

# EL SISTEMA JUDICIAL Y SU DIFERENCIACIÓN INTERNA

Mario Echeverría Acuña<sup>1</sup>

“La toma de posesión de una magistratura significa que el juez se subordina a restricciones de comportamiento que no son vigentes para cualquier persona: producción de reglas jurídicas ateniéndose a los estándares metodológicos y de contenido vigentes”.

*Niklas Luhmann*

El sistema judicial es considerado, hoy por hoy, uno de los subsistemas con mayor influencia en el entorno y en la sociedad; no en vano hace parte de una de las tradicionales ramas del poder público. Cuando uno tiene la posibilidad de observar desde adentro la auto producción de este sistema, descubre muchas cosas que ni siquiera logra imaginarse.

Reconociendo que falta mucho por descubrir y conocer sobre la teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho (esto sumado a que la aproximación a dicha teoría se la debo al maestro Hjalmar Newmark) me aventuro a realizar, en calidad de alguien que ha hecho parte de él, unos breves comentarios

acerca de este subsistema. Es claro que la evolución de nuestra sociedad no puede elegir arbitrariamente ninguna secuencia y que, además, es necesario contemplar la posibilidad de desarrollos regresivos en la misma. Aunque pensemos que por el solo hecho de contar con una Carta Política como la de 1991 nos encontramos en un sociedad moderna, diferencialmente funcional, no podemos vendarnos los ojos y debemos aceptar que nuestro pensamiento y nuestros comportamientos corresponden a los de una sociedad premordena, y con una diferenciación con aspectos que van desde la segmentaría hasta la funcional.

La diferenciación segmentaría está “caracterizada por la igualdad de los sistemas parciales de la sociedad –sistemas que se distinguen o a partir de la descendencia o a partir de las comunidades habitacionales. Lo anterior presupone de alguna manera, la constitución de familias” (Luhmann: 2007, pp. 485, 503). Esta diferenciación segmentaria se ve reflejada en el sistema judicial, *mutatis mutandi*, cuando uno observa que la mayoría de los funcionarios y empleados que están vinculados laboralmente a la Administración de Jus-

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Libre. Secretario Académico de la Facultad de Derecho, Universidad Libre, Sede Cartagena.  
E-mail: mecheverria15@hotmail.com



ticia tienen o tuvieron algún parentesco de consanguinidad o de afinidad con empleados o funcionarios que trabajan, trabajaron o interactuaron dentro del sistema. Es decir que hay grupos de familias o descendencia que vinculan al resto de ella dentro del sistema, ya sea por continuidad, falta de organización o por conocer el medio, y que algunas personas podrían interpretar esto como un comportamiento nepotista o corrupto: según mi opinión se trata de un accionar propio de las sociedades primitivas.

De la diferenciación estratificada se puede decir que está “caracterizada por la desigualdad de rango de los sistemas parciales”.

Ésta forma también su estructura fundamental en una distinción de, *i. e.*, la distinción entre nobleza y pueblo común. Sin embargo, puesta en esta forma sería relativamente inestable porque se la invertiría con facilidad. Las jerarquías estables como el sistema indio de castas o el orden estamental del tardo Medioevo forman, aunque sea de manera artificial, por lo menos tres planos para producir la impresión de estabilidad. La estratificación se basa en diferencias de riquezas aceptadas para la estratificación –es necesario, además– y eso también manifiesta rango que el estrato superior sea relativamente pequeño y que a pesar

de ellos sepa imponerse (Luhmann: 2007, Pág. 486, 539).

La ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, es la primera en establecer desigualdades dentro del subsistema en mención, al señalar que entre los servidores de la Rama Judicial algunos tienen la calidad de empelados y otros de funcionarios<sup>2</sup>. Al establecer esta diferencia, los funcionarios conformados por los jueces y magistrados se encontrarán en la cima, con un reconocimiento político, económico, social y moral, mientras que quedan relegados los demás empleados al resto del personal. Estos aspectos, aunque parecen puramente formales, se ven ejemplificados en casos como el del reciente paro judicial, en el que, por un lado, se veían una multitud de empleados reclamando una nivelación salarial y, por el otro, funcionarios que, en su mayoría, reclamaban la terminación de las protestas y sanciones para sus promotores.

La diferenciación, según centro y periferia, donde “se admite un caso de desigualdad que traspone –al mismo tiempo– el principio de segmentación y, por lo tanto, prevé una pluralidad de segmentos (casas familiares) en ambos lados de la nueva forma. La diferenciación de centro y periferia resulta de la diferenciación de los centros. En el centro –por decirlo así– está como en su casa. El centro con sus propios logros y diferenciaciones

2 “Artículo 125. De los servidores de la rama judicial según la naturaleza de sus funciones. Tienen la calidad de funcionarios los magistrados de las corporaciones judiciales, los jueces de la república y los fiscales. Son empleados las demás personas que ocupen cargos en las corporaciones y despachos judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la rama judicial. La administración de justicia es un servicio público esencial”.

depende en mayor medida de esta forma que la periferia. En la periferia –dependiendo de la intensidad de los contactos– pueden darse diferenciaciones sucesivas (Luhmann: 2007, pp. 485, 526). En el sistema judicial hay un segmento que se encuentra ubicado en la Ciudad de Bogotá y que está conformado por las altas cortes, que en su orden son: la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura. Además de encontrarse en un estrato superior y de concentración del poder, podría considerarse, y espero no estar exagerando, que aprovechan la condición de centro y los recursos para la explotación de la periferia, que es la que en últimas conforma el mayor número de juzgados, iniciando con los municipales, que son los que tienen el mayor contacto con la comunidad al resolverle sus problemas principales.

Por último está la diferenciación funcional:

Caracterizada tanto por la desigualdad como por la igualdad de los sistemas parciales. Los sistemas de funciones son iguales en su desigualdad. De aquí su renuncia a asumir cualquier prioridad de la sociedad total en sus relaciones recíprocas. Aquí ni existe una desigualdad única (como en el caso centro/periferia), ni una forma de la sociedad total para relacionar transitivamente todas las

desigualdades, evitando relaciones hacia atrás circulares. Precisamente estas relaciones son completamente típicas y normales. (Luhmann: 2007, pp. 485, 591).

Aunque este sistema parte del concepto de que estamos frente a una sociedad moderna, y parece que así fuera, teniendo como prueba de ello la creación de Tribunales Constitucionales y demás Cortes con una organización de sus funciones, mientras no se logre una entera desigualdad de los sistemas de función, y que en palabras de Luhmann sería cuando este subsistema logre la cláusula operativa incluyendo la autoreferencia<sup>3</sup>. Mientras en el sistema judicial se sigan presentando los mal llamados “choques de trenes” entre las altas Cortes, esto solo demuestra que no queremos renunciar a un sistema de rangos, de jerarquías, estratificado donde tiene que haber siempre una autoridad encima de otra. Esto se evidencia en el caso en que, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, dicta una Sentencia, y contra ésta se interpone una tutela. En este caso la Corte Constitucional, como guardiana y protectora de la Constitución, si lo considera podría revocar la decisión. Si, en este caso, alguna de las partes inconformes acude a una instancia internacional, esta intervendría eventualmente en el conflicto, por ser un organismo internacional, y continuaría el problema de

3 “Esto trae como efecto, que los sistemas funcionales se colocan a si mismo en un estado de indeterminación auto producida. Esto puede expresarse en la forma de medios específicos de los sistemas de los sistemas como el dinero y el poder” (Luhmann: 2007, p. 590)

inseguridad jurídica, precisamente por insistir en una orden de relaciones y de rangos entre los sistemas de función.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿Cuáles serán las posibles causas de que un subsistema como el judicial no pueda ser funcionalmente diferenciado? Aunque la respuesta pueda parecer sencilla, y cualquiera diría que mientras no seamos una sociedad moderna nunca seremos una sociedad funcionalmente diferenciada, hay unos aspectos de fondo que vale la pena comentar.

El sistema judicial tiene una característica fundamental, y es que está conformado en su mayoría por abogados. Por lo tanto hay que ver qué sucede en su educación, la cual parece que estuviera impregnada de jerarquía: esto explicaría la dificultad de los miembros de esta rama para separarse de esa diferenciación estratificada, iniciando por la concepción que tenemos de la Constitución. Lo anterior podría ser debido a la gran influencia recibida de Kelsen, o de pronto es un problema más profundo que, como señala Duncan Kennedy, proviene de una educación legal como preparación para la jerarquía en la que

la enseñanza de la facultad de derecho presenta la opción por la jerarquía y la dominación, implícita en la adopción de normas sobre Derechos Reales, Contratos y Responsabilidad Civil, como si derivara necesariamente del

razonamiento jurídico y no se tratara de una cuestión política y económica. La parcialidad queda reforzada cuando se afirma que el programa regulatorio de los reformistas de centro está igualmente justificado, pero de cierta forma está más orientado por argumentos de conveniencia política y, por lo tanto, resulta menos fundamental. El mensaje es que el sistema básicamente está bien, ya que hemos emparchado las pocas áreas en las que se podía dar algún abuso, y que existe un espacio importante, aunque limitado, para un debate valorativo sobre futuros cambios y mejoras (Kennedy: 2001, p. 384).

Este problema de la jerarquía está tan interiorizado en la mente de los abogados y de los operadores judiciales, que en memoriales y sentencias debemos citar y mencionar la Constitución, aunque no esté relacionada con el conflicto, porque en la pirámide jerárquica de normas se encuentra en la cima.

La situación se hace más intrincada si le sumamos a lo anterior dos fenómenos que han irrumpido en las sociedades y que han influido en su diferenciación, a saber: la globalización y el acoplamiento del sistema político en el sistema del derecho. Estos eventos permean de alguna forma la complejidad del sistema judicial debido a que, como lo interpreta Newmark (2006):

Luhmann nunca utiliza el término globalización: prefiere referirse a este fenómeno –típico de la sociedad moderna– como sociedad global, es decir, fruto de la diferenciación funcional. La sociedad global aparece al mismo tiempo que la diferenciación funcional; tanto la una como la otra son etapas de diferenciación de la sociedad. Ya no es posible concebir un orden internacional, ya que esto conlleva a pensar en un orden entre naciones o estados, es decir como en la diferenciación segmentaria de la sociedad, cosa que ya no se puede afirmar hoy en día. Por otro lado la vieja semántica –que se mantiene aún hoy– de la separación entre estado y sociedad, nos lleva a pensar erróneamente que al sistema político (el Estado) se le contrapone la sociedad (el sistema económico), dejándonos en la encrucijada de a dónde dirigimos. Esto en filosofía puede corresponde al conocido diagnóstico de la pérdida de referencia o de sentido, pero ello lo único que nos indica es que ya no tenemos un centro o una cima al cual acudir en toda ocasión<sup>4</sup> Luhmann (citado en Newmark: 2006, Pág. 63).

No se puede desaprovechar esta oportunidad para hacer unas reflexiones acerca de lo que, en palabras de Luhmann, sería la autopoiesis del sistema judicial. Un elemento principal de este sistema son los jueces y

el reciente protagonismo sin favorecer necesariamente agendas o fuerzas políticas conservadoras o progresistas tal como ellas se presentan en el campo político, parece afirmarse en un entendimiento más amplio y más profundo del control de la legalidad, que a veces incluye la inconstitucionalidad del derecho ordinario como medio para fundamentar una garantía más osada de los derechos de los ciudadanos<sup>5</sup> (Santos: 2001, p. 86).

Además de este elemento del sistema judicial (los jueces), hay dos aspectos que están muy vinculados a ellos y constituyen, de paso, su legitimidad y su independencia. La legitimidad de los jueces solo se aborda en “regímenes democráticos y se refiere a la formación de la voluntad de la mayoría por vía de la representación política obtenida electoralmente. Debido a que en la gran mayoría de los casos, los magistrados no son elegidos, se cuestiona el contenido democrático de la intervención judicial,

4 “Para Luhmann Globalización, es decir la sociedad global, quiere decir diferenciación funcional de la sociedad y no solamente globalización –sociedad global – económica o política; también deberíamos contar con la ciencia, el derecho, la educación, la religión, la familia, la organización, la interacción, entre otros fenómenos y, no por último, con la misma sociedad” (Newmark: 2000, p. 200).

5 “Sin embargo, el nuevo protagonismo judicial comparte con el anterior una característica fundamental: se traduce en un enfrentamiento con la clase política y con los otros órganos del poder soberano, en especial con el poder ejecutivo. Y por esto es que, tal como antes, ahora se habla de la judicialización de los conflictos políticos. Si bien es cierto que en el origen del estado moderno el sector judicial es un poder político –órgano de soberanía– la verdad es que solo se asume públicamente como tal en la medida en que se interfiere con otros poderes políticos. O sea, la política judicial, que es una característica madre del estado moderno, solo se afirma como política del sector judicial cuando se enfrenta en su terreno con otras fuentes del poder político. De ahí que la judicialización de los conflictos políticos no pueda dejar de traducirse en la politización del sistema judicial (Buenaventura de Sousa: 2000, Caleidoscopio de la justicia).



siempre que ésta interfiera con el poder legislativo y ejecutivo” (Santos: 2001, p. 87).

Los Jueces y Magistrados, para alcanzar una verdadera legitimidad en su elección y nombramiento, deben vincular en ese proceso a la ciudadanía. Esta es, finalmente, la que ante los conflictos donde se ven involucrados sus derechos subjetivos, ceden finalmente una parte de esa soberanía a ese tercero imparcial para que dirima su conflicto en nombre del estado. Pero el problema que se presenta es que esa legitimación queda entredicha cuando se desconfía del procedimiento de elección, por ejemplo, en los casos de jueces en provisionalidad (que conforman más de la mitad), los cuales son nombrados por los Magistrados a dedo, y así mismo algunas Magistraturas que se eligen a través de la cooptación interna<sup>6</sup> (ellos mismos se reúnen y eligen el Magistrado que hará parte de la corporación cuando uno de ellos debe retirarse o cumple su periodo), lo que deslegitima muchas veces esas elecciones ante la comunidad por la misma interferencia del poder político<sup>7</sup>, legislativo y ejecutivo.

Otro aspecto de suma importancia es la tan cuestionada independencia de los jueces (uno de los principios básicos del constitucionalismo moderno y de un Estado Social de Derecho), los cuales se ven enfrentados con medidas del poder legislativo o ejecutivo que afectan su autonomía.

La pregunta sobre la independencia surge así en dos contextos: en el de la legitimidad, cuando su cuestionamiento lleva al legislativo o al ejecutivo a tomar medidas que el poder judicial entienda como mitigadoras de su independencia, y en el de la capacidad, cuando el poder judicial, al carecer de autonomía financiera y administrativa, resulta dependiendo de los otros poderes para obtener los recursos que considera adecuados para el buen desempeño de sus funciones (Santos: 2001, p. 86).

Es claro además que:

El modelo del Estado Social (es decir, del derecho ligado al Estado Social) aparece en distintas versiones, según que se atribuya ingenuamente al estado un mayor espacio de acción con posibilidades políticas de imponer su voluntad sobre una sociedad que estaría a disposición del Estado, o en términos más realistas se conciba al Estado como un sistema más entre otros que, dentro de un espacio de acción con posibilidades políticas de imponer su voluntad sobre una sociedad que estaría a disposición del Estado, o en términos más realistas conciba al Estado como un sistema más entre otros que, dentro de un espacio

6 “Artículo 231. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura”.

7 “Artículo 239. La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho. Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para periodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado (...)”.

de acción relativamente estrecho, ha de limitarse a impulsos reguladores o controladores de tipo indirecto. Pero mientras no se abandone la idea de que las funciones de control del estado han de quedar sujetas a la ligadura que representan los derechos individuales, es decir, mientras no se abandone esa idea a favor de las <<pretensiones sistémicas>>, el modelo del Estado Social cuenta en ambas lecturas con una competencia entre actores estatales y actores sometidos a la dominación del estado que mutuamente se disputan sus respectivos ámbitos de acción (Habermas: 1998, p. 488).

El problema se da cuando el modelo de Estado Social se encarna en una persona o presidente que no permite esa competencia a la que se refiere el autor.

Como resultado de estas breves reflexiones, considero que aunque el sistema judicial esté concebido formalmente como funcionalmente diferenciado, si el personal humano que interactúa en este sistema no asume su rol como tal, no se avanzará hacia una sociedad moderna y se seguirá viendo el Estado Social con el paradigma paternal y no garantista.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. FOUCAUT, M (2001), *Una Crítica Del Control Social Moderno Por Julián Sauquillo*, Madrid: Dykinson.
2. GUNTHER, T. (1989), *El Derecho Como Sujeto Epistémico: Hacia Una Epistemología Constructivista Del Derecho*, Alicante: Doxa Cuadernos de filosofía del derecho 25.
3. GUNTHER, T. y BOURDIEU, P. (2000), *La Fuerza Del Derecho*, Bogota: Ed. Uniandes y otros.
4. HART, H (1980), *El Positivismo Y La Independencia Entre Derecho Y Moral*, México: Fondo de Cultura Económica.
5. KAUFMANN, A. (1999), *Filosofía Del Derecho*, Bogota: Ed. Universidad Externado de Colombia.
6. KENNEDY, D. (2001), *La Educación Legal Como Preparación Para La Jerarquía*, Buenos Aires: Eudeba.
7. HABERMAS, J. (1998), *Facticidad Y Validez*, Madrid: Ed. Trotta.
8. LOPEZ MEDINA, D. (2000), *El Derecho De Los Jueces*, Bogota: Ed. Uniandes.
9. LUHMANN, N. (2007), *La Sociedad De La Sociedad*, Madrid: Ed. Heder.
10. \_\_\_\_\_ (2006), *El Derecho De La Sociedad*, Madrid: Ed. Heder.
11. \_\_\_\_\_ (2001), *La Teoría De Sistemas De Niklas Luhmann Y El Derecho Por Evaristo Prieto Navarro*, Madrid: Dykinson.
12. NEWMARK, H. (2006), *Normas Y Valores: ¿Double Bind?*, Bogota: Revista Colombiana de Sociología/Universidad Nacional, No. 26.
13. \_\_\_\_\_ (2003), *De La Legalidad Al Sistema Del Derecho*, Bogota: Cijus / Publicaciones Uniandes.
14. SANTOS, B. (2001), *El Caleidoscopio De La Justicias En Colombia*, Bogota: Ed. Conciencias y otros.