

Sí.

Sí, acepto. Autora: Angélica Rubiano Vélez. Trementina y mixtas sobre Durex Schoeller. 35 X 25. 2021



Monopolio, mercado de servicios jurídicos y acceso a la justicia: notas para un futuro debate*

Sergio Iván Anzola Rodríguez**

Resumen

La falta de acceso a la justicia, sobre todo para las poblaciones más vulnerables y con menos recursos económicos, es un problema urgente en Colombia. Los sistemas de defensoría pública y servicios pro bono no parecen ser suficientes y efectivos. En otras jurisdicciones que también se ven afectadas por este problema se están empezando a adoptar distintas medidas que afectan el monopolio que ostentan los abogados y las reglas que estructuran el mercado a través del cual proveen sus servicios. Con el fin de prever los términos que van a estructurar el debate en Colombia sobre cómo mejorar el acceso a la justicia a través de modificaciones al monopolio de los abogados y la forma que se regula su mercado, este artículo recoge y estudia las sentencias de la Corte Constitucional referentes a la materia.

Palabras clave: Acceso a la justicia; profesión jurídica; Corte Constitucional; abogados; servicios jurídicos

Monopoly, market for legal services and access to justice: notes for a future debate

Abstract

Lack of access to justice, especially for the most vulnerable population, is an urgent problem for countries such as Colombia. Public pro-bono legal aid programs do not seem to offer sufficient or effective services. Other jurisdictions that face the same situation have started adopting different measures that touch upon lawyers' monopoly and the rules that govern the legal services market. This article studies and compiles rulings from the Colombian Constitutional Court that have dealt with these two topics to infer the terms under which the debate of how to promote access to justice through the market will take place in the future.

Keywords: Access to justice; legal profession; Constitutional Court; Monopoly; Legal Services.

Monopólio, mercado de serviços jurídicos e acesso à justiça: notas para um futuro debate

Resumo

A falta de acesso à justiça, principalmente para as populações mais vulneráveis e com menos recursos econômicos, é um problema urgente na Colômbia. Os sistemas de defensoria pública e serviços pro bono não parecem ser suficientes e efetivos. Em outras jurisdições que também são afetadas por este problema, começaram a adotar diversas medidas que afetam o monopólio que ostentam os advogados e as regras que estruturaram o mercado através do qual oferecem seus serviços. Com o objetivo de prever os termos que vão sustentar o debate na Colômbia sobre como melhorar o acesso à justiça através de modificações ao monopólio dos advogados e a forma de regularização de seu mercado, este artigo reúne e estuda as sentenças do Supremo Tribunal Federal relacionadas com o tema.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Profissão jurídica; Supremo Tribunal Federal; Advogados; Serviços jurídicos.

* Artículo de reflexión.

** Coordinador de Investigación y responsable del área de Ética y Responsabilidad Profesional del CEEAD (Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho) Monterrey, México. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) Nivel I. Abogado por la Universidad de los Andes (Colombia), LLM de University of Helsinki (Finlandia), Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Colombia). Correo electrónico: sergioar@ceedad.org.mx ORCID: 0000-0002-4858-5947



Monopolio, mercado de servicios jurídicos y acceso a la justicia: notas para un futuro debate

Introducción

La última encuesta de necesidades jurídicas insatisfechas realizada en Colombia, muestra varios problemas de acceso a la justicia para el grueso de la población (Dejusticia, 2016). Estos problemas son aún más agudos para la población vulnerable. Parte del problema al acceso a la justicia, tiene que ver con los y las abogadas y la manera en que, como sociedad, decidimos garantizar el acceso a la administración de justicia a través de ellos¹. En lo que respecta a los abogados de parte (es decir, los abogados que representan a cada una de las partes en conflicto) hay dos aspectos importantes a analizar: por un lado, el monopolio que tienen (si es que lo tienen) y la rigidez de este; y, por otro lado, la forma en la que se regula el mercado en el que prestan sus servicios (si es que se prestan a través de un mercado, pues podrían prestarse también a través de un servicio público completamente operado por el Estado).

Garantizar el acceso a la justicia es un reto que se presenta, no solo en los países en vía de desarrollo, sino también en países del denominado “primer mundo”. En Estados Unidos, por ejemplo, la edición de invierno de 2019 de la revista *Daedalus*² estuvo dedicada por completo al tema del acceso a la justicia (Daedalus, 2019). Los altos índices de necesidades jurídicas insatisfechas han empezado a abrir discusiones y debates que tal vez antes eran un tabú. En Estados como Utah y Arizona, las Cortes Federales en conjunto con académicos, ciudadanos y barras de abogados, están creando laboratorios (*sandboxes*) en los que, con una minuciosa inspección y vigilancia, se ponen a prueba diversas medidas que podrían aumentar el acceso a la justicia sin menoscabar los derechos de clientes y terceros (Hadfield & Rhode, 2016; Himonas & Hubbard, 2020; Jiménez & Hagan, s.f.; Rhode & Ricca, 2014; Sandefur, 2020). Se han probado algunas medidas como

1 Sobre los fundamentos teóricos del derecho al acceso a la justicia y su centralidad en los Estados de derecho liberales véase: Bonilla (2019).

2 Revista publicada por la Academia de las Artes y las Ciencias de Estados Unidos.

(i) crear técnicos paralegales que puedan atender determinados asuntos jurídicos sin pasar por toda la formación por la que usualmente transita un abogado, (ii) hacer menos estrictas las reglas de ética profesional que castigan y prohíben la remisión de clientes entre abogados y el compartir o dividirse honorarios, (iii) permitir que personas que no son abogados inviertan dinero y tengan acciones en firmas de abogados³, (iv) permitir que la publicidad de servicios jurídicos sea masiva⁴, (v) fomentar el uso de formatos para demandas, entre otras.

La adopción de estas medidas y otras similares tiene un impacto sobre el monopolio de los y las abogadas y sobre el mercado en el que ofrecen sus servicios. Solo hablar de ellas ya puede causar revuelo. Algunas personas pueden llegar a pensar que son perjudiciales pues ponen en riesgo la defensa técnica ofrecida por los y las abogadas, lo cual garantiza el debido proceso, otras creerán que afectan el decoro de la profesión al equipararla a cualquier actividad comercial exponiendo a la profesión jurídica a una mercantilización que a juicio de algunas personas puede, en determinadas circunstancias y magnitudes, llegar a ser nociva (García y Ceballos, 2019), otras creen que pueden llevar a prácticas en las cuales los y las abogadas crean falsas expectativas en los clientes y además aumentan la litigiosidad, lo cual conlleva a mayor congestión judicial y conflicto social, algo que, en opinión de algunos, no es deseable⁵. Sumado a lo anterior, existirán sectores de la profesión que vean su fuente de ingresos amenazada⁶.

Sin duda todas estas son preocupaciones válidas. No obstante, algunas de ellas pueden ser infundadas o exageradas como bien demuestran, al menos en el contexto norteamericano, los trabajos de Galanter (1983) y Abel (1987), citados

-
- 3 En Estados Unidos las reglas de ética profesional exigían que en las firmas de abogados todos los socios y accionistas fueran abogados. El propósito de permitir que personas que no son abogadas sean socios de las firmas es permitir que, por ejemplo, desarrolladores de herramientas tecnológicas que ayudan a prestar o prestan algunos servicios jurídicos, puedan unirse con firmas de abogados para así acceder a un mercado más grande y ofrecer servicios más completos.
 - 4 En Estados Unidos las reglas referentes a la publicidad de los abogados son más laxas que en Colombia y se permite publicitar servicios en anuncios comerciales en televisión y radio, por ejemplo. No obstante, algunas personas creen que la publicidad puede ser aún más masiva si la profesión jurídica aprovecha el big data y a través de la recolección masiva de datos orienta su publicidad a usuarios más específicos como por ejemplo varias marcas lo hacen a través de redes sociales como Facebook e Instagram.
 - 5 En oposición a esta preocupación sobre el presunto aumento de litigiosidad y sus repercusiones en el contexto norteamericano, véase: Abel (1987) y Galanter (1983). Para estos autores, en realidad lo que hay (o lo que sus estudios empíricos les permitían observar) no era un exceso de litigiosidad y reclamos, sino todo lo contrario, muy pocos reclamos. Para ellos, el régimen jurídico de daños estadounidense (torts), contrario a lo que se cree, no promueve o facilita el fraude en los reclamos judiciales y tampoco “premia” en exceso a las personas demandantes; por el contrario, consideran que el sistema no compensa de manera adecuado los daños sufridos por las víctimas, tampoco impone cargas innecesarias para actividades consideradas socialmente valiosas, sino que, por el contrario, falla en desincentivar actividades que generan riesgos innecesarios.
 - 6 No obstante, los defensores de los cambios al monopolio y mercado de los servicios jurídicos, argumentan que estos cambios no llevarán a que cada abogado obtenga una “tajada más pequeña del pastel” sino que, por el contrario, harán “crecer el pastel” haciendo que haya suficiente trabajo para todos los abogados.

previamente. Lo que sí es cierto es la falta de acceso a la justicia y lo poco eficaz que han sido los sistemas de defensoría pública, o el trabajo pro bono, para suplir esa necesidad. De hecho, pareciera ser (al menos en el contexto norteamericano), que proponer medidas para fortalecer la defensoría pública es un camino ya abandonado. La mayoría de propuestas actuales se apoyan en los desarrollos tecnológicos, la simplificación de algunos trámites y procesos jurídicos para facilitar la auto representación, o en cambiar la estructura del mercado de los servicios jurídicos.

Hasta el momento, la comunidad jurídica colombiana ha sido tímida en proponer soluciones para el problema del acceso a la justicia. Las recomendaciones contenidas en la misma encuesta de necesidades jurídicas insatisfechas se centran únicamente en fortalecer y mejorar la capacidad de la defensoría pública y de los servicios pro bono, en hacer obligatoria la prestación gratuita de servicios, ya sea individualmente o a través de colegios de abogados, u ofrecer algunos incentivos a los y las abogadas para que presten sus servicios (descuentos en impuestos, por ejemplo). Todas ellas dejan intacto el monopolio de los y las abogadas y tocan apenas, de manera marginal, las reglas del mercado al proponer que se contemple la posibilidad de establecer trabajo gratuito y obligatorio. Más temprano que tarde el debate sobre el monopolio de los y las abogadas y la estructura del mercado de servicios jurídicos llegará a Colombia y superará los términos en los que hasta el momento se han pensado las soluciones para el problema de falta de acceso a la justicia.

En ese debate seguramente participarán diversas voces: colegios de abogados, jueces, universidades, empresas de tecnología que quieren entrar al mercado de los servicios jurídicos, políticos y, ojalá, grupos de usuarios frecuentes o de personas que, por una u otra razón, quisieran acceder a la justicia, pero no logran hacerlo en las condiciones actuales. Una voz importante será la de la Corte Constitucional, pues seguramente la regulación propuesta por el legislativo será revisada por ella.

El presente artículo recopila las sentencias de la Corte Constitucional en las cuales ha tocado el tema del monopolio de los y las abogadas, o de reglas que estructuran y afectan el mercado de los servicios jurídicos. Creo importante revisar cómo la Corte se ha aproximado a estos temas, pues sus fallos enmarcarán, al menos hasta cierto punto, el debate futuro sobre cómo promover el acceso a la justicia, no a través de servicios más robustos de defensoría pública⁷ o servicio pro bono⁸, sino a través de un mercado diferente al que se tiene actualmente⁹.

7 Para un análisis detallado y de corte cualitativo de la defensa pública en materia penal en Colombia, véase: Iturralde Sánchez (2019).

8 Para un análisis del estado actual del trabajo pro bono en Colombia y su potencial para colaborar en la materialización del acceso a la justicia, véase: Bejarano Ricaurte (2019).

9 Siguiendo la tipología que Bonilla y Crawford hacen sobre los proyectos y personas que buscan mejorar el acceso a la justicia, el enfoque adoptado en este texto estaría ubicado dentro de la categoría genérica de quienes están

El artículo se divide en tres partes: la primera, contiene unos apuntes básicos sobre a qué me referiré por monopolio de los y las abogadas y por mercado de servicios jurídicos. La segunda parte, recopila y describe los fallos de la Corte Constitucional que se han referido a ambos temas, el del monopolio y el del mercado de servicios jurídicos. La tercera parte, recoge las conclusiones e impresiones generales sobre la manera en que la Corte ha entendido la relación entre monopolio, mercado y acceso a la justicia y cómo esto impactará el debate futuro sobre el monopolio y el mercado de los servicios jurídicos en Colombia.

Monopolio y mercado de servicios jurídicos

Por el monopolio de la profesión jurídica, me refiero al privilegio que el Estado otorga a los y las abogadas para ser las únicas personas autorizadas para representar los intereses y defender los derechos de personas naturales y jurídicas ante autoridades judiciales o administrativas. Este monopolio implica, en su versión más rígida, vetar a quienes no tienen título de abogadas y tarjeta profesional de la posibilidad de representar a una persona en procedimientos judiciales o administrativos, y quitarles la capacidad de auto representarse en procesos en los que sean parte. El monopolio, en su visión más rígida, se extiende también a la asesoría jurídica que se da por fuera de escenarios judiciales. Versiones menos extremas del monopolio abren algunos espacios para la auto representación, la representación por parte de personas que no tienen título de abogado y se “ablanda” en escenarios que no son judiciales, como la asesoría jurídica, la elaboración de contratos, etc.

El monopolio, si bien es un privilegio, implica también una responsabilidad. De ahí que el Estado considere el ejercicio del derecho como una profesión que tiene un impacto social y que genera unos riesgos, lo cual origina unas responsabilidades en los y las abogadas, y a su vez, un deber de vigilancia que, en el caso colombiano, recae en el Estado, más concretamente, en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

El monopolio puede estar sancionado por el Estado formalmente, por ejemplo, cuando es la ley la que lo consagra; o puede ser un monopolio *de facto*, cuando, por ejemplo, las personas pueden representarse por sí mismas o por un tercero que no es abogado, pero la calidad de esa representación se dificulta debido a la tecnificación del derecho y a la forma en que se concibe el sistema de administra-

“centrados en el derecho” (por oposición a quienes se centran en “la sociedad”) y dentro de esa categoría genérica, se ubicaría, posteriormente en el subgrupo que considera que no es necesario esperar a que se constituya un Estado con instituciones jurídicas muy fuertes y eficientes en el uso de recursos para empezar a implementar soluciones efectivas que promuevan un mayor y mejor acceso a la justicia, véase: Bonilla Maldonado et al. (2019).

ción de justicia y el rol del juez en él¹⁰. También puede ser una combinación de las dos, es decir, un monopolio sancionado legalmente, pero que además es reforzado por la tecnicidad del derecho.

Como se indicó anteriormente, el monopolio puede ser más o menos rígido. Un monopolio será completamente rígido cuando cualquier asunto jurídico deba ser obligatoriamente atendido por un abogado. Un ejemplo extremo de esto sería cuando un contrato de arrendamiento de vivienda debe ser elaborado por un abogado, o cuando se sanciona a las personas que, sin ser abogados, venden ese tipo de contratos a través de formas o los elaboran a solicitud de las partes. Un ejemplo menos extremo se da cuando, se prohíbe a los estudiantes de los últimos semestres de derecho representar a personas en determinados asuntos judiciales o incluso asesorarlas. Los monopolios se irán haciendo menos rígidos a medida que más tareas jurídicas empiecen a ser abiertas a personas que no son abogadas. Piénsese por ejemplo en las acciones de tutela, inconstitucionalidad, populares o de grupo que pueden ser interpuestas por cualquier persona sin necesidad de ser abogada, así como en los programas informáticos o aplicaciones que ofrecen algún tipo de asesoría jurídica o en los (aparentemente) extintos *tinterillos*¹¹.

Aunque hoy nos suene extraño, podría haber casos en los que no exista un monopolio para los y las abogadas. Este sería el caso en que las personas pueden acudir al foro judicial por sí mismas (o por otra persona que no es abogada) y presentar su caso al juez para que él decida, sin importar el tema.

Sea un monopolio rígido o laxo, luego viene la pregunta sobre cómo acceden las personas a los y las abogadas cuando los necesitan para resolver un problema jurídico y cómo se regulan varios aspectos de su relación; en últimas, es una pregunta sobre cómo se regula el mercado de los servicios jurídicos. Este mercado puede tener escasa o alta regulación estatal, en medio de ambos yace un continuo. Esta regulación impacta distintos frentes: la publicidad que pueden hacer o no los y las abogadas, la regulación de sus honorarios (cuánto se puede cobrar y cómo se puede cobrar), la responsabilidad que surge por una prestación de servicios negligente, entre otros asuntos.

10 En procesos judiciales donde el juez desempeña un papel más activo, por ejemplo, decretando pruebas de oficio y subsanando errores de las partes, la calidad técnica de las partes puede ser menor y, por ende, podría incluso prescindirse de los abogados de parte. La contracara de esto es la preocupación válida por la imparcialidad del juez. La Sentencia C-542 de 2019, comentada más adelante, es un caso que invita a pensar en este tema.

11 Por tinterillos me refiero a personas que, si bien no cuentan con el título de profesionales del derecho ni con tarjeta profesional, prestan servicios jurídicos a la población. En los 70 y 80 todavía era común ver tinterillos instalados con sus máquinas de escribir afuera de los juzgados u oficinas del Estado asesorando a personas que tenían algún asunto relacionado con el derecho. Paulatinamente fueron desapareciendo de esos lugares y hoy, al menos es difícil verlos en las principales ciudades del país. No obstante, no existen estudios que permitan aseverar con datos duros que es una práctica extinta.

En el extremo de una alta regulación estatal, podemos imaginar un escenario en el cual el Estado garantiza a todas las personas los servicios de un abogado. A través de impuestos se organiza un sistema de servicios jurídicos en el cual, cada vez que una persona requiera de un abogado, acude a una oficina estatal y se le asigna sin necesidad de pagarle honorarios, pues sería un servidor público que tendría cubiertos sus ingresos económicos por parte del Estado. Actualmente así funcionan los sistemas de defensoría pública, pero en el escenario de alta regulación estatal la prestación de servicios sería masiva y abierta a toda la población para cualquier tipo de litigio, sin restringirse o enfocarse principalmente en la defensa penal. En este escenario todos los abogados de parte serían funcionarios públicos y las personas no irían a un mercado a contratar sus servicios, sino que sería el Estado directamente, sin competidor alguno, quien prestaría este servicio para toda la población.

En el otro extremo está el libre mercado. En este caso los usuarios buscan y contratan abogados en un mercado de libre competencia en el que la intervención del Estado es mínima y la ley de la oferta y la demanda tienen primacía. Este extremo (al igual que el otro extremo) es inconcebible actualmente, pues todos los Estados consideran el ejercicio del derecho como una práctica con un alto impacto social, razón por la cual la regulan en mayor o menor medida. No obstante, y esto es importante anotar, sí puede haber determinadas áreas de práctica jurídica que se autorregulen de manera eficiente y autónoma. Este es el caso, por ejemplo, de despachos de abogados que se dedican, por lo general, al derecho corporativo y a asesorar a poderosas empresas transnacionales. En ese nicho, es poco plausible que usuarios y abogados acudan a barras o colegio de abogados u órganos estatales para debatir asuntos sobre la calidad de los servicios prestados o el monto de honorarios cobrados. En estos escenarios, la reputación de abogados y clientes, y la información que transita entre las personas que participan en el mercado, parece funcionar de manera adecuada y facilita una autorregulación eficaz y eficiente (Wilkins, 1992).

En la mitad de los dos extremos hay un largo continuo. En ese continuo podemos imaginar sistemas en los que el Estado regula el mercado, pero de una manera tenue, como de hecho lo hace Colombia, no solo en lo relativo al alcance y contenido de las normas destinadas a ello, sino también en la aplicación efectiva de las normas, la cual es muy baja (Anzola Rodríguez, 2019), o sistemas que podrían tener mayor intervención del Estado, por ejemplo en Colombia los servicios públicos domiciliarios tienen varios prestadores, hay unas tarifas determinadas por el Estado y unos entes estatales encargados de vigilar la forma en que se prestan dichos servicios. El mercado de servicios jurídicos también podría estructurarse de manera similar a estos servicios, sin embargo, esto no ha ocurrido.

Las razones que justificarían el monopolio de los y las abogadas

El monopolio que se otorga a los y las abogadas en materia jurídica puede justificarse en cuatro razones que se refuerzan mutuamente: la complejidad del derecho, el debido proceso, la manera en que se concibe el rol del juez y el impacto social que tiene el ejercicio del derecho.

El derecho regula cada vez más aspectos de nuestras vidas. Cada vez hay más especialidades y subespecialidades dentro de la práctica jurídica. Si antes era común que los y las abogadas fueran generalistas y podían abordar cualquier tipo de consulta referente a distintas áreas del derecho¹², esto es excepcional hoy en día. La hiperespecialización y la división del trabajo hacen muy difícil que una persona sin conocimientos especializados pueda desempeñarse, de manera competente y responsable, en un área del derecho. Si esto es así para los y las abogadas, lo es aún más para las personas que no estudiaron derecho. De acuerdo con lo anterior, el monopolio se justifica porque las personas no tienen ni el tiempo, ni las competencias para atender por sí mismos sus asuntos legales.

La pregunta que podría hacerse al argumento anterior es ¿Y qué pasa si, a pesar de lo anterior, una persona decide renunciar a la representación de un abogado y representarse por sí misma ante un foro judicial? ¿Impedírselo no iría en contra de su autonomía y libertad? ¿No es libre una persona de asumir ese riesgo? ¿Por qué el Estado tiene derecho a obligarla a usar los servicios de un abogado?

En respuesta a lo anterior puede esgrimirse el argumento del debido proceso. Este señalaría que para que el ejercicio del poder público sea legítimo debe ser respetuoso de los derechos de las personas. Existen derechos que son irrenunciables. La defensa efectiva de esos derechos exige el ejercicio de un derecho previo que es el de una defensa técnica, es decir, el derecho a contar con un abogado. De no contar con una defensa técnica, el ejercicio del poder público será percibido como arbitrario. El argumento es de corte paternalista: asume que algunas personas creerán, de manera equivocada, que un abogado no es necesario para defender sus derechos. El derecho a una defensa técnica los obliga a contar con sus servicios. ¿Qué pasará luego en la relación abogado-cliente?, ¿qué decisiones serán tomadas autónomamente por el abogado (por ejemplo, presentar un recurso de apelación, decidir a qué testigos interrogar y qué preguntas formular, etc.¹³) y cuáles por el cliente?, o si el abogado será capaz de persuadir al cliente o si lo manipulará, son

12 Para un estudio cualitativo que describe el mundo de los abogados generalistas en Colombia hace unas décadas, véase: Lynch (1977).

13 La división de competencias y toma de decisiones es un tema que no está regulado por el Código Disciplinario del Abogado en Colombia y que es un tema crucial, pues en últimas allí se determina la balanza de poder en la relación abogado cliente, véase: Mather (2003).

otras discusiones, lo importante en este punto es garantizar la defensa técnica, así esta implica un gasto económico a las personas.

Un escéptico del monopolio podría preguntar ¿Por qué necesito un abogado? ¿Acaso el juez no es también un abogado que decide de manera imparcial? Esta no es una pregunta tonta. De hecho, el principio *Iura Novit Curia*, que quiere decir, “que el juez conoce el derecho” da razón al escéptico del monopolio. El juez, conociendo los hechos, debería poder dar el derecho; no es necesario un abogado que haga esto por el juez.

La respuesta al escéptico es que, en los sistemas adversariales, que son los que dominan los escenarios judiciales actualmente, el juez juega un papel pasivo, el cual consiste en garantizar la igualdad de armas entre las partes y sus abogados, y conducir el proceso. Las partes, representadas por sus abogados, presentan al juez su versión de los hechos, así como los argumentos jurídicos que respaldan su posición. Del choque constante e intenso entre esas dos posiciones se irá develando a los ojos del juez la verdad fáctica y jurídica. Para que este proceso dialéctico funcione de manera adecuada, el juez debe ser absolutamente imparcial y son las partes las que están llamadas a impulsar el proceso: solicitar y presentar pruebas, contradecir las de la prueba contraria, presentar argumentos de parte y contradecir los de la parte contraria. El juez debe abstenerse de realizar acciones que puedan sugerir parcialidad. En este sentido, la respuesta al escéptico sería que sin un abogado que “arme su caso” y defienda su posición, el juez no puede hacer mucho por él. El principio *Iura Novit Curia* no se aplica tal y como suena; si las personas en disputa se limitaran a darle los hechos al juez para que este les diera el derecho, este tendría que jugar tres papeles simultáneos: abogado de la parte demandante, abogado de la parte demanda y juez. El sistema adversarial cree que esto no es conveniente y, además, no es posible.

Aun frente a esta respuesta un escéptico a ultranza podría decir “¿Qué pasa si yo me auto represento, hago de abogado y elaboro mi caso con el conocimiento y habilidades que yo tenga? Yo asumo el riesgo. Si me va mal y lo que digo no tiene sentido, me resigno y acepto el fallo en contra”. ¿Por qué razón no podríamos aceptar que este escéptico se auto represente?

Además del argumento del debido proceso, podría haber otro argumento que se sustenta en el impacto social que podría tener la auto representación. Esta puede hacer que el sistema de justicia no funcione de manera eficiente. Los y las abogadas hablan un lenguaje en común y tienen una técnica en común. Sin duda esto favorece su entendimiento. Insertar en los procesos judiciales a una persona sin los conocimientos adecuados puede entorpecer la labor judicial, lo cual supone, no sólo un problema para ella y su contraparte, sino también para los demás usuarios del sistema judicial que se verían afectados.

Otro problema con la auto representación se refiere a la formación ética que, suponemos, han recibido los abogados. Los y las abogadas no solo comparten un lenguaje y una técnica, se supone que comparten también un *ethos* profesional. Esto supone un entendimiento común sobre qué es el derecho, por qué es importante, qué papel juega en la sociedad y cómo juega ese papel. Ese *ethos* debe garantizar unos determinados valores en el foro judicial, a saber, la buena fe y la lealtad procesal, los cuales, a su vez, deben materializarse en actuaciones concretas como interpretar las normas de acuerdo con el fin previsto en ellas, no apelar a razones extrajurídicas para persuadir a los jueces, etc. Suponemos que el monopolio otorgado a los y las abogadas preserva ese *ethos* profesional. La participación de personas que no han sido formadas en derecho supone una amenaza a ese *ethos*¹⁴.

Las razones que justificarían la prestación de servicios jurídicos a través de un mercado regulado

Garantizar el acceso a los servicios jurídicos, principalmente a través de un mercado regulado en lugar de hacerlo a través de un servicio público estatal de defensoría pública, puede justificarse bajo el valor de la autonomía. Un abogado necesita estar libre de presiones ilegítimas para poder ejercer un buen juicio y aconsejar o representar a su cliente de manera adecuada (Gordon, 1988). Un abogado puede ver su autonomía minada cuando, por ejemplo, está inmerso en un conflicto de interés, el cual le impide defender adecuadamente los intereses de su cliente por atender o cuidar otro interés “intruso”. Hacer de los y las abogadas servidores públicos, supone que rindan cuentas a dos clientes: su cliente para la causa específica, y el Estado como su empleador. Es posible que hace varios años, cuando gran parte del poder residía en el Estado y muchos de los conflictos existentes se daban entre los particulares y el Estado, tuviera sentido y fuera razonable que los y las abogadas no fueran funcionarios públicos. Sin embargo, si los y las abogadas fueran funcionarios públicos se podría presentar presión sobre aquellos que denunciaran con vehemencia y éxito las violaciones de derechos por parte del Estado; es decir, por parte de su empleador.

El argumento de la autonomía ha sido suficientemente persuasivo para justificar que los Estados desistan de convertir el ejercicio de la abogacía en un servicio público prestado únicamente por servidores públicos. No obstante, dadas las fallas del mercado y la necesidad de garantizar acceso a todas las personas, a pesar del mencionado argumento de la autonomía, persisten los servicios de defensoría pública.

14 No obstante, la profesión jurídica es constantemente cuestionada por sus estándares éticos, véase: Anzola Rodríguez (2019).

Además, un mercado con libre competencia (aunque con determinada regulación estatal) atiende mejor las necesidades de las personas (Hadfield, 2019). El mercado supone un lugar donde unas personas demandan servicios y otras los ofertan. El mercado recopila y lee, de manera más rápida, las necesidades de las personas y logra una asignación eficiente de los recursos. Así mismo, se supone que el mercado garantiza de mejor forma la libertad de las personas al darles elección, tanto a los usuarios para decidir qué abogado contratan, como al abogado para decidir qué clientes toma y en qué área del derecho se especializa.

El mercado, además, incentiva una mejor prestación y mayor calidad en los servicios, pues los usuarios optarán por aquellas personas que presten un mejor servicio a un precio más accesible. Esto fomenta la competencia entre oferentes, haciendo que haya mayor innovación en el mercado y mayor especialización para cubrir todos sus nichos.

Los fallos de la Corte Constitucional

Desde su creación, la Corte Constitucional ha estudiado algunos casos que han incidido, tanto en el monopolio de los y las abogadas, como en el mercado en que prestan sus servicios. A continuación, se reseñan brevemente dichos fallos.

Fallos referentes al monopolio

Sentencia C-592 de 1993

Una de las primeras sentencias en la cual la Corte Constitucional tuvo oportunidad de impactar en el monopolio de los y las abogadas fue la C-592 de 1993. Este caso estudia una demanda por inconstitucionalidad contra el artículo 374 del Código Penal Militar (Decreto-ley 2550 de 1988), que establecía quién podía ser defensor en los procesos llevados por la justicia penal militar. El artículo señalaba: “Artículo 374. Quién puede ser defensor. En los procesos penales militares el cargo de defensor puede ser desempeñado por un abogado en ejercicio o por un oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo”.

En consideración del demandante la disposición acusada violaba el derecho a la igualdad y al debido proceso. De acuerdo con el demandante, las garantías contenidas en el artículo 29 de la Constitución son claras en señalar que la defensa de los sindicados solo puede estar a cargo de los y las abogadas y no hace ninguna distinción, ni consagra excepciones respecto de la justicia penal militar.

El ministro de Defensa de ese entonces defendió la constitucionalidad de la norma señalando que:

(...) la segunda posibilidad [es decir que el defensor sea un oficial en servicio activo así no tenga formación de abogado] se otorga porque la actividad misma de la fuerza pública, en ocasiones, impide contar con un abogado que esté en capacidad inmediata de asumir la defensa, como sería en circunstancias especiales de orden público, o a bordo de nave o aeronaves de guerra, sea en aguas internacionales o en el espacio aéreo. (Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 1993)

El argumento del entonces ministro de Defensa va en el sentido de señalar circunstancias, muy específicas de las FFMM que hacen que, en determinados casos, la demanda de servicios jurídicos no sea suplida adecuadamente, lo cual amerita, en su opinión, ampliar el rango de personas que pueden representar a quienes son investigados o enjuiciados por la justicia penal militar. Además de esto, el ministro de Defensa señaló que, si bien el artículo 29 garantiza el debido proceso y el derecho a la defensa en todas las actuaciones, la misma Constitución Política en el artículo 221 reconoce un tratamiento especial a la justicia penal militar.

La Corte dio la razón al demandante y declaró el artículo demandado como inconstitucional. La Corte argumentó:

(...) no puede sostenerse bajo los presupuestos de la Carta de 1991, que la urgencia, la trascendencia, la importancia o la prevalencia que en algunos asuntos plantea la justicia penal militar permita dispensar la presencia del abogado escogido por el sindicado, o de oficio, durante la investigación o el juicio. En este orden de ideas, no obstante la competencia del legislador para establecer las mencionadas disposiciones aplicables a los procesos penales militares, esta facultad otorgada de modo especial y expreso por el constituyente no alcanza para disponer del derecho a la defensa y a la asistencia técnica por un abogado en favor del sindicado, tal y como lo exige la Constitución;

(...)

En verdad lo que quiere el Constituyente no es que se asegure que cualquier persona asista al sindicado en las mencionadas etapas procesales señaladas en el citado artículo 29; en este sentido sería absurdo que en la Carta se hiciese mención a la figura del profesional específicamente habilitado como abogado para adelantar las delicadas funciones de la defensa, para permitir que el legislador por su cuenta habilite a cualquiera otra persona, o a otro tipo de profesional, para adelantar las labores de la defensa, si éstos no acreditan la mencionada formación. (Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 1993)

Este caso ilustra cómo, ante una disposición normativa que, aparentemente buscaba garantizar el acceso formal a la justicia facilitando la representación de militares al permitir que no fuera realizada necesariamente por un abogado, la

Corte dio prevalencia al derecho a la defensa técnica. Es importante recalcar que la Corte tampoco autorizó la representación por parte de oficiales que tuvieran tarjeta profesional de abogado pues consideró que, dada la naturaleza de las fuerzas militares, donde existen cadenas de mando y jerarquías muy marcadas, la autonomía que debe caracterizar a la representación judicial puede verse menoscabada.

Sentencia C-049 de 1996

Esta es una de las primeras sentencias en las que la Corte empieza a hacer menos rígido el monopolio de los y las abogadas y abre puertas para que, en circunstancias excepcionales, los estudiantes de derecho puedan ejercer la defensa penal. En esta sentencia la Corte estudia una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 138, 161, 322 (parciales), 148 y 355 del Decreto 2700 de 1991, por el cual se expiden las normas de procedimiento penal y contra el artículo 34 del Decreto 196 de 1971 por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía¹⁵.

Decreto 2700 de 1991¹⁶:

- «ARTÍCULO 138. Abogado inscrito. Salvo las excepciones legales, para intervenir como defensor o apoderado de una de las partes en la actuación procesal, se requiere ser abogado inscrito».
- «ARTÍCULO 148. Personas habilitadas para la defensa del imputado. De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público.
Los estudiantes de derecho, pertenecientes a consultorios jurídicos o los egresados, podrán intervenir en las actuaciones procesales, en las condiciones previstas en los estatutos de la profesión de abogado y de la defensoría pública».
- «ARTÍCULO 161. Inexistencia de diligencias. Se consideran inexistentes para todos los efectos procesales, las diligencias practicadas con la asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor,

15 Es importante señalar que fueron dos las demandas presentadas y la Corte decidió acumularlas. Una demanda fue presentada por Alfonso Mora León contra los artículos 138, 161, 322 (parciales), 148 y 355 del Decreto 2700 de 1991. La otra fue presentada por Uriel Eduardo González Salgado y Juan Fernando Gutiérrez Márquez contra los artículos 34 del Decreto 196 de 1971 y del inciso 1o. del artículo 148 del Decreto 2700 de 1991.

16 Los apartados demandados son los que se encuentran subrayados

Cuando el sindicado esté en peligro inminente de muerte y sea indispensable realizar diligencias con su intervención, puede omitirse la comunicación a su defensor y nombrar de oficio a cualquier persona, dejando constancia de ello».

- «ARTÍCULO 322. Versión del imputado en la investigación previa. Cuando lo considere necesario el fiscal delegado o la unidad de fiscalía podrá recibir versión al imputado.

Quienes cumplen funciones de policía judicial sólo podrán recibirle versión a la persona capturada en flagrancia y al imputado que voluntariamente la solicite. La versión tendrá que recibirse en presencia de su defensor. Siempre se advertirá al imputado que no tiene la obligación de declarar contra sí mismo.

Sólo podrá recibirse versión al imputado sin asistencia del defensor, en los mismos casos en que la ley lo permita para la diligencia de indagatoria. La aceptación del hecho por parte del imputado en la versión rendida ante el fiscal delegado o unidad de fiscalía dentro de la investigación previa, tendrá valor de confesión».

- «ARTICULO 355. Indagatoria sin defensor en casos excepcionales. Excepcionalmente podrá recibirse indagatoria sin la asistencia del defensor cuando el imputado estuviere en peligro de muerte y sea necesario interrogarlo para el descubrimiento de la verdad que se investiga».

Decreto 196 de 1971:

- ARTICULO 34. El cargo de apoderado para la indagatoria del sindicado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre y cuando no sea empleado público”.

Los argumentos esgrimidos por los demandantes sostienen que las normas violan el artículo 29 de la Constitución Política, pues facultan a que personas que no son abogadas (estudiantes de derecho o “ciudadanos honorables” como señala la norma) para ejercer la defensa penal. Para los demandantes,

- “(...) si bien es cierto que el artículo 26 de la C.N. deja entrever que el legislador puede determinar en qué casos puede exigir títulos de idoneidad, de ninguna manera lo faculta para que en el caso concreto del debido proceso y el derecho a la defensa habilite a ninguna clase de personas como a los egresados de las facultades de derecho y a estudiantes de de-

recho miembros de los consultorios jurídicos para asumir la defensa de los sindicatos” (Corte Constitucional, Sentencia C-049 de 1996).

Aunado a lo anterior, y previendo desde un punto de vista externo los efectos que estas normas pueden tener socialmente señalan,

- “La disposición en comento que habilita a cualquier ciudadano honorable para actuar como defensor del imputado a la indagatoria, coloca al ciudadano carente de recursos económicos para contratar los servicios de un abogado, en una evidente y ostensible situación de desigualdad e indefensión, respecto de aquellos otros imputados, que teniendo los medios disponen de un abogado, o que el Estado se los designa de oficio, de una parte; en desigualdad frente a los órganos de acusación y juzgamiento, cuyos titulares son abogados que cumplen esta función jurisdiccional, de la otra” (Corte Constitucional, Sentencia C-049 de 1996).

En su intervención, el entonces procurador General de la Nación, pone de presente la tensión que enfrenta la Corte entre el acceso a la justicia formal y la defensa técnica:

(...) “para la Corte Constitucional es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicato sea un profesional del derecho, pero así mismo ha estimado que no puede desconocerse que existen en nuestra realidad colombiana municipios donde no es posible contar con abogados titulados para que cumplan la labor de defensor de oficio en asuntos penales, lo que le ha llevado a aceptar que en casos excepcionalísimos, se puedan habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico” (Corte Constitucional, Sentencia C-049 de 1996).

La Corte termina declarando exequibles los artículos que permiten la representación por parte de estudiantes de consultorios jurídicos debidamente supervisados por sus profesores, y declara inexecutable aquellos artículos en los que se contemplaban situaciones en los que cualquier persona (o más precisamente, “ciudadanos honorables” pero sin un mínimo de formación jurídica acreditada), podían ejercer la defensa penal.

En esta sentencia, si bien la Corte hace menos rígido el monopolio de los y las abogadas al permitir la representación por parte de estudiantes de derecho que estén en sus últimos semestres, también solidifica dicho monopolio al declarar inexecutable los apartados que permitían la representación judicial por parte de personas sin formación jurídica acreditada y sin supervisión por parte de docentes de derecho.

Muy posiblemente, este grupo de personas eran los denominados *tinterillos*, personas que con conocimientos básicos representaban intereses de terceros.

La calidad y profundidad de dichos conocimientos y habilidades, y la forma en que los adquirieron (si fue individualmente o si tal vez cursaron algunos años en una facultad de derecho sin terminar sus estudios) podían variar caso a caso, no obstante, la Corte optó por excluirlos de la práctica jurídica y empezar a centrar el monopolio en los profesionales del derecho, así fueran no graduados, pero sí estudiantes de últimos semestres.

Sentencia C-617 de 1996

Siguiendo la línea de la Sentencia C-049 de 1996, en esta sentencia la Corte Constitucional estudia una demanda de inconstitucionalidad contra los literales a y d del artículo 30 del Decreto 196 de 1971 (Estatuto de la Abogacía) el cual señala:

- Artículo 30.- Las facultades de Derecho oficialmente reconocidas organizarán, con alumnos de los dos últimos años lectivos, consultorios jurídicos cuyo funcionamiento requerirá aprobación del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial, a solicitud de la facultad interesada. Los consultorios jurídicos funcionarán bajo la dirección de profesores designados al efecto o de los abogados de pobres, a elección de la facultad, y deberán actuar en coordinación con éstos en los lugares en que este servicio se establezca

Los estudiantes, mientras pertenezcan a dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos:

- a. En los procesos penales de que conocen los jueces municipales y las autoridades de policía;
- b. En los procesos laborales de única instancia y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral;
- c. En los procesos civiles de que conocen los jueces municipales en única instancia,
- d. De oficio en los procesos penales, como voceros o defensores en audiencia (Corte Constitucional, Sentencia C-049 de 1996)

En opinión del demandante, las disposiciones acusadas vulneraban el artículo 29 de la Constitución Política. Puesto que el derecho a la defensa técnica reconocido en ese artículo exige la representación por parte de un abogado y, por ende, las actuaciones de los estudiantes de derecho deberían ser sumamente excepcionales y no tan amplias como las que facultan las normas acusadas.

Un argumento a favor de la constitucionalidad de la norma, expuesto por el representante del ministerio de Interior y de Justicia, es que los beneficiarios de esta disposición son las personas de escasos recursos económicos. Al declarar

la inexecutable de la norma, la Corte Constitucional estaría menoscabando el derecho al debido proceso de estas personas.

En su decisión, la Corte declara executable la norma acusada bajo el entendido de que, la intervención de los estudiantes de derecho se justifica dada su formación técnica y científica y la supervisión cercana que los docentes hacen sobre su representación. Así mismo, justifica la representación por parte de estudiantes, en casos excepcionales, cuando no haya una oferta suficiente de abogados o cuando la persona que requiere los servicios no cuente con los recursos para contratar a un defensor privado. La Corte aprovecha la ocasión para llamar la atención al Estado sobre la importancia de desarrollar una defensoría pública robusta y de amplio alcance. Los argumentos esgrimidos por la Corte y la orientación adoptada en esta sentencia se replican en sentencias posteriores que cuestionaron si permitir la intervención de estudiantes de derecho, o de egresados de derecho que aún no habían inscrito su título ante el Consejo Superior de la Judicatura, afecta el derecho al debido proceso¹⁷.

Sentencia C-542 de 2019

Esta sentencia estudia un caso que evoca el realismo mágico de García Márquez y que parece transitar entre la ficción y la realidad. También es un caso que evoca la utopía que albergan algunas personas de vivir en un mundo sin abogados. En ella la Corte estudia una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 14 de 1964, en el cual se establece que, en los municipios de Contratación¹⁸ y Agua de Dios, los residentes pueden litigar en causa propia o ajena, aunque no sean abogados. La motivación para expedir esa ley fue el hecho de que en esos municipios vivía un número importante de personas con enfermedad de Hansen (lo que comúnmente se conoce como lepra) y la creencia de que dicha enfermedad era altamente contagiosa. Lo anterior llevó a una segregación y aislamiento de las personas que habitaban esos municipios. En razón a ello, se consideró que, ante el aislamiento y la posible escasez de abogados y facultades de derecho, lo más sensato sería permitir que las personas litigaran en causa propia o ajena.

En opinión del demandante, el contexto y las razones aducidas para promulgar dicha ley ya no correspondían a la realidad, pues el número de habitantes en dichos municipios con esa enfermedad había disminuido drásticamente, razón por la cual, a su juicio, la ley desconocía el principio de igualdad, la libertad de profesión u oficio y el derecho al debido proceso.

17 Véase: Sentencias C-034 de 1997, C-025 de 1998, C-744 de 1998 y C-143 de 2001.

18 Vaya coincidencia el nombre de este municipio para el tema bajo estudio.

Según los argumentos del demandante la ley desconocía el principio de igualdad entre los usuarios y los abogados. Entre los usuarios del sistema de justicia en dichos municipios se desconoce el principio de igualdad al permitir que en un litigio una persona esté representada por un profesional del derecho con formación universitaria y conocimientos técnicos y científicos, mientras que la contraparte esté representada por una persona sin dichas cualidades. La presunción acá es que la persona representada por un abogado titulado tiene una ventaja sobre la otra. Además, el demandante sostiene que, mientras el usuario que contrata al abogado titulado tiene mecanismos para disciplinar al abogado en caso de que este falte a sus deberes, el usuario que no es representado por un abogado no tiene un mecanismo institucional que pueda usar en su defensa. Entre los representantes de esas personas también se desconoce el principio de igualdad, pues mientras el abogado titulado ha pasado por un largo proceso de formación (e inversión de recursos) para titularse como abogado y ejercer ante el foro judicial, el representante de la contraparte también puede acudir al foro judicial sin haber pasado por los mismos procesos de formación.

Así mismo, desconoce el debido proceso al no garantizar la defensa técnica de los habitantes de dichos municipios y permitir la representación propia o por personas sin formación científica en términos generales y no en casos excepcionales como venía sugiriendo la jurisprudencia de la propia Corte.

Antes de entrar a estudiar el fondo de la materia, la Corte resolvió un punto que considero relevante y es que, tras la expedición del Decreto 196 de 1971, dicha norma había sido derogada pues el citado Decreto, en su artículo 25 dispone: “Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en este decreto”, y dentro de las excepciones contenidas en el decreto no se encuentran aquellas cubiertas por la Ley 14 de 1964. A pesar de lo anterior, la Corte decide estudiar el caso, pues como ella misma señala:

(...) el contenido normativo debatido por el accionante, pese a que fue objeto de derogatoria orgánica por el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía, constituye una regla viviente en la comunidad jurídica en los municipios de Agua de Dios y de Contratación, que no solo es utilizada y aplicada fluidamente en dichos territorios, sino que además goza de un reconocimiento especial por los operadores de justicia. (Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2019)

Es decir, que más allá de lo dispuesto por las normas, en esos dos municipios no existía un monopolio real para los abogados. Esto se ve soportado por el accionar del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el cual, tal como señala la Corte, ha reconocido la vigencia y eficacia de la norma¹⁹. Así mismo, el juez promiscuo municipal de Agua de Dios:

19 Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2019.

(...) destaca que, precisamente, por estar rigiendo el precepto demandado, con frecuencia los habitantes del municipio de Agua de Dios tramitan los procesos judiciales por sí mismos o a través de litigantes sin título profesional. El juez calcula que, en promedio, el 40% de los trámites corresponde a esta última modalidad, mientras que el 60% restante se surte con la intervención de abogados titulados, especialmente en procesos ejecutivos que adelantan las entidades bancarias así como los verbales de menor cuantía. (Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2019)

Por otro lado, el notario de la Notaría Única del Círculo de Agua de Dios indica que:

(...) en dicho municipio los residentes tienen consciencia sobre la facultad con la que cuentan para actuar en causa propia o ajena sin contar con el respectivo título de abogado, pero que, sin embargo, no siempre hacen uso de esta prerrogativa. Así, para el año 2008 la mayor parte de trámites en dicho despacho se surtían a través de litigantes no abogados, en una proporción de 10/12 a 3/4, mientras que, al día de hoy, esta proporción se ha invertido. (Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2019)

El juez y el notario de Agua de Dios no solo dan fe de la vigencia y aplicación de la norma en la actualidad, también hacen una vigorosa defensa de ella pues:

(...) consideran que la norma demandada no representa ninguna amenaza para los derechos fundamentales de los habitantes del municipio. Antes que un riesgo *iusfundamental*, se trata de una prerrogativa establecida en beneficio de los residentes, quienes pueden o no hacer uso de la misma según la valoración que autónomamente hacen en función de criterios como la naturaleza, la complejidad y la duración del trámite judicial.

(...)

El juez de Agua de Dios menciona que ejerce el cargo desde el 16 de abril de 2002, y que durante sus más de 17 años de experiencia ha encontrado que la prerrogativa legal no lesiona el derecho de acceso a la justicia, la igualdad entre las partes o la defensa técnica, máxime cuando el juez como director del proceso califica las demandas y ordena la subsanación de los eventuales yerros que puedan contener, dirige las audiencias de manera que queden salvaguardadas las garantías de las partes, y ordena las pruebas a que haya lugar, incluso de manera oficiosa cuando hay lugar a ello. Así pues, incluso en los procesos que se surten sin la intervención de abogados, queda asegurado el acceso a la justicia, el derecho de defensa y de contradicción, y

la igualdad de las partes. En cualquier caso, son los usuarios quienes cuentan con la facultad de elegir la modalidad litigiosa. (Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2019)

En su análisis de fondo, la Corte determinó que la disposición acusada violaba el derecho al debido proceso (art. 29 de la Constitución Política). Si bien la Corte estableció que el legislativo, en virtud del artículo 229 tiene libertad para determinar casos puntuales en los que las personas no requerirán de abogado para acudir a los tribunales judiciales, la regla general contempla la representación por abogado. Solo en casos puntuales y determinados puede el legislador establecer excepciones. Para la Corte, el artículo 3 de la Ley 14 de 1964 tiene un contenido abierto e indefinido pues:

(...) permite litigar sin la asistencia de un abogado, a través de una fórmula abierta que no delimita ni individualiza los asuntos en los que opera la regla exceptiva. De hecho, establece que los habitantes de los municipios de Contratación y Agua de Dios pueden litigar en causa propia o ajena, omitiendo especificar las materias sobre las cuales estos pueden ejercer dicha potestad. (Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2019)

Además de lo anterior, la Corte considera que la excepción a la regla general debe responder al objetivo de remover un obstáculo cierto y determinado en el acceso a la justicia sin provocar un riesgo desproporcionado en el goce de derechos. Para la Corte, la situación actual en Agua de Dios y Contratación no presenta un obstáculo, pues el contexto bajo el cual se expidió la Ley 14 ha cambiado drásticamente.

Fallos referentes al mercado de los servicios jurídicos

Sentencia C-609 de 2012

La Corte Constitucional, igual que la extinta sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ha proferido varios fallos indicando las pautas que debían determinar la manera en que se pactaban los honorarios de los y las abogadas²⁰. A pesar de la existencia de esas normas, el criterio general, en lo que respecta a los honorarios de abogados, ha sido que prima la libertad contractual de las partes. Lo anterior implica que, si bien este es un tema en el que el Estado tiene un interés legítimo, su regulación es tenue. Esta sigue siendo la regla general en Colombia, pero tiene una excepción sumamente importante que fue la que introdujo la Ley

20 Auto del 14 de mayo de 1998, Radicación 9979 A, Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

de Víctimas (Congreso de la República, Ley 1448 de 2011) en su artículo 44, el cual señala:

Cuando las víctimas voluntariamente decidan interponer recursos de tutela o acudir a la justicia contencioso administrativa, para obtener una reparación o indemnización por el daño sufrido, los apoderados o abogados que las representen en el proceso no podrán, en ningún caso, recibir, pactar o acordar honorarios que superen los dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el caso de las acciones de tutela, o de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el caso de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, incluyendo la suma que sea acordada como cuota de éxito, cuota litis, o porcentaje del monto decretado a favor de la víctima por la autoridad judicial. Lo anterior tendrá aplicación independientemente de que se trate de uno o varios apoderados e independientemente de que un proceso reúna a varias víctimas. (Congreso de la República, Ley 1448 de 2011)

Este artículo fue demandado ante la Corte Constitucional. En opinión del demandante, este violaba el derecho a la igualdad de los y las abogadas que adelantan procesos administrativos o de tutela. Mientras que el resto de los y las abogadas determinan sus honorarios bajo la libre voluntad de las partes, a aquellos que se dedican a atender este tipo de casos se les impusieron unos topes por ley.

El centro del debate giró alrededor de si, realmente, la medida promovería un mayor acceso a la justicia para las víctimas, o si, por el contrario, lo dificultaría. En opinión del demandante y otros intervinientes, establecer dichos topes hacía muy oneroso para un abogado representar a una víctima del conflicto. A su juicio, se hubieran podido adoptar medidas menos intrusivas que garantizaran los derechos de las víctimas y a su vez, protegieran los intereses de los y las abogadas (intereses que son en todo caso importantes, pues de ellos depende el acceso a las cortes dado el monopolio del que gozan). Una de las medidas que, sugería, podrían haberse adoptado, era la de establecer un tope a los porcentajes que se cobraban cuando se pactaba a través de la modalidad *cuota litis*, que, debido a las condiciones económicas de un número importante de víctimas del conflicto armado, son el principal mecanismo de pago acordado. En lugar de mantener el tope en 50 % que es lo que autoriza el código disciplinario del abogado, se hubieran podido contemplar topes de 40 % o 30 % para estos casos.

La Corte declaró exequible el apartado demandado y encontró que no violaba el derecho a la igualdad. La Corte justificó su decisión basándose en la función social que la abogacía está llamada a cumplir. En opinión de la Corte, la voluntad privada de las partes se puede someter a regulaciones y limitaciones cuando están en juego derechos fundamentales, cuando una de las partes ocupa una posición

dominante o cuando se entiende que se persigue no solo un interés particular, sino el bienestar común.

Desconozco el efecto que el fallo de la Corte ha tenido sobre el acceso a la justicia para las víctimas del conflicto y los intereses de los y las abogadas que las representan. No obstante, creo que es un fallo importante porque impacta directamente en el mercado de los servicios jurídicos. Ninguna otra área del derecho ha visto limitada de manera tan drástica y expresa la libertad contractual de la que gozan abogados y usuarios. Este fallo es significativo, entonces, porque demuestra que, en determinadas circunstancias, la persecución de ciertos fines puede justificar la intromisión profunda del Estado en el mercado de los servicios jurídicos.

Conclusiones e impresiones generales

De la revisión de los fallos de la Corte Constitucional se pueden extraer tres conclusiones y puntuales.

1. Son pocos los casos en los que la Corte se ha referido tanto al monopolio de los y las abogadas, como a las reglas del mercado de los servicios jurídicos. Esto puede obedecer, creo yo, a dos razones: ausencia de iniciativas legislativas referentes al tema y falta de interés y creatividad de parte de personas que pudiesen adelantar litigio de alto impacto tendiente a afectar las normas jurídicas que estructuran el monopolio y el mercado de los servicios jurídicos.
2. En lo que respecta al monopolio de los y las abogadas, la Corte, en lo poco que ha decidido ha sido conservadora y ha protegido el monopolio de los y las abogadas. En lo único que la Corte ha cedido un poco, hasta ahora, ha sido en permitir que estudiantes de Derecho en últimos semestres y supervisados por personal docente, representen a algunas personas en determinados asuntos. El conservadurismo de la Corte en sus fallos puede justificarse bajo el entendido de que las personas que se han perfilado como posibles prestadores de servicios jurídicos aún sin tener formación en derecho (los *tinterillos* o ciudadanos honorables como menciona la sentencia), no han estado articulados y tampoco han dado argumentos de peso que la Corte pueda usar para hacer menos rígido el monopolio que hoy en día ostentan los y las abogadas. En cierta forma, puede decirse que el conservadurismo de la Corte es entendible y justificable²¹.

21 Sin embargo, creo que el caso de los municipios de Contratación y Agua de Dios y las respectivas intervenciones del notario y del juez de dichos municipios, pudieron haber llevado a la Corte a, por lo menos, estudiar la pertinencia de sus argumentos.

3. A pesar de su conservadurismo y de cimentar poco a poco el monopolio de los y las abogadas, la Corte ha mantenido abierta la puerta para alterar ese monopolio y el mercado de los servicios jurídicos. En la sentencia más reciente, la C-542 de 2019, recogió los puntos principales de sus fallos y sintetizó las siguientes subreglas que considero fundamentales para el futuro debate sobre monopolio y regulación de mercado:
- La exigencia de contar con asistencia jurídica calificada para adelantar procesos judiciales puede perder justificación en casos en los que por la naturaleza de los asuntos debatidos sea posible acceder a la justicia sin poner en riesgo derechos e intereses legítimos.
 - También puede perder justificación en aquellos eventos en que su exigencia pueda convertirse en obstáculo para acceder a la justicia.
 - El legislador cuenta con amplia potestad para establecer en qué casos se requiere asistencia de un abogado. Solo ante medidas abiertamente irrazonables se configura la inconstitucionalidad.
 - La regla general es la de requerir abogado, y las excepciones a ella deberían ocurrir en asuntos específicos y determinados.
 - La presencia del abogado en el litigio se justifica porque genera equilibrio en el debate que protagonizan las partes, lo que lleva a pensar qué justificaría la presencia de un abogado si ambas partes en conflicto deciden no acudir a un abogado para su representación.

La lógica que subyace a los fallos de la Corte reconoce entonces la importancia de garantizar la defensa técnica de todas las personas, pero también es sensible al problema de acceso a la justicia y parece reconocer, al menos entre líneas, que el monopolio de los y las abogadas y las reglas del mercado de los servicios jurídicos juegan un papel importante en él.

El caso de los municipios de Agua de Dios y Contratación (Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 2019) es interesante, no solo los hechos que narra y su similitud a un relato propio del realismo mágico sino porque, además, las intervenciones del juez y el notario en dicho proceso, dejan entrever una petición importante y es la de observar en el terreno, a través de un estudio empírico riguroso, cuáles son los efectos de aplicar unas reglas específicas (en el caso de Agua de Dios y Contratación, aquellas que vetan la auto representación o la representación por terceros) a un contexto determinado.

Actualmente las reglas sobre el monopolio y el mercado de servicios jurídicos (honorarios, publicidad, prohibición de remisión de clientes cuando se comparten honorarios, etc.,) tienen una razón de existir y es proteger a la ciudadanía de posibles abusos por parte de los y las abogadas. Esto es un fin legítimo. No obstante,

no es el único fin que está llamado a garantizar el ordenamiento jurídico, el acceso a la justicia es otro. Relajar las reglas sobre el monopolio y la ética profesional de los y las abogadas sin duda entraña riesgos. También entraña riesgos mantenerlas tal y como están. La encuesta de necesidades jurídicas insatisfechas muestra el panorama y este no es nada alentador. Si cualquier decisión entraña riesgos, lo sensato sería administrarlos correctamente. Esto implica empezar a experimentar con distintas reglas y modelos y ver qué riesgos surgen y cuál es la mejor forma de atenderlos. Los experimentos y laboratorios que se han adelantado en otros lugares podríamos emularlos en Colombia. Es completamente plausible aprender de ellos y tener espacios de experimentación donde podamos ver con sumo cuidado cómo la alteración de algunas reglas del monopolio o del mercado de servicios jurídicos, impactan el acceso a la justicia y la calidad de los servicios prestados.

A mi modo de ver, la línea de argumentación que, hasta el momento, ha elaborado la Corte Constitucional es sensata, en tanto se ha interesado por identificar los valores constitucionales en juego y tratar de señalar que no hay absolutos que no puedan ser modificados o puestos en duda. Tener esta puerta abierta en la Corte Constitucional es un activo enorme; podríamos tener otro escenario en el que ya estuviesen entronizados algunos valores o intereses que nos impidieran cualquier intento de reforma. Sin duda alguna, al estudiar estos temas, la Corte puede ser vulnerable a ataques de la profesión jurídica (o algunos sectores de ella), que consideraría sus intereses afectados o al menos amenazados. En casos particulares esos ataques estarán fundamentados y en otros no. Para proteger la legitimidad de la Corte y tomarse en serio las preocupaciones de la profesión jurídica, es clave adelantar estudios empíricos (el caso de Agua de Dios y Contratación eran excelentes oportunidades para hacerlo) que nos muestren los riesgos y ganancias reales de un sistema determinado de reglas. Movernos hacia una regulación basada en datos y observaciones (Chambliss, 2019), en lugar de una sustentada en temores o en la mala fe de las personas que se pretende regular, debería ser una prioridad.

Referencias bibliográficas

- Abel, R. (1987). The Real Tort Crisis-Too Few Claims. *Ohio St. LJ*, 48, 443.
- Anzola Rodríguez, S. I. (2019). *El Malestar en la Profesión Jurídica: tensiones entre la ética personal y profesional de los Abogados*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Bejarano Ricaurte, A. (2019). El trabajo pro bono en Colombia ¿Cómo puede contribuir a ampliar, igualar y consolidar las vías de acceso a la justicia? En D. Bonilla Maldonado y C. Crawford (eds.), *El acceso a la justicia : teoría y práctica desde una perspectiva comparada*. Universidad de los Andes, Editorial Siglo del Hombre.

- Bonilla, D. (2019). El derecho al acceso a la justicia: su arquitectura conceptual. En D. Bonilla y C. Crawford (eds.), *El acceso a la justicia: Teoría y práctica desde una perspectiva comparada*. Universidad de los Andes; Editorial Siglo del Hombre.
- Bonilla Maldonado, D. y Crawford, C. (2019). *El acceso a la justicia : teoría y práctica desde una perspectiva comparada*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Chambliss, E. (2019). Evidence-Based Lawyer Regulation. *Washington University Law Review*, 97(2).
- Colombia. Congreso de la República. (10 de junio de 2011). Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 48096. Recuperado de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf>
- Colombia. Corte Constitucional. (9 de diciembre de 1993). Sentencia C-592/93. [;MP Fabio Morón Díaz].
- Colombia. Corte Constitucional. (8 de febrero de 1996). Sentencia C-049/96. [;MP Fabio Morón Díaz].
- Colombia. Corte Constitucional. (13 de noviembre de 1996). Sentencia C-617/96. [;MP Jose Gregorio Hernandez Galindo].
- Colombia. Corte Constitucional. (30 de enero de 1997). Sentencia C-034/97. [;MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia. Corte Constitucional. (11 de febrero de 1998). Sentencia C-025/98. [;MP Fabio Morón Díaz].
- Colombia. Corte Constitucional. (2 de diciembre de 1998). Sentencia C-744/98. [;MP José Gregorio Hernández].
- Colombia. Corte Constitucional. (7 de febrero de 2001). Sentencia C-143/01. [;MP José Gregorio Hernández].
- Colombia. Corte Constitucional. (14 de noviembre de 2019). Sentencia C-542/19. [;MP Alejandro Linares Cantillo].
- Daedalus. (2019). *Journal of the American Academy of Arts & Science*, 148(1).
- Dejusticia. (2016). *Encuesta Nacional de Necesidades jurídicas: Análisis general y comparativo para tres poblaciones*. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_618.pdf
- Galanter, M. (1983). Reading the landscape of disputes: What we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, 31, 4.
- García, M. & Ceballos, M. (2019). *La profesión jurídica en Colombia. Falta de reglas y exceso de mercado*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org>

- org/wp-content/uploads/2019/08/La-Profesio%CC%81n-Juri%CC%81dica-En-Colombia.pdf
- Gordon, R. W. (1988). The Independence of Lawyers. *Boston University Law Review*, 68. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/72827877.pdf>
- Hadfield, G. K. (2019). More Markets More Justice. *Daedalus*, 148(1), 37-48. DOI: https://doi.org/10.1162/daed_a_00533
- Hadfield, G. K. & Rhode, D. L. (2016). How to regulate legal services to promote access, innovation, and the quality of lawyering. *Hastings Law Journal*, 67(5), 1191-1223.
- Himonas, D. G. & Hubbard, T. J. (2020). Democratizing the rule of law. *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 261-282. Recuperado de <https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/06/03-Himonas-and-Hubbard-Website.pdf>
- Iturralde Sánchez, M. A. (2019). La ficción jurídica del derecho a la defensa en el sistema de justicia penal colombiano. En D. Bonilla y C. Crawford (eds.), *El acceso a la justicia: Teoría y práctica desde una perspectiva comparada*. Bogotá: Universidad de los Andes, Editorial Siglo del Hombre.
- Jiménez, J. G. & Hagan, M. (Sin fecha). *A Regulatory Sandbox for the Industry of Law*. Recuperado de <https://doi.org/10.2139/ssrn.3188828>
- Lynch, D. (1977). Lawyers in Colombia: Perspectives on the Organization and Allocation of Legal Services. *Texas International Law Journal*, 13.
- Mather, L. M. (2003). What do clients want - What do Lawyers do? *Emory Law Journal*, 52. Recuperado de https://digitalcommons.law.buffalo.edu/journal_articles/740/
- Rhode, D. L. & Ricca, L. B. (2014). Protecting the profession or the public? Rethinking unauthorized-practice enforcement. *Fordham Law Review*, 82(6), 2587-2610. Recuperado de <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.com/&httpsredir=1&article=4993&context=flr>
- Sandefur, R. (2020). Legal Advice from Nonlawyers: Consumer Demand, Provider Quality, and Public Harms. *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties (SJCRCCL)*, 16(2). Recuperado de <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2020/06/04-Sandefur-Website.pdf>
- Wilkins, D. B. (1992). Who Should Regulate lawyers?. *Harvard Law Review*, 4(105).