenciales del liberalismo clásico en el que el Estado no intervenía en forma alguna en las libertades básicas. En Francia, existen dos fallos importantes que a nivel jurisprudencial destacaron la naturaleza de las colegiaturas obligatorias en tanto se afirmó se trata de asociaciones de derecho privado con misiones de servicio público administrativo: *Arrets Magnier* del 13 de enero de 1961 y *Centre d'études marines*, avances del 7 de diciembre de 1984.

Como Francia, Italia igualmente se inclinó hace ya bastante tiempo sobre la necesidad de delegar a estas organizaciones determinadas funciones públicas, y la absoluta compatibilidad entre la colegiatura obligatoria y el derecho de libre asociación. En Italia hay que decir que dicho debate al menos hasta el presente se apoya en la constitucionalidad de diversas asociaciones que imprimen la obligatoriedad al asumir un servicio público por delegación: colegio de periodistas del 23 de marzo de 1968; asociación de control de la combustión del 5 de febrero de 1975 y la asociación Italiana de autores y editores del 3 de abril de 1968. En Alemania el debate ha sido igualmente intenso para determinar si la colegiatura obligatoria es compatible con el derecho de libre asociación, pero a la fecha se ha admitido su convivencia en el contexto constitucional.

En Argentina la situación es paradigmática, en tanto existía una tradición jurisprudencial arraigada entre 1922 a 1957 en donde se imponía una concepción amplia del poder de policía, para de allí derivar la posibilidad de reglamentación y limitación de los derechos civiles bajo la égida de un ajuste a los patrones de moralidad, salud y orden público, seguridad y bienestar general. Se citan los fallos Ercolano c Lanteri de Renshaw de 1922 e Inchauspe c Junta Nal de carnes de 1944. Quizás, lo que se debe reseñar es que hasta el año 1945 la situación había sido pacífica, sin embargo, a través del fallo Sogga Constantino de octubre 29 de 1945 todo cambia. En esta última decisión el criterio filosófico se altera para desvaloración de toda suerte de reglamentación o asociación obligatoria a colegios profesionales. Se concluyó que se había violado el artículo 14 de la constitución argentina al establecerse que era condición para el ejercicio de la profesión la afiliación obligada a un colegio de abogados de Santiago del Estero. En el año de 1985 se creó la ley 23187 que establecía la colegiatura obligatoria para los abogados de la Capital federal de Buenos Aires. Como era de esperarse y con base en la sentencia Sogga Constantino, la demanda de inconstitucionalidad no se hizo esperar. Se sostenía igualmente que el ejercicio de ese poder de policía de la ley 23187 era absoluto, puesto que los títulos universitarios se otorgaban con carácter habilitante y no meramente de constancia académica.

La corte da respuesta negativa a esta solicitud de inexequibilidad, al advertir que de siempre, y a pesar de fallos anteriores, el Estado mantenía la potestad de reglamentar las profesiones denominadas liberales, sin que ello fuera contrario al espíritu de la Carta Política Argentina, más si se atendía a la función social de la abogacía y que la razonabilidad de la reglamentación venía dada por la necesidad imperiosa de aprestigiar a la profesión de abogado, dotarla de altura y prestigio mediante la intervención decidida o activa de los togados en elevar el nivel ético de los profesionales del derecho, lo cual se traduce en que se hace imperiosa la delegación de funciones de control y vigilancia a quienes por derecho están llamados a ennoblecer a la abogacía.

Advirtió igualmente que los colegios de abogados no son asociaciones meramente privadas, sino que son de carácter público y cumplen así fines públicos que originalmente corresponden al Estado. No habrá entonces una especie de vínculo de asociación, sino sujeción a unos objetivos públicos estatales. Es un asunto de utilidad general y no simplemente expresión de la libre asociación.

La otra arista de esta compleja situación se relaciona con la naturaleza de las funciones de dichos colegios de abogados, y es que en efecto se trata de una

manifestación de la descentralización del Estado a fin de poder cumplir cabalmente con el interés general, otorgando funciones que en el pasado eran de su exclusividad para alentar la eliminación del aparato burocrático estatal propiamente dicho. Los colegios son entidades de consulta y participación en asuntos de orden general, atinentes a la comunidad en general como es el control de la profesión de abogado, así como su mejoramiento con fundamento en la participación democrática de sus colegiados.

Así las cosas, no se trata de simple asociación, sino expresión de la participación ciudadana en la toma de decisiones y el cumplimiento de los fines del Estado. Debe destacarse que el demandante propició la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual estableció en punto de la libertad de asociación presuntamente vulnerada por la colegiatura obligatoria que: como se adujo la violación del artículo 16 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, puesto que los colegios de abogados, en especial el creado con la citada ley 23187 era una entidad de derecho público, que por su naturaleza jurídica y las atribuciones que la ley le otorga, ejerce funciones delegadas del poder público para el control de la legalidad del ejercicio de la profesión de abogado y que por ende hace parte del poder de policía del Estado para regular y controlar el ejercicio de las profesiones.

Es decir, forma parte del Estado y tiene profunda raigambre democrática. Al no ser obligatoria la vinculación con un colegio de abogados se terminaría violando el principio de igualdad frente a la ley, si dejase el Estado el cumplimiento de determinados objetivos superiores a la voluntad o capricho de los particulares. La esencia de la asociación privada es que nace a iniciativa de los particulares y su vinculación es libre, sin coacción alguna, puesto que no cumplen funciones públicas de ninguna especie. Los colegios de abogados, con afiliación obligatoria, por delegación de funciones públicas es un deber, no una potestad. Es del caso resaltar que idéntica postura tiene República Dominicana, que a través de su Tribunal Constitucional determinó la solución al problema sobre los cimientos de la naturaleza de esta colegiatura obligatoria:

Pero en el contexto de la facultad de libre asociación que está configurada en el artículo 47 de nuestra constitución, se hace preciso determinar si estamos ante una corporación de derecho público o de derecho privado. Las corporaciones de derecho público están definidas como aquellas entidades autónomas que representan

los intereses de ciertos sectores sociales ante los poderes públicos y desempeñan funciones públicas de ordenación de dicho sector; mientras que las corporaciones de derecho privado son consideradas como establecimientos fundados y regidos por particulares, que actúan a veces bajo la vigilancia y con el permiso de la administración, pero sin ninguna delegación del poder público. En lo atinente a las corporaciones de derecho público, cabe destacar que la definición dada en el párrafo anterior le otorga a estas entidades una doble dimensión, las cuales, por un lado, tienen base privada, al estar constituidas con el fin de representar y defender los intereses de un determinado colectivo; y, por el otro, tienen al mismo tiempo una dimensión pública determinada por el ejercicio de funciones públicas administrativas, las cuales le otorgan una naturaleza propia similar a los órganos de la Administración Pública, por el ámbito propio de su actividad, la cual lo acerca a la esfera del derecho administrativo.

(...) De tales atribuciones se desprende que el Colegio de Abogados de la República Dominicana no es una asociación que se integra con la adición libre y espontánea de cada uno de sus miembros, sino que, como bien lo dispone la ley que lo crea, es una corporación con fines públicos, que originalmente pertenecen al Estado, y que este, por delegación circunstanciada, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matriculación y el régimen disciplinario de todos los abogados de la República.

(...) En consecuencia, la colegiación constituye una necesidad para lograr un verdadero control sobre el ejercicio profesional, específicamente en profesiones de libre ejercicio como es la abogacía. Sobre este punto han resuelto otros tribunales constitucionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y han determinado que la obligatoriedad de la colegiación no es violatoria de los derechos de libre asociación ni de libertad de trabajo. En efecto, el principal objeto de la colegiación debe ser garantizar el acceso efectivo a la justicia para los individuos, específicamente en cuanto a la labor que corresponde a los abogados encargados de representar a las partes en conflicto ante el tribunal, dado que estos profesionales cumplen con la importante misión de plantear el conflicto ante el juez y alegarle los elementos necesarios para que pueda tomar una decisión. Por ello, de su buen actuar pudiera depender que el juez imparta justicia.

La consecución de los fines que han sido delegados en el Colegio de Abogados de la República Dominicana dependerá de que este desempeñe, efectivamente, las funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran. A tono con lo anterior, se precisa señalar que los colegios profesionales constituyen una típica especie de corporación, reconocida por el Estado, dirigida no solo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión, lo cual constituye un servicio al común de indudable interés público, se ajuste a las normas o reglas que aseguren, tanto la eficacia, como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, por otra parte, ya ha garantizado en principio el Estado con la expedición del exequátur (Sentencia TC/0163/13 del 16 de septiembre del 2013).

Citamos por último a México, país que se encuentra en una fase de reformas generales de su sistema judicial, generándose idéntica crítica por la presunta violación del derecho de asociación.

En Colombia, el proyecto de reforma que fracasó en el año 2011, establecía la eliminación del Consejo Superior de la Judicatura para ser sustituido por el Consejo Superior Judicial para entregarle la administración de la rama judicial, todo con la dirección de un gerente. De igual manera, propuso la creación del Colegio Nacional de Abogados y la asignación de la potestad disciplinaria de los abogados., y le atribuyó como funciones el mantener el registro nacional de abogados.

Desde 1988 se había presentado un proyecto de ley similar, el cual llegó a ser aprobado por el legislativo pero fue objetado por el Gobierno Nacional debido a razones de inconveniencia (aspectos presupuestales).

En el 2002 se presentó el Proyecto 059, que tampoco prosperó, y luego, un año después se volvió a insistir con el 15 de 2003, que correría la misma suerte, ya que este último en informe especial fue archivado por supuestamente contrariar los artículos 26 y 38 de la C.N.

Reza el artículo 26 de la Constitución de Colombia de 1991:

Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La Ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellos que impliquen un riesgo social. Las profesiones

legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. Las estructuras internas y el funcionamiento de estos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Podemos advertir lo siguiente:

- a. Ningún derecho es absoluto, como se pretende sustentar por los ponentes del archivo del proyecto citado, puesto que el pacto social que establece la Constitución demanda la necesidad de una convivencia pacífica y armónica en interés superior y para garantizar la efectividad de los derechos y las garantías. Al menos así lo establece el artículo 2 de la Constitución. La libertad no es una patente de corso que permita abstraer de controles sobre todo en materias tan sensibles como la del ejercicio de la profesión de abogado con todas sus implicaciones sociales y políticas. El Derecho impone las restricciones a los derechos para darle preponderancia a los intereses generales de la comunidad.
- b. Por otra parte, el segundo párrafo enfatiza que: “Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en Colegios”. Véase que la Constitución habla de “las profesiones”, no de los profesionales. Esto implica que es el Estado el llamado para establecer los requisitos para poder ejercer una profesión y que está habilitado para organizar las profesiones mediante colegios.

En apoyo de este planteamiento debe ser referido el artículo 103 de la propia Constitución:

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales... sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Conclusiones

Acceder a la justicia como derecho fundamental es un asunto que compromete la efectividad e integralidad de los derechos. No basta con permitir a un individuo

la elevación de pretensiones frente al Estado o los particulares si no se le brindan herramientas idóneas para que se aliente la igualdad de armas como mecanismos de equilibrio entre las partes.

Los abogados son ejes piramidales del sistema democrático; sin su actividad el derecho se torna impositivo y nugatorio, mero espejismo, el panorama judicial es simple rito y forma sin sustancia. La necesidad de los abogados es vital, no eludible y mucho menos despreciable.

La agremiación profesional genera vínculos emotivos y legales frente a la responsabilidad de defender intereses de los ciudadanos en el campo de la actividad judicial. La agremiación genera compromiso por la posibilidad de participar en la toma de decisiones en torno de los intereses de los agremiados y gesta la necesidad de un mejoramiento constante, así como que legitima el control disciplinario por ser investigados y sancionados por sus pares, esto es, por quienes conocen la profesión por pertenecer a su seno. Las agremiaciones concitan el espíritu de colaboración y mejoramiento de las condiciones de vida de los agremiados.

Una agremiación de abogados con carácter obligatorio, no entorpece el libre desarrollo de la personalidad ni mitiga el derecho de libre asociación. La experiencia internacional de la colegiatura marca un derrotero que en Colombia no se puede desatender. Se debe pensar en que se están delegando con la eventual colegiatura, nada más ni nada menos que funciones públicas. Si esta es la situación del eventual proyecto de ley, no hay obstáculo para que convivan los diferentes colegios que existen como manifestaciones del libre derecho de asociación, con una colegiatura obligatoria que esté encargada del control disciplinario por delegación del Estado a este ente, así las cosas tendría una naturaleza mixta, al menos para empezar. Sabemos que alcanzar el grado de desarrollo de los colegios de Europa es utopía por ahora. En todo caso la colegiatura de una profesión como el derecho dista mucho de ser igual a la colegiatura de los bacteriólogos, ora por cuenta de nuestra función social y el impacto a todo nivel de nuestra profesión de abogados.

La colegiatura impulsa la efectividad del acceso a la justicia por equilibrar cargas, y dar un marco de protección gremial que desestimula el atropello a los litigantes, así como que brinda protección y respaldo a quienes son representantes judiciales de la parte. El poder omnímoto de entes como la Fiscalía General de la Nación se contrarresta en su expresión de abuso con un gremio de abogados igualmente poderoso que impida el irrespeto, la ignominia, los abusos y la degradación de los litigantes.

Referencias

- Aragués, M. Á. (2012). *Informe sobre la viabilidad de una colegiatura obligatoria de los abogados en Colombia*. Ministerio de Justicia sobre la colegiatura en Colombia. Disponible en <http://www.abogacia.es/2012/10/19/informe-sobre-la-viabilidad-de-una-colegiatura-obligatoria-de-los-abogados-en-colombia/>
- Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C- 084*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-1027*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1992). *Sentencia C-543*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T- 172*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-597*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-334*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2007). *Sentencia C-884*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-351*. Bogotá, Colombia.
- García, M. (2010). Sociología de la profesión jurídica. En *Los abogados en Colombia*. Universidad Nacional.
- Moreno, L. J. (2000). *Acceso a la Justicia*. Bogotá, Colombia: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, colección portables.
- Rabinovich, R. (2013). ¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas. *Los derechos existenciales, 1*, 32. Ediciones Didot.