

## **“Si no vas al Senado, no te eligen magistrado”. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)”**

### **RESUMEN**

Los nombramientos judiciales son procesos políticos que no sólo se definen por las reglas formales, sino también por los desarrollos y prácticas informales. Este artículo se pregunta por qué se eligen ciertos candidatos, y no otros, como magistrados de la Corte Constitucional en el Senado, desde 1992 hasta 2009. Con base en la triangulación de diferentes fuentes de información, se pudo identificar que, tal como sucede en Estados Unidos, los nombramientos de los jueces están dominados por consideraciones ideológicas y políticas, y en algunos casos, por otros criterios, tales como características sociodemográficas y cualificaciones profesionales. El hallazgo central es que el cabildeo directo realizado por los candidatos, e indirecto, mediante el padrinazgo político, son los factores con mayor incidencia. A partir del análisis cuantitativo y cualitativo, se argumenta que el cabildeo es una institución informal determinante en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional porque es una condición necesaria, la regla de entrada, para que los demás criterios interactúen en la decisión final de los senadores.

### **PALABRAS CLAVE**

nombramiento judicial • selección de jueces • Corte Constitucional • lobby • instituciones informales

.....

## **“If You Do Not Go to the Senate, You Will Never Be a Judge” Informal Institutions and Selection Criteria for Judges of the Constitutional Court in the Colombian Senate (1992-2009)**

### **ABSTRACT**

Judicial appointments are political processes shaped by both formal and informal practices. This article asks why certain candidates are elected as judges to the High Courts while others are not. More specifically, what have been the criteria in the election of judges to the Colombian Constitutional Court in the Senate, from 1992 to 2009. Using qualitative and quantitative analysis, I argue that, like in the United States, ideological and political considerations guide the appointment of these Judges. Other criteria, like their demographic characteristics or their professional qualifications, also play a role. Nonetheless, the main finding is that lobbying directly by candidates or through a political promoter is a determinant informal institution in the selection of the Judges of the Constitutional Court. It is a necessary condition for the other aspects to come together in the final senatorial choice.

### **KEYWORDS**

judicial appointments • judicial selection • Constitutional Court • lobby • informal institutions



**Ana María Montoya** es politóloga y magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Actualmente se desempeña como asistente de investigación del Proyecto de Opinión Pública de América Latina (LAPOP) de la Universidad de Vanderbilt, en Nashville (TN).

---

Recibido: 18 de enero de 2013

Modificado: 19 de agosto de 2013

Aprobado: 28 de agosto de 2013

DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/colombiaint79.2013.06>

Este artículo presenta los principales hallazgos de mi tesis de grado para optar al título de magíster en Ciencia Política de la Universidad de los Andes. En 2012 recibí el premio de la Fundación Kettering al estudio de la democracia. La idea de investigar los nombramientos judiciales de la Corte Constitucional nació a partir de conversaciones con Fátima Esparza, que aprovecho para decir que su claridad y agudeza no dejan de asombrarme. Después se nutrió de discusiones del Grupo de Cortes y Política dirigido por Juan Carlos Rodríguez Raga. A él, mi director y mentor, le agradezco muy especialmente a mis lectores Antonio Barreto y Julio Ríos Figueroa. A todos ellos mi enorme agradecimiento por sus valiosos aportes y agudas observaciones, que sin duda contribuyeron a afinar el argumento que aquí se presenta. También agradezco a los evaluadores anónimos y a los editores de la revista por sus oportunos comentarios y sugerencias. Los errores y omisiones que pueda presentar el texto son responsabilidad mía.

---

# **“Si no vas al Senado, no te eligen magistrado”. Instituciones informales y criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)**

**Ana María Montoya**  
*Universidad de Vanderbilt*

## **Introducción**

Hasta hace poco el nombramiento de los jueces raramente era objeto de debate político. A excepción de Estados Unidos (Dahl 1957), los jueces se concebían como funcionarios públicos expertos en asuntos jurídicos, más que como pertenecientes a una rama del poder público. Sin embargo, en los últimos años, la expansión global del poder judicial ha aumentado el interés público en quiénes y cómo se escogen los jueces (Tate y Vallinder 1995; Maleson y Russell 2006). Esto se debe a que hoy el poder judicial ocupa un papel central en la política y en la toma de decisiones. Cada vez es más frecuente que los jueces controlen el ejercicio del poder de los funcionarios de elección popular y decidan sobre los principales asuntos políticos. Esta judicialización de la política, como también se le ha llamado, entraña una politización de la justicia que puede terminar afectando su independencia (Uprimny 2004). Es decir, si los jueces tratan de limitar el alcance de las acciones de los políticos, esos mismos políticos buscarán

limitar el poder de las Cortes, mediante reformas a la justicia o el nombramiento de los jueces (Ferejohn 2002; Domingo 2004). Así, la independencia judicial, pilar fundamental de la democracia y el Estado de derecho, se puede ver amenazada (Epstein, Knight y Shvetsova 2001).

Colombia se inscribe dentro de esta tendencia global del surgimiento del poder judicial como unas de las instituciones con mayor importancia. La Constitución colombiana, promulgada en 1991, ha sido definida como una constitución progresista y expansiva (Teitel 1997, 214), por el alcance de su rica carta de derechos. Además, provee dos importantes mecanismos judiciales para su protección: la tutela<sup>1</sup> y una Corte Constitucional separada de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup> (Thushnet 2008; Uprimny y García 2004). La Corte Constitucional se creó con el mandato de velar por la supremacía de la Constitución y la densa carta de derechos. La Corte Constitucional es una de las altas Cortes de la rama judicial, junto con la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.<sup>3</sup> Aunque en la práctica es la “cabeza de un sistema mixto de revisión judicial” (Cepeda 2007, 215). Con el nuevo diseño

.....

- 1 La acción de tutela es el mecanismo que le otorga un verdadero alcance a la aplicación de la revisión judicial constitucional, en casos individuales específicos, para la protección de los derechos individuales. Este mecanismo de amparo puede ser presentado por cualquier persona, sin necesidad de un abogado, ante cualquier juez del país, para impedir o detener la violación de los derechos protegidos constitucionalmente (Cepeda 2007). Las decisiones de los jueces sobre estos casos de revisión concreta se dan a conocer de forma rápida, en un plazo máximo de diez días, en primera instancia. Esta decisión de tutela individual puede ser apelada ante un juez superior y, en todo caso, revisada por la Corte Constitucional.
- 2 Crear una corte constitucional separada de la Corte Suprema es una tendencia mundial que hace parte de la expansión de la revisión constitucional, por cuanto permite que se seleccionen jueces con perfiles más diversos, no necesariamente de carrera judicial, que tengan una visión más proactiva en la defensa de los derechos humanos. Esta separación reconoce el carácter político de la revisión constitucional y justifica que los jueces de la Corte Constitucional sean seleccionados por actores políticos, para otorgarle legitimidad a ésta. De esta forma, esto implica que es más probable que los jueces, al no ser escogidos por los mismos jueces –cooptación–, se involucren en los nuevos modelos de adjudicación constitucional (Ríos Figueroa, Julio 2011).
- 3 El Consejo de Estado es la versión francesa de la corte administrativa. Se ocupa de los casos entre el Estado y los ciudadanos relacionados con la responsabilidad estatal.

institucional, la Corte se impuso como un “superpoder” dentro de la rama judicial (Uprimny 2004) y, en general, frente a las demás ramas del poder público.

En primer lugar, en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, la Corte puede anular las decisiones de los otros jueces (Cepeda 2007). Además, en virtud de la acción pública de inconstitucionalidad y la tutela, cualquier ciudadano puede acceder a la Corte sin necesidad de ser abogado y sin ningún formalismo jurídico.<sup>4</sup> Con lo cual se ha facilitado el activismo de la Corte Constitucional, y sus decisiones progresistas se han blindado con la legitimidad de amplios sectores de la ciudadanía (Uprimny 2004; Jacob *et al.* 1996).

En segundo término, muchos estudios la destacan como un jugador político de peso frente al Legislativo y el Ejecutivo, no sólo por su fuerte contrapeso a las decisiones del Ejecutivo, como el control de estados de excepción (Uprimny 2004), sino también por su activo rol en el diseño de políticas públicas (Clavijo 2001; Amaya 2001; Cárdenas, Junguito y Pachón 2008). Pese a que en muchas oportunidades algunos sectores del Congreso y todos los gobiernos han intentado, hasta ahora sin éxito, reformas constitucionales para limitar el poder de la Corte (Rodríguez Raga 2011), Colombia se considera como un caso atípico de independencia judicial en América Latina (Couso 2004).

Entonces, si el nombramiento de los jueces es una de las características institucionales que asegura la independencia y Colombia es un caso atípico de independencia, vale la pena preguntarse: ¿por qué es importante estudiar el proceso de selección judicial, particularmente en el caso colombiano? Aunque se conocen las reglas formales que regulan el nombramiento, poco sabemos de las dinámicas y los criterios informales con los que se escogen los jueces. Y en últimas, la legitimidad política de los tribunales constitucionales, creados por fuera de la rama judicial, depende en parte del mecanismo de elección de sus

.....

4 Y, como se ha demostrado en estudios judiciales comparados, a mayores posibilidades de acceso a las Cortes, mayor influencia de los tribunales en la política nacional (Jacob *et al.* 1996, 396).

jueces (Gibson y Caldeira 2009); de este modo, el nombramiento de los jueces va más allá de la independencia judicial.

Como se ha demostrado en estudios comparativos, en los diseños institucionales relacionados con la selección de los jueces existe una tensión entre independencia judicial y rendición de cuentas (Epstein, Knight y Shvetsova 2001). Así, por un lado, en los países en los que las altas Cortes son nombradas por medio de un sistema de cooptación, la independencia judicial se fortalece minando la rendición de cuentas. Por otro lado, en los países en los que participan órganos políticos se fortalece la rendición de cuentas debilitando la independencia judicial (Garoupa y Ginsburg 2009). En el caso colombiano, la Corte Constitucional es elegida por el Senado de la República, de ternas que envían el Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.<sup>5</sup> Cada órgano envía tres ternas. Como se puede observar, el mecanismo de elección de los magistrados<sup>6</sup> de la Corte Constitucional busca fortalecer la legitimidad política de la Corte mediante una elección democrática indirecta, es decir, a través de los senadores, elegidos popularmente por votación nacional, en contraste con el período anterior, en el que la Corte Suprema de Justicia, encargada de la revisión judicial, era elegida por cooptación y con un requisito de paridad política heredado del Frente Nacional.

Cada vez más aumentan las presiones por lograr un balance entre estos dos ideales normativos. La naturaleza de estas presiones varía de acuerdo con el alcance de la judicialización política de cada contexto (Malleson y Russell 2006). Las democracias en transición están interesadas en fortalecer la independencia judicial, mientras que en las democracias liberales

.....

5 Este mecanismo de selección está consagrado en el artículo 239 de la Constitución, el artículo 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1996) y el artículo 317 de la Ley 5 de 1992,

6 Para ser magistrado de la Corte Constitucional, según lo dispuesto por el artículo 231 de la Constitución. Política, se requiere: 1) ser ciudadano de nacimiento y en ejercicio; 2) ser abogado; 3) no haber sido condenado, por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, salvo por delitos culposos o políticos, y 4) haber desempeñado por 10 años cargos en la rama judicial, sin que se requiera pertenecer a ella, o en el Ministerio Público, o haber ejercido por dicho lapso y con buen crédito la profesión de abogado o la cátedra en universidades reconocidas oficialmente, en disciplinas jurídicas.

consolidadas y con un activismo judicial ampliamente desarrollado, las demandas sociales se inclinan por una mayor rendición de cuentas. El caso de la Corte Constitucional colombiana se inscribe en esta última descripción. Por cuanto –dados su bien merecida reputación de Corte independiente y su activismo progresista (Rodríguez Raga 2011; Uprimny y García 2004)– las críticas al mecanismo de selección se han desplazado hacia una mayor transparencia y rendición de cuentas.

Así, en las últimas elecciones de magistrados en 2008 y en 2009, una organización no gubernamental –Elección Visible, conformada por una alianza de varias organizaciones– condujo un proceso de observación y transparencia ante los órganos nominadores y el Senado, para que rindieran cuentas sobre los procesos de preselección y los criterios de elección. Aunque este interés por una mayor transparencia del proceso también respondió a una preocupación por la independencia judicial ante un posible tercer mandato del presidente Álvaro Uribe Vélez y la excesiva influencia tanto por su poder nominador como por el respaldo de su coalición en el Senado para elegir magistrados de otras ternas afines políticamente a su gobierno. En este contexto se enmarcan los únicos estudios sobre el proceso de selección de los jueces de la Corte Constitucional (Lamprea 2010; Rubiano 2009).

Este artículo pretende contribuir a la subdisciplina de la ciencia política que estudia el poder judicial, describiendo el proceso político de la selección de los jueces en el Senado para explicar por qué se seleccionan ciertos candidatos como magistrados de las altas Cortes, y no otros. De una forma exploratoria, esta investigación intenta establecer cuáles son los criterios que inciden en el proceso de elección de los magistrados de la Corte Constitucional, desde sus primeras elecciones en 1992 hasta las elecciones en 2009.<sup>7</sup>

.....

7 Esta investigación excluyó a la Corte de transición que sesionó de 1991 a 1992, por cuanto fue elegida con otro procedimiento. También es importante notar que este trabajo se llevó a cabo antes de la elección del magistrado de la Corte Constitucional para reemplazar a Juan Carlos Henao en 2012, ante su renuncia anticipada al cumplimiento del período fijo de ocho años.

Después de explicar brevemente la metodología y la naturaleza de los datos, se expone la teoría de los factores que han influido en la elección de los magistrados en la Corte Suprema de Justicia en Estados Unidos. Seguidamente, se presentan los resultados, y se profundiza en el principal hallazgo, a la luz de la teoría de las instituciones informales. Por último, el artículo cierra con algunas consideraciones finales.

## 1. Datos y metodología

Este trabajo se basa en la triangulación de diferentes fuentes primarias (Bericat, 1998). Se hicieron entrevistas semiestructuradas<sup>8</sup> a los candidatos a la Corte Constitucional, a 14 candidatos no elegidos y a 6 candidatos elegidos; entrevistas a senadores que participaron en varias elecciones; una revisión de prensa de varios medios escritos desde 1992 hasta 2009; y el análisis de contenido de fuentes primarias oficiales, como las de la *Gaceta* del Congreso, concretamente las Actas de Plenaria de cada una de las elecciones. A partir de las hojas de vidas publicadas en esta *Gaceta*, se construyó una base de datos original<sup>9</sup> sobre el perfil de los candidatos a magistrados de la Corte Constitucional. Además, se intentó

.....

- 8 Resulta pertinente aclarar que en la presentación de los resultados, para cumplir con el compromiso de la confidencialidad, después de cada cita se pondrá una notación convencional con la que se identifique si es un candidato elegido (CE1) o un candidato no elegido como magistrado (CNE1), seguida de números. Ahora bien, también utilizaré los adjetivos en masculino, para que el género no sea una de las características que pueda revelar la identidad del entrevistado, con la excepción de lo utilizado en la explicación de la influencia del género como criterio de elección.
- 9 Se tomó como modelo el libro de códigos diseñado por el grupo de investigación de la Universidad de los Andes, *Cortes y Política*, sobre los perfiles de los magistrados de la Corte Constitucional, con información relacionada con la experiencia profesional previa. Y se amplió a todos los candidatos a magistrados, se incluyeron nuevas categorías de análisis, así como la evidencia obtenida de las fuentes explicadas arriba, especialmente de las hojas de vida contenidas en la *Gaceta*. Las variables que se codificaron están relacionadas con la información correspondiente al nivel de estudios, los diferentes cargos laborales en su experiencia profesional, el último cargo en el momento de la elección, las áreas de especialización del derecho, la edad, el municipio y departamento de nacimiento. Asimismo, se incluye información que describe cada uno de los procesos de elección, tales como las fechas de nominación y elección en el Senado, el nominador, los votos obtenidos, si presentó una audiencia pública ante el Senado, si su hoja de vida se encuentra en una fuente oficial.

codificar a partir de la revisión de prensa la información por candidato, con respecto a su afiliación partidista y su ideología. En definitiva, la base de datos tiene un total de 82 observaciones, que corresponden a los 82 candidatos a magistrados de las 27 ternas que hasta ahora se han presentado para conformar la Corte Constitucional.

## 2. La política de los nombramientos judiciales

Desde la década de los noventa, los estudios sobre el poder judicial han aumentado significativamente en América Latina (Kapiszewski y Taylor 2008).<sup>10</sup> A excepción de Estados Unidos, esta rama del poder público no se percibía como parte de la arena propiamente política; al contrario, los jueces se consideraban como actores irrelevantes, sin poder, provincianos, dependientes (Hemlke y Ríos Figueroa 2011, 4). En contraste, el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia estadounidense siempre se ha reconocido como un proceso político contencioso, en el que el rol de la ideología y el partidismo es determinante (Epstein y Segal 2005). Esto no sólo se debe a la participación de actores políticos clave como el Presidente y el Senado en la nominación y confirmación de los candidatos, respectivamente; se debe sobre todo al reconocimiento de los jueces como actores políticos. Si las decisiones de los jueces reflejaran sólo la imparcialidad de la ley o principio neutrales, los presidentes no estarían tan interesados en determinar quién se sienta en la rama judicial (Epstein y Segal 2005, 3).

## 3. Criterios de selección de los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos

De esta manera, la selección de los jueces ha sido un objeto de estudio central dentro de la agenda de investigación sobre el poder

.....

10 En el juicioso estado del arte de los estudios sobre el poder judicial en América Latina realizado por Kapiszewski y Taylor se muestra el reciente interés en este campo de estudio. También se muestra cómo la agenda de investigación en la región ha estado dominada por la preocupación respecto a la independencia judicial. Los escasos estudios que incluyen la selección judicial lo hacen como un factor independiente, y no como el objeto de estudio central.

judicial en la ciencia política norteamericana.<sup>11</sup> En el comienzo, los primeros estudios que buscaron establecer cuáles eran los criterios que determinaban la selección de los jueces se limitaron al proceso de nominación, mostrando cómo todos los presidentes han intentado influir en la composición de la Corte Suprema de Justicia mediante el nombramiento de jueces afines a su ideología y sus intereses partidistas (Hulbary y Walker 1980; Goldman 1997). No obstante, las investigaciones más recientes han reivindicado el papel del Senado norteamericano en la selección de los jueces, por cuanto el Presidente anticipa y tiene en cuenta las preferencias del Senado para hacer sus nominaciones (Morasky y Shipan 1999; Segal *et al.* 2000; Rohde y Shepsle 2007). Además, para los senadores también es importante la selección de los jueces, ya que, al igual que el Presidente, ellos tienen sus propias consideraciones políticas, como mantener las posibilidades de reelección (Epstein y Segal 2005, 21).

Dentro de la extensa literatura sobre la selección de jueces en Estados Unidos, se puede identificar un consenso en los criterios que influyen tanto en la nominación como en la confirmación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Segal 1987; Segal y Cameron 1992; Ruckman 1993; Morasky y Shipan 1999; Yalof 1999; Rohde y Shepsle 2007; Shipan 2008). De acuerdo con William Hulbary y Thomas Walker (1980), las consideraciones que los presidentes han tenido en la selección de los jueces se pueden agrupar en tres grandes categorías: criterio tradicional, criterio político y cualificaciones profesionales. El criterio tradicional se refiere a que los presidentes escogen sus nominados a la Corte Suprema de Justicia

.....

11 Esta investigación centra su atención en el caso de la Corte Suprema de Justicia, no sólo por el desarrollo avanzado de la literatura del poder judicial desde 1950 en la ciencia política americana, sino también porque parte del supuesto de que se puede comparar con el caso colombiano, por cuanto en ambos países la elección de los magistrados consta de dos etapas: 1) nominación por parte del Presidente y 2) confirmación en el Senado. Sin embargo, para estudios sobre el proceso de elección de jueces en otros países, veáse Malleson y Russell (2006).

con base en una representación de los diferentes estados dentro de la Corte, así como una representación de confesiones religiosas y, por último, la edad del candidato. El criterio político está relacionado con el hecho de que el candidato pertenezca o no al mismo partido político del Presidente, si con su selección el Presidente paga alguna deuda política con sus electores o si puede mejorar el ambiente político con la nominación. Por último, el tercer criterio tiene que ver con las cualificaciones profesionales. Éstas se miden observando los perfiles de los candidatos, sus credenciales como académicos, su récord en el servicio público y su experiencia anterior en la rama judicial (Hulbary y Walker 1980, 185-186). Aunque este trabajo es uno de los más sistemáticos en organizar los factores que inciden en categorías grandes de criterios, todavía parte de la idea de que la figura central en el proceso de selección es el Presidente, por cuanto determina qué intereses logran representación dentro de la Corte (Hulbary y Walker 1980, 196).

Por el contrario, investigaciones más recientes muestran que existe una correspondencia entre los criterios que utilizan los presidentes para nominar sus candidatos y los que utiliza el Senado para confirmarlos. Así, de acuerdo con Epstein y Segal (2005), también en la confirmación inciden criterios que apuntan a lograr una representación en cuanto a religión, región, género, y una edad aceptable, y además, la influencia de criterios políticos, ideológicos, y las cualificaciones profesionales de los candidatos.<sup>12</sup> Como se puede observar, los autores separan la afiliación partidista

.....

12 A partir de los editoriales de los periódicos y los reportes de evaluación de grupos de interés, los americanos se forman percepciones sobre las cualificaciones de los nominados a la Corte Suprema de Justicia. Esas percepciones también afectan la opinión sobre si los senadores deberían votar o no por determinados candidatos. Epstein y Segal (2005) recolectaron las votaciones de cada senador para las confirmaciones de los jueces de la Corte Suprema de Justicia (en total, 2.451 votos), y luego analizaron los editoriales de periódicos donde se evaluaban los méritos de los nominados. Con esto, los autores comprobaron que los senadores casi siempre votan por candidatos percibidos como altamente calificados (2005, 102-103).

de la ideología, en la medida en que advierten que en muchos casos el partidismo no se traduce en una compatibilidad ideológica.<sup>13</sup>

#### 4. Instituciones informales en los nombramientos judiciales

La mayoría de los estudios se han concentrado en el resultado, más que en el proceso (Gulizzza, Reagan y Barrett 1994). Así, el foco se ha dado sobre el resultado final, es decir, si el candidato nominado por el Presidente fue confirmado o rechazado por el Senado, y sus implicaciones para comprender la relaciones entre el Ejecutivo y Legislativo, y hasta qué punto la rama judicial es independiente de éstos. En contraste, este artículo asume los nombramientos judiciales como procesos políticos que deben ser analizados en su dinámica interna, y no solamente los resultados finales que conllevan. Esta aproximación permite ir más allá de las instituciones formales e incluir los desarrollos y prácticas informales como determinantes de la selección judicial (Kahn 1993; Epstein y Segal 2005).

Recientemente se ha comprobado en la literatura especializada, tanto en Estados Unidos como en América Latina, que la brecha entre las reglas formales e informales en los nombramientos judiciales afecta el grado de independencia judicial de un país. Rebecca Bill Chávez (2003) muestra cómo en sistemas ultrapresidencialistas como el argentino, los vacíos que dejan las reglas formales –como falta de precisión del número de jueces– se llenan con prácticas informales que le permiten al Ejecutivo controlar las Cortes minando las garantías formales de independencia judicial.

A diferencia de esta perspectiva, una línea de investigación reciente ha mostrado que los efectos de las instituciones informales no necesariamente tienen que ser negativos en la democracia. Aunque

.....

13 De hecho, en muchas elecciones la ideología ha prevalecido sobre el partidismo. En 1968, los demócratas conservadores hicieron al lado la lealtad con su partido y se unieron con los republicanos para bloquear el nombramiento del juez liberal Abe Fortas para el cargo de Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Del mismo modo, ocurrió con el rechazo del candidato conservador Robert H. Bork, nominado por Ronald Reagan, después de que los republicanos más liberales votaran en contra (Epstein y Segal 2005, 2).

normalmente, cuando se habla de instituciones informales, se suelen asociar con fenómenos ilegales y particularistas como la corrupción o el clientelismo, Steve Levitsky y Gretchen Helmke desarrollaron una tipología de instituciones informales en la que explican cómo las instituciones informales interactúan de diversas maneras con las instituciones formales, y, por lo tanto, tienen efectos diferentes en la calidad de la democracia. Así, las primeras pueden reforzar, subvertir, competir e incluso reemplazar las reglas y los procedimientos de las democracias.<sup>14</sup>

Con base en los trabajos de Guillermo O'Donnell y Douglas North, los autores definen las instituciones informales como “reglas y procedimientos creados, comunicados y reforzados fuera de los canales sancionados oficialmente, y con frecuencia son igual de importantes que sus contrapartes formales en la estructuración de las reglas de juego” (Helmke y Levitsky 2006, 9). Para estos autores, el análisis de las instituciones democráticas que se focaliza exclusivamente en reglas formales tiene una imagen incompleta sobre cómo funciona la política.

Aunque, en principio, cuando se habla de instituciones informales, se corre el riesgo de no poderlo detectar rápidamente porque es un concepto ambiguo, los autores trataron de ofrecer una definición que capte el universo de las reglas informales tanto como sea posible, pero que también sea lo suficientemente estrecha como para distinguir reglas formales de otras, de la cultura y de otros fenómenos informales. Una distinción clave es que, aunque son reglas socialmente compartidas, usualmente no están escritas y son sancionadas fuera de los canales oficiales. Este último punto introduce el elemento clave, y es que las

.....

14 La interacción entre las instituciones formales e informales se clasifica de acuerdo con el grado de convergencia y divergencia. Es decir, si las reglas informales producen un resultado sustantivamente similar o diferente del esperado a uno que estrictamente se adhiera a las reglas formales. Este artículo tiene como objeto identificar las instituciones informales en los nombramientos de los magistrados de la Corte Constitucional, a partir de la conceptualización de las instituciones informales; por tanto, no pretende evaluar los efectos de éstas con respecto a las instituciones formales.

instituciones informales deben hacerse cumplir de alguna manera, y, por tanto, generan alguna sanción por su incumplimiento. En otras palabras, los actores deben creer que romper las reglas conlleva alguna forma de sanción creíble.

Ahora bien, frente a qué no son las instituciones informales, es importante tener en cuenta que éstas no necesariamente son ilegales. Además, aunque en muchas ocasiones muchas instituciones formales no son efectivas, la debilidad institucional no implica la presencia de instituciones informales. Por otro lado, los autores explican que aunque el límite en el que la cultura termina y las instituciones informales empiezan puede ser difícil de discernir, las instituciones informales se tienen que distinguir como expectativas compartidas, más que como valores compartidos.

Hasta aquí se presentaron los criterios de selección de jueces que la literatura especializada en el estudio del poder judicial ha identificado para el caso de Estados Unidos. Además de estos criterios, también se tuvo en cuenta la reciente línea teórica de la política latinoamericana sobre instituciones informales, con el fin de entender el proceso de nombramiento de los jueces constitucionales en Colombia. Con base en ambas perspectivas, se presentan los siguientes resultados.

## **5. Resultados**

### **a. Criterios de selección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009)**

Sin duda, los nombramientos judiciales son procesos políticos de gran relevancia que no sólo están definidos por reglas escritas y procedimientos establecidos, sino también por reglas informales que se crean con el tiempo y al final terminan definiéndolos. A partir de estos desarrollos y prácticas informales también se pueden identificar los determinantes de la selección de los jueces (Kahn 1993; Epstein y Segal 2005). Por esta razón, el objetivo de esta investigación fue intentar establecer los criterios de selección que influyen para que un candidato sea elegido como magistrado de la Corte Constitucional,

desde 1992 hasta 2009. A partir de la literatura especializada de selección judicial, en su mayoría producida para el caso de Estados Unidos, esta investigación exploró cuáles de los criterios de selección de los jueces de la Corte Suprema de Justicia estadounidense viajaban y se podían exportar para la explicación de la selección de los jueces constitucionales en Colombia. Con base en la triangulación de diferentes fuentes de información, se pudo identificar que, de la misma forma como sucede en Estados Unidos, los nombramientos de los jueces también están dominados por preocupaciones ideológicas y políticas, e incluso, en algunos casos inciden otras consideraciones como las características sociodemográficas, y por supuesto, las cualificaciones y méritos profesionales.

#### **b. Criterios sociodemográficos<sup>15</sup>**

Tanto en la nominación de las ternas como en el proceso de elección de los magistrados en el Senado, se puede identificar que las características de los candidatos, tales como la edad, la religión, el género y la región de procedencia, son criterios que influyen en la selección de los jueces.

##### *Edad*

Como se pudo observar en los requisitos para ser magistrado, la Constitución no establece una edad mínima para ser nombrado juez de la República. Además, como sólo se exigen diez años de experiencia profesional, se pueden nominar sin problema candidatos jóvenes. Este trabajo no encontró en la evidencia cualitativa que la edad sea un criterio determinante en la elección. Probablemente, esto se podría relacionar con que la duración del cargo de los magistrados de la Corte Constitucional sólo es de ocho años, y al no ser vitalicio, como

.....

15 Aunque en la literatura, para el caso estadounidense, a esta gran categoría de criterios se ha llamado criterio tradicional (Hulbary y Walker 1980), en este trabajo se prefirió nombrarla como criterio sociodemográfico, porque es un título más intuitivo que describe mejor los criterios que el adjetivo “tradicional”.

en Estados Unidos, no hay un mayor interés en asegurar una suerte de legado ideológico dentro de la Corte. Sin embargo, cuando se les preguntó a los entrevistados qué cambios sería pertinente introducir al mecanismo de selección, la mayoría de candidatos, tanto elegidos como no elegidos, indicaron que pondrían un mínimo de edad, bajo el entendido de que una magistratura de una alta Corte debe ser la culminación de la carrera profesional, y no el inicio. A partir de la información de la base de datos, se calculó la edad de 66 candidatos<sup>16</sup> en el momento de su elección, para mostrar la distribución según la edad. La media de edad para los elegidos es de 49,7, y la de los no elegidos es de 52,4, y para toda la muestra es de 51,38. Así, los candidatos elegidos son ligeramente más jóvenes que los no elegidos, y su dispersión es muy similar. Para comprobar si la diferencia de la edad entre los elegidos y los no elegidos es estadísticamente significativa se utilizó una prueba *t* de diferencia de medias, para probar la hipótesis de que la media de edad de los elegidos es menor que la de los no elegidos. Usando un nivel de confianza del 95%, la prueba *t* de una cola no permite rechazar la hipótesis nula, por lo que no existen diferencias en la edad.

### *Religión*

Con respecto a la importancia de la religión como criterio de elección de los magistrados de la Corte Constitucional, no se puede determinar qué tanto influye, en la medida en que no hay variación suficiente entre los candidatos; se parte del supuesto de que son católicos, al menos en su origen, dado que el catolicismo es la religión predominante de Colombia. Dentro de los perfiles construidos por la prensa en las elecciones, normalmente no se ha enfatizado en la religión de los candidatos. Sin embargo, en las elecciones de 2000, y en las más recientes en 2008, existe evidencia en la prensa de que la Iglesia católica intentó hacer cabildeo por unos candidatos con posturas afines

.....  
16 No fue posible conseguir los datos de los candidatos restantes.

respecto a temas como el aborto o la eutanasia. En el año 2000, por ejemplo, algunos congresistas, como José Renán Trujillo, solicitaron a sus colegas votar por la abogada Myriam Hoyos, quien, según los mismos senadores, tenía el respaldo de varios jefes de la Iglesia, entre ellos monseñor Pedro Rubiano.<sup>17</sup>

### Género

Ahora bien, el género es otra consideración dentro de los criterios sociodemográficos que incide negativamente en la selección de jueces en el caso colombiano. A partir de la información recolectada, se evidencia que ser mujer es un factor que disminuye las posibilidades de ser elegido como juez constitucional. Como lo muestra la tabla 1, sólo el 7% del total de los candidatos elegidos como magistrados de la Corte Constitucional han sido mujeres. En toda la historia de la Corte Constitucional, desde 1992, apenas se han escogido 2 mujeres, de 27 magistrados en total.

**Tabla 1. Distribución por género de los candidatos a magistrados de la Corte Constitucional, 1992-2009**

GÉNERO	NO ELEGIDO	ELEGIDO	TOTAL
Hombre	74,07%	92,59%	80,25%
Mujer	25,93%	7,41%	19,75%

Fuente: elaboración propia a partir de la base de datos original de esta investigación.

17 Ver *Liberales definen posición*, en: Archivo *El Tiempo*, 28 de noviembre de 2000. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1285058>

Del mismo modo, de acuerdo con la investigación de Sebastián Rubiano, para las elecciones de 2007 y 2009, Luis Murillo fue enviado por la Presidencia de la República y pertenecía a la curia papal. Este sujeto se dedicó a indagar sobre las posturas morales y políticas de los candidatos –en temas como aborto o derechos para parejas del mismo sexo–, e incluso promovió campañas desfavorables contra aquellos que no representaban la fe católica (Rubiano 2009, 130).

## Región

Finalmente, el último subcriterio es la región de procedencia de los candidatos. Éste definitivamente sí es un criterio que influye en el proceso de elección de los magistrados de la Corte Constitucional dentro del Senado. Sin duda, esta incidencia se debe a la naturaleza regional del Senado colombiano. Pues aunque el Senado es elegido por circunscripción nacional, se ha demostrado que incluso después de la Constitución de 1991 sigue siendo un órgano político en el que las facciones regionales tienen un peso importante, al punto que se le ha llamado un Congreso “parroquial” (Archer y Shugart 1997). De hecho, algunos candidatos entrevistados indicaron que en algunas ternas este criterio regional influyó desde la nominación y, por ende, también determinó el proceso de elección en el Senado. Si se comparan las percepciones entre los candidatos elegidos y no elegidos, la influencia de la región como criterio de elección dentro del Senado nunca se puso en duda. Particularmente para los candidatos elegidos, la región sí había jugado a su favor en sus elecciones. Uno de los entrevistados indicó que los lazos sociales originados alrededor del origen regional fueron determinantes para que hubiera resultado magistrado de la Corte Constitucional: “naturalmente, el nombre mío tenía mucha resonancia en el sur de Colombia; fue el senador X, de mi misma región y amigo de la familia, el que digamos fue muy activo, hablando con otros parlamentarios para apoyar mi nombre” (CE1).

La tabla 2 muestra la distribución regional entre elegidos y no elegidos. La región con una mayor proporción de elegidos es la del interior. Aun así, el interior es la mayor proporción de no elegidos.

**Tabla 2. La distribución regional entre elegidos y no elegidos**

REGIÓN	NO ELEGIDO	ELEGIDO	TOTAL
Paisa	11,11%	14,81%	12,35%
Caribe	16,67%	18,52%	17,28%
Pacífica	11,11%	7,41%	9,88%
Interior	61,11%	59,26%	60,49%

*Fuente:* elaboración propia a partir de la base de datos original de esta investigación.

### *Criterio político*

En el caso colombiano, como se ha demostrado en estudios anteriores sobre la elección de los magistrados de la Corte Constitucional (Lamprea 2010; Rubiano 2009), los factores políticos como la afiliación partidista del candidato tienen un papel clave en la elección de los jueces del alto tribunal constitucional. En las primeras elecciones, en 1992, la identificación partidista del candidato fue determinante, especialmente en la etapa de la nominación, para la elección de los magistrados de la primera Corte, por cuanto se debía cumplir con el mandato expreso en la Asamblea Nacional Constituyente de que la Corte Constitucional debía reflejar la composición partidista del Senado. Así, se nominaron ternas liberales, conservadoras y mixtas.<sup>18</sup> Recientemente, ante la crisis de representación, manifestada por el debilitamiento de los partidos tradicionales, la incidencia de este criterio se ha desdibujado en gran medida en las elecciones de los magistrados constitucionales (Mainwaring *et al.* 2006).

### *Criterio ideológico*

La ideología<sup>19</sup> sí desempeña un papel central en los resultados del proceso político de la elección de jueces. Es importante por cuanto cada vez, por

.....

- 18 Esta información se encuentra explícita en los perfiles de la *Gaceta*. A partir de la base de datos que se construyó en esta investigación, se pudo identificar que si bien esta regla informal acordada en la Asamblea Nacional Constituyente se fue desdibujando después de la elección de la primera Corte, el Consejo de Estado es el único nominador que ha cumplido con esta regla informal desde 1992 hasta las elecciones de 2009.
- 19 Este artículo parte de la ideología como una definición multidimensional que se puede dividir entre una dimensión económica y una dimensión social/moral. La primera va desde una postura de izquierda a favor del intervencionismo del Estado en la actividad económica hasta la postura de derecha más liberal en materia económica que apoya el retiro del Estado. La segunda dimensión incluye actitudes relacionadas con aspectos sociales o morales, que va desde posiciones conservadoras hasta progresistas o liberales a favor de temas como el aborto, la eutanasia, etcétera. Además de estas dimensiones, para el caso de los jueces y los abogados en general, es importante incluir la filosofía judicial con respecto al tipo de interpretación judicial y el papel del juez en la sociedad. De acuerdo con Sánchez *et al.*, existe una segmentación ideológica entre los jueces que están a favor del “interpretativismo legal” o que se ubican en el otro extremo del “legalismo judicial”; en otras palabras, el grado en que consideran que las Cortes deberían hacer leyes a la par de las otras ramas del Gobierno, en oposición al grado en que evitan resolver de acuerdo con una estricta interpretación de la Constitución y de las leyes (2011, 188). En las entrevistas se incluyeron preguntas que intentaron indagar sobre posiciones ideológicas respecto a estas tres dimensiones.

la trascendencia de sus decisiones, se reconoce que los jueces son actores políticos, y por ende, sus posiciones ideológicas y valores políticos influyen en éstas (Segal y Spaeth 2002). Por esta razón, éste es un criterio que se utiliza tanto para elegir como para descartar candidatos de las ternas.

En términos generales, cuando se les preguntó a los candidatos, sin importar si fueron elegidos o no, la mayoría estuvo de acuerdo en que la ideología fue determinante en alguna medida. Los candidatos que consideraron que sí era muy importante lo señalaron sobre todo en casos en los que al menos fue importante para descartar o para oponerse radicalmente a algunos de los candidatos. Al respecto, un candidato no elegido señaló: “En la terna mía quedaron dos personas marcadamente conservadoras. Luego, en el Senado, ese fue especialmente el principal caballito de batalla, que yo era comunista, y era comunista particularmente porque era profesor de una universidad pública. Entonces era un comunista anticlerical, antirreligioso, abortista” (CNE10).

Ante este escenario de predominancia del criterio ideológico, este candidato explicó que tuvo que preparar estratégicamente las respuestas del cuestionario de la audiencia pública: “[...] Preparando la respuesta trataba de hacer una combinación entre teoría y estrategia. Pero creo que uno trata de estar en el centro como candidato; si quiere realmente tomárselo en serio y tratar de ganar, trata de estar en el centro. Digamos, un conservador muy heterodoxo y un liberal muy godo”<sup>20</sup> (CNE10). Aunque de todas formas sus contradictores distribuyeron algunas columnas de opinión para mostrar que no era tan conservador como se presentaba: “En mi caso concreto, lo que hicieron fue pasar unos escritos que yo había hecho en el periódico X, en contra, digamos, del tema de tierras. ‘Miren el conservador que ustedes tienen ahí’, decían” (CNE10).

De igual forma, en las entrevistas, distintos candidatos no sólo señalaron que utilizaron estrategias definidas para ubicarse en el centro del espectro

.....

20 Expresión utilizada desde mediados del siglo XX para denominar a las personas del Partido Conservador en los tiempos de la Violencia partidista. Actualmente, todavía se utiliza para llamar despectivamente a una persona ubicada ideológicamente en la derecha.

ideológico, sino que también indicaron que había temas álgidos en los que senadores estaban muy interesados en conocer la posición de los candidatos, además de la presión de los medios de comunicación y grupos de interés –como la Iglesia– en definir ideológicamente los candidatos. Uno de los temas de interés que varios candidatos mencionaron era la opinión sobre las tutelas contra sentencias judiciales: “Por ejemplo, ellos preguntaban y se aseguraban mucho: ‘¿Usted está de acuerdo con la tutela contra sentencias?’. En mi opinión, ellos querían que la persona que estuviera allá estuviera de acuerdo con las sentencias. A ellos políticamente les interesaba que la Corte revise la tutela contra las sentencias,<sup>21</sup> digamos, por los procesos de parapolítica que estaban en la CSJ [Corte Suprema de Justicia], en los procesos de pérdida de investidura, cosas de ese estilo” (CNE8).

### *Criterio meritocrático*

Siguiendo a Epstein y Segal (2005), si bien los criterios ideológicos y políticos son los que desempeñan el papel más importante en los nombramientos judiciales, esto no implica que se pueda trivializar el peso que los senadores les dan a las cualificaciones y a los méritos de los candidatos.

Cuando se les preguntó a los tres senadores<sup>22</sup> entrevistados sobre cómo elegían los magistrados de la Corte Constitucional, siempre la primera

.....

21 La tutela contra sentencias judiciales ha sido un tema álgido en el Senado, sobre todo en el proceso de nominación. Este hallazgo concuerda con la tesis de Lamprea (2010), respecto a que los magistrados de la CSJ eligen sus candidatos con el criterio de fidelidad, es decir que cuando llegue el magistrado a la Corte Constitucional (CC) represente a la CSJ en este tema, que ha producido desde el inicio un fuerte choque de trenes entre las altas Cortes (Uprimny y García 2004). Este argumento también fue confirmado por algunos candidatos a la CC nominados por la CSJ que se entrevistaron en este trabajo de campo.

22 Se decidió entrevistar los senadores más antiguos, preferiblemente líderes dentro de sus respectivos partidos. El criterio de selección de los entrevistados, dentro de la gran cantidad de senadores desde 1992 hasta el 2009, fue el mayor número de elecciones de magistrados en las que participaron. Así, con base en la asistencia de los senadores registrada en la *Gaceta* se escogieron los senadores que habían estado en más de seis elecciones de magistrados de la Corte. De esta forma, se entrevistaron un senador del Partido Conservador, un senador del Partido Liberal y un senador del reciente Partido de la Unidad Nacional.

respuesta estuvo relacionada con las cualificaciones profesionales y los méritos personales. Así, el senador conservador respondió: “El más importante es su transparencia. Que no haya prevaricadores. Que haya gente que haya ejercido con una gran transparencia su profesión”.

Por su parte, el senador del Partido de la Unidad Nacional<sup>23</sup> se refirió más a la trayectoria profesional reflejada en la hoja de vida de los candidatos, mostrando una preferencia por perfiles amplios: “He tenido la suerte y el orgullo de haber participado en todas las elecciones de la Corte, desde la primera hasta hoy. Obviamente que es muy importante que esas precandidaturas, que son las ternas, tengan ese gran común denominador de escoger los mejores en todos los campos, en todas las áreas. Obviamente, el punto primigenio para que pueda llegar una muy buena gente. Que tenga un perfil amplio. Los académicos son muy buenos. Y obviamente, gente que haya hecho la carrera judicial”.

Finalmente, el senador del Partido Liberal fue quien más recalcó, de principio a fin de la entrevista, que la formación integral, no sólo como abogado sino como persona, era el criterio más importante que él tenía en cuenta: “Primero, formación. La Corte Constitucional es, por la misma definición de la Constitución, el guardián de ese pacto social. Entonces, uno necesita que quien tenga esa responsabilidad sea una persona muy formada, y formación no significa que sean abogados. Sino que sean muy formados. Por ejemplo, a mí me ha dado lástima que no lleguen más filósofos del derecho. [...] ¿Y sabe qué? Yo también averiguo que sea una buena persona, socialmente entendido. Que sea una persona sin tachas”.

Es importante notar que este senador no sólo habló a título personal, sino a nombre de su partido, y señaló que, en particular, el Partido Liberal ha tenido un rol muy activo en las elecciones de los magistrados de la Corte Constitucional: “[...] para nosotros los liberales sí es muy importante quién llega a la magistratura. Para nosotros pesa

.....

23 Aunque el Partido de la Unidad Nacional se constituyó en 2005, es bien sabido que varios políticos de partidos tradicionales migraron hacia este nuevo partido.

mucho la formación del futuro magistrado y lo qué piensa”. De acuerdo con lo anterior, para este senador liberal los criterios determinantes son las cualificaciones y la posición ideológica. Además, cuando se le preguntó cómo evaluaban los méritos de los candidatos, agregó: “No, uno sabe. Es que, mira, cuando uno va a votar por un magistrado de la Corte Constitucional, uno a la gente la conoce por lo que escribe. Y generalmente los candidatos han escrito, han producido fallos, han producido artículos de opinión”.

Sin embargo, el senador, mientras aclaraba que no todos los senadores se toman el trabajo de informarse por quién votar, explicó la dinámica interna del Senado, y cómo los senadores “expertos” terminan teniendo mayor influencia: “Aunque la mayoría no lo hace. Ahí hay un elemento interesante; en esas campañas, los senadores juiciosos terminan jalando las votaciones de los senadores no juiciosos. La gente le pregunta a uno: ‘¿Y tú qué opinas?’. Lo mismo ocurre con las demás decisiones del Congreso. A no ser algo muy fuerte, los expertos en un tema terminan direccionando el debate”.

A pesar de que esta investigación no puede establecer hasta qué punto influyen los méritos en la elección de los magistrados, sí puede sugerir cómo los procedimientos que definen el proceso de nombramiento de la Corte en Colombia determinan el tipo de perfil profesional de los candidatos en general y, sobre todo, de quienes quedaron elegidos.

### *Descripción de perfiles de los candidatos a magistrados de la Corte Constitucional*

La literatura especializada muestra claramente que el diseño institucional de los procedimientos de nombramiento judicial es importante porque puede impactar no sólo la independencia de los jueces, sino también los tipos de jueces que llegan a las Cortes (Segal y Spaeth 2002; Epstein y Segal 2005). En este sentido, se entiende la tendencia mundial de crear cortes constitucionales ubicadas por fuera del poder judicial, por cuanto se puede diseñar un procedimiento de nombramiento de los jueces constitucionales completamente diferente al de los jueces ordinarios (Ríos Figueroa 2011). De esta manera, es

más fácil nombrar candidatos que no necesariamente tengan carreras judiciales previas, elegirlos con perfiles profesionales más amplios, que incluyan académicos, profesores de Derecho y políticos (Ferejohn 2002, 251) Esto forzosamente incentiva que los jueces estén más dispuestos a expandir el papel judicial por encima de su función clásica de árbitro neutral autorrestringido, y, por tanto, se involucren en un defensa activa de derechos humanos y creación de políticas públicas (Ríos Figueroa 2011).

Teniendo en cuenta este diseño institucional, se consideró relevante evaluar el efecto de éste en el tipo de perfiles de los candidatos. A partir de las hojas de vida, se definió si cada uno de los candidatos había trabajado en la rama judicial, en el sector público (en cargos en el poder ejecutivo o como político), en el sector privado y/o en la academia. La tabla 3 muestra la distribución de candidatos elegidos y no elegidos, según la cantidad de sectores en los que han trabajado. Esta tabla indica que la mayoría de elegidos han tenido un perfil amplio, dadas sus experiencias profesionales en los distintos sectores clasificados. Así, entre los elegidos, por ejemplo, hay una menor proporción de individuos con sólo dos sectores, mientras que los que han trabajado en más de tres sectores suman el 85% del total de elegidos.

**Tabla 3. Candidatos elegidos y no elegidos, según número de perfiles profesionales**

N.º DE PERFILES	NO ELEGIDO	ELEGIDO	TOTAL
2	9,62%	14,81%	11,39%
3	40,38%	51,85%	44,30%
4	50%	33,33%	44,30%

*Fuente:* elaboración propia a partir de la base de datos original de esta investigación.

Como se puede observar hasta aquí, con base en el análisis de la información cualitativa, se pudo identificar la incidencia de criterios sociodemográficos, políticos, ideológicos, y de las cualificaciones profesionales de

los candidatos a magistrados de la Corte Constitucional. Sin embargo, el peso de cada uno de estos criterios varía de terna a terna y entre elección y elección (Montoya 2011).<sup>24</sup> Por esta razón, vale la pena preguntarse si más allá de estos criterios contingentes a la coyuntura política en el momento de la elección, se pueden identificar instituciones informales a lo largo del tiempo, y que los actores del juego las reconozcan como determinantes en cada una o en la mayoría de las elecciones a magistrados de la Corte Constitucional en el Senado colombiano.

### **c. El lobby como institución informal en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional**

#### *El lobby directo*

Desde las primeras elecciones de magistrados de la Corte Constitucional, en 1992, se ha visibilizado en los medios de comunicación que los candidatos utilizan el cabildeo como una de las principales estrategias para ser elegidos. Sin embargo, cada vez más aumentan las críticas sobre esta etapa de cabildeo, por la falta de regulación. Esta etapa también ha sido criticada porque este *lobby* desregulado conlleva la poca credibilidad que tienen las audiencias públicas en las que los candidatos se presentan formalmente ante el Senado; desafortunadamente, para muchos éstas son una simple formalidad que no define los votos de los senadores (Rubiano 2009). De acuerdo con las entrevistas realizadas en esta investigación, todos, sin excepción, tanto los candidatos elegidos como los no elegidos y los senadores, reconocen la importancia del cabildeo en el Senado para ser elegidos magistrados de la Corte Constitucional. Sin embargo, las percepciones sobre su uso y las diferentes formas de ejercerlo varían entre quienes resultaron elegidos o no.

.....

24 Aunque en términos generales se puede identificar el rol de cada uno de los criterios en las elecciones de los magistrados a la Corte Constitucional, definitivamente algunos criterios tuvieron un rol determinante en ternas particulares. Para profundizar en los casos de ternas que ilustran la influencia determinante de cada criterio, y para ampliar la descripción detallada de las distintas elecciones a partir de las diferentes fuentes de información, ver Montoya (2011).

En primer lugar, en las entrevistas realizadas a los candidatos no elegidos, las explicaciones que dieron éstos sobre su fracaso en el proceso de elección son diversas. En un extremo se ubicaron los candidatos que no utilizaron el cabildeo como forma de promover su candidatura, y en el otro extremo se encuentran quienes lo utilizaron pero no fueron exitosos y, por tanto, no fueron elegidos. En este último grupo, los candidatos no elegidos señalaron que, aunque no resultaron elegidos, las entrevistas personales con los senadores fueron claves para obtener los pocos votos que lograron. Ahora bien, a estos candidatos conscientes de la efectividad del *lobby*, y que recurrieron a esta práctica como una estrategia, se les preguntó por qué fracasaron en el proceso de elección. Entre las respuestas más comunes se encontró que el poco interés en promocionarse produjo que se conformaran con las pocas citas obtenidas; otros indicaron que estar detrás de senador por senador era muy desgastante, no sólo porque no eran atendidos, sino también porque en muchas ocasiones las elecciones estaban definidas desde el principio, y por ende, les resultaba inútil continuar con sus respectivas candidaturas. Sin embargo, otros candidatos no elegidos, a pesar de estar en situación de desventaja, porque sus nombres no fueron públicos al mismo tiempo que los de sus compañeros de terna, asumieron otra actitud y continuaron promoviéndose hasta el final; en parte, esto se explica a partir de sus respuestas, porque no se sentían incómodos con el cabildeo: “Tocar una puerta tras otra y que le digan: ‘No, es que yo ya tengo un compromiso con el doctor X’, no era nada fácil. Era como para sentarse y decir: ‘Esta vaina ya está lista’” (CNE7).

Como se puede observar, la experiencia está relacionada con la percepción o, más bien, la definición que se tenga del *lobby*. En otras palabras, depende de la definición de *lobby* de cada uno de los candidatos, para que decidan utilizarlo como una estrategia para ganar las elecciones. Así, quienes no tenían una percepción normativa negativa, sino que simplemente lo veían como el medio para hacerse conocer en el Senado, no tuvieron problema en buscar entrevistarse personalmente con cada uno de los senadores.

En el otro extremo se encuentran los candidatos no elegidos que no hicieron *lobby* para promoverse ante el Senado. Las explicaciones varían desde candidatos que no estaban interesados más allá del honor de la postulación hasta argumentos moralistas o normativos en torno al *lobby*. Quienes tuvieron una postura normativa muy radical frente al *lobby* afirmaron que no lo hicieron ante el Senado por razones morales en contra de esta práctica, pues ésta se asocia como un medio no meritocrático para pedir un puesto: “El mensaje que yo quería dar era: yo no me voy a poner a lagartear eso, ni mucho menos. Ni a buscar ni un voto ni nada” (CNE12).

Ahora bien, al contrario de los candidatos no elegidos, todos los candidatos que resultaron elegidos magistrados de la Corte Constitucional sí utilizaron el cabildeo político como parte de su estrategia. Hasta los candidatos de la primera Corte que hicieron parte de la Corte de transición dijeron que, aunque ellos personalmente no se hubieran presentado ante el Senado por su condición en ese momento de magistrados, sí tuvieron padrinos políticos que los promovieron. Todos los candidatos entrevistados que fueron elegidos reconocieron el cabildeo como una de sus estrategias para hacerse conocer dentro del Senado. Y, a diferencia de los argumentos normativos que dieron algunos candidatos no elegidos apelando a que la dignidad que representa la magistratura les debe impedir exponerse a prácticas políticas en el Senado, los candidatos que fueron elegidos asumieron el cabildeo como una práctica necesaria en la que se reconoce la importancia de los senadores, y como un proceso que se debe hacer con humildad: “Yo creo que es importante que los senadores sientan que ellos son definitivamente los que representan la democracia. Uno tiene que ser humilde, darle a cada quien su importancia, y un poco es que ellos sientan que de verdad representan una democracia. Eso me parece que es definitivo, y yo no dejé de visitar a ninguno; ni liberales, ni uribistas, ni conservadores, ni del Polo. A todos los visité, con todos hice contacto” (CE6). En este mismo sentido, este argumento de humildad también fue utilizado por uno de los candidatos elegidos para explicar por qué, de los magistrados de la Corte de transición, Ciro Angarita fue el único no reelegido

en la primera elección del Senado: “Ciro no fue elegido por una razón muy sencilla. El Senado no elige al que no va al Senado. Porque un senador siente que hay arrogancia, que ése ni se junta con nosotros, se cree de mejor familia; éstos son los comentarios” (CE3).

### ***El lobby indirecto: padrinzgo político***

Como parte del proceso de *lobby*, la mayoría de los candidatos elegidos coincidieron en que la primera parte de su estrategia consistió en presentarse primero ante los jefes políticos o senadores con mayor fuerza política. De esta manera, la unión entre cabildeo personal ante cada senador y tener un padrino político es sin duda la estrategia más exitosa. Así, de acuerdo con un candidato: “Hay que hacer una visita personal a cada senador; uno empieza por los senadores que tienen mayor incidencia en las bancadas, también por los presidentes de los partidos, y tiene que hablar con cada uno de esos senadores” (CE4). En esa misma dirección, uno de los entrevistados aseguró: “Es un proceso en donde los partidos, o mejor, las bancadas, van perfilando sus preferencias por un determinado candidato. Por supuesto, creo que es muy importante contar con los apoyos de personas de renombre, para que esas bancadas vayan tomando sus preferencias” (CNE11).

Tanto los candidatos no elegidos como los que resultaron elegidos magistrados de la Corte Constitucional reconocen la importancia de los padrinos políticos dentro del Senado, para que los presenten y los promuevan ante los demás senadores. Aunque la coincidencia en este punto no implica que los candidatos elegidos y no elegidos tengan la misma percepción del proceso; al contrario, se distancian radicalmente. Así, un candidato no elegido destacó la importancia de los padrinos políticos como el punto de partida, que en su caso fue su principal limitante: “Una lucha imposible. Uno puede ser pícaro, puede ser incompetente, pero si tiene quién lo meta... Uno lo que necesita es apoyo político” (CNE2). Por el contrario, un candidato elegido que contó con el apoyo de varios jefes políticos tiene una buena percepción del proceso dentro del Senado: “La verdad, en mi caso yo estuve muy de buenas. Conté con el apoyo de dirigentes como Carlos

Holguín, como Germán Vargas Lleras, como el actual presidente de la República, Juan Manuel Santos, que, respectivamente por el Partido Conservador, por el Partido Cambio Radical, por el Partido de la U, me dieron su apoyo” (CE5).

Ahora bien, el padrinazgo político se puede dar como parte de la estrategia de contactar primero con los senadores de mayor peso o fuerza política dentro de sus partidos, o por la iniciativa de los senadores de realizar campaña por los candidatos de su preferencia. Pero también, como vimos anteriormente, además del contacto con los senadores de mayor peso, el padrinazgo político también se puede dar por apoyos regionales. Este tipo de padrinazgo regional fue muy común en las elecciones de los magistrados de la primera Corte. Muchos candidatos entrevistados, sobre todo los candidatos elegidos, reconocieron que, aunque no hicieron cabildeo personalmente, sí recibieron apoyos regionales: “Fue el senador X, amigo de la familia pero desde antes, el que digamos fue muy activo, seguramente hablando con otros parlamentarios para apoyar mi nombre. Pero eso fue lo único” (CE1). De esas mismas elecciones, un candidato no elegido recalzó que, así muchos nieguen haber ido al Congreso, de todas formas el cabildeo sí es determinante, así lo hayan hecho a través de los padrinos políticos: “Si no hacen la vuelta, tampoco el Congreso se compromete con ellos. Puede que no hayan ido personalmente, pero sus padrinos tuvieron que ir” (CNE10).

De esta manera, a partir de la triangulación de diferentes fuentes de información, el hallazgo principal de esta investigación es que el cabildeo se constituye en una institución informal, más que en un criterio de elección. La política en forma de cabildeo directo realizado por los candidatos, e indirecto mediante el padrinazgo político, es el criterio con mayor incidencia en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional. Con base en las percepciones de los candidatos a magistrados, se pudo establecer que para ser magistrado de la Corte, los ternados tienen que dedicarse casi de tiempo completo a la tarea de presentar su candidatura ante cada senador, en las reuniones de partidos y ante las posibles coaliciones de partidos. Sumado a esta estrategia, los casos de candidatos

exitosos han mostrado que tener un padrino político, como un jefe político de algún partido o un expresidente, fue clave para resultar elegido. Por esta razón, la tesis de este trabajo es que el cabildeo se constituye en una institución informal en la elección de los magistrados, más que en un criterio de selección.

Siguiendo la definición de institución informal de Levistky y Helmke (2006), el cabildeo es una institución informal porque es creada y reforzada por fuera de los canales oficiales; y porque es el factor político determinante en la estructuración de las reglas de juego de la elección de los magistrados. Así, el cabildeo es la regla de entrada para que los demás criterios interactúen en la decisión final de los senadores. El cabildeo es una institución reconocida por todos los actores en juego. Por un lado, independientemente de su posición normativa con respecto a la legitimidad de esta práctica, todos los candidatos, tanto elegidos como no elegidos, perciben el cabildeo directo e indirecto como la estrategia más eficaz. Por otro lado, los senadores conciben el cabildeo como la oportunidad de conocer mejor los candidatos y darle un “voto de confianza”. Por último, la última prueba teórica para definir el cabildeo como una institución informal, es que se puede reconocer fácilmente una sanción si se incumple. Definitivamente, si los candidatos no hacen cabildeo, como una estrategia para hacerse conocer en el Senado, esto es interpretado por los senadores como una muestra de indiferencia y desprecio; en palabras de algún senador: “Se creen de mejor familia que nosotros”. Por consiguiente, la sanción inminente es no ser elegido magistrado de la Corte Constitucional.

## **Discusión y consideraciones finales**

Esta investigación no sólo se concentró en los *resultados* de las elecciones de magistrados, sino también en el *proceso* dentro del Senado. Esto permitió ilustrar el funcionamiento de las instituciones políticas y su interacción con las instituciones informales.

A partir de literatura producida para el caso de Estados Unidos, esta investigación exploró cuáles de los criterios de selección de los jueces de la Corte Suprema de Justicia estadounidense viajaban y se podían

exportar para la explicación de la selección de jueces constitucionales en Colombia. Con base en la triangulación de diferentes fuentes de información, se pudo identificar que, tal como sucede en Estados Unidos, los nombramientos de los jueces están dominados por preocupaciones ideológicas y políticas, y en algunos casos, por otras consideraciones como las características sociodemográficas y las cualificaciones profesionales. Así, se mostró que dentro de la categoría general relacionada con características sociodemográficas de los candidatos, no se encontró evidencia sólida que indicara la influencia de la religión, la raza y la edad de los candidatos para ser elegidos. No obstante, se encontró que en muchos casos la región de pertenencia del candidato contribuyó al éxito de sus elecciones, gracias a la naturaleza regional del Senado y a la importancia de sumar apoyos por esa vía. Asimismo, se encontró que el género es un factor importante: una mujer tiene menor probabilidad de ser elegida como magistrada de la Corte. La influencia y el peso relativo de cada uno de estos criterios varían de elección a elección y dentro de las ternas.

Si bien la prevalencia de unos criterios respecto a otros es contingente, a lo largo de las elecciones se pudo identificar el cabildeo realizado directamente por los candidatos o por padrinos políticos como un patrón que ha estado presente en todas elecciones de los magistrados a la Corte Constitucional. El argumento de este trabajo es que el cabildeo es una institución informal porque es creada y reforzada por fuera de los canales oficiales; y porque es el factor político determinante en la estructuración de las reglas de juego de la elección de los magistrados. En otras palabras, el cabildeo es la regla de entrada para que los demás criterios interactúen en la decisión final de los senadores.

Finalmente, resulta importante llamar la atención en relación con el carácter político del proceso de elección de los magistrados de la Corte Constitucional. En los debates en la Asamblea Nacional Constituyente se argumentaba que los magistrados de la Corte debían ser escogidos por los mismos jueces mediante cooptación, porque se ponía en peligro la independencia judicial si participaban órganos políticos como la Presidencia y el Legislativo (*Gaceta Constitucional* 85, 5/29/1991).

Sin embargo, la evidencia recolectada en esta investigación confirma los principales resultados de estudios comparados en América Latina, que demuestran que la participación del Presidente o del Congreso no está asociada con un declive de la autonomía judicial (Pérez-Liñán y Castagnola 2011). Al contrario, los nombramientos políticos, en vez de minar la independencia judicial, pueden incluso fortalecerla, ya que mientras más actores participen en el proceso de elección, menor es el riesgo de control político por un determinado actor sobre las Cortes. Esto se confirmó en algunas entrevistas, donde los candidatos no sólo rectificaron la hipótesis de Lamprea (2010) en relación con que la CSJ escoge sus candidatos para que representen la ideología de ésta en la Corte en materia de las tutelas contra sentencias, sino que además reconocieron en las otras altas Cortes, más que en el Presidente o el Congreso, una amenaza para la Corte Constitucional: “La Corte ha tenido suerte. Pero desde el punto de vista del sistema constitucional existente, sí es peligroso que se llegue a una Corte muy retardataria, muy formalista, no diría por vía de las ternas del Presidente, sino por vía de las ternas de las demás ternas de las Cortes” (CE4).

En sintonía con los estudios globales, el caso de la Corte Constitucional colombiana es una muestra más de que la naturaleza política de los nombramientos judiciales es inevitable, entre otras razones, porque los jueces son actores políticos. Y cuanto más pronto se reconozca su carácter político, más rápido aumentarán las demandas por transparencia y rendición de cuentas, para que haga parte del debate público la información sobre a quiénes se elige, cómo y con qué criterios. Ésta es la única forma de blindar con legitimidad las instituciones políticas.

## Referencias

1. Amaya, Carlos. 2001. Corte Constitucional y economía: análisis de fallos y propuesta para el caso colombiano. *Revista de Derecho Público* 12: 67-144.
2. Archer, Ronald y Matthew Shugart. 1997. The unrealized potential of presidential dominance in Colombia. En *Presidentialism and democracy in Latin America*, editado por Scott Mainwaring y Matthew Shugart, 110-159. Nueva York: Cambridge University Press.

3. Bericat, Eduardo. 1998. *La integración de los métodos cuantitativo y cualitativo en la investigación social*. Barcelona: Ariel Sociológica.
4. Bill-Chávez, Rebecca. 2003. Informal institutions and judicial politics: How informal rules influence judicial autonomy in Latin America. Paper prepared for delivery at the Informal Institutions in Latin America Conference Kellogg Institute, University of Notre Dame, 24-25.
5. Cárdenas, Mauricio, Roberto Junguito y Mónica Pachón. 2008. Political institutions and policy outcomes in Colombia: The effects of the 1991 constitution. En *Political institutions, policymaking processes and economic policy in Latin America*, editado por Mariano Tommasi y Ernesto Stein, 199-242. Cambridge: Harvard University Press.
6. Cepeda, Manuel José. 2007. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis.
7. Clavijo, Sergio. 2001. Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia, 1991-2000. *Revista de Derecho Público* 12: 27-66.
8. Couso, Javier. 2004. Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política* 24 (2), 29-48.
9. Dahl, Robert. 1957. Decision-making in a democracy: The supreme court as national policy maker. *Journal of Public Law* 6 (2): 279-95.
10. Domingo, Pilar. 2004. Judicialisation of politics, politicisation of the judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization* 11 (1): 104-126.
11. Epstein, Lee, Jack Knight y Olga Shvetsova. 2001. Comparing judicial selection systems. *William and Mary Bill of Rights Law Journal* 10 (1): 7-36.
12. Epstein, Lee. y Jeffrey Segal. 2005. *Advice and consent: The politics of judicial appointments*. Nueva York: Oxford University Press.
13. Ferejohn, John. 2002. Judicializing politics, politicizing law. *Law and Contemporary Problems* 65 (3): 41-68.
14. Garoupa, Nuno y Tom Ginsburg. 2009. Guarding the guardians: Judicial councils and judicial independence. *American Journal of Comparative Law* 57 (1): 103-134.
15. Gibson, James y Gregory Caldeira. 2009. *Citizens, courts, and confirmations: Positivity theory and the judgments of the American people*. Princeton: Princeton University Press.
16. Goldman, Sheldon. 1997. *Picking federal judges: Lower court selection from Roosevelt through Reagan*. Nueva Haven: Yale University Press.
17. Gulizza, Frank, Daniel Reagan y David Barrett. 1994. The senate judiciary committee and supreme court nominees: Measuring the dynamics of confirmation criteria. *Journal of Politics* 56: 773-787.

18. Helmke, Gretchen y Steven Levitsky (eds.). 2006. *Informal institutions and democracy: Lessons from Latin America*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
19. Helmke, Gretchen y Julio Ríos Figueroa, (eds.). 2011. *Courts in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.
20. Hulbary, William y Thomas Walker. 1980. The supreme court selection process: Presidential motivations and judicial performance. *The Western Political Quarterly* 33 (2): 185-196.
21. Jacob, Herbert, (ed.). 1996. *Courts, law, and politics in comparative perspective*. New Haven: Yale University Press.
22. Kahn, Paul. 1993. Independence and responsibility in the judicial role. En *Transition to democracy in Latin America: The role of the judiciary*, editado por Irwin Stotzky, 73. Boulder: Westview Press.
23. Kapiszewski, Diana y Matthew M. Taylor. 2008. Doing courts justice? Studying judicial politics in Latin America. *Perspectives on Politics* 6 (4): 741-767.
24. Lamprea, Everaldo. 2010. When accountability meets judicial independence: A case study of the Colombian constitutional court's nominations. *Global Jurist* 10 (1): artículo 7.
25. Mainwaring, Scott, Ana María Bejarano y Eduardo Pizarro (eds.). 2006. *The crisis of democratic representation in the Andes*. Stanford: Stanford University Press.
26. Malleson, Kate y Peter Russell. 2006. *Appointing judges in an age of judicial power. Critical perspectives from around the world*. Toronto: University of Toronto Press.
27. Montoya, Ana María. 2011. “Si no vas al Senado no te eligen magistrado”. El proceso de elección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana en el Senado (1992-2009). Tesis para optar al título de magister en Ciencia Política. Universidad de los Andes. Bogotá.
28. Morasky, Bryon y Charles Shipan. 1999. The politics of supreme court nominations: A theory of institutional constraints and choices. *American Journal of Science* 43 (4): 1069-1095.
29. Pérez-Liñán, Aníbal y Andrea Castagnola. 2011. Institutional Design and External Independence: Assessing Judicial Appointments in Latin America. En *American Political Science Association 2011 Annual Meeting Paper*.
30. Ríos Figueroa, Julio. 2011. Institutions for constitutional justice in Latin America. En *Courts in Latin America*, eds. Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, 27-54. Cambridge: Cambridge University Press.

31. Rodríguez Raga, Juan Carlos. 2011. Strategic deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. En *Courts in Latin America*, editado por Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, 81-98. Cambridge: Cambridge University Press.
32. Rohde, David W. y Kenneth A. Shepsle. 2007. Advising and consenting in the 60-vote senate: Strategic appointments to the Supreme Court. *Journal of Politics* 69 (3): 664-677.
33. Rubiano Galvis, Sebastián. 2009. La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, editado por Mauricio García Villegas, Javier E. Revelo Rebolledo, 85-146. Bogotá: Colección de Justicia.
34. Ruckman Jr., Peter. (1993). The supreme court, critical nominations, and the senate confirmation process. *The Journal of Politics* 55 (3): 793-805.
35. Sánchez, Arianna, Beatriz Magaloni y Eric Magar. 2011. Legalist versus interpretativist. En *Courts in Latin America*, editado por Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, 187- 218. Nueva York: Cambridge University Press.
36. Segal, Jeffrey A. 1987. Senate confirmation of Supreme Court justices: Partisan and institutional politics. *Journal of Politics* 48 (4): 998-1015.
37. Segal, Jeffrey A. y Charles M. Cameron. 1992. A spatial model of roll call voting: Senators, constituents, presidents, and interest groups in Supreme Court confirmations. *American Journal of Political Science* 36 (febrero): 96-121.
38. Segal, Jeffrey A., Richard J. Timpone y Robert M. Howard. 2000. Buyer beware? Presidential success through Supreme Court appointments. *Political Research Quarterly* 53 (3): 557-573.
39. Segal, Jeffrey y Harold Spaeth. 2002. *The supreme court and the attitudinal model revisited*. Nueva York: Cambridge University Press.
40. Shipan, Charles. R. 2008. Partisanship, ideology, and senate voting on supreme court nominees. *Journal of Empirical Legal Studies* 5 (1): 55-76.
41. Tate, C. Neal y Torbjörn Vallinder. 1995. *The global expansion of judicial power*. Londres: Nueva York University Press.
42. Teitel, Ruti. 1997. Transitional jurisprudence, the role of law in political transformation. *Yale Law Journal* 106 (7): 2009-2080.
43. Thushnet, Mark. 2008. *Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Nueva Jersey: Princeton University Press.

44. Uprimny, Rodrigo. 2004. The constitutional court and control of presidential extraordinary powers in Colombia. En *Democratization and the judiciary: The accountability function of courts in new democracies*, editado por Roberto Gargarella, Siri Gloppen y Elin Skaar, 33-49. Londres y Portland: Frank Cass Publishers.
45. Uprimny, Rodrigo y Mauricio García Villegas. 2004. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. En *Emancipación social y violencia en Colombia*, editado por Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García, 463-514. Bogotá: Norma.
46. Yalof, David. A. 1999. *Pursuit of justices: Presidential politics and the selection of supreme court nominees*. Chicago: University of Chicago Press.