

Democracia, justicia_y sociedad

Diez años
de investigación
en Dejusticia



Mauricio García Villegas
María Adelaida Ceballos Bedoya
(editores)

Colección
Dejusticia

DEMOCRACIA, JUSTICIA Y SOCIEDAD

DIEZ AÑOS DE INVESTIGACIÓN EN DEJUSTICIA

Democracia, justicia y sociedad

Diez años
de investigación
en Dejusticia



Mauricio García Villegas
María Adelaida Ceballos Bedoya
(editores)

Colección
Dejusticia

Varios autores.

Edición a cargo de: Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos Bedoya

Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia. Bogotá:
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016

917 p; 16,5 x 23,5 cm

ISBN 978-958-59496-6-9 versión digital

978-958-59496-5-2 versión impresa

1. Colombia 2. Constitución 1991 3. Sistema judicial 4. Democracia 5. Acción de tutela
6. Derechos humanos 7. Reforma a la justicia 8. Sociología jurídica 9. Estado social de
derecho

ISBN 978-958-59496-6-9 versión digital

978-958-59496-5-2 versión impresa

Preparación editorial

Marta Rojas

Revisión de textos

María José Díaz Granados M.

Cubierta

Alejandro Ospina

Impresión

Ediciones Antropos Ltda.

Primera edición

Bogotá, D.C., noviembre de 2016

Este texto puede ser descargado gratuitamente
en <http://www.dejusticia.org>



Creative Commons Licence 2.5

Atribución – No comercial – Compartir igual

Dejusticia, 2016

Carrera 24 N° 34-61, Bogotá D. C.

Teléfono: 608 3605

www.dejusticia.org

Contenido

Agradecimientos	13
Estudio preliminar	
Derecho, justicia y sociedad en Colombia	15
Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos Bedoya	
PARTE 1	
SEIS PUNTOS DE VISTA SOBRE LA JUSTICIA	48
Capítulo 1 LA JUSTICIA COMO INSTITUCIÓN	50
El sistema judicial visto desde el institucionalismo social	51
Mauricio García Villegas, César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny Yepes	
Capítulo 2 JUSTICIA Y DEMOCRACIA	60
A. Un sistema judicial para profundizar la democracia	61
Rodrigo Uprimny Yepes	
B. El potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana	71
Rodrigo Uprimny Yepes y Mauricio García Villegas	
C. El constitucionalismo aspiracional y las estrategias políticas de transformación social	83
Mauricio García Villegas	
Capítulo 3 JUSTICIA Y ECONOMÍA	96
A. El control constitucional a la economía	97
Rodrigo Uprimny Yepes	
B. El modelo económico de la Constitución de 1991	112
Rodrigo Uprimny Yepes y César Rodríguez Garavito	
Capítulo 4 REFORMAS JUDICIALES Y DERECHOS SOCIALES	126
Las consecuencias de las reformas judiciales con enfoque neoliberal en Colombia	127
César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny Yepes	

Capítulo 5	JUSTICIA Y CONFLICTO ARMADO	142
	El aparato judicial: ¿un sustituto de la violencia y la guerra?	143
	Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes	

Capítulo 6	JUSTICIA Y TERRITORIO	156
	A. Fragmentación territorial, conflicto armado y justicia	157
	Mauricio García Villegas	
	B. Los desafíos del <i>apartheid</i> institucional	168
	Mauricio García Villegas y Jose Rafael Espinosa	

PARTE 2		
ACCESO, PROBLEMAS DE DISEÑO		
Y AMENAZAS A LA JUSTICIA		176

INTRODUCCIÓN	180

Justicia rutinaria y protagónica:	
una caracterización de la justicia colombiana	181
Rodrigo Uprimny Yepes	

Capítulo 7	LA CIUDADANÍA FRENTE A LA JUSTICIA	192

I. ACCESO A LA JUSTICIA	193

A. Las cifras del acceso y la cobertura judicial	194
Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	
B. Necesidades jurídicas insatisfechas según grupo poblacional	202
Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde Ordóñez, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	
C. Estudio de caso: el acceso efectivo a la justicia de las mujeres víctimas del conflicto armado	220
Diana Esther Guzmán y Sylvia Prieto Dávila	

II. LA EVOLUCIÓN DE LA PERCEPCIÓN SOBRE EL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO	235

A. La percepción ciudadana de fines de la década de los noventa	236
Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	
B. La percepción ciudadana en la segunda década del siglo XXI	241
Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde Ordóñez, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	

Capítulo 8	PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA	250
	A. La gestión del sector jurisdiccional de la Rama Judicial Rodrigo Uprimny Yepes y Carolina Villadiego Burbano	251
	B. Problemas de rendición de cuentas y gestión de recursos en el sistema judicial Miguel Emilio La Rota, Carolina Bernal Uribe, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	259
	C. La impermeabilidad del sistema judicial y las fallas en el diseño institucional del Consejo Superior de la Judicatura Miguel Emilio La Rota	277
	D. Independencia orgánica de la Rama Judicial y nominación de los magistrados de las altas Cortes Sebastián Lalinde Ordóñez	285
Capítulo 9	AMENAZAS A LA JUSTICIA	296
	I. CAPTURA DE LA JUSTICIA	297
	A. Amenazas a la independencia del Consejo Superior de la Judicatura durante el Gobierno Uribe Vélez Javier Eduardo Revelo Rebolledo	298
	B. Captura y resistencia en la Rama Judicial Javier Eduardo Revelo Rebolledo	309
	II. PRESENCIA DISPAR DEL ESTADO EN EL TERRITORIO	327
	El desempeño de la justicia local y el <i>apartheid</i> institucional Mauricio García Villegas y Jose Rafael Espinosa	328
	III. IMPACTOS DE LA GUERRA SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA	351
	A. Relato: “Y yo con esas ganas de ser juez” Mauricio García Villegas	352
	B. Relato: La justicia en medio de la guerra Mauricio García Villegas	363

PARTE 3

REFLEXIONES EN TEMAS ESPECIALIZADOS DE JUSTICIA

370

Capítulo 10 EL CONSTITUCIONALISMO EN LA JUSTICIA

376

I. REFLEXIONES CONSTITUCIONALES EN COLOMBIA Y EL MUNDO

377

- A. La relación entre tribunales constitucionales y procesos de paz. Análisis comparado
Rodrigo Uprimny Yepes y Nathalia Sandoval Rojas 378
- B. Los cambios constitucionales en América Latina
Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque 393
- C. El constitucionalismo en Colombia y la revolución de los derechos
Juan Fernando Jaramillo Pérez 409
- D. Control judicial a los estados de excepción
Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes 422

II. DERECHOS, ACCIÓN DE TUTELA Y ACTIVISMO JUDICIAL

435

- A. Controversias en torno a la acción de tutela
Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes 436
- B. Necesidad, conveniencia y aspectos por reformar de la tutela contra sentencias
Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes 455
- C. La judicialización de los derechos: el caso de la salud
César Rodríguez Garavito 461
- D. Los efectos de los fallos estructurales sobre derechos sociales: la sentencia T-025 de 2004
César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco 477
- E. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales
César Rodríguez Garavito 489

III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PUEBLOS ÉTNICOS

503

- A. Constitucionalismo multicultural, etnicidad.gov y el derecho a la consulta previa
César Rodríguez Garavito y Carlos Andrés Baquero Díaz 504
- B. Las comunidades negras y la consulta previa
Carlos Andrés Baquero Díaz 521

C. La protección constitucional de los pueblos étnicos	525
Carlos Andrés Baquero Díaz	
D. La Corte Constitucional y los efectos desproporcionados del desplazamiento forzado sobre los pueblos indígenas	529
Carlos Andrés Baquero Díaz	

IV. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MEDIO AMBIENTE 533

A. Las consultas populares en los casos de extracción de recursos naturales no renovables	534
Diana Rodríguez Franco	
B. La locomotora minera y el principio de precaución	538
Diana Rodríguez Franco y Celeste Kauffman	

Capítulo 11 JUSTICIA PENAL 542

A. Debate metodológico sobre el concepto de impunidad	543
Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	
B. Buenas prácticas de lucha contra la impunidad	552
Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Esther Guzmán	
C. Funcionamiento del sistema penal mixto de corte inquisitivo (Ley 600 de 2000)	564
Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	
D. Los funcionamientos diferenciados del sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004)	571
Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Javier Eduardo Revelo Rebolledo	
E. La defensa pública penal en Colombia	583
Carolina Bernal Uribe	
F. Los funcionarios judiciales ante la prisión preventiva	597
Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal Uribe	
G. La irracionalidad de la persecución de los delitos complejos en Colombia	609
Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal Uribe	
H. La inconveniente ampliación del fuero penal militar	621
Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque	

Capítulo 12 LA DESPROPORCIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON DROGAS 632

I. DESPROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ABSTRACTO	633
Los excesos en los delitos y en las penas relacionados con drogas	634
Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	

II. DESPROPORCIONALIDAD EN SENTIDO CONCRETO: IMPACTOS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE DROGA	641
A. Presión sobre el sistema judicial Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	642
B. Presión sobre el sistema carcelario e impacto de la criminalización sobre la población carcelaria Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	648
C. Eficacia selectiva según territorio, delito y eslabón de la cadena de narcotráfico Mauricio García Villegas, José Rafael Espinosa y Felipe Jiménez Ángel	653
D. Feminización de los delitos de drogas Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	661
III. DESPROPORCIONALIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA UTILITARIA	667
Costos y beneficios de la judicialización de los delitos de drogas Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	668
IV. DESPROPORCIONALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL	677
El test de proporcionalidad aplicado a los delitos de drogas Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	678

Capítulo 13 JUSTICIA TRANSICIONAL	686
A. Potencialidades y limitaciones del enfoque restaurativo en el marco de la justicia transicional Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffon	687
B. La reparación integral desde una perspectiva de género Diana Esther Guzmán	699
C. La restitución de tierras, los imperativos de la justicia transicional y los principios del derecho privado Rodrigo Uprimny Yepes y Nelson Camilo Sánchez León	711
D. Justicia étnica colectiva y justicia transicional César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam	728
E. Reparaciones transformadoras: un mecanismo para aliviar las tensiones entre justicia correctiva y justicia distributiva Rodrigo Uprimny Yepes	741

Capítulo 14	JUSTICIA CIVIL	756
	Congestión, tipos de procesos frecuentes y formas de terminación de los procesos civiles	757
	Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	
Capítulo 15	JUSTICIA INTERNACIONAL	764
	El retraso procesal en el sistema interamericano de derechos humanos	765
	Nelson Camilo Sánchez León y Laura Lyons Cerón	
Capítulo 16	OTRAS FORMAS O EXPERIENCIAS DE JUSTICIA	782
	A. Los mecanismos de informalización de la justicia en la Constitución de 1991	783
	Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	
	B. Los riesgos y las potencialidades de la justicia informal	786
	Rodrigo Uprimny Yepes	
	C. Características y funcionamiento de las casas de justicia	797
	Mauricio García Villegas y Carolina Villadiego Burbano	
	D. La justicia penal comunitaria en cuatro barrios de Bogotá y los tipos de justicia privada	801
	Mauricio García Villegas	

PARTE 4

ALGUNAS RECOMENDACIONES

PARA LAS REFORMAS A LA JUSTICIA 818

Capítulo 17	SOBRE LAS REFORMAS NORMATIVAS DE LA JUSTICIA	822
	A. Lecciones sobre cómo no hacer una reforma constitucional	823
	Rodrigo Uprimny Yepes y Sebastián Lalinde Ordóñez	
	B. Las reformas judiciales y el compromiso de lucha contra la desigualdad social	832
	César Rodríguez Garavito	
Capítulo 18	LA JUSTICIA CON ÉNFASIS TERRITORIAL	836
	A. Cómo pensar la justicia en zonas de conflicto armado	837
	Mauricio García Villegas	
	B. Recomendaciones para el fortalecimiento de la justicia local	840
	Mauricio García Villegas, Jose Rafael Espinosa y Felipe Jiménez Ángel	

Capítulo 19	SOBRE EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA	844
A.	Alternativas para mejorar el acceso a la justicia Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde Ordóñez, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	845
B.	El Consejo Superior de la Judicatura: por una Sala Administrativa menos corporativa y una Sala Disciplinaria menos política Miguel Emilio La Rota	854
C.	Prouestas relativas al presupuesto y la rendición de cuentas de la Rama Judicial Miguel Emilio La Rota, Carolina Bernal Uribe, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	858

Capítulo 20	RECOMENDACIONES EN TEMAS ESPECIALIZADOS DE JUSTICIA	864
A.	Recomendaciones en torno a la tutela contra sentencias Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes	865
B.	Cómo mejorar los procesos de investigación penal de crímenes complejos Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal Uribe	868
C.	Recomendaciones relativas a la defensa pública penal en Colombia Carolina Bernal Uribe	873
D.	Las Cortes de Drogas: ¿una alternativa a la privación de la libertad? Diana Esther Guzmán	878
E.	Una propuesta de marco jurídico para la transición en Colombia Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León	890

Índice temático	906

Agradecimientos

Durante la elaboración de este libro contamos con la generosa ayuda de muchas personas, sobre todo de los miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), quienes leyeron y comentaron atinadamente los textos aquí contenidos. Sus opiniones y sus consejos fueron fundamentales para mejorar los primeros borradores de este proyecto editorial. En especial, debemos resaltar la inestimable colaboración de Jose Rafael Espinosa, quien laboriosamente participó en la concepción y elaboración inicial de esta compilación; de Carolina Villadiego Burbano, quien, a partir de una juiciosa lectura de los primeros borradores, nos permitió precisar muchos conceptos y afinar los criterios de selección de los extractos; y de Elvia Sáenz, quien pacientemente asumió gran parte de la pesada carga administrativa que supone llevar a buen término un proyecto de libro de estas dimensiones.

También debemos un especial agradecimiento a Marta Rojas y su equipo editorial, quienes tuvieron un particular esmero en llevar a cabo el gran trabajo de edición de los numerosos textos aquí compilados.

Queremos además agradecer a todos los autores, instituciones y casas editoriales que de manera desinteresada dieron su consentimiento para modificar y publicar los documentos originales que reunimos en este libro.

Finalmente, esta publicación es el reflejo de más de una década de esfuerzos individuales e institucionales. Es por esto que nuestra gratitud va también dirigida a las personas que han hecho parte de la historia de Dejusticia y a las organizaciones que han trabajado con Dejusticia, en particular a la Fundación Ford y a la Fundación Open Society, las cuales han apoyado y financiado buena parte de las investigaciones que aparecen en este libro.

Estudio preliminar

Derecho, justicia y sociedad en Colombia

Mauricio García Villegas y María Adelaida Ceballos Bedoya

Colombia es un país complejo y difícil de entender. Parte de esa complejidad se origina en la existencia de dos rasgos contradictorios de su vida social e institucional: por un lado, una extraordinaria estabilidad democrática e institucional y, por el otro, una violencia casi endémica, acompañada de una notable debilidad de los movimientos sociales y una marcada desigualdad social.

El contraste entre ambos rasgos ha sido objeto de múltiples estudios, a tal punto que se le conoce en la literatura nacional e internacional como “la paradoja colombiana”.¹ La mayor parte de estos estudios se concentra en la segunda parte de la paradoja, es decir, en los aspectos sociales y políticos y, de manera particular, en entender la violencia, el régimen político o las condiciones materiales en las cuales vive la población.

Mucha menos atención ha recibido la primera parte de la paradoja, es decir, la relacionada con la estabilidad institucional y la democracia, si bien en los últimos años ha habido un número importante de publicaciones que intentan mostrar la incidencia que tienen ciertas dinámicas institucionales en la configuración del régimen político colombiano y en los rasgos paradójicos que lo componen.² La promulgación de la Constitución de 1991, y el impacto que ha tenido en la vida social e institucional del país, explican en buena parte el interés que existe hoy por la dimensión institucional. No obstante, este evento constitucional no es único ni aislado y, por el contrario, se enmarca dentro de una larga tradición colombiana que pone al derecho en el centro de los debates políticos e institucionales desde

1 El término “estabilidad institucional” no es aquí un juicio de valor sino una realidad, por lo demás, bien reconocida en la literatura comparada de América Latina. Véase lo que se ha dicho sobre la “paradoja colombiana” en: Bejarano y Pizarro (2004), Deas (1997), García Villegas (2014b), González, Bolívar y Vásquez (2003), Gutiérrez (2011), Hartlyn (1993), Leal Buitrago (1984), Rodríguez Garavito y Portes (2012). Véanse asimismo Bergquist (1988); Bergquist, Peñaranda y Sánchez (1992), Bushnell (1996), Camacho Guizado (1997), Dávila Ladrón de Guevara (1999), Deas (1995), Ibáñez (2009), García Villegas (2014a), González (1989, 1998, 2014), Gutiérrez (2002, 2011, 2014), Leal Buitrago (1984), Leal y Dávila (1990), Melo (1992, 1998), Oquist (1978), Palacios (2003), Pécaut (1978), Posada-Carbó (2006), Romero (2003), Rubio (1999) Safford y Palacios (2002) y Thoumi (1995).

2 Véase, por ejemplo, García Villegas y Espinosa (2013), González (2003) y Gutiérrez (2010, 2002).

los orígenes de la república.³ No sobra anotar, sin embargo, que la centralidad del derecho y de la justicia hace parte también de un fenómeno global que se conoce como la juridización de la política.⁴ Aquí partimos de la idea de que la juridización de los problemas sociales y políticos en Colombia es de tal importancia que tiene implicaciones decisivas en la caracterización del régimen político colombiano.

Este libro recoge lo esencial de los textos sobre justicia elaborados durante la última década en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia. Los textos seleccionados fueron escritos por más de una docena de investigadores de Dejusticia. La selección fue hecha de tal manera que el libro pudiera dar una visión lo más amplia y profunda posible de las investigaciones, los análisis y las propuestas hechas en Dejusticia desde su fundación. Para lograr este propósito fue necesario editar los escritos, extractando las partes que contienen las ideas esenciales de cada uno de ellos.

La decisión de recoger estos textos en un libro obedece a nuestra convicción de que su lectura puede contribuir a mejorar el debate sobre los problemas propios del derecho en Colombia desde una perspectiva democrática y de defensa del Estado de derecho. Además, creemos que su divulgación puede ayudar a dilucidar las complejidades de la “paradoja colombiana” a través de una mejor explicación del rol que han tenido el derecho y la justicia en nuestra sociedad. Estos propósitos son particularmente relevantes hoy en día cuando se vislumbra la posibilidad de un fin del conflicto armado colombiano.

Un propósito más específico de este libro es el de contribuir a los debates nacionales en torno a las reformas a la justicia. En Colombia, la justicia está en el centro del debate político desde la promulgación de la Constitución de 1991. Más aún, durante la última década, fenómenos tan diversos como la captura de una parte del Congreso por la parapolítica, los intentos por imponer el caudillismo político desde la Presidencia de la República, los escándalos de clientelismo judicial en las altas Cortes y, más recientemente, las negociaciones de La Habana y los problemas de justicia transicional que ello suscita, han hecho aún más visibles y debatibles las actuaciones de los jueces.

3 Colombia ha sido un país con una larga tradición jurídica y con una presencia muy importante de los abogados en la vida nacional (Uribe, 2000). El derecho y la justicia son a tal punto importantes en el debate político que pareciera como si el déficit de legitimidad, originado en la crisis de representación y de participación política, se intentara compensar con un cierto superávit (relativo pero importante) de *juridicidad* (García Villegas, 2014a).

4 El término “juridización” indica una especie de colonización de la política y de la vida social por el derecho cuyo resultado consiste en que buena parte de los conflictos sociales pasan por el tamiz del derecho. Al respecto véase Commaille (2015), Commaille *et al.* (2010); para Colombia véase García Villegas (2014a).

Durante la edición de este libro, la Corte Constitucional tumbó buena parte de la reforma de equilibrio de poderes (Acto Legislativo 02 de 2015), en la cual se establecían modificaciones significativas a la Rama Judicial. La Corte consideró, entre otras cosas, que el nuevo órgano de gobierno de la justicia, llamado el Consejo de Gobierno Judicial, era inconstitucional por violar el principio de la autonomía de la Rama Judicial. Esta decisión hizo que reviviera la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, un órgano que ha sido cuestionado por su falta de capacidad gerencial y por los vínculos clientelistas que una buena parte de sus magistrados mantienen con la clase política. Este nuevo fracaso en el propósito de reformar la administración de justicia pone en evidencia la vigencia de buena parte de las críticas que se hacen en este libro al corporativismo de los jueces y a su falta de transparencia.

La hechura de esta colección de textos ha sido un repaso, no solo de la memoria investigativa e institucional de Dejusticia (un buen ejercicio de reflexividad), sino también de la evolución de los debates sobre justicia que se han desarrollado en Colombia en las últimas décadas. En una sociedad tan poco inclinada a hacer altos en el camino como la nuestra, menos aún cuando se trata de temas relacionados con la justicia, este libro ha sido un aprendizaje y una experiencia que nos demuestra, una vez más, la importancia que en este país tiene mirar los problemas y los intentos de solución a los mismos con una perspectiva de mediano y largo plazo.

En este estudio preliminar explicaremos los siguientes puntos: primero, los presupuestos teóricos, políticos y metodológicos que inspiraron la concepción y escritura de estos textos; segundo, las líneas temáticas que componen este libro; tercero, una explicación sucinta del contenido de los textos aquí publicados; y, por último, algunas anotaciones metodológicas y editoriales sobre la construcción de este libro.

I. Marco teórico

A pesar de que los textos aquí publicados tienen tonalidades distintas, propias de cada autor, entre ellos existe una sorprendente unidad, no solo en la manera como se abordan y se analizan los temas, sino también en las propuestas que plantean y en su orientación social y política. Esa unidad se origina en las ideas fundacionales de Dejusticia sobre la interconexión entre el derecho, la justicia y la sociedad. Lo esencial de esas ideas está contenido en los siguientes cuatro puntos: i) una teoría social de las instituciones; ii) una visión sociojurídica de la justicia, iii) una opción política a favor de la igualdad, la lucha contra la discriminación y la democracia, y iv) unas implicaciones metodológicas.

Teoría social e instituciones

La manera como Dejusticia aborda la relación entre derecho, justicia y sociedad proviene de una teoría social de tipo constructivista, según la cual entre las instituciones y los contextos sociales existe una relación de recíproca incidencia, de tal manera que por fuera de esa relación no hay entidades puras, autónomas y autorreferentes que se puedan explicar por sí mismas. En este sentido, las instituciones no son simples instrumentos autónomos que operan sobre una realidad que les es externa, sino que su suerte y su devenir dependen de su relación con esa realidad (Burawoy, 2005; Evans, 2004; Portes y Rodríguez Garavito, 2011). Así pues, el derecho y la justicia están incrustados en entornos sociales de los cuales dependen y son producto.

Esto no significa, sin embargo, que los funcionamientos internos del derecho y de la justicia sean irrelevantes o que estos sean simplemente un subproducto de los contextos en los cuales operan. El derecho y la justicia tienen una relativa autonomía con respecto a la realidad social y, por eso, el estudio de sus lógicas internas no solo es relevante sino necesario para su comprensión.

La postura constructivista se contrapone al instrumentalismo, que es una teoría social según la cual las reformas institucionales son herramientas técnicas que operan en una realidad que les es externa y que, por tanto, permiten obtener resultados con independencia del contexto (Portes y Rodríguez Garavito, 2011). No sobra agregar que el instrumentalismo ha inspirado buena parte de las reformas judiciales en América Latina desde hace un par de décadas, promovidas y financiadas por agencias internacionales, como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID). Para estas agencias, el desarrollo económico depende de un aparato judicial que brinde eficiencia y seguridad a las relaciones comerciales, de lo cual se deriva un énfasis particular en la oferta de justicia y en el aumento de las penas para los infractores.⁵

Pero el punto de vista constructivista también se opone a una visión materialista del derecho, según la cual las ideas jurídicas son meros subproductos de las condiciones materiales y, por tanto, los cambios normativos son irrelevantes cuando de producir transformaciones sociales se trata (Correas, 1986; Kennedy, 1997; Miaille, 1976; Tushnet, 1984).

5 Para una distinción entre las reformas neoinstitucionalistas de los años noventa y la primera ola de los programas de "Derecho y Desarrollo" de los años sesenta y setenta, véase Rodríguez Garavito (2006).

En síntesis, en Dejusticia creemos que hay que evitar tanto el idealismo ilusorio que supone que la sociedad es un reflejo de las instituciones que la regulan, como el fatalismo materialista que supone que las instituciones son creaciones de papel sin ninguna capacidad para transformar el tejido social. Lo primero confunde la realidad existente con las normas plasmadas en las leyes; lo segundo reduce toda explicación a las condiciones materiales del mercado o de la sociedad. Quizás un ejemplo ayude a aclarar este punto. En Colombia se ha discutido mucho si la crisis de la justicia se debe al aumento de la violencia o si el aumento de la violencia se explica por la ineficacia de la justicia. Pues bien, las investigaciones de Dejusticia muestran que en ambas ideas hay algo de cierto: la ineficacia de la justicia puede ser un factor que aumenta la violencia y esta, a su turno, puede debilitar la capacidad de la justicia para llevar a cabo sus cometidos.

Visión sociojurídica de la justicia

De la teoría social que acaba de exponerse se desprende una concepción de la justicia entendida no como un sistema autónomo, operado por jueces, magistrados o funcionarios según una lógica institucional y un saber jurídico cerrados y autorreferenciales, sino como una institución conectada con el entorno social. Esta idea está bien representada en lo que se conoce como “la pirámide de la litigiosidad”. En la base de esta pirámide se representan los conflictos sociales percibidos.⁶ La cúspide representa el porcentaje de aquellos conflictos totales percibidos que ingresaron al sistema judicial, que fueron resueltos de manera oportuna y mínimamente satisfactoria, y cuyas decisiones o resoluciones fueron finalmente cumplidas (La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny, 2014, pp. 158 y 159). Entre los dos extremos pueden ocurrir muchas cosas: entendimiento entre las partes, frustración por la falta de solución, violencia, mediación, conciliación, etc.

6 No todo conflicto social es percibido como tal, según se muestra en el texto clásico de Felstiner, Richard y Austin (2001). Hay un paso inicial de la transformación de las disputas que no siempre aparece, y que consiste en la capacidad del sujeto de identificar una experiencia como dañosa. Por ejemplo, muchas de las quejas que hacen hoy las mujeres por razones de discriminación o de acoso no se hacían antes simplemente porque se creía que esos actos eran normales, no eran atribuibles a nadie o no merecían tratamiento judicial. De otra parte, puede haber conflictos percibidos que en realidad no deberían serlo. Hay pues una dimensión subjetiva importante en la existencia de los conflictos. Al respecto véase también La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny (2014, pp. 32 y ss); allí se entiende como base de la pirámide la demanda potencial total; o sea, la que incluye tanto los conflictos percibidos como los no percibidos (p. 158).

La base y la cima de la pirámide no están aisladas; por el contrario, son interdependientes y es por eso que, de una parte, las deficiencias del aparato judicial inciden en el incremento de la conflictividad social y, de otra, el mal funcionamiento de los escalones intermedios, es decir, de los mecanismos informales y sociales de entendimiento y solución de conflictos, impacta negativamente el desempeño de la cúspide de la pirámide. Sobre esto último es importante señalar que la falta de una cultura ciudadana y la existencia de un umbral muy bajo de desencadenamiento de la violencia en caso de conflicto son causas importantes de los problemas que tiene la justicia en nuestro país (Ardila, 2000; Mockus y Corzo, 2003; Rodríguez Garavito, 2001; Santos y García Villegas, 2001; Uprimny, 1994).

Así pues, la visión sociojurídica exige una mirada más amplia de la justicia, no limitada a los operadores estatales, que incluya otras experiencias sociales encaminadas a la solución de los conflictos y entre las cuales se encuentran los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), tales como la mediación y la conciliación. En este sentido, existe un fructífero terreno fronterizo de análisis entre el aparato de justicia oficial, los mecanismos sociales de solución de conflictos y los programas gubernamentales destinados a disminuir la conflictividad social, tales como las casas de justicia. Este terreno fronterizo es de gran importancia para las políticas públicas de tipo judicial. Por ejemplo, dado que una de las principales deficiencias de la justicia oficial está relacionada con la falta de equidad en el acceso, es necesario que el Estado admita y apoye otros mecanismos de resolución de conflictos liderados por miembros de la comunidad o por autoridades que no son necesariamente judiciales (García Villegas, Espinosa, Lalinde, Arroyave y Villadiego, 2015; La Rota *et al.*, 2014).

La visión ampliada de la justicia se puede extender incluso al análisis sociológico de la justicia ilegal (guerrillera, paramilitar, etc.), lo cual tiene particular importancia en un país como Colombia, en donde el Estado no cuenta con el monopolio de la fuerza ni de la solución de las controversias (Santos y García Villegas, 2001). Esto implica, además, una visión más espacial y más temporal de la justicia, es decir, un análisis de la manera como los jueces realmente operan en el territorio nacional a lo largo del tiempo. Así, un juez puede verse, bajo ciertas circunstancias, obligado a ceder su capacidad impositiva frente a otros actores sociales, legales o ilegales, que tienen el poder suficiente para asumir y resolver los conflictos que inicialmente correspondían a su competencia jurisdiccional, y ello debido a la incapacidad del Estado para someter a tales individuos a la justicia oficial (García Villegas, 2008).

De otra parte, la riqueza, la complejidad y los problemas de la justicia no se captan plenamente si la mirada se concentra en los jueces y tribunales más visibles, es decir en aquellos que aparecen diariamente en los medios de comunicación. De ahí la importancia que tiene el estudio de lo que aquí llamamos la “justicia rutinaria”, en contraste con la “justicia protagónica”. Mientras que esta última está representada por las actuaciones de las altas Cortes, la justicia rutinaria es aquella que suele ser menos visible y se ocupa de los conflictos y litigios ordinarios en asuntos civiles, penales o laborales.

Una visión sociojurídica de la justicia no solo debe tener en cuenta estos dos ámbitos del trabajo judicial —protagónico y rutinario—, sino que debe poder mostrar sus conexiones e interdependencias. Por ejemplo, ciertos vicios corporativistas que se observan en algunos círculos de las altas Cortes son problemas que se originan en una cultura judicial que tiene sus raíces en la justicia rutinaria; cultura esta que es reproducida e incluso reforzada desde aquellos círculos de las altas Cortes.

De otra parte, una visión ampliada y sociojurídica de la justicia permite ver con mayor claridad algunos de los problemas que la aquejan. Entre ellos está la selectividad. La justicia civil, por ejemplo, dedica la mayoría de sus esfuerzos a proteger los intereses de la parte más poderosa del litigio (Rodríguez Garavito, 2001). La justicia penal, por su parte, se ocupa sobre todo de perseguir los delitos más fáciles y que suelen ser cometidos por la población más pobre (La Rota y Bernal Uribe, 2014; Rubio, 2001). Otro problema es la falta de equidad en el acceso a la justicia. Si bien se han hecho avances en esta materia, siguen existiendo muchos obstáculos para que los ciudadanos del común y, sobre todo, las minorías puedan acceder efectiva y equitativamente a la justicia (La Rota *et al.*, 2014).

Apuesta política por la igualdad, la antidiscriminación y la democracia

El derecho no es un mecanismo institucional políticamente neutro y puramente técnico de regulación, capaz de cambiar la realidad social a partir del cambio de sus textos normativos. El derecho tampoco es, como se dijo, un simple reflejo de la realidad social o de las concepciones políticas dominantes en una determinada sociedad. Así pues, la racionalidad interna del derecho y la técnica jurídica son, sin duda, importantes, pero su explicación es inseparable de las condiciones materiales y de las concepciones políticas que existan sobre el derecho.

La realidad del derecho se encuentra en un espacio intermedio entre el optimismo ingenuo de la visión *juridicista*, que cree que la realidad se puede

cambiar por el simple hecho de introducir cambios normativos, y el pesimismo fatalista de la visión materialista, que cree que ninguna transformación social puede lograrse a partir de cambios normativos.⁷ En síntesis, en Dejusticia estamos convencidos de que el derecho puede ser un elemento esencial en el logro de algunas de las transformaciones sociales que busca el país, sin que ello nos lleve a desconocer otros aspectos, económicos, culturales y políticos, que también condicionan tales transformaciones. La Constitución de 1991 es quizás un buen ejemplo del poder del derecho, limitado pero poder después de todo, para producir cambios institucionales y sociales.

Fundados en una concepción constructivista del derecho, los autores de los textos que se incluyen en este libro reflejan una apuesta política por el derecho, entendido este como un mecanismo de transformación social, capaz de generar una cultura jurídica democrática, favorable a las instituciones y respetuosa de los derechos humanos. Esa apuesta recoge, en lo esencial, la cultura jurídica y las concepciones del derecho que dieron lugar a la promulgación de la Constitución de 1991.

Con base en esta cultura y esa concepción, los autores de este libro hacen énfasis en la lucha contra la discriminación, la reivindicación de los derechos humanos (en particular, de los derechos económicos y sociales), el fortalecimiento del Estado de derecho, la defensa de la justicia ambiental, la exigencia de una independencia judicial democrática y la aplicación ponderada de la justicia transicional.

Implicaciones metodológicas

La adopción de una concepción sociojurídica de la justicia y de las instituciones (lo que en Dejusticia entendemos como “institucionalismo social”) tiene implicaciones metodológicas importantes. Entre ellas están la interdisciplinariedad y el diálogo entre teoría e investigación empírica.

Dejusticia es un centro de investigación cuyo trabajo tiene como eje fundamental el derecho visto con un enfoque social. Esto implica un diálogo interdisciplinario permanente entre el derecho, la economía, la sociología, la ciencia política, la filosofía moral, entre otros saberes disciplinarios. Este diálogo trae consigo una flexibilización de los métodos de investigación, los cuales son

7 Tanto el juridicismo como el materialismo hacen parte de lo que hemos llamado aquí una concepción instrumentalista del derecho, es decir, una concepción que ve la realidad social como algo radicalmente externo al derecho. Al respecto véase Trubek y Esser (1989).

concebidos, según las investigaciones puntuales, como herramientas de trabajo que pueden combinarse y adaptarse a los estudios concretos de la realidad que se quiere aprehender (García Villegas, 2015).

De otra parte, en Dejusticia existe un gran interés por los debates teóricos pero siempre vinculados a problemas colombianos y latinoamericanos. En este sentido, los textos seleccionados en este libro dan cuenta del carácter anfíbio de Dejusticia, entendiendo por esto su capacidad para moverse entre el mundo académico y el mundo de las políticas públicas. Los investigadores de Dejusticia no solo están preparados para participar en los principales debates contemporáneos en torno a la relación entre derecho, política y sociedad, sino que tienen la capacidad de traducir esos debates en fórmulas de políticas públicas que tengan en cuenta las condiciones particulares en las cuales esas políticas se implementan. Es por eso que, en Dejusticia, existe un diálogo permanente entre teoría y práctica. La teoría ilumina los problemas empíricos y estos, a su turno, ayudan a reconstruir y reconsiderar los postulados teóricos.

Esta conexión entre teoría y práctica implica un especial interés por la recolección de datos empíricos, lo cual tiene una particular relevancia en el contexto actual de la justicia. Como se pondrá de presente repetidamente en este libro, en los ámbitos judiciales, empezando por el Consejo Superior de la Judicatura, existe un marcado menosprecio por la recolección de datos y la construcción de bases de información. Las cifras suelen ser escasas, inconsistentes y poco desagregadas; y, en el mejor de los casos, las entidades administran sus propios datos como si fueran propiedad privada. A ello se suma que no se cuenta con indicadores que definan y midan adecuadamente problemas complejos como la impunidad o la falta de cobertura judicial. Uno de los propósitos esenciales de Dejusticia ha sido el de contribuir a mejorar, con buena información, el panorama, muchas veces desalentador, que exhiben los datos de la justicia.

El interés que Dejusticia tiene por mantener un diálogo constructivo entre teoría y práctica se ha materializado, entre otras cosas, en las actividades de litigio estratégico encaminadas a promover un sistema judicial más transparente y equitativo. Así por ejemplo, Dejusticia ha demandado las elecciones de algunos magistrados de las altas Cortes, con el fin de reclamar mayores estándares de transparencia, revelar los conflictos de intereses de los elegidos y evitar la selección de jueces con cooptación plena. Asimismo, Dejusticia ha emprendido numerosos litigios constitucionales para defender el trato igualitario a las parejas del mismo sexo, el respeto del número mínimo de mujeres candidatas en las ternas para la elección de servidores públicos, la promoción del

pluralismo político en el sistema electoral y la protección de las víctimas en la normatividad sobre el conflicto armado y la justicia transicional. Si bien en este libro no se recogen estudios que analicen, de manera expresa, estas experiencias de litigio, hay que decir que ellas han inspirado la elaboración de muchos de los textos aquí compilados.

II. La justicia en Colombia

Este libro recoge buena parte de la producción de Dejusticia desde su fundación en 2006.⁸ Esa producción tiene origen en las siguientes seis líneas de investigación: antidiscriminación, derechos sociales, justicia transicional, Estado de derecho, justicia ambiental y sistema judicial. En todos estos temas ha habido una gran cantidad de investigaciones, columnas de opinión, litigio estratégico e intervenciones públicas.⁹

Algunos de los temas estudiados en estas líneas, como los estudios sobre justicia transicional, justicia constitucional y sistema judicial, han ocupado un lugar central en la agenda de Dejusticia desde sus inicios. Más recientemente, esa agenda se ha abierto a nuevos campos y le ha apostado al fortalecimiento de otros temas igualmente fundamentales, como la igualdad de género, los derechos de la población LGBTI, la consulta previa, la desproporción de los delitos de drogas, entre otros tantos.

De otra parte, es importante señalar que en Dejusticia hay un diálogo permanente entre reflexión académica y activismo social, de allí que muchas de las investigaciones hayan nacido con el ánimo, bien de traducirse en propuestas de política pública que permitan jalonar problemas inexplorados, o bien de contribuir a los debates coyunturales. No solo eso, en Dejusticia existe un interés creciente por participar en el diálogo Sur-Sur, con líderes populares y académicos de otros países, no solo en América Latina sino en el resto del mundo, en lo que se conoce como el Sur global. Este interés está fundado en la convicción de que la solución a los grandes problemas que enfrentamos hoy en día pasa por una visión planetaria de los mismos.

8 Los estudios de Dejusticia en estas materias están alimentados por reflexiones anteriores de sus socios fundadores, las cuales se iniciaron con el proyecto de investigación que dio lugar a la publicación de *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (Santos y García Villegas, 2001).

9 Para una visión completa de esta producción véase la página de Dejusticia www.dejusticia.org

Ciertamente, el trabajo de Dejusticia obedece, en alguna medida, a los debates jurídicos propios de la coyuntura política del momento. Por ejemplo, la propuesta de reforma constitucional encaminada a imponer la segunda reelección del presidente Uribe desencadenó un debate público de enormes proporciones en el país, lo cual incidió en el trabajo de Dejusticia durante casi dos años. Algo parecido ocurre actualmente con temas tales como la reforma judicial y la justicia transicional, en los cuales Dejusticia ha hecho aportes fundamentales (Uprimny, Saffon, Botero y Restrepo, 2006).

Sin embargo, dentro de la enorme variedad de temas y problemas que aborda el trabajo de Dejusticia hay uno que atraviesa casi todas sus líneas de investigación. Ese tema es el de la justicia, en sus diferentes manifestaciones: como rama del poder público, como instrumento de pacificación —justicia transicional—, como mecanismo de protección de derechos o como litigio. Por eso la justicia es el tema central de este libro, lo cual, repetimos, solo da cuenta de una parte de los temas abordados por Dejusticia a lo largo de su existencia.

Esta elección temática se justifica, además, porque la justicia en Colombia tiene un gran impacto (no siempre positivo) en el juego político; en la efectividad de los derechos ciudadanos; en la lucha contra el clientelismo, la corrupción y la violencia; en la defensa de las comunidades y las minorías; y, por supuesto, en el futuro de la paz.

Es por estas razones que dedicamos el siguiente apartado al tema de la justicia y de manera particular a su relación con la política, así como al tipo de organización que más se sintoniza con la democracia y el constitucionalismo.

Entre la judicialización de la política y la politización de la justicia

La justicia ha estado en el centro de los debates políticos e institucionales de los últimos años, no solo en Colombia, sino en casi todas las democracias occidentales.¹⁰ El protagonismo de los jueces, fruto de una intervención creciente de la justicia en los asuntos políticos conocida como “judicialización de la política”,

10 El protagonismo social y político de la justicia no solo ocurre en Colombia. En Estados Unidos este es un fenómeno que viene desde los inicios del siglo XIX. En los países con una tradición de derecho civil, el protagonismo de los jueces es más reciente. Al respecto véanse Ansolabehere (2010), Commaille (2007), Garapon (1996), Rodríguez Garavito, García Villegas y Uprimny (2003), Salas (2001), Santos y García Villegas (2001), Stone (1992), Tate y Vallinder (1995), Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2003). Según Antoine Garapon, la entrada en vigor de la justicia en el escenario político implica tres cosas: la pérdida de inmunidad judicial de una buena parte de la clase política, la ampliación de las fuentes del derecho por fuera del Estado y la interpretación de los conflictos en la escena política (1996).

inevitablemente conlleva un cierto grado de politización de la justicia. La vieja idea del juez como “boca de la ley”, siempre sometido a ejecutar la voluntad del legislador a través de procedimientos rigurosos de interpretación de la ley, ha dado paso, en las sociedades contemporáneas, a la idea de un juez defensor de derechos, que interpreta los textos legales a través de principios constitucionales, dotados estos de una gran apertura semántica, y que interviene no solo en la vida política e institucional del Estado, sino también en la vida privada de los ciudadanos.

Este doble fenómeno (de judicialización de la política y de politización de la justicia) ha traído consigo un nuevo balance entre las ramas del poder público, a favor de la justicia, a lo cual, por lo demás, ha contribuido de manera importante la crisis de los órganos de representación política y, de manera muy particular, la crisis de los parlamentos (Magalhães, 2003; Terré, 1980).

Este es, en apretada síntesis, el panorama general del rol protagónico de la justicia en las democracias actuales (Commaille, 2015). Ahora bien, el protagonismo judicial tiene connotaciones particulares en cada país, según su historia institucional, su sistema político, su tradición judicial y su cultura jurídica. Por eso, para entender la manera como se manifiesta el protagonismo de los jueces no basta con analizar los cambios normativos (constitucionales, por ejemplo) en los que se apoya. También hay que estudiar las relaciones de recíproca incidencia entre esas normas y los contextos sociales en los que operan. Esto implica estudiar no solo la manera como los contextos social, cultural y político inciden en la percepción, interpretación y aplicación de dichos cambios, sino también las características propias del sistema judicial, la cultura judicial que domina entre sus miembros y la historia de sus relaciones con el poder político (Smulovitz y Peruzzotti, 2000). Esto es lo que haremos, brevemente, en lo que sigue.

La independencia de la justicia

El rasgo más sobresaliente de la justicia en Colombia es el de su independencia respecto del poder político.¹¹ En términos comparados para América Latina,

11 La independencia judicial (IJ) es un concepto complejo. Como lo ha mostrado Owen Fiss (1997), ella tiene al menos tres manifestaciones: 1) como “imparcialidad”, según la cual un juez no debe tener vínculos ni sesgos favorables o contrarios a las partes en el proceso; 2) como “autonomía personal interpretativa”, en virtud de la cual un juez no debe recibir instrucciones de otros jueces, y tampoco puede ver disminuido su salario o ser despedido de su cargo en razón de los fallos que profiera, pues debe poder aplicar el derecho según su entendimiento honesto del mismo; y 3) como “insularidad política”, que busca que el poder judicial

en Colombia los jueces gozan de una notable independencia en relación con el poder político.¹² Esa independencia es particularmente fuerte y notoria en la denominada “justicia protagónica” que, como se dijo, es aquella de la cual hacen parte los altos tribunales de justicia, sobre todo en asuntos penales y constitucionales.

La independencia de los jueces en Colombia tiene razones históricas. La justicia colombiana logró una notable autonomía e independencia orgánicas (aunque con una clara dependencia del Poder Ejecutivo en lo administrativo y lo financiero¹³) desde el plebiscito de 1957. Ahora bien, esta autonomía orgánica no fue, como lo explica Rodrigo Uprimny, una conquista del activismo político de los funcionarios judiciales, ni un triunfo de movimientos ciudadanos en defensa del Estado de derecho, ni siquiera un proyecto particular de algún sector político (Uprimny, 2001). La independencia de la Rama Judicial fue, ante todo, obra de la Junta Militar. En efecto, antes del plebiscito, los magistrados

cuenta con autonomía presupuestal y administrativa para que sea orgánicamente independiente de los otros poderes. Estas manifestaciones admiten grados de restricción distintos. La IJ como imparcialidad requiere una garantía absoluta, así que no admite restricciones. La IJ como autonomía interpretativa individual admite un grado moderado de restricción pues hay cierta fuerza obligatoria del precedente y las decisiones pueden ser revocadas por instancias judiciales superiores. La “insularidad política” del poder judicial, en cambio, es la que más limitaciones admite y requiere, pues la rama judicial debe rendir cuentas de la manera como gasta los recursos y su funcionamiento debe armonizarse con la acción de los otros poderes del Estado. Una insularidad política excesiva de la rama distorsiona la independencia judicial. Deja de ser una garantía de la ciudadanía para convertirse en un privilegio corporativo de los jueces y magistrados.

12 El concepto de independencia judicial se refiere a la capacidad que tienen los jueces para interpretar y aplicar el derecho según su propio razonamiento, sin la intervención de poderes políticos, económicos o sociales. Es difícil encontrar un índice preciso que muestre el grado de independencia de los jueces en Colombia, pero se han hecho esfuerzos importantes. Al respecto, Feld y Voigt (2003) relacionan desarrollo económico con independencia judicial para lo cual construyen una medición de independencia *de jure* (lo que dicen las normas) y *de facto* (lo que realmente pasa). En la medición *de jure*, Colombia ocupa el primer lugar; sin embargo en la *de facto*, baja al puesto 32.

13 La Rama Judicial, orgánicamente independiente, estaba subordinada presupuestal y administrativamente al Fondo Rotatorio de Justicia adscrito al Poder Ejecutivo. Así, en la práctica, el manejo cotidiano y los niveles de remuneración estaban fuertemente condicionados por las decisiones gubernamentales, de suerte que hasta la administración Gaviria no se dotó presupuestalmente en abuena forma al aparato judicial. En esos años, el presupuesto de la justicia fue de aproximadamente del 2 al 3 % del presupuesto nacional, mientras que el presupuesto militar era del 15 al 18 %, y el servicio de la deuda pública externa del Gobierno central representaba aproximadamente el 20 % del gasto. Según cifras de la Contraloría, en 1987 la justicia participó con 1,9 % del presupuesto nacional, los gastos de defensa fueron del 18,3 % y el servicio de la deuda externa del 17,6 %.

de la Corte Suprema y del Consejo de Estado eran elegidos por las Cámaras, de ternas presentadas por el presidente.¹⁴ La Corte elegía a los magistrados de los tribunales de cada distrito judicial, quienes a su turno nombraban a los jueces.¹⁵ Había entonces una considerable influencia de los órganos políticos en la conformación de los tribunales. Los acuerdos del Frente Nacional no contemplaron nada en relación con el Poder Judicial,¹⁶ pero la Junta Militar propuso que se agregara un artículo en el que estipulaba que los magistrados de la Corte Suprema fueran vitalicios y de nombramiento por la misma entidad (cooptación). De esta manera, dice Uprimny, los militares instauraron una total autonomía del Poder Judicial, que ni los jueces ni ninguna fuerza política habían buscado, y cuya importancia al principio pasó relativamente desapercibida (García Villegas, Rodríguez Garavito y Uprimny, 2006; Uprimny, 2007).¹⁷

Pero la independencia de la justicia no necesariamente implica el protagonismo político de jueces enfrentados contra los poderes Ejecutivo y Legislativo. La notable independencia orgánica que los jueces adquirieron desde el Frente Nacional no se traducía, por lo menos hasta finales de los años setenta, en un control político del Poder Ejecutivo. Los rasgos autoritarios impuestos por el abuso del estado de sitio, por ejemplo, eran aceptados por los jueces sin mayores reparos. Una cierta unidad política entre los poderes Ejecutivo y Judicial prevalecía en medio de problemas funcionales crecientes (Uprimny, 2001, 2007; Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas, 2003).

La judicialización de la política tomó fuerza sobre todo desde la Constitución de 1991, la cual mantuvo la independencia de la justicia y, además, fortaleció sus facultades de control político. Las manifestaciones recientes de este fenómeno son tan numerosas como impresionantes. Así, en julio de 2011 había

14 Acto Legislativo 1 de 1945, artículos 36 y 49.

15 *Ibíd.*, artículos 57, 60 y 61.

16 Consúltense los textos de la Declaración de Sitges y el proyecto de consulta plebiscitaria redactado también en Sitges en Cobo Carrizosa (s. f.), sección anexos históricos.

17 Hasta la promulgación de la Constitución de 1991, la Rama Judicial era independiente —pues su integración orgánica no estaba sometida a la injerencia directa de los otros poderes—, pero carecía de autonomía, ya que no estaba dotada, debido a su precariedad administrativa y presupuestal, de una real capacidad de autogobierno. Véase Cáceres Corral (1995, p. 65). Con la creación del Consejo Superior de la Judicatura, previsto en la Constitución de 1991, los jueces consiguieron, al menos formalmente, su autonomía respecto del poder político. Al respecto véase García Villegas y Revelo Rebolledo (2010). De otra parte, casi la mayoría de los jueces y magistrados de tribunales se encuentran hoy adscritos a la carrera judicial, a la cual llegan por concurso (es cierto, sin embargo, que en la Fiscalía General de la Nación el desarrollo de la carrera ha sido muy precario, a pesar de los avances importantes de los últimos años).

más de 110 miembros del Congreso investigados por los jueces en Colombia (sobre todo por la Corte Suprema de Justicia), 36 de ellos habían sido condenados y, lo que es más sorprendente, buena parte de ellos pertenecía a la coalición de Gobierno.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia no solo se negó durante más de un año a elegir al Fiscal General a partir de la terna presentada por el presidente Álvaro Uribe Vélez para tal efecto, sino que impuso luego, con el nuevo Gobierno, el cambio de dicha terna.¹⁸ Incluso el Consejo de Estado ha intervenido de manera importante en la vida política del país al decretar la pérdida de la investidura de por lo menos cincuenta congresistas.¹⁹

La Corte Constitucional, por su parte, ha controlado el abuso de los estados de excepción y ha protegido las libertades en casos en los cuales existía un fuerte apoyo popular en su contra, como la despenalización del consumo de drogas (sentencia C-221/94) y de la eutanasia (sentencia C-239/97), o la anulación del concordato. La Corte declaró la inconstitucionalidad de varios artículos —Ley de Justicia y Paz y Ley de biocombustibles— y de leyes completas —Estatuto Antiterrorista, Ley General Forestal, Estatuto de Desarrollo Rural y Ley que convocaba al referendo de la segunda reelección— que eran centrales para el proyecto de reconfiguración institucional. En todos estos casos, y en muchos otros, las mayorías reaccionaron fuertemente en contra de la Corte (Rodríguez Garavito, 2013).

Pero quizás la decisión más importante y trascendente de todas las tomadas por la Corte Constitucional en oposición a las mayorías políticas fue la que tomó en 2010 en contra de la posibilidad de un tercer mandato para el presidente Uribe, lo cual se hizo con la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley que buscaba un referendo a favor de la reelección (sentencia C-141 de 2010, en una votación de 7 contra 2). Es muy posible que en la historia del derecho en América Latina no exista un caso semejante en donde los jueces se hayan opuesto de manera tan clara y tan frontal a un Gobierno apoyado por una abrumadora mayoría. “Pocos países en el mundo [dice Rodrigo Uprimny] tienen una

18 Esta actitud de la Corte no es necesariamente positiva, ni tampoco debe ser vista como modelo de independencia judicial democrática.

19 Hay otros casos como, por ejemplo, la oposición de la Corte Suprema de Justicia a la extradición de los paramilitares y su negativa, también en contra del Gobierno, a considerar el paramilitarismo como delito político. Para una explicación más detallada sobre estas manifestaciones de resistencia de la Rama Judicial frente al poder político durante el Gobierno del expresidente Uribe, véase García Villegas y Revelo Rebolledo (2010).

Corte Constitucional que haya desarrollado tan profundamente los derechos fundamentales o una Corte Suprema que haya realizado una investigación judicial como la de la parapolítica” (Uprimny, 2009). Así pues, en ningún otro país del continente los jueces de las altas Cortes se han opuesto de manera tan franca y directa y con tantas posibilidades de éxito (sin que peligren sus cargos o sus funciones) al poder ejecutivo.

Durante los últimos años, sin embargo, se ha visto cómo la independencia orgánica de la Rama Judicial también ha tenido implicaciones negativas. De un lado, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que han dado lugar a los juicios de la parapolítica han sido criticadas por su exceso punitivo y por su inflexibilidad, de lo cual se deriva la idea de que hay mucho de político en estos juicios. Como se sabe, del hecho de que los políticos se hubieran asociado con paramilitares, la Corte, en algunos casos, derivó la conclusión de que estos políticos eran responsables de los crímenes de lesa humanidad que cometieron los paramilitares, lo cual, por decir lo menos, no deja de ser algo discutible.²⁰

De otro lado, el mecanismo de la cooptación y la autointegración del aparato judicial (vigente desde el plebiscito de 1957 y preservado por la Constitución de 1991) generó la formación de una élite judicial con visos corporativistas y clientelistas (García Villegas y Revelo Rebolledo, 2010). Esto ha sido particularmente notorio en el Consejo Superior de la Judicatura, sobre todo en su Sala Disciplinaria, la cual fue en buena medida cooptada por la clase política durante el Gobierno del presidente Uribe (García Villegas y Revelo Rebolledo, 2009). El Consejo Superior de la Judicatura ha sido clave en la reproducción del corporativismo debido a que es allí donde tiene lugar la conformación de las listas para elegir magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado.²¹

20 Aunque hay que decir que, más recientemente, la Corte Suprema ha modificado su posición en esta materia. Véase *Ámbito Jurídico* (2015).

21 De hecho, en 2013 Dejusticia demandó ante el Consejo de Estado y consiguió anular la elección de Francisco Ricaurte y Pedro Munar, cuyos nombramientos en el Consejo Superior de la Judicatura habían provenido del carrusel del “yo te elijo, tú me eliges”: cuando Ricaurte y Munar pertenecían a la Corte Suprema de Justicia, participaron de la elección de muchos de sus compañeros dentro de esta corporación, y, posteriormente, fueron elegidos por esos mismos compañeros para hacer parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. La puerta giratoria se completaba considerando que el Consejo Superior era, a su turno, el encargado de hacer las listas de candidatos para magistrados de la Corte Suprema. La demanda contra la elección de Munar puede consultarse en Uprimny y Rangel Garzón (2013). Es justo agregar, sin embargo, que no todos los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura pueden ser criticados por sus prácticas clientelistas y por su incompetencia técnica. Más aún, algunos de ellos, como Néstor Raúl Correa, han sido conocidos por su postura crítica ante

En los últimos años han sido los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y, en menor medida, los del Consejo de Estado los que se han visto involucrados en escándalos de corrupción. Durante el proceso de aprobación del Proyecto de Acto Legislativo presentado por el Gobierno en 2013 para reformar la justicia, se conocieron acuerdos oscuros entre magistrados y parlamentarios destinados a mantener prebendas y beneficios recíprocos, lo cual condujo, en medio de la indignación nacional y en un hecho sin precedentes, a que el presidente Santos objetara la reforma y esta fuera finalmente revocada por el Congreso. En los debates que tuvieron lugar en el Congreso a propósito de esta fallida reforma se vieron actitudes poco transparentes, por no decir solapadas, de magistrados de las altas Cortes en relación con el contenido de la reforma, sobre todo en lo relativo a prebendas laborales.

Ni siquiera la Corte Constitucional ha podido escaparse de los escándalos recientes. A finales de febrero de 2015, se dio a conocer que Mauricio González, magistrado de la Corte Constitucional, había interpuesto una denuncia contra el magistrado Jorge Pretelt, presidente de esa misma corporación. Según la denuncia, Pretelt habría pedido \$500 millones a Víctor Pacheco, abogado de Fidupetrol, asegurándole el éxito de una tutela presentada por esta compañía en contra de un fallo de la Corte Suprema en el que se condenaba a Fidupetrol al pago de una indemnización de más de \$22.500 millones de pesos.

Aunque el magistrado Pretelt negó estas acusaciones, el escándalo consiguió salpicar a otros magistrados de la Corte Constitucional e incluso llevó a la opinión pública a poner un manto de duda sobre la dignidad y legitimidad de la institución misma. Así, no solo se ventiló el hecho de que —como en el caso Pretelt y Pacheco— la mayoría de magistrados viola regularmente la norma que les prohíbe reunirse con las partes de los procesos que cursan en la Corte, sino que incluso se ha acusado de manera general a los demás miembros de esta corporación de recibir coimas a cambio de fallos favorables.

En los últimos años ha sido más evidente que nunca el hecho de que cuando la independencia judicial se combina con la falta de transparencia, crea malas mañas: clientelismo, mediocridad, ineficiencia, etc. Un buen sistema judicial tiene que tener un balance adecuado entre la independencia y la obligación de rendir cuentas (*accountability*). Infortunadamente, como dijimos antes, la última sentencia de la Corte Constitucional (sentencia C-053 de 2016) sobre la

el corporativismo y la falta de transparencia que han dominado en esta entidad (*El Tiempo* 2015; Orozco Tascón, 2013).

reforma de equilibrio de poderes es un buen indicio de que este adecuado balance sigue sin lograrse.

Así pues, no hay duda de que los vicios actuales del sistema judicial en Colombia son graves. Sin embargo, tampoco deberíamos caer en la visión catastrófica que algunos tienen de los jueces, lo cual conduciría a una especie de reforma radical, que pondría en riesgo los rasgos positivos que hoy tiene la justicia en Colombia. Los defectos de la justicia son graves y deben ser corregidos, sin duda, pero no son generalizados y por eso no deberían conducir a reformas radicales que acaben con la tradición colombiana de independencia judicial. Lo que hay que buscar es un balance adecuado entre la independencia y la obligación de rendir cuentas.

En síntesis, hay que buscar una justicia democrática que sea independiente, transparente y eficaz. La independencia es un antídoto contra la concentración del poder (contra el caudillismo presidencial que vimos en el Gobierno pasado); la transparencia es un antídoto contra el clientelismo y la corrupción; y, por último, la eficacia es un antídoto contra la conflictividad y la violencia social. En Colombia, la justicia cumple bien con la primera condición, pero no con las otras dos. Tenemos una justicia independiente, pero no lo suficientemente transparente, ni lo suficientemente eficaz. Eso era cierto hace diez años y lo es todavía hoy.

III. Contenido del libro

Este libro se divide en cuatro grandes partes. La primera parte incluye textos que desarrollan la concepción general que tiene Dejusticia sobre el derecho, la justicia y la sociedad, así como sobre las relaciones recíprocas entre estos conceptos. La segunda contiene artículos que abordan, en términos generales, el tema de la justicia, sus instituciones, sus problemas de diseño y sus amenazas. La tercera parte agrupa estudios más específicos sobre el funcionamiento de la justicia, según jurisdicciones (constitucional y ordinaria) o problemáticas puntuales (como la justicia transicional y la justicia en temas de drogas prohibidas). La cuarta parte contiene algunas recomendaciones sobre reformas a la justicia, cuyo propósito es no solo servir para el mejoramiento de las políticas públicas actuales en materia judicial, sino mostrar la manera como Dejusticia ha contribuido a los distintos debates nacionales sobre reforma a la justicia y temas relacionados. Veamos en detalle cada una de estas partes.

Parte uno. Seis puntos de vista sobre la justicia

Esta parte contiene seis capítulos, que corresponden a seis puntos de vista. Cada uno de ellos aborda el tema de la justicia en relación con algo de su entorno social y político. El primer capítulo desarrolla la idea de “institucionalismo social” que, como se dijo, hace parte esencial del marco conceptual que inspira el trabajo de Dejusticia.

El segundo capítulo se refiere a la relación entre justicia y democracia. Aquí se incluyen tres textos: uno sobre las características que debe reunir un sistema judicial propio del Estado social de derecho; otro sobre el potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional, y uno más sobre la capacidad de la constitución para promover progreso social en el marco del constitucionalismo latinoamericano.

El tercer capítulo se refiere a las relaciones entre constitución, justicia y economía. Aquí se seleccionaron dos textos. En el primero de ellos se justifica la legitimidad y conveniencia de la intervención de la justicia constitucional en asuntos económicos, y por esa misma vía se enfrenta la objeción general sobre el carácter antidemocrático del control constitucional. En el segundo texto los autores se preguntan si la Constitución colombiana consagra o no un modelo económico preciso.

El cuarto capítulo se refiere al tipo de reformas judiciales que ha predominado en América Latina. Aquí se incluye un único texto. En él se hace una crítica a la “posición neoliberal sobre la justicia” que ha inspirado buena parte de las reformas judiciales en Colombia. Allí se ponen de presente los problemas de legitimidad, equidad y eficacia que han traído estas reformas.

El quinto capítulo se refiere a la manera como la justicia enfrenta el problema del conflicto armado. Se ha seleccionado un solo texto sobre la necesidad de enfrentar la guerra en sintonía con las exigencias propias del Estado social de derecho.

El sexto capítulo, que se refiere a la relación entre justicia y territorio, incluye dos textos. El primero muestra la histórica fragmentación territorial de las instituciones del Estado colombiano —la justicia, entre ellas—, así como la actual incapacidad estatal de controlar el territorio, monopolizar el uso de la violencia y evitar el desbordamiento de los intermediarios locales. El segundo analiza la presencia diferenciada de jueces en Colombia según el territorio y plantea el problema de la construcción de Estado en la periferia desinstitucionalizada del país.

Parte dos. Acceso, problemas de diseño y amenazas a la justicia

Esta parte está compuesta por una introducción y tres grandes capítulos.

La introducción explica las diferencias e interconexiones entre dos caras o ámbitos del trabajo judicial: la “justicia rutinaria” y la “justicia protagonista”. Se trata de dos categorías que serán útiles para comprender los diagnósticos paradójicos de la justicia que se presentarán en esta segunda parte y en las partes subsiguientes.

El séptimo capítulo, relativo a las relaciones entre justicia y ciudadanía, incluye dos secciones: acceso a la justicia y percepciones ciudadanas sobre el sistema judicial. En el tema del acceso se incluyen tres textos que abordan los siguientes temas: problemas de acceso y cobertura; necesidades jurídicas insatisfechas según grupos poblacionales; y obstáculos de acceso a la justicia que enfrentan las mujeres víctimas del conflicto armado. Sobre el tema de percepción ciudadana se incluyen dos artículos: uno que evalúa las cifras de percepción a finales de los años noventa y otro que hace lo propio veinte años después.

El octavo capítulo se refiere a los problemas de organización del sistema judicial. Aquí se han seleccionado cuatro textos: uno sobre los problemas de gestión del sector jurisdiccional de la Rama Judicial. Un segundo texto sobre la baja rendición de cuentas del sistema judicial y su deficiente gestión y ejecución del presupuesto. Un tercer texto sobre las fallas en el diseño institucional de Consejo Superior de la Judicatura. Y un cuarto texto sobre la forma como deben integrarse los órganos de gobierno de la Rama Judicial y como deben elegirse los magistrados de las altas Cortes.

El noveno capítulo se ocupa de las amenazas a la justicia provenientes de la guerra, el poder político y la falta de Estado. Aquí se encuentran tres secciones: la captura de la justicia, el abandono estatal de los jueces en zonas periféricas del país y la amenaza de la guerra sobre el aparato judicial. En relación con la captura de la justicia se incluyen dos textos: uno sobre la situación del Consejo Superior de la Judicatura durante el Gobierno del presidente Uribe, y otro sobre la captura de jueces y magistrados según el carácter protagonista o rutinario de la justicia. La segunda sección trata el tema del abandono estatal de los jueces. Aquí se incluye un solo texto en el cual se diagnostica este problema con base en un índice de desempeño de la justicia local. Finalmente, en la sección de la amenaza de la guerra sobre la justicia, se incluyen dos relatos de jueces que trabajan en zonas de conflicto armado.

Parte tres. Reflexiones en temas especializados de justicia

Esta tercera parte se ocupa de análisis o reflexiones puntuales de justicia. Algunos de esos análisis se refieren a jurisdicciones y otros a grandes temas de política judicial, como son la política de drogas y la justicia transicional. Aquí hay siete capítulos. El primero de ellos, que vendría a ser el décimo capítulo del libro, aborda algunas discusiones sobre el constitucionalismo en la justicia. Contiene cuatro secciones. En la primera sección, sobre debates constitucionales en Colombia y el mundo, se incluyen cuatro textos: uno sobre el rol que cumplen las cortes constitucionales en los contextos de transiciones de la guerra a la paz; otro sobre los cambios constitucionales en América Latina durante las últimas tres décadas (que incluye un estudio comparado de las evoluciones de Colombia y Venezuela); uno más sobre las transformaciones que se han producido en Colombia en materia de protección de derechos a partir de la Constitución de 1991; y un cuarto texto donde se señalan los efectos del abuso de los estados de excepción en Colombia, y se defiende la labor de control que ha desempeñado la Corte Constitucional en este tema y la necesidad de un control judicial material sobre las declaratorias de los estados de excepción.

La segunda sección se refiere al tema de los derechos, la acción de tutela y el activismo judicial, y en ella se incluyen cinco textos: en el primero se explican las controversias o resistencias que ha generado esta acción judicial; en el segundo se defiende la necesidad y conveniencia de la tutela contra sentencias; en el tercero se documentan la evolución y los impactos de la judicialización de los conflictos sobre el derecho a la salud; en el cuarto, a partir de la sentencia T-025 de 2004 (que declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado), se evalúan los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional en casos estructurales sobre DESC; y, finalmente, en el quinto se analiza cuáles son las características que llevan a que una sentencia judicial sobre DESC obtenga un mayor o menor impacto.

La tercera sección aborda el tema de justicia y pueblos étnicos. Allí se incluyen cuatro textos: uno sobre la regulación de la diversidad y los reclamos de reconocimiento en el marco del “constitucionalismo multicultural”; otro acerca del sentido de los fallos que la Corte Constitucional ha emitido en materia de consulta previa; uno más sobre los temas constitucionales que siguen marcando el debate sobre la protección de los derechos de los pueblos étnicos; y un último texto sobre la apuesta que la Corte Constitucional ha hecho por la construcción de un Estado plurinacional.

La cuarta sección del décimo capítulo, referente a los debates sobre medio ambiente, incluye dos textos breves. En el primero se evalúa por qué son procedentes y necesarias las consultas populares en los casos de extracción de recursos naturales no renovables. Y, en el segundo, se defiende la necesidad de detener o, por lo menos, regular estrictamente los proyectos de *fracking* en Colombia.

El undécimo capítulo se ocupa de la justicia penal. Aquí se incluyen ocho textos que abordan los siguientes temas: el debate metodológico sobre el concepto de impunidad; la clasificación de los principales factores de impunidad y las lecciones que pueden extraerse de algunas experiencias exitosas de lucha contra esos factores; el funcionamiento de la justicia penal durante la vigencia del sistema penal mixto de corte inquisitorio; los funcionamientos diferenciados o selectivos del sistema penal acusatorio; la caracterización de la defensa pública penal en Colombia; las debilidades institucionales que propician la presión sobre los funcionarios judiciales al momento de imponer prisiones preventivas; la irracionalidad investigativa con la que se persiguen los delitos complejos en Colombia; y, finalmente, la defensa del carácter restrictivo del fuero penal militar.

El capítulo doce aborda el problema de la criminalización desproporcionada en delitos de drogas ilícitas. Aquí hay cuatro secciones. La primera aborda el problema de la desproporcionalidad en sentido abstracto a partir de un solo texto. La segunda sección se refiere a la desproporcionalidad en sentido concreto y aquí se incluyen cuatro textos, cada uno de los cuales evalúa las siguientes problemáticas: la presión de los delitos de drogas sobre el sistema judicial, el problema carcelario derivado de esta política, la eficacia selectiva de la justicia penal en este tema y la feminización de los delitos de drogas. La tercera y cuarta secciones, cada una representada por un solo texto, estudian el tema de la desproporción desde la perspectiva utilitaria, uno, y desde la visión constitucional, el otro.

El capítulo trece hace referencia a la justicia transicional. El mismo consta de cinco textos. En el primero se plantea que las medidas de justicia restaurativa pueden complementar, mas no sustituir, los procesos de justicia transicional. En el segundo texto se muestra cómo las políticas de reparación carentes de una perspectiva de género pueden terminar siendo contraproducentes para las mujeres víctimas de la guerra y se ofrecen algunas recomendaciones para superar esta carencia. En el tercero se explica el concepto de “justicia transicional civil” con el fin de iluminar los debates sobre restitución masiva de propiedades en las transiciones democráticas. En el cuarto texto se aborda la pregunta por los alcances e implicaciones de la justicia étnica colectiva como criterio de reparación. Por último, se propone el concepto de “reparaciones transformadoras”, el

cual responde a los dilemas que surgen al tratar de armonizar los imperativos de la justicia correctiva con los de la justicia distributiva.

El capítulo catorce se refiere a la justicia civil. Aquí se incluye un solo texto que evalúa la congestión, los tipos de procesos frecuentes y las formas de terminación más comunes de los procesos civiles.

El capítulo quince, sobre el sistema interamericano de derechos humanos, se compone igualmente de un único texto. En él se evalúan las estrategias que recientemente ha implementado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para enfrentar el atraso procesal.

El capítulo dieciséis, que cierra la Parte tres del libro, se compone de cuatro textos que se ocupan de otras formas o experiencias de justicia. En el primer texto se expone cuáles fueron los mecanismos de informalización de la justicia previstos por la Constitución de 1991, y se enuncian algunas de sus virtudes y limitaciones. En el segundo se brindan algunas razones que explican el auge de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y se estudian más a fondo sus potencialidades y riesgos. En el tercer texto se hace una caracterización y una evaluación del funcionamiento de las casas de justicia. Finalmente, en el cuarto texto, se estudian los mecanismos informales de justicia presentes en cuatro barrios marginales del sur y sur-oriente de la ciudad de Bogotá y, a partir de estos casos, se propone una clasificación sobre los tipos de justicia privada.

Parte cuatro. Algunas recomendaciones para las reformas a la justicia

Esta parte ofrece algunas recomendaciones políticas y normativas concretas sobre temas diversos, en pro del fortalecimiento del sistema judicial. Esta parte está compuesta por cuatro capítulos.

El capítulo diecisiete contiene algunas recomendaciones sobre los lineamientos que debería seguir una reforma normativa a la justicia. Este capítulo tiene dos textos. El primero extrae, a partir de experiencias recientes, algunas lecciones sobre los errores que *no* deberían cometerse en una reforma constitucional en materia de justicia. Por su parte, el segundo texto sugiere tres frentes de lucha por la inclusión social que deberían introducirse en las reformas judiciales de países que, como Colombia y otros de la región, padecen hondas desigualdades y exclusiones.

El capítulo dieciocho, sobre la necesidad de pensar la justicia desde un enfoque territorial, incluye dos textos. Uno se refiere a la necesidad de pensar la problemática de la justicia en el marco de programas integrales de fortalecimiento institucional del Estado, especialmente en las zonas de conflicto

armado. El otro promueve la medición y evaluación de la justicia local y, a partir de allí, hace un llamado a la urgencia de reducir la disparidad regional en la eficacia de la justicia.

El capítulo diecinueve incluye recomendaciones sobre el diseño institucional de la justicia. Está compuesto por tres textos: el primero plantea algunas alternativas para mejorar el acceso a la justicia, tanto desde el punto de vista de la demanda como desde la oferta de servicios judiciales; el segundo sugiere algunas alternativas para conseguir que el Consejo Superior de la Judicatura sea menos político en su Sala Disciplinaria y más representativo en su Sala Administrativa; y el tercero ofrece algunas recomendaciones sobre cómo aumentar los niveles de rendición de cuentas de la Rama Judicial sin sacrificar su autonomía presupuestal.

El capítulo final contiene cinco textos. El primero aborda el problema de la reforma a la figura de la tutela contra sentencias. El segundo se pregunta cómo podría repensarse la investigación penal de crímenes complejos, con el fin de que su persecución sea más racional y efectiva. El tercero ofrece algunas recomendaciones para mejorar los servicios de defensa pública penal. El cuarto explica las bondades y dificultades de las Cortes de Drogas, las cuales son una alternativa a la privación de la libertad como mecanismo único para enfrentar el problema de las drogas. Por último, el quinto texto presenta una propuesta de marco jurídico para la eventual desmovilización de los grupos guerrilleros, según la cual los deberes de castigo o las posibilidades de perdón deben interpretarse en función de la gravedad del crimen y del grado de responsabilidad de quien es juzgado.

IV. Metodología

En este libro se recoge una parte importante de la producción de Dejusticia durante diez años.²² La selección de los artículos supuso dejar por fuera textos de mucho valor. Por eso es importante indicar cuáles fueron los criterios que guiaron esta selección y que definieron la estructura del libro.

En primer lugar, quisimos mostrar un panorama general del trabajo de Dejusticia, sin concentrarnos exclusivamente en estudios recientes o actualizados.

22 El total de libros, capítulos de libro, artículos, informes y documentos de trabajo sobre justicia producidos por Dejusticia supera el centenar. Ello sin contar las decenas de columnas en prensa, las participaciones en radio, las conferencias académicas o las intervenciones ciudadanas ante entidades del orden nacional e internacional.

Es por ello que hay algunos textos muy recientes, pero hay también textos más viejos que, a pesar de contener cifras desactualizadas o incluso legislación desueta, son importantes para ilustrar la manera como Dejusticia abordó, en su momento, ciertos temas. Incluimos textos que, no obstante las transformaciones que han traído los años, todavía ofrecen herramientas útiles para interpretar la realidad presente.

En segundo lugar, solo incluimos las reflexiones más académicas, más amplias y más elaboradas, pero esta opción implicó dejar muchas reflexiones importantes por fuera. Es el caso de las columnas publicadas en periódicos y revistas no científicas. Hemos seleccionado apenas un par de publicaciones en blogs relativas a temas de medio ambiente y pueblos étnicos, y eso solo con el propósito de revelar algunos de los nuevos temas que apenas están empezando a fortalecerse en nuestra agenda institucional.

En tercer lugar, los textos elegidos fueron escritos por distintas personas y concebidos con herramientas conceptuales y disciplinarias a veces disímiles. No obstante esta diversidad, como dijimos, existe una gran sintonía temática, conceptual e ideológica entre los textos. Dicho esto, sin embargo, no hay que olvidar que cada texto tiene su autor. Más aún, no hay que olvidar que los conceptos son a veces maleables y dinámicos, de modo que, por ejemplo, la definición de “justicia informal” o de “sistema judicial” puede variar no solo de un autor a otro, sino incluso entre distintas publicaciones de un mismo autor. Es necesario, pues, atender tanto a la autoría como a las definiciones y los contextos propios de cada texto.

En cuarto lugar, no todos los temas tienen el mismo peso relativo en este libro. Algunos se encuentran muy nutridos (como los de justicia constitucional), mientras que otros son apenas mencionados (como los de jurisdicción indígena o justicia internacional). Esto no supone una subvaloración de estos últimos temas, sino una elección temática ligada al hecho de que el trabajo de Dejusticia siempre ha estado afectado por razones coyunturales ligadas a la vida institucional y política del país.

En quinto lugar, los textos son extractos. De cada texto original se seleccionaron únicamente los apartes que más claramente transmitieran las tesis principales de los autores. En ocasiones nos vimos forzados a fraccionar argumentos muy extensos, a recortar partes de los marcos teóricos, a excluir las discusiones metodológicas, o a prescindir de las gráficas y los ejemplos. En especial, siguiendo el modelo de otros libros de este tipo (*readers*) —como Darian-Smith (2013), Dowie y Elstein (1988), Foss (1997) y Larson y Schmidt

(2014)—, hemos omitido la gran mayoría de referencias bibliográficas internas. Se han conservado solo aquellas que parafraseaban o citaban directamente otros textos; las que constitúan una referencia fundamental para el tema desarrollado, y buena parte de las que remitían a otros trabajos de Dejusticia. Estas elecciones editoriales fueron tomadas en aras de la fluidez de la lectura y de la inclusión de la mayor cantidad posible de temas relevantes.

En sexto lugar, los textos han sido recortados según los bloques temáticos que guían las cuatro partes de este libro. Esto quiere decir que no siempre hemos mantenido la unidad de las publicaciones originales: apartes de un mismo artículo pueden aparecer en distintas partes del libro. Este es el caso, por ejemplo, de *El derecho al Estado* (García Villegas y Espinosa, 2013): mientras que su capítulo conclusivo está en la Parte uno (sección teórica), su capítulo de resultados de investigación aparece en la Parte dos (sección empírica).

Finalmente, es necesario señalar que todos los extractos seleccionados son fieles a los textos originales de los que provienen. Las únicas excepciones a esta regla son los títulos que encabezan cada texto y las notas del editor, así como las numeraciones y el formato de los títulos, subtítulos, notas al pie, gráficas y tablas; todo esto buscando facilitar la lectura y dar una unidad a la edición. Por su parte, hemos empleado los corchetes —siguiendo el modelo de los *readers* ya citados— para introducir palabras o expresiones aclaratorias, y los puntos suspensivos entre corchetes para indicar que se ha hecho un corte al interior de una oración. Ni los corchetes ni ningún otro tipo de signo ortográfico fueron usados para indicar que una oración o un párrafo fueron eliminados por completo, de modo que no es posible reconocer a simple vista los saltos o cortes de cada texto en relación con sus versiones originales. Así las cosas, si el lector quisiera conocer los detalles teóricos, metodológicos y bibliográficos que aquí omitimos, deberá acudir a los respectivos artículos originales, buena parte de los cuales pueden consultarse gratuitamente a través de la página institucional de Dejusticia o en los links sugeridos en el encabezado de cada capítulo.

Referencias

- Ámbito Jurídico (2015, octubre 2). “Parapolíticos” no deben responder por crímenes de lesa humanidad de las AUC. *Ámbito Jurídico*.
- Ansolabehere, K. (2010). More Power, More Rights? The Supreme Court and Society in México. En Couso, J. y Huneeus, A. (eds.). *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Ardila, E. (2000). Justicia comunitaria: claves para su comprensión. *Pensamiento Jurídico*, (12), 43-52.
- Bejarano, A. M. y Pizarro, E. (2004). Colombia: The Partial Collapse of the State and the Emergence of Aspiring State-makers. En Kingston, P. y Spears, I. (eds.). *States within the States: Incipient Political Entities in the Post Cold Era*. New York: Palgrave Macmillan.
- Bergquist, C. (1988). *Los trabajadores en la historia latinoamericana. Estudios comparativos de Chile, Argentina, Venezuela y Colombia*. Bogotá: Siglo XXI.
- Bergquist, C., Peñaranda, R. y Sanchez, G. (1992). *Violence in Colombia. The Contemporary Crisis in Historical Perspectives*. Delaware: Scholarly Resource inc.
- Bushnell, D. (1996). *Colombia; una Nación a pesar de sí misma*. Bogotá: Planeta.
- Burawoy, M. (2005). For Public Sociology. *American Sociological Review*, 70, 4-28.
- Cáceres Corral, P. (1995). La justicia en la planeación nacional. *Pensamiento Jurídico. Facultad de Derecho-Universidad Nacional de Colombia*, (4).
- Camacho Guizado, A. (1997). *Nuevas visiones sobre la violencia en Colombia*. Bogotá: Fescol -IEPRI.
- Cobo Carrizosa, C. (s. f.). *El Frente Nacional, su origen y desarrollo*. Cali: Pro Patria.
- Commaille, J. (2007). La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation. Vers une théorie de sociologie politique de la justice. En *La fonction politique de la justice* (pp. 295-321). Paris: La Découverte.
- Commaille, J. (2015). *A quoi nos sert le droit?* Paris: Gallimard.
- Commaille, J., Demoulin, L. y Robert, C. (2010). *La juridisation de la Politique*. Paris: LGDJ.
- Correas, O. (1986). *Democracia y derechos humanos en América Latina*. México: Anales de la Cátedra Francisco Suárez.
- Darian-Smith, E. (2013). *Laws and Societies in Global Contexts. Contemporary Approaches*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Dávila Ladrón de Guevara, A. (1999). Clientelismo, intermediación y representación política en Colombia: ¿qué ha pasado en los noventa? *Estudios Políticos*, (15), 61-78.
- Deas, M. (1995). *Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Deas, M. (1997). Violent Exchanges: Reflections on Political Violence in Colombia. En Apter, D. E. (ed.). *The Legitimation of Violence*. New York: New York University Press.
- Dowie, J. y Elstein, A. (1988). *Professional Judgment. A Reader in Clinical Decision Making*. Cambridge: Cambridge University Press.
- El Tiempo. (2015). Hace 15 días se decidió hacer "lobby" en el Congreso: magistrado. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/magis->

- trado-nestor-raul-correa-dice-que-voto-en-contra-de-hacer-lobby-en-el-congreso/15267456
- Evans, P. (2004). Development as Institutional Change: the Pitfalls of Monocropping and the Potentials of Deliberation. *Studies in Comparative International Development*, 38(4), 30-52.
- Feld, L. P. y Voigt, S. (2003). Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators. *CESifo Working Papers*, (906). Recuperado de http://www.cesifo-group.de/pls/guestci/download/cesifo%20working%20papers%202003/cesifo%20working%20papers%20april%202003/cesifo_wp906.pdf
- Felstiner, W., Richard, A. y Austin, S. (2001). Origen y transformación de los conflictos. Reconocimiento, acusación, reclamación. En García Villegas, M. (ed.). *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (pp. 39-67). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Fiss, O. M. (1997). El grado adecuado de independencia. *Derecho y humanidades*, (5), 53-72.
- Foss, N. J. (ed.) (1997). *Resources, Firms, and Strategies. A Reader in the Resource-Based Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Garapon, A. (1996). *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*. Paris: O Jacob.
- García Villegas, M. (2008). *Jueces sin Estado*. Bogotá: Siglo del Hombre - Dejusticia.
- García Villegas, M. (2014). Derecho a falta de democracia: la juridización del régimen político colombiano. *Análisis Político*, (82) 27, 167-195. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/49413/50415>
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina* (Segunda edición). Bogotá: IEPRI, Debate.
- García Villegas, M. (2015). *Les pouvoirs du droit*. Paris: L'Extenso.
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M., Espinosa, J. R., Lalinde, S., Arroyave, L. y Villadiego, C. (2015). *Casas de justicia. Una buena idea mal administrada*. Documentos 23. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.761.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de Derecho en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf

- García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. A. y Uprimny, R. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- González, F. (1989). Aproximación a la configuración política de Colombia. *Controversia*, (153-154).
- González, F. (1998). La violencia política y las dificultades de construcción de lo público en Colombia: una mirada de larga duración. En *Las Violencias: Inclusión creciente*. Bogotá: Facultad de Ciencias Humanas - Universidad Nacional.
- González, F. (2003). Un Estado en construcción. Una mirada de largo plazo sobre la mirada colombiana. En Mason, A. y Orjuela, L. J. (eds.). *La crisis política colombiana*. Bogotá: Uniandes.
- González, F. (2014). *Poder y violencia en Colombia*. Bogotá: Cinep.
- González, F., Bolívar, I. y Vásquez, T. (2003). *Violencia política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá: Cinep.
- Gutiérrez, F. (2002). Historias de democratización anómala. En *Degradación o cambio. Evolución del sistema político colombiano*. Bogotá: Norma.
- Gutiérrez, F. (2010). Instituciones y territorio: la descentralización en Colombia. En *25 años de la descentralización en Colombia*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Gutiérrez, F. (2011). La Constitución de 1991 como pacto de paz: discutiendo las anomalías. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 419-447.
- Gutiérrez, F. (2014). *El orangután con sacoleva. Cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*. Bogotá: Random House.
- Hartlyn, J. (1993). *La política del régimen de coalición. La experiencia del Frente Nacional en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo - Uniandes.
- Ibáñez, A. M. (2009). Forced Displacement in Colombia: Magnitude and Causes. *The Economics of Peace and Security Journal*, 4 (1), 48-54.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press.
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf
- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf
- Larson, E. y Schmidt, P. (2014). *The Law & Society Reader II*. New York and London: New York University Press.
- Leal Buitrago, F. (1984). *Estado y política en Colombia*. Bogotá: Siglo XXI.
- Leal, F. y Dávila, A. (1990). *Clientelismo. El sistema político y su expresión regional*. Bogotá: IEPRI - Tercer Mundo.

- Magalhães, P. C. (2003). *The Limits to Judicialization: Legislative Politics and Constitutional Review in the Iberian Democracies* (Doctoral Dissertation). The Ohio State University, Columbus, OH.
- Melo, J. O. (1992). *Predecir el pasado: ensayos de historia de Colombia*. Bogotá: Fundación Simon and Lola Guberek.
- Melo, J. O. (1998). Narcotráfico y democracia: la experiencia colombiana. En *Latin America and the Multinational Drug Trade*. London: St. Martin's Press.
- Miaille, M. (1976). *Une introduction critique au droit*. Paris: Maspero.
- Mockus, A. y Corzo, J. (2003). *Cumplir para convivir. Factores de convivencia y su relación con normas y acuerdos*. Bogotá: IEPRI - Universidad Nacional de Colombia.
- Oquist, P. (1978). *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Bogotá: Biblioteca Banco Popular.
- Orozco Tascón, C. (2013). "Lo que hubo fue una farsa." *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/entrevista-de-cecilia-orozco/hubo-fue-una-farsa-articulo-420137>
- Palacios, M. (2003). Between Legitimacy and Violence. Colombia's Three Countries. *Harvard Review of Latin America*, Spring 2003.
- Pécaut, D. (1978). *Orden y violencia en Colombia 1930-1954*. Bogotá: Cerec-Siglo XXI.
- Portes, A. y Rodríguez Garavito, C. A. (2011). Una nueva mirada a las instituciones colombianas: el contexto, el diseño y la metodología de estudio. En Portes, A. y Rodríguez Garavito, C. (eds.). *Instituciones y desarrollo en Colombia: un análisis sociológico*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Posada-Carbó, E. (2006). *La Nación soñada*. Bogotá: Norma.
- Rodríguez Garavito, C., García Villegas, M. y Uprimny, R. (2003). Justice and Society in Colombia: A Sociological Analysis of Colombian Courts. En *Legal Culture in the Age of Globalization*. Stanford: Stanford University Press.
- Rodríguez Garavito, C. y Portes, A. (2012). *Las instituciones en Colombia; un análisis sociológico*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Rodríguez Garavito, C. (2001). La justicia civil y de familia. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 547-613). Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes.
- Rodríguez Garavito, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Rodríguez Garavito, C. (2013). Epílogo. Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En Langford, M. (ed.). *Teoría y jurisprudencia de*

- los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado* (pp. 897-916). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.
- Romero, M. (2003). *Paramilitares y autodefensas 1982 - 2003*. Bogotá: IEPRI.
- Rubio, M. (1999). *Crimen e impunidad. Precisiones sobre la violencia*. Bogotá: Tercer Mundo.
- Rubio, M. (2001). La justicia penal. Juicio sin sumario. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 485-546). Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes.
- Safford, F. y Palacios, M. (2002). *Colombia: Fragmented Land, Divided Society*. New York: Oxford University Press.
- Salas, D. (2001). *La justice, une révolution démocratique*. Paris: Desclée de Brouwer.
- Santos, B. de S., y García Villegas, M. (eds.) (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes.
- Smulovitz, C. y Peruzzotti, E. (2000). Societal Accountability in Latin America. *Journal of Democracy*, 11 (4), 147-158.
- Stone, A. (1992). *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press.
- Tate, N. y Vallinder, T. (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Terré, F. (1980). La crise de la loi. En *Archives de philosophie du droit*. Paris: Sirey.
- Thoumi, F. (1995). *Political Economy & Illegal Drugs in Colombia; Studies on the Impact of the Illegal Trade*. Boulder Colorado: Lynne Rienner.
- Trubek, D. y Esser, J. (1989). 'Critical Empiricism' in American Legal Studies: Paradox, Program or Pandora's Box? *Law and Social Inquiry*, 14, 3-52.
- Tushnet, M. (1984). An Essay on Rights. *Texas Law Review*, 62.
- Uprimny, R. (1994). Justicia y resolución de conflictos: la alternativa comunitaria. *Pensamiento Jurídico*, (1), 71-103. Recuperado de http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38890/pdf_293
- Uprimny, R. (2001). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 261-315). Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. (2007). Judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades, riesgos. En *Justicia, política y derechos en América Latina*. Buenos Aires: Prometeo.
- Uprimny, R. (2009, diciembre 7). Independencia judicial y democracia. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/columna176339-independencia-judicial-y-democracia>

- Uprimny, R. y Rangel Garzón, P. (2013). Demanda contra la elección del Dr. Pedro Munar Cadena como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura por violación del artículo 126 de la Constitución. Dejusticia. Recuperado de <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/1895>
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2003). Entre el protagonismo y la rutina: análisis sociojurídico de la justicia en Colombia. En Fix-Fierro, H., Friedman, L. y Pérez Perdomo, R. (eds.). *Culturas jurídicas latinas y América en tiempos de globalización* (pp. 231-305). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo, E. (2006). *¿Justicia transicional sin transición?* Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf
- Uribe, V. (2000). *Honorable lives: Lawyers, Family, and Politics in Colombia, 1780-1850*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

PARTE 1

SEIS PUNTOS DE VISTA SOBRE LA JUSTICIA

Capítulo 1	LA JUSTICIA COMO INSTITUCIÓN	50
	El sistema judicial visto desde el institucionalismo social Mauricio García Villegas, César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny Yepes	51
Capítulo 2	JUSTICIA Y DEMOCRACIA	60
	A. Un sistema judicial para profundizar la democracia Rodrigo Uprimny Yepes	61
	B. El potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana Rodrigo Uprimny Yepes y Mauricio García Villegas	71
	C. El constitucionalismo aspiracional y las estrategias políticas de transformación social Mauricio García Villegas	83
Capítulo 3	JUSTICIA Y ECONOMÍA	96
	A. El control constitucional a la economía Rodrigo Uprimny Yepes	97
	B. El modelo económico de la Constitución de 1991 Rodrigo Uprimny Yepes y César Rodríguez Garavito	112
Capítulo 4	REFORMAS JUDICIALES Y DERECHOS SOCIALES	126
	Las consecuencias de las reformas judiciales con enfoque neoliberal en Colombia César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny Yepes	127
Capítulo 5	JUSTICIA Y CONFLICTO ARMADO	142
	El aparato judicial: ¿un sustituto de la violencia y la guerra? Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes	143
Capítulo 6	JUSTICIA Y TERRITORIO	156
	A. Fragmentación territorial, conflicto armado y justicia Mauricio García Villegas	157
	B. Los desafíos del <i>apartheid</i> institucional Mauricio García Villegas y Jose Rafael Espinosa	168

Capítulo 1

LA JUSTICIA COMO INSTITUCIÓN

El sistema judicial visto desde el institucionalismo social

Mauricio García Villegas, César Rodríguez Garavito
y Rodrigo Uprimny Yepes (2006)

Extractos tomados de:

García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2006). Introducción. Una nueva aproximación al debate sobre la justicia, los derechos sociales y la democracia en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 18-29). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Los estudios sobre el papel protagonista de la justicia intentan responder a preguntas como: ¿a qué se debe este protagonismo? ¿Qué sentido tienen las nuevas relaciones entre la justicia y el sistema político? ¿Qué papel político deben cumplir las cortes constitucionales? ¿Qué importancia tiene la justicia para el desarrollo económico y en qué medida la protección de los derechos de propiedad contribuye a ese fin? ¿Hasta qué punto la protección de los derechos de propiedad se encuentra en tensión con la protección de otros derechos —los políticos y los sociales, por ejemplo— y con la democracia misma? ¿Es la politización de la justicia compatible con la democracia y con el Estado de derecho?

Las respuestas a estos interrogantes son múltiples y variadas, pero en términos generales pueden clasificarse en dos ejes distintos. En primer lugar, desde el punto de vista teórico, las posiciones sobre las instituciones en general, y sobre la justicia en particular, pueden ser divididas en posturas instrumentalistas y en posiciones constructivistas. En segundo lugar, desde un punto de vista valorativo o político, las diversas respuestas pueden ser agrupadas en visiones libertarias y en perspectivas igualitarias. Veamos brevemente cada uno de estos ejes y las aproximaciones a las instituciones, la justicia y la reforma judicial a las que dan lugar.

Desde el punto de vista teórico, la primera orientación puede denominarse *instrumentalista*, en la medida en que afirma la posibilidad de utilizar

las instituciones como instrumentos de intervención social. Esto es, la visión instrumentalista, que domina en la ciencia económica, tiende a ver las reformas institucionales como tareas técnicas encaminadas a moldear la práctica jurídica, económica o política —por ejemplo, para promover el desarrollo económico o el Estado de derecho—, independientemente del contexto social en el que dichas instituciones están llamadas a operar. Aquí, los actores sociales son vistos como agentes racionales que se comportan al modo de quienes participan en el mercado.

De esta forma, problemas como la impunidad y la ineficiencia de la justicia, según este análisis económico del derecho, florecen en condiciones de debilidad institucional, de bajo cumplimiento de los postulados normativos y de elevados costos de transacción. La solución para estos males, según esta perspectiva, consiste en implantar un sistema de Estado de derecho (*rule of law*), a través de jueces independientes, con capacidad para imponer sanciones efectivas y disuasorias.

En contraposición al instrumentalismo, autores procedentes de diversas ciencias sociales, especialmente de la sociología y los estudios sociojurídicos, han formulado una aproximación *constructivista*¹ (véase, por ejemplo, Santos y García Villegas, 2001). Para quienes sostienen esta perspectiva, existe una cercana conexión entre las instituciones y las prácticas sociales, razón por la cual las reformas institucionales, lejos de ser problemas técnicos independientes del contexto en el que operan, tienen orígenes y efectos profundamente dependientes de dicho contexto. La intervención eficaz del Estado en la sociedad, desde esta perspectiva, debe tener en cuenta el proceso de construcción (o de constitución) recíproca que tiene lugar entre actores sociales y normas jurídicas.

Por otra parte, desde el punto de vista valorativo y político, existe una primera visión de carácter *liberal individualista*, que concibe al mercado como instrumento fundamental de coordinación social y que, como tal, cree que las instituciones en general, y el derecho en particular, deben permitir que el mercado cumpla con dicha función, sin obstáculos. En ese sentido, esta aproximación aboga por una intervención mínima del Estado en la economía, que se reduzca a asegurar el orden público, el respeto de los derechos de propiedad y la ejecución

1 El constructivismo es una corriente sociológica que, en oposición al instrumentalismo, considera que los sujetos y las instituciones son realidades que resultan del contexto social y cultural en el que operan y que, por tanto, no pueden ser manipuladas o intervenidas con facilidad “desde afuera” mediante procedimientos de ingeniería social como los propuestos por los enfoques instrumentalistas (véase Berger y Luckman, 1966).

cumplida de los contratos. Del resto, confían los promotores de esta visión, se encargará de manera más eficiente el mercado. En materia de instituciones y de administración de justicia, la visión liberal individual o neoliberal defiende la importancia del sistema judicial como instrumento facilitador del mercado, la aplicación de criterios de eficiencia a la administración de justicia y el desmonte total del constitucionalismo social (Rodríguez Garavito y Uprimny, 2006).

En contraste con la visión liberal individualista, existe otra postura valorativa que se puede denominar *igualitaria*, y que defiende la idea de que el mercado no puede ser un instrumento equitativo de regulación social sin que previamente se hayan garantizado ciertas condiciones mínimas de igualdad entre los agentes que han de participar en él. En ese entender, esta visión postula que la libertad no puede ejercerse plenamente en ausencia de igualdad (véase Sen, 2000). Por ello, a diferencia de la anterior aproximación, la visión igualitaria propugna por un rol más protagónico del Estado en la vida social y por un concepto más amplio de las instituciones, que no reduzca sus funciones a la garantía del orden público, la propiedad privada y la seguridad de los contratos, sino que incluya también la protección de otras libertades civiles (como el acceso igualitario a la justicia y el debido proceso) y de los derechos sociales, económicos y culturales.

Al cruzar los ejes comentados (el teórico y el valorativo), resulta un mapa de cuatro aproximaciones distintas a las instituciones, a la justicia y a la reforma judicial. La tabla [que mostramos a continuación] recoge esta clasificación entre posiciones neoinstitucionales, desarrollistas, posmodernas e institucionalistas sociales.

La combinación de una visión instrumentalista de las instituciones y una preferencia valorativa por los derechos de libertad —en especial la propiedad y la libertad comercial— constituye el núcleo del neoinstitucionalismo económico.² Este enfoque —cuya manifestación específica en las facultades de Derecho es el movimiento de “derecho y economía” (*law and economics*)— se ha inspirado en todo un arsenal teórico y político arraigado en la filosofía liberal individualista y

2 Es necesario anotar, sin embargo, que no todos los neoinstitucionalistas adoptan una visión instrumentalista. En particular, el trabajo pionero de Douglas North (1993) apunta a una visión más compleja de las instituciones, que incluye el estudio de los mecanismos informales de organización social y, en general, el contexto social en el que operan las instituciones formales. Esta visión amplia, sin embargo, ha sido sustituida por una instrumentalista más estrecha en los trabajos de neoinstitucionalistas posteriores, especialmente aquellos que adoptan las estrategias metodológicas más ortodoxas de la teoría de la elección racional (*rational choice*). En García Villegas (2006) examinamos con detalle estas distinciones.

Mapa de aproximaciones a las instituciones

Dimensión valorativa			Dimensión teórica
Liberal individualista	Igualitaria		
Neoinstitucionalismo; movimiento de “derecho y economía” (p. ej. programas recientes de reforma judicial)	Desarrollismo (p. ej. “primera ola” de programas de derecho y desarrollo)	Instrumentalista	
Posmodernismo (p. ej. estudios de conciencia jurídica)	Institucionalismo social (p. ej. constitucionalismo social)	Constructivista	

FUENTE: elaboración propia.

se ha orientado hacia la promoción de las políticas neoliberales de reestructuración del Estado, tanto en América Latina como en el resto del mundo.³

El neoinstitucionalismo ha encontrado arraigo en las políticas de desarrollo dominantes en las últimas décadas, como parte de las dos generaciones de reformas incluidas en el llamado Consenso de Washington. En efecto, desde los inicios de los años noventa, las agencias internacionales —como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID)— han visto en el derecho y en las reformas jurídicas un factor fundamental para el logro de sus objetivos de promoción de un desarrollo económico basado en la apertura al comercio exterior y la inversión privada. Según estas agencias y los autores que proponen este modelo, un país no puede avanzar económica, social y políticamente si no cuenta con un Estado de derecho consolidado y con un sistema judicial operante que proporcione estabilidad, seguridad y predictibilidad a los negocios (Dakolias, 1996; Iglesias, 1993; Shihata, 1995).

A partir de la visión neoinstitucionalista, durante la última década varios billones de dólares han sido “invertidos” en proyectos jurídicos particularmente destinados al sistema judicial de países semiperiféricos.⁴ En términos más

3 (N. del E.) Para una genealogía y una crítica de los fundamentos del neoinstitucionalismo económico, véanse Rodríguez Garavito y Uprimny (2006) y Uprimny (2006).

4 (N. del E.) Sobre las características de estos programas en Colombia y América Latina, puede consultarse Rodríguez Garavito (2006).

específicos [...], la visión neoinstitucionalista implica que los programas de reforma judicial ponen el acento en los siguientes puntos:

- La protección efectiva de los derechos de propiedad, que implica un sistema jurídico dotado de reglas claras, predecibles y efectivas sobre tales derechos.
- La reducción de los costos de transacción (consecución de información, reducción de trámites burocráticos, prevención y resolución rápida de conflictos, etc.). De acuerdo con esta visión, cuando los costos son bajos, el mercado es más eficiente y los derechos de propiedad están mejor garantizados. En cambio, cuando estos costos son altos, como sucede en América Latina, la inversión privada es baja, el mercado es ineficiente, los privilegios personales abundan y el desarrollo es lento o nulo.
- La reducción de la congestión y, en general, el fortalecimiento gerencial y la mejora de la oferta de justicia.
- La búsqueda de una mayor predictibilidad de las decisiones judiciales a través, entre otras, de la consolidación de los precedentes y la eliminación del activismo constitucional en materia de derechos sociales. En vista de que los jueces no cuentan con criterios objetivos para resolver los conflictos de valores e intereses que se presentan en las decisiones judiciales más difíciles, y dado que los problemas de interpretación son inevitables, el análisis económico puede proporcionar dicho criterio objetivo de solución basándose en el principio de maximización de la eficiencia en la asignación de los recursos sociales. La teoría jurídica del derecho es sustituida por una teoría económica del derecho y de los derechos.
- El fortalecimiento del sistema penal con miras a la garantía del orden social y a la protección de los derechos de libertad necesarios para crear las condiciones que requieren la inversión privada y el funcionamiento del mercado.⁵

5 (N. del E.) Las consecuencias concretas de la aplicación de estos principios se analizan en varios apartados de esta compilación, pero principalmente en: el capítulo 4, donde se evalúan los problemas de legitimidad, equidad y eficacia que para el sistema judicial ha traído la implantación de criterios meramente eficientistas; el capítulo 11 (G), en el cual se evidencia la ineffectividad del sistema penal para investigar delitos complejos; y el capítulo 12, en el que se revela el aumento desproporcionado de la represión penal frente a las conductas relacionadas con drogas.

Sin desconocer el aporte del neoinstitucionalismo y el análisis económico del derecho a la reactivación del debate sobre las instituciones, proponemos una visión de la justicia basada en un enfoque constructivista con una orientación política de corte social. Este institucionalismo social se ubica en la esquina opuesta del mapa ofrecido en la tabla, porque se aparta tanto de las bases teóricas como de las preferencias valorativas del neoinstitucionalismo. En contraste con este, los enfoques constructivistas sociales tienden a adoptar una orientación valorativa que hace hincapié en la necesidad de impulsar programas de inclusión social, no solo a través del sistema judicial, sino también de los demás estamentos del Estado. Sin embargo, nuestra posición comparte con el neoinstitucionalismo la preocupación por las reformas jurídicas y las políticas públicas sobre la justicia. Por esto, a diferencia de aquellas visiones críticas radicales —escépticas frente a la posibilidad de lograr cambios sociales a través de transformaciones institucionales—,⁶ el institucionalismo social considera que una agenda de reforma equitativa e incluyente debe dar un lugar central a la tarea del diseño institucional. En resumen, nuestra propuesta se ubica en el medio de dos extremos: por un lado, el neoinstitucionalismo y el movimiento de derecho y economía —caracterizados por su visión instrumentalista de las reformas y su inclinación por el liberalismo individualista— y los enfoques estructuralistas —marcados por un pesimismo radical sobre las reformas institucionales como formas de impulsar la equidad social—.

El balance que aquí se hace del neoinstitucionalismo es, en síntesis, un balance mixto. Por un lado, se reconocen sus aportes, en especial el de haber promovido la discusión sobre el efecto de las instituciones en las economías y sociedades contemporáneas. Por otro, se alerta sobre sus riesgos, en especial sobre el hecho de que adopta una visión funcionalista de las instituciones, centrada en la protección de la propiedad privada y la liberalización de las fuerzas del mercado. Así, con el institucionalismo social se trata de tomar en serio a las instituciones y de hacerlo a partir de una perspectiva de filosofía moral y de políticas públicas que le dé tanta importancia a la libertad como a la igualdad, a la eficacia como a la inclusión social.

Esta vía alternativa no desconoce las deficiencias del Estado benefactor —o, en el contexto latinoamericano, del Estado desarrollista—, la forma estatal

6 Estas visiones, basadas en una lectura ortodoxa del marxismo, tuvieron una notable influencia en los círculos académicos críticos y en la izquierda latinoamericana en los años setenta y ochenta (véase, por ejemplo, Moncayo, 1972).

que se ha identificado tradicionalmente con los objetivos del institucionalismo social. Como se aprecia en la tabla, las dos posiciones se distinguen por su aproximación contrastante a las instituciones: mientras que el desarrollismo adoptaba una visión instrumentalista, que promovía una reforma “desde arriba” (esto es, desde la tecnocracia estatal); el institucionalismo social se inclina por una visión constructivista de las políticas públicas, que resalta la importancia de consultar el contexto social, y los individuos y grupos afectados por las reformas propuestas.

Pero existen diferencias adicionales. En efecto, el institucionalismo social cree en la pertinencia de varias de las críticas que se han elevado en su contra: sus políticas pueden generar dificultades fiscales, en ocasiones pueden resultar contrarias a la equidad y, a veces, producen intervenciones burocráticas alienantes y poco transparentes, que minan la democracia y bloquean su dinamismo. Sin embargo, el institucionalismo social considera que tales objeciones no son razón suficiente para abandonar los ideales de justicia del Estado social de derecho.

El punto de partida de esta reconstrucción es evitar confundir el Estado social con el Estado benefactor o con el Estado desarrollista latinoamericano de mediados del siglo XX, a pesar de los vínculos históricos que han existido entre ellos. A partir de allí, y en contrapunto con los argumentos neoinstitucionales mencionados, nuestra propuesta parte de postulados como los siguientes:

- El desarrollo no puede entenderse solo en términos de crecimiento económico, ni resulta exclusivamente de la liberación de las fuerzas del mercado. Si bien la promoción del crecimiento es un objetivo básico, la justicia distributiva lo es también, sobre todo en un país con los problemas de inequidad que tiene Colombia. Concentrar todos los esfuerzos del Estado en la protección de los derechos de propiedad y en la reducción de los costos de transacción no crea únicamente resultados inaceptables en términos de equidad y justicia social, sino que —como lo han mostrado críticos del canon neoliberal dentro de la misma ciencia económica (Rodrik, 1997; Sen, 2000)— no conduce a un desarrollo sostenido y sustentable.
- La limitada inclusión social por medio del mercado se debe complementar con una fuerte inclusión por medio de la participación democrática y la defensa de los derechos. Es esta falta de integralidad lo que les impide a los defensores colombianos de las teorías económicas de la justicia y del derecho aceptar, por ejemplo, los beneficios de un constitucionalismo social, y en particular de la acción de tutela. La

protección de los derechos no puede quedar condicionada a la maximización de la eficiencia social.

- Una de las razones del fracaso de las reformas judiciales en América Latina es el hecho de que parten de una visión meramente instrumentalista del Estado y del derecho. Mientras las reformas no superen esta visión gerencial de la justicia y no adopten una perspectiva amplia, que incluya aspectos sociales como la demanda de justicia y el contexto político, están destinadas al fracaso. Incluso los estudios comparados sobre reformas a la justicia hechos por funcionarios de las agencias internacionales que las promueven parecen estar de acuerdo en que, además de aumentar la eficiencia de la justicia, las reformas exitosas son aquellas que incrementan la independencia judicial —y, por tanto, modifican el contexto político en el que operan— y promueven el acceso efectivo y equitativo a la justicia —y, con ello, atienden las necesidades del contexto social de esta—.
- La búsqueda de una mayor eficacia de la justicia penal no puede ser un fin aislado e independiente del propósito constitucional de mejorar la efectiva protección de los derechos fundamentales.
- El balance entre la protección judicial eficaz de los derechos, por un lado, y la limitación del poder de los jueces, por el otro, requiere una teoría del derecho y de la interpretación judicial que defienda la autonomía de los jueces, y a la vez promueva la adopción de criterios de decisión transparentes y razonables, fundados firmemente en la argumentación jurídica. Tanto las teorías conservadoras que reducen el derecho a la economía, como las teorías críticas radicales que reducen el derecho al poder, debilitan la función de la justicia dentro de un Estado social de derecho y la protección eficaz de los derechos fundamentales.

Referencias

- Berger, P. y Luckman, T. (1966). *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*. Garden City: Anchor Books.
- Dakolias, M. (1996). The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean. Elements of Reform. *World Bank Technical Paper* 319. Banco Mundial.
- García Villegas, M. (2006). Justicia, mercado y democracia: un examen crítico de las teorías económicas sobre el (in)cumplimiento del derecho y su relación con el

- desarrollo, la justicia y la democracia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 49-108). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Iglesias, E. (1993). Derecho, justicia y desarrollo en América Latina en la década de los 90. En *Justicia y desarrollo en América Latina y el Caribe* (pp. 3-11). Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Moncayo, V. M. (1972). *Sobre el derecho en las formaciones sociales capitalistas*. Bogotá: Guadalupe Ltda.
- North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y comportamiento económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez Garavito, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 405-469). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 109-146). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Rodrik, D. (1997). *Has Globalization gone too Far?* Washington: Institute for International Economics.
- Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Sen, A. (2000). *Development as Freedom*. New York: Anchor Books.
- Shihata, I. (1995). Judicial Reform in Developing Countries and the Role of the World Bank. En Rowat, M., Malik, W. y Dakolias, M. (eds.). *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings of a World Bank Conference* (pp. 219-233). Washington: Banco Mundial.
- Uprimny, R. (2006). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 147-200). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Capítulo 2

JUSTICIA Y DEMOCRACIA

A. Un sistema judicial para profundizar la democracia

Rodrigo Uprimny Yepes (2008)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. (2008). Sistema judicial y profundización de la democracia en Colombia: una propuesta metodológica para interpretar el sistema judicial colombiano y sus necesarias y posibles reformas desde una perspectiva de derechos humanos. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

Este texto pretende desarrollar un marco conceptual e interpretativo que sea útil para analizar los desafíos que implica poner en marcha un sistema judicial que profundice la democracia y el Estado social de derecho. El texto desarrolla, entonces, una serie de tesis centrales.

Primero, una tesis política: la reforma judicial no debe ser un asunto puramente de expertos, sino también de la ciudadanía en general. En efecto, parafraseando la célebre frase de Clemenceau, quien habría dicho que la guerra es un asunto demasiado serio para dejárselo a los militares, el texto parte del supuesto político de que la reforma judicial es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces y abogados. La reflexión sobre el sistema judicial y su reforma compete a la ciudadanía, pues aunque es un tema complejo, e incluso a veces técnico y aburrido, es también un tema político de suma importancia para la democracia y los derechos fundamentales, pues en el sistema judicial no solo las personas se juegan sus derechos sino que, además, existe evidencia importante de que sin un sistema judicial eficaz e independiente, es imposible consolidar un Estado de derecho sólido o lograr el desarrollo económico. Por ello, el debate sobre reformas judiciales no puede ser dejado a los expertos.

Segundo, una tesis normativa: desde nuestra perspectiva, un enfoque apropiado para reflexionar sobre las reformas judiciales debe ser compatible

con una visión integral de democracia y ciudadanía, conforme a la cual, el sistema judicial no debe estar orientado únicamente a garantizar la seguridad del mercado, sino también a defender la democracia y los derechos fundamentales. Se defiende de esta forma una idea “densa” de sistema judicial, que corresponde a su vez a una concepción robusta y deliberativa de democracia, que requiere que el sistema judicial sea compatible con el conjunto de los derechos fundamentales y profundice la deliberación democrática.

Tercero, una tesis metodológica: en efecto, reiteramos en este texto un enfoque metodológico que habíamos desarrollado conjuntamente con César Rodríguez y Mauricio García Villegas en otro texto y que denominamos de institucionalismo social.¹ Esta visión articula una visión normativa, que corresponde a la tesis mencionada en el punto anterior, con una concepción constructivista acerca de la relación entre reforma judicial y contexto social.

Cuarto, una tesis empírica relativa al sistema judicial colombiano: según nuestro criterio, un diagnóstico del aparato judicial colombiano no es fácil, porque la justicia en nuestro país combina rasgos paradójicos. De un lado, Colombia atraviesa una crisis judicial profunda que no permite que el aparato de justicia satisfaga las demandas de la población. Pero de otro lado, el aparato judicial colombiano dista de haber colapsado. De hecho, en muy pocas fases de la historia colombiana los jueces han tenido tanta incidencia en los asuntos políticos y públicos.

De esas tesis, se desprende otra acerca de la reforma judicial. En este contexto, aunque el sistema judicial actual colombiano es precario, es necesario fortalecer sus potencialidades democráticas, en lugar de defender su desmonte o su reestructuración corporativa autoritaria. Ante la pregunta sobre cuál es el sistema judicial más adecuado para el país, existen dos posturas radicales opuestas que deben ser rebatidas: la postura de derecha que insta al desmonte del sistema judicial por razones de orden público, y la postura de izquierda que señala la poca importancia que tiene el sistema judicial para lograr transformaciones sociales relevantes y que, por tanto, señala su inutilidad. Ante estas posturas radicales, es necesario defender una postura alternativa que tenga en cuenta la importancia del sistema judicial para la democracia y los derechos fundamentales, y que, en consecuencia, busque fortalecer sus potencialidades y minimizar sus limitaciones.

1 (N. del E.) Este enfoque del institucionalismo social se encuentra explicado con más detalle en el estudio preliminar y en el capítulo 1 de esta compilación.

1. El modelo ideal: un sistema judicial que profundice la democracia

La pregunta acerca de cómo debería ser un sistema judicial que profundizara la democracia es bastante polémica. En efecto, existen distintas concepciones de democracia y, como tal, muchas pueden ser las respuestas que con base en ellas se ofrezcan.

Conviene pues precisar el alcance del concepto de democracia, pues la literatura sobre el mismo es no solo muy amplia, sino que además se encuentra en permanente cambio, como lo muestra, por citar un solo ejemplo, el reciente y enriquecedor debate en torno a la llamada “democracia deliberativa”,² o las relaciones entre esa visión deliberativa y otras concepciones, como las de poliarquía de Dahl, o los entendimientos puramente liberales de democracia. Ahora bien, considero que una forma interesante de aproximarse a la noción de democracia y precisar su uso es a partir de los dos principios básicos de legitimación del Estado democrático contemporáneo, como son: i) el principio participativo y de soberanía popular, que orienta las democracias radicales, populistas, herederas de las visiones de Rousseau, y ii) el principio de la supremacía de los derechos de la persona y de respeto a la dignidad humana, que es más heredero de la tradición liberal representativa de democracia. Ambos principios suelen invocarse en la mayor parte de las visiones democráticas contemporáneas, como lo muestra nuestra propia Constitución, que consagra como principios esenciales del ordenamiento colombiano el respeto tanto al principio participativo y de soberanía popular (arts. 1 y 3) como al de supremacía de los derechos de la persona y de la dignidad humana (arts. 1 y 5).

Esta visión implica, entonces, un cierto encuentro de las dimensiones procesal y sustantiva de la democracia. Mientras que la dimensión procesal hace énfasis en el principio de mayorías como el medio a través del cual la sociedad puede asegurar su autogobierno, la dimensión sustantiva de la democracia parte de la base de que el sistema reconoce, ampara y protege los derechos inalienables de la persona.

Esta visión compleja de la democracia es justificable porque cuenta con dos fuentes de legitimación y porque implica la integralidad de los derechos, lo que significa que recoge tanto los derechos civiles y políticos, como los derechos sociales, económicos y culturales, y los derechos colectivos.

2 Para una compilación sobre perspectivas en torno a la democracia deliberativa, véase Bonham y Rehg (1997).

A partir de lo anterior, es posible pensar en una tipología de nociones de democracia según el peso que se le asigne a cada uno de esos principios, como se observa en la tabla:³

Visiones de democracia

	Protección débil de derechos de la persona	Protección fuerte de derechos de la persona
Participación ciudadana restringida	I. Visiones conservadoras, o autoritarias tipo Huntington	III. Visiones liberales tipo Tocqueville o Dahl
Participación ciudadana fuerte	II. Visiones populistas o republicanas de democracia tipo Rousseau	IV. En búsqueda de la democracia deliberativa; visiones tipo Habermas

Así, de un lado encontramos visiones de la democracia que reconocen derechos, pero en forma restringida; sobre estas visiones se pueden encontrar dos variantes: una mayoritaria y participativa, en donde la limitación de los derechos de la persona deriva de una confianza en el principio mayoritario y participativo derivado de la soberanía popular tipo Rousseau (casilla II). Las llamadas corrientes republicanas en la filosofía política contemporánea son tal vez la mejor representación de dichas visiones. O, de otro lado, encontramos concepciones más conservadoras y autoritarias (casilla I), en donde no solo el reconocimiento de derechos es limitado sino que además existe recelo a una participación ciudadana excesiva, ya sea por temor a que una generosidad excesiva en términos de derechos y participación pueda dificultar el manejo del orden público, o ya sea porque consideran que los derechos de la persona están limitados por nociones de bien común o de pertenencia a una tradición, que son definidos por las élites.

De otro lado, existen visiones de democracia fundadas en un reconocimiento y protección amplia de derechos de la persona, pero que pueden tener dos variantes básicas: de un lado, las visiones liberales tienden a limitar el principio mayoritario pues desconfían de la tiranía de las mayorías (casilla III); en cambio, las concepciones deliberativas contemporáneas tipo Habermas o Nino (casilla IV), que personalmente comparto, buscan en cierta medida la

3 Para una tipología semejante, pero con algunas diferencias, y más referida al pensamiento constitucional que a la noción de democracia, véase Gargarella (2005).

cuadratura del círculo, ya que aspiran a construir un ordenamiento político en donde la participación ciudadana sea vigorosa pero igualmente la protección de los derechos de la persona sea sólida y amplia.

Ahora bien, ¿qué tipo de sistema judicial es compatible con esta concepción de la democracia? Más aún, ¿qué tipo de sistema judicial permite la profundización o intensificación de la democracia así concebida? Para alcanzar estas finalidades, un sistema judicial debe cumplir con ciertas funciones y tener determinadas características (o presupuestos de funcionamiento), que es lo que estudiaremos en el siguiente punto.

2. Derecho, sociedad y jueces: breves notas sobre las funciones del derecho y los tribunales⁴

El estudio de las relaciones entre el aparato judicial, la política y la sociedad ha sido abordado por la sociología jurídica al investigar las llamadas funciones del derecho y de los tribunales. No pretendo en estas líneas adentrarme en este difícil y polémico tema.⁵ Mi objetivo es mucho más modesto: simplemente he querido apoyarme en algunos trabajos sociológicos para explicitar la noción de derecho que adopto en este texto, y poder así presentar un listado de las que considero son las principales funciones de los jueces en una sociedad democrática, con el fin de sistematizar la presentación y el análisis de las transformaciones del sistema judicial colombiano.

En ese orden de ideas, en general entiendo que el derecho es un conjunto flexible de directivas y mecanismos para la resolución de conflictos y la adhesión de los ciudadanos a esas soluciones, a través de la intervención de un mediador, llamado juez o tribunal, que puede obligar al acatamiento de las decisiones mediante el uso de la fuerza.⁶

Esto significa que, desde esta óptica, el derecho aparece como un ordenador de la conducta social y un mecanismo de regulación de los conflictos. Es entonces un mecanismo de cohesión social, puesto que contiene los conflictos dentro de un orden, es decir, dentro de unos marcos de invarianza estructural. Pero —contra ciertas recepciones simplistas del marxismo— considero que el

4 Esta parte actualiza algunas reflexiones adelantadas en textos previos. Véase en especial Uprimny (1998).

5 (N. del E.) Sobre las funciones del derecho en el caso colombiano véase García Villegas (2014).

6 Para el desarrollo de esta concepción, véase Uprimny (1994).

derecho no es solo un factor de dominación, ni un simple elemento de conservación del *statu quo*, porque los principios jurídicos pueden encarnar valores éticos susceptibles de traducirse en contenidos emancipatorios, como lo muestra, por ejemplo, el paso de la igualdad formal a la igualdad material en la evolución del constitucionalismo social y los derechos humanos. Igualmente —contra el consensualismo funcionalista—, me parece que el derecho tampoco es solo un sistema de integración pacífica, porque las sociedades son todas conflictivas, de suerte que el orden jurídico termina dando un tratamiento diferencial y selectivo favorable a ciertos intereses: es entonces un orden normativo parcialmente excluyente.

Estas referencias, tanto clásicas como contemporáneas, nos permiten sistematizar las funciones específicas de los tribunales en las que se materializa la función cohesionadora y reguladora general del derecho. Así, creo que se pueden distinguir analíticamente al menos las siguientes funciones:

De un lado, en desarrollo del derecho punitivo o represivo, según la denominación de Durkheim, los jueces asignan penas para controlar conductas consideradas desviadas. Los tribunales son aquí ante todo instrumentos de quienes se encuentran en situaciones de poder y dominación, pues la imposición de sanciones busca conservar vigentes ciertas convicciones centrales al mantenimiento de la cohesión de un grupo social.⁷ Es el juez-poder.

De otro lado, en los Estados de derecho, una función central de los jueces es controlar los propios aparatos de poder para hacerlos operar dentro de ciertos márgenes, con lo cual se busca garantizar los derechos de los ciudadanos: el derecho es aquí esencialmente un mecanismo de contrapoder. Es el juez-protector.

La relación del derecho y de los jueces con las estructuras de poder y dominación es entonces estructuralmente ambivalente, pues los tribunales son al mismo tiempo instrumentos del poder y barreras de protección contra el poder. Por ello es necesario evitar, tanto separar el derecho del poder como asimilarlos mecánicamente pues, como bien dice Luigi Ferrajoli, el poder

...tiene la tendencia innata a liberarse del derecho y constituirse y acumularse en forma absoluta. Frente a él, el derecho tiene dos caras: la de la legitimación y la de la limitación y el control; es poder y antipoder, Estado

7 (N. del E.) Aquí el autor se refiere a la distinción durkheimiana entre, por un lado, el derecho represivo, que se presenta en las sociedades en las que hay poca división del trabajo y que pretende reprimir las conductas que lesionen la “conciencia colectiva”; y, por otro lado, el derecho restitutivo, que domina en las sociedades con mayor división del trabajo y cuya pretensión es restablecer las cosas al estado previo a la ocurrencia del conflicto (Durkheim, 1960).

y anti-Estado, opresión del poder estatal y defensa frente a la opresión estatal. Es esta una ambigüedad del derecho cuyo desconocimiento, con la consiguiente ilusión óptica de la confusión entre derecho y Estado, ha sido siempre fuente de peligrosísimas simplificaciones teóricas, y lo que es peor, de nefastas degeneraciones en la práctica (1980, pp. 70-71).

Es más, incluso cuando los funcionarios judiciales ejercen su función punitiva no son siervos mecánicos de los poderes dominantes. Ni siquiera en este punto se puede ser esquemático, pues las situaciones son a veces complejas y paradójicas. En efecto, es propio de los Estados constitucionales conferir una cierta independencia a los funcionarios judiciales, lo cual permite que, en ciertas coyunturas, la magistratura potencie su autonomía y reoriente la función punitiva del Estado para liderar las luchas sociales contra las inmunidades de quienes tradicionalmente han detentado el poder, como lo muestra la actividad judicial contra la corrupción en países como Italia y Colombia.

En tercer término, el derecho y los jueces son una instancia esencial de resolución, o al menos de tramitación, de los conflictos en las sociedades modernas. Es el derecho reconstitutivo, en los términos de Durkheim, en el cual el tribunal, al actuar como un tercero imparcial frente a las partes enfrentadas, busca colocar las cosas de la misma manera a como estaban antes de que se infringiera una norma jurídica y surgiera un enfrentamiento entre particulares. El derecho y los tribunales buscan entonces resolver esos litigios, aun cuando, como bien lo precisa la sociología jurídica, en muchas ocasiones la intervención jurídica puede no solo no solucionar el litigio sino incluso agravarlo o generar nuevos. Por ello, algunos prefieren caracterizar más genéricamente esa función del derecho como “tratamiento” —y no obligatoriamente resolución— de los conflictos, a fin de no olvidar la capacidad disgregadora de las instancias jurídicas, pues en muchos casos “el procedimiento judicial puede conducir, antes que a una solución, a la reproducción de los conflictos que podrían extenderse ocasionalmente como una mancha de aceite a otras partes en posiciones homólogas” (Ferrari, 1985, pp. 114-115). Con todo, estamos en presencia del juez-solucionador o, al menos, tramitador de litigios, a quien corresponde decidir el derecho aplicable al caso concreto.

En cuarto término, el derecho constituye una regulación global que encarna valores a los cuales adhieren las personas y que también legitima las estructuras de poder. El derecho aparece aquí como una ideología y un elemento central del proceso de socialización; es el derecho-discurso, en el cual las normas jurídicas proyectan una eficacia simbólica que potencia la cohesión social.

El sistema jurídico es, entonces, un campo simbólico en donde los diferentes actores despliegan estrategias de poder para apropiarse del sentido de los textos jurídicos y amoldarlos a sus intereses. Pero el derecho no es solo ese espacio institucionalizado en donde diversos discursos y retóricas se enfrentan, sino que proyecta en su dinámica valores y concepciones que posibilitan el orden social y refuerzan su legitimidad. Como bien dice Mauricio García Villegas, “la fuerza social del derecho también se encuentra en su carácter de discurso legal y de discurso legítimo; en su capacidad de crear representaciones de las cuales se derive un respaldo político” (1993, p. 87). El derecho es entonces un discurso con poder de creación social, del cual los jueces son importantes soportes. Es el juez-retórico.

La introducción de esta dimensión simbólica es importante pues permite comprender ciertas dinámicas específicas de los procesos jurídicos. En particular, nos permite ver no solo las funciones manifiestas de las instituciones jurídicas, sino también sus funciones latentes, según la conocida distinción de Merton, pues, como bien dice García Villegas, el hecho de que una norma se promulgue pero no se aplique no significa que esta haya sido inútil o haya fracasado. A veces, las normas se expiden pero para no ser ejecutadas, con lo cual cumplen determinadas funciones latentes (1993, pp. 83 y ss.).⁸

Finalmente, el derecho se encarna en aparatos y burocracias, por lo cual es necesario incluir funcionalmente la perspectiva de la justicia como un proceso administrativo. Es el juez-funcionario, pues los tribunales son aparatos que deben ser gobernados e implican costos económicos y administrativos para la sociedad, lo cual explica el impacto que ha tenido la sociología organizacional en ciertas perspectivas de análisis de los aparatos de control y de administración de justicia.

Las anteriores funciones del derecho deben ser distinguidas a fin de clarificar el papel de los jueces en la sociedad y poder comprender en mejor forma las transformaciones de la justicia colombiana. A partir de lo anterior, podemos decir que un sistema judicial que permita una visión densa de democracia debería, al menos:

- Tener la capacidad de amparar los derechos de los ciudadanos ante violaciones de los mismos por parte del Estado y de particulares.
- Tener la capacidad de resolver adecuadamente los conflictos que se presenten ante él.

8 (N. del E.) Estos planteamientos se encuentran también en la reedición del texto citado (García Villegas, 2014, pp. 41-46).

- Funcionar como contrapoder de los otros poderes del Estado, a fin de controlar sus posibles abusos.
- Ejercer funciones de control social, y en particular imponer sanciones por la infracción de las reglas de conducta.

Una vez hechos explícitos los presupuestos normativos de nuestra visión del sistema judicial en una democracia, es necesario precisar cómo puede abordarse, a partir de esa concepción, [la formulación] de las potenciales reformas judiciales que serían deseables para alcanzar un sistema judicial de esa naturaleza.

3. Las características de un sistema judicial que profundice la democracia

- Independencia judicial. Indispensable para cumplir las funciones judiciales, y en particular para garantizar que los jueces protegerán los derechos de los ciudadanos aun cuando ello resulte antipático para las mayorías o implique enfrentarse a los sectores poderosos de la sociedad; la independencia judicial se garantiza mediante la designación de los jueces por medios distintos de la elección popular.
- Recursos económicos, jurídicos⁹ y técnicos suficientes para que los jueces puedan actuar.
- Equidad y acceso fácil, universal e igualitario a la justicia. Aunque en Colombia el acceso a la justicia ha mejorado en muchos aspectos — gracias a la creación de acciones como la tutela y las acciones populares y de grupo—, aún es muy costoso adelantar ciertos procesos, lo que implica que algunas personas no tienen un acceso a la justicia efectivo y en igualdad de oportunidades.
- Control y arraigo ciudadano. Esto implica que el sistema judicial esté sometido a controles y refleje en sus decisiones los criterios de equidad y justicia de la ciudadanía, sin que ello implique el sacrificio de la independencia judicial.¹⁰

9 Los recursos jurídicos que posibilitan la acción judicial tienen que ver, por ejemplo, con que los jueces tengan la capacidad efectiva de proteger los derechos sociales o de controlar las declaratorias de estados de excepción, de forma tal que sus funciones de protección de derechos y de control de abusos del poder no se vean mutiladas.

10 (N. del E.) Las características que aquí se enumeran son abordadas con mayor profundidad en otras secciones de esta compilación. Sobre los temas de independencia judicial y de recursos (humanos y económicos) de la justicia en Colombia, puede consultarse el capítulo 8, mientras que sobre el tema de acceso puede verse el capítulo 7 (I).

Las funciones y características antes reseñadas parten de una perspectiva que comprende al sistema judicial como parte (y como elemento esencial) del Estado social de derecho y que, por tanto, concibe que el sistema judicial debe proteger todos los derechos de los ciudadanos y no solo aquellos que garantizan el adecuado funcionamiento del mercado. En el debate sobre el sistema judicial, esta perspectiva entra en conflicto con las perspectivas neoliberales, que defienden una visión empobrecida del sistema judicial, de acuerdo con la cual este se orienta solamente por criterios de eficiencia y busca únicamente asegurar la ejecución de los contratos y garantizar el derecho de propiedad. Frente a esta visión “descafeinada” del Estado de derecho, defendemos entonces una visión robusta e integral de dicho Estado.¹¹

Referencias

- Bonham, J. y Rehg, W. (eds.) (1997). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT Press.
- Durkheim, É. (1960). *De la division du travail social*. Paris: PUF.
- Ferrajoli, L. (1980). ¿Existe una democracia representativa? En Ferrajoli, L. y Zolo, D. *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*. Barcelona: Ediciones 2001.
- Ferrari, V. (1985). *Las funciones del derecho*. Madrid: Debate.
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: Uniandes.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina* (2 ed.). Bogotá: Iepri, Debate.
- Gargarella, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. México: Siglo XXI.
- Uprimny, R. (1994). Justicia y resolución de conflictos: la alternativa comunitaria. *Pensamiento Jurídico* (1): 123-134. Recuperado de http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38890/pdf_293
- Uprimny, R. (1998). Justicia y sistema político en Colombia. En VV.AA. *Justicia y sistema político*. Bogotá: Fescol.

11 (N. del E.) La parte final de la versión original de este texto describe algunos rasgos específicos de la justicia colombiana, principalmente en términos de las relaciones entre justicia rutinaria y justicia protagónica. Sin embargo, esa parte final que aquí omitimos se encuentra parcialmente reproducida en la introducción a la Parte dos de esta compilación.

B. El potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana

Rodrigo Uprimny Yepes y Mauricio García Villegas (2004)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. y García Villegas, M. (2004). Corte Constitucional y emancipación social. En Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). *Emancipación social y violencia en Colombia* (pp. 463-514). Bogotá: Editorial Norma.

Este capítulo pretende evaluar el potencial emancipatorio de algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana, consideradas progresistas. En los últimos nueve años, ese tribunal ha tenido un gran protagonismo en la vida política colombiana.¹ Además, en términos generales, el tribunal ha sido vigoroso en su protección de los derechos de las personas y de las minorías, así como en su intención por controlar los abusos de las autoridades y de los poderosos.

Esta experiencia constitucional colombiana es atípica y no parece tener mayor relación con lo contrahegemónico: por un lado, estos casos nacen en una institución del Estado liberal capitalista contemporáneo y, por el otro, operan a través del derecho, considerado como el instrumento más esencial de la dominación en dicho modelo de Estado. ¿Cómo ha sido esto posible en Colombia? ¿No es acaso un contrasentido hablar de emancipación contrahegemónica a partir del Estado? ¿Estaríamos entonces en presencia de una especie

1 (N. del E.) El lector debe tener presente, tal como se advirtió en el estudio preliminar, que los extractos seleccionados deben ser interpretados según la fecha y el contexto en que fueron escritos. En tal sentido, este texto se referiría principalmente al protagonismo adquirido por la Corte Constitucional en la segunda mitad de los años noventa. Vale aclarar, asimismo, que aquí se entiende la emancipación en sentido amplio, no limitada a casos extremos de comunidades oprimidas que requieren liberarse y romper de lleno con el orden establecido. Se refiere, en concreto, a las decisiones o actuaciones judiciales que pueden tener alcances transformadores y que favorecen luchas sociales progresistas (García Villegas, 2014).

de “emancipación hegemónica”? Nuestro propósito será el de explicar de qué manera y con qué limitaciones estos son casos interesantes de emancipación, que han adquirido una importancia inusitada no solo en Colombia, sino también en otros países semiperiféricos.²

1. Las razones del activismo progresista de la Corte

El activismo progresista de la Corte Constitucional colombiana suscita al menos el siguiente interrogante: teniendo en cuenta que los pocos estudios comparados que existen sobre instituciones judiciales resaltan que las cortes y el derecho tienden a ser conservadores y a reflejar y proteger los intereses dominantes existentes, ¿cómo explicar entonces la tendencia progresista y protagónica de la Corte Constitucional colombiana?³ La respuesta no es fácil, pero existen algunos elementos que podrían explicar esa evolución.

La Corte Constitucional fue creada por la nueva Constitución, la cual fue aprobada por la Asamblea Constituyente de 1991. Sin embargo, Colombia ya tenía una larga tradición de control judicial de constitucionalidad, pues al menos desde 1910 se había reconocido a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de que declarara, con fuerza general, la inconstitucionalidad de una ley. Por consiguiente, cuando la Corte Constitucional entra a funcionar, en 1992, la cultura jurídica y política colombiana está muy familiarizada con la *judicial review*, al

2 (N. del E.) Debe advertirse que no hemos incluido aquí dos secciones de la versión original de este texto. La primera de ellas se dedica a reflexionar sobre los momentos y las posturas del debate sobre la posibilidad y conveniencia de buscar el cambio social a través de las luchas jurídicas en los tribunales; en el marco de esa reflexión, se hace referencia al problema de la judicialización de los conflictos políticos, lo cual conlleva también una politización de la justicia. La segunda sección que no hemos incluido está dedicada al estudio de algunos casos significativos que permiten contrastar las distintas potencialidades emancipatorias de la justicia constitucional y que, además, evidencian el rol fundamental jugado por los movimientos sociales implicados en cada caso. Esos casos son: 1) el movimiento indígena; 2) el movimiento sindical; 3) los derechos de los homosexuales; 4) los deudores hipotecarios (UPAC). En el marco del estudio de estos casos, los autores abordan además la distinción entre los movimientos sociales clásicos y los nuevos movimientos sociales, que básicamente subyace en el hecho de que los primeros vinculan sus representaciones políticas con intereses de clase. Los segundos, por su parte, se vinculan sobre todo a intereses relacionados con el reconocimiento cultural, social y político, y entienden que la estrategia jurídica es importante no solo para su lucha emancipatoria, sino incluso para la protección de su identidad. Es a partir de estos casos y movimientos que los autores llegan a las conclusiones que presentamos aquí.

3 (N. del E.) Sobre la distinción entre la justicia protagónica y la justicia rutinaria en Colombia, véase la introducción a la Parte dos de esta compilación.

punto de que a pocos les parece extraño que ese tribunal tenga la facultad de anular leyes aprobadas por el Congreso.

En segundo término, los diseños procesales han hecho que en Colombia el acceso a la justicia constitucional sea muy fácil y poco costoso. Así, desde 1910, existe la acción pública, en virtud de la cual cualquier ciudadano puede pedir que se declare la inconstitucionalidad de cualquier ley, sin necesidad de ser abogado y sin ningún formalismo especial. La Constitución de 1991 creó también la acción de tutela, en virtud de la cual cualquier persona puede, sin ningún requisito especial, solicitar a un juez la protección directa de sus derechos fundamentales. Y, como lo han mostrado los estudios judiciales comparados, a mayores posibilidades de acceso a las cortes, mayor influencia política de los tribunales.

En tercer término, los diseños procesales de la justicia constitucional confieren igualmente un enorme poder jurídico a la Corte. En la práctica, gracias a su facultad de anular, por razones constitucionales, las decisiones de los otros jueces, la Corte se ha ido imponiendo como un supertribunal. Y esto también facilita su activismo, puesto que la sociología comparada ha mostrado que tiende a haber mayor protagonismo judicial de cúpula en aquellos países en donde una sola corte concentra la mayor parte de las atribuciones y es suprema, como en Estados Unidos, que en aquellos otros, como Francia, en donde ese poder está distribuido en distintos tribunales y jurisdicciones.

Fuera de esos elementos jurídico-institucionales, existen dos factores político-estructurales que han estimulado el activismo de la Corte: la crisis de representación y la debilidad de los movimientos sociales y de los partidos de oposición. El desencanto de los colombianos frente a la política ha llevado a ciertos sectores a exigir del poder judicial respuestas a problemas que, en principio, deberían ser debatidos y solucionados, gracias a la movilización ciudadana, en las esferas políticas.

Por otro lado, Colombia ha tenido una tradición histórica de movimientos sociales débiles, en comparación con otros países periféricos o latinoamericanos.⁴ Además, en los últimos años, la violencia ha incrementado considerablemente los costos y los riesgos de su accionar, pues muchos líderes y activistas han sido asesinados. Estos dos factores —debilidad histórica y riesgos crecientes— tienden a fortalecer el protagonismo judicial, y en especial el de la Corte. En efecto, si el acceso a la justicia constitucional es barato y fácil, y los jueces

4 Sobre esa debilidad, véase Uprimny (1996).

constitucionales tienden a adoptar posturas progresistas, es natural que muchos grupos sociales se sientan tentados a preferir el empleo de las argucias jurídicas, en vez de recurrir a la movilización social y política, que tiene enormes riesgos y costos en Colombia.

Todo lo anterior podría explicar el activismo de la Corte; pero: ¿por qué ese tribunal asume un comportamiento progresista, pues hubiera podido desarrollar un activismo de otro carácter? Y para responder a ese interrogante adquieren mucha relevancia las características del proceso de transición constitucional.

La Constitución de 1991 no es producto de una revolución triunfante, pero aparece, dentro de un contexto histórico muy complejo, como un intento por realizar un pacto de ampliación democrática, a fin de enfrentar la violencia y la corrupción política. La Constitución de 1991 no es, entonces, siguiendo la terminología de Teitel, *backward looking*, sino que es *forward looking* (1997, p. 214) pues, más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, ese documento jurídico tiende a proyectar un modelo de sociedad por construir.

Todo lo anterior explica la generosidad en materia de derechos de esa Constitución, que no solo recoge los clásicos derechos civiles y políticos, sino que confiere gran fuerza normativa a los derechos sociales y a los llamados derechos colectivos o de tercera generación. Esto favorece un cierto activismo judicial en favor de los derechos de la persona, que si bien no era imposible, tenía menos piso normativo en el anterior ordenamiento constitucional.

Una intervención activista de la Corte para desarrollar los componentes progresistas de la Constitución no hubiera sido necesaria si las propias fuerzas políticas hubieran acometido tal tarea. Sin embargo, lo que sucedió fue que muchos de los actores sociales y políticos que dominaron la Asamblea Constituyente de 1991 se debilitaron, en forma considerable y rápida, en los años posteriores.

Por otro lado, también ha existido una tensión fuerte entre el contenido social de la Constitución y las estrategias de desarrollo que los gobiernos colombianos pusieron en marcha desde 1990. Así, mientras la Constitución en cierta medida exigía más Estado y una intervención redistributiva de las autoridades, los gobiernos ponían en marcha planes de desarrollo que tendían a disminuir la presencia social del Estado y a favorecer los mecanismos de mercado en la asignación de los recursos.

El debilitamiento en el Congreso de las fuerzas políticas que redactaron la Constitución y las estrategias neoliberales de desarrollo impulsadas por el Gobierno hicieron que una de las pocas instituciones con posibilidad de

desarrollar el contenido progresista de la Carta de 1991 fuera la Corte. En todos estos años, la Corte ha tendido entonces, poco a poco, a autorrepresentarse como la ejecutora de los valores de libertad y justicia social encarnados en la Constitución, lo cual le permitió ganar una importante legitimidad en ciertos sectores sociales. Pero siempre se ha movido en el filo de la navaja, ya que ese progresismo explica también la crítica acérrima de otros sectores, en general ligados a los grupos empresariales o al Gobierno, que atacan la jurisprudencia de la Corte, que consideran populista e ingenua.⁵

Nuestra hipótesis para explicar el activismo progresista de la Corte podría sintetizarse así: los diseños de la justicia constitucional colombiana y la cultura jurídica posibilitan institucionalmente un importante activismo de la Corte. La crisis de representación y la debilidad de los movimientos sociales favorecen el recurso a los mecanismos jurídicos por parte de ciertos actores sociales. El texto aprobado en 1991 estimula también una visión progresista por la Corte, la cual, debido al vacío generado por el debilitamiento de las fuerzas constituyentes, tiende a verse como el poder a quien corresponde ejecutar los valores contenidos en la Constitución. Ese progresismo de la Corte es a su vez posible por la debilidad de las fuerzas que están en su contra y de las tentativas de contrarreforma constitucional.

2. Potencial emancipatorio de la justicia constitucional

En este apartado [...] abordaremos el estudio de la relación entre decisiones judiciales progresistas y prácticas sociales emancipatorias.

2.1. La eficacia de las decisiones progresistas de la Corte

En Colombia, los gobiernos siempre han tenido una fuerte propensión a utilizar el derecho constitucional como un arma de legitimación gubernamental. Las dificultades de maniobra política han convertido al derecho en un discurso imprescindible para responder a las demandas ciudadanas de seguridad y justicia social. Sin embargo, con la promulgación de la Constitución de 1991, esta estrategia política se tornó ambivalente, debido a que si bien se lograron, por lo menos en parte, los propósitos de legitimación institucional, también se

5 (N. del E.) En relación con este tema, consúltese el capítulo 3 de esta compilación, en el cual se evalúan la conveniencia y legitimidad de las intervenciones de la Corte en materia económica, e igualmente se aborda la pregunta por el modelo económico contenido en la Constitución de 1991.

desencadenaron expectativas sociales insospechadas de grupos y movimientos sociales que incorporaron la lucha judicial por los derechos como parte esencial de su lucha política. Es, por tanto, importante diferenciar estas dos facetas del derecho progresista.

En primer lugar, el derecho puede usarse para reactivar la esperanza colectiva. La esperanza en una sociedad mejor tiene, como la mayoría de los valores colectivos fundamentales, varias facetas: una de ellas está relacionada con la aceptación y confianza en el presente, la otra con la posibilidad de obtener un cambio futuro a partir de la acción. La primera de ellas es un remedio contra la rebeldía, la segunda, un remedio contra el conformismo.

Lo que ha sucedido con la creación de la Corte Constitucional en Colombia es que, por un lado, el discurso sobre los derechos plasmado en la Constitución ha sido especialmente progresista y generoso y, por el otro lado, la difusión social de ese discurso ha posibilitado su apropiación política por parte de grupos y movimientos sociales, de tal manera que, a diferencia de lo que sucedía anteriormente cuando los derechos se quedaban en la mera letra, durante la última década la movilización social derivada de algunas decisiones de la Corte ha sido notable y el derecho judicial progresista ha servido más para articular prácticas anticonformistas que para aplacar la rebeldía. De acuerdo con esto, el poder emancipatorio de ciertas decisiones de la Corte está en que ellas contienen un mensaje político, en el cual se concreta la idea de esperanza depositada en los textos constitucionales, de tal manera que los actores encuentran en dicho mensaje un pretexto para la acción política.

2.2. *El activismo judicial con potencialidad emancipatoria*

La relación entre decisiones judiciales progresistas y prácticas sociales emancipatorias es un fenómeno complejo; no se trata de una relación causal directa (menos aún en un país como Colombia en donde [...] la eficacia instrumental del derecho es tan precaria). Debemos estudiar las condiciones o los factores que permiten que el primer elemento de esta relación, esto es, la decisión judicial, tenga incidencia en el segundo, esto es, la emancipación social.

2.2.1. La Corte: tipos de decisión

Una variable importante que incide en la eficacia de las decisiones judiciales es [...] el tipo de decisiones adoptadas por los jueces. En tal contexto, y siguiendo en parte la terminología propuesta por el juez federal estadounidense Wayne

(1997, pp. 302 y ss.), podemos distinguir dos formas de activismo judicial progresista. De un lado, un juez puede reconocer derechos, que son controvertidos por las fuerzas políticas, que consideran que esos valores no derivan claramente del ordenamiento jurídico. Este activismo, que Wayne llama *jurisprudencial* (*jurisprudential activism*), consiste pues en declarar judicialmente ciertos valores o conferir determinados derechos a ciertos grupos sociales, por lo cual proponemos llamarlo *activismo valorativo o ideológico*. Las decisiones de la Corte Constitucional que despenalizaron la eutanasia y el consumo de drogas tienen ese carácter.

Por otro lado, puede ocurrir que nadie controvierta la existencia de un derecho, pero la decisión que el juez tome para enfrentar una vulneración a ese derecho puede ser criticada como activista por aquellos que consideran que las soluciones o los remedios judiciales decretados invaden las competencias de los otros órganos del Estado. Se trata pues de un *activismo remedial*, según la denominación propuesta por Wayne, y que aquí acogemos. En el caso colombiano, un ejemplo típico de este activismo ha sido el de aquellas sentencias en donde la Corte ha ordenado mejorar las condiciones inhumanas de las cárceles.

Es más, tal vez sea útil afinar más esa diferenciación. Así, en materia de remedios judiciales, es en general más fácil para un juez hacer cumplir una prohibición que un mandato de hacer, ya que en el primer caso es más difícil para las otras autoridades disculpar una vulneración de la orden judicial. Por eso es interesante distinguir entre remedios positivos (órdenes de hacer) y remedios negativos (prohibiciones). Igualmente, en materia de activismo ideológico, a veces los jueces constitucionales actúan en contra de las mayorías para “crear” un derecho, que nunca había sido reconocido judicialmente; mientras que en otros casos su acción tiende a “preservar” una garantía que ya existía

Formas de activismo progresista

Activismo ideológico		Activismo remedial	
Activismo innovador	Activismo preservador	Remedios positivos	Remedios negativos o prohibiciones
Despenalización consumo de drogas	Protección de la estabilidad del trabajo contra la flexibilización de los contratos laborales	Mejoramiento de las condiciones de las cárceles	Interrupción del llenado de la represa de Urrá

en el ordenamiento, pero que las fuerzas políticas desean eliminar. Por ello, tal vez convenga diferenciar entre un activismo ideológico innovador y otro preservador.

Este análisis del tipo de decisiones es útil entonces para evaluar el impacto emancipatorio potencial de una decisión. Así, en general, puede suponerse que son más fáciles de ejecutar las órdenes remediales negativas (prohibiciones), mientras que puede suscitar enorme controversia y oposición un activismo ideológico innovador, que además se acompañe de mandatos de hacer.⁶

2.2.2. El entorno de la decisión: los costos políticos

Las decisiones progresistas generalmente acarrearán costos políticos altos para la Corte, los cuales son difíciles de evaluar en un contexto de fragmentación institucional, social y política como el que vive Colombia. Por esto, generalmente, tales costos deben ser sopesados en cada caso, en su relación particular con alguna institución o con alguna parte de la opinión política. Lo específico de Colombia, una vez más, estaría en la enorme fragmentación de las fuerzas políticas, tanto de oposición como de apoyo a la labor de la Corte, lo cual hace que esta opere de forma relativamente independiente del sistema político.

En estas circunstancias, la Corte decide con la tranquilidad que le da, por un lado, el hecho de sentirse respaldada por la opinión pública y, por el otro, el hecho de saber que hasta el momento presente la oposición no ha conseguido articular una estrategia política que pudiera poner en tela de juicio su estabilidad institucional; pero, al mismo tiempo, con la incertidumbre y la intranquilidad que se desprende de que en un país al borde de la guerra civil y en medio de la crisis de legitimidad que afecta a todo el Estado, ella puede ser la primera víctima de una reforma institucional conservadora.

Ahora bien, ¿qué relación existe entre este análisis de costos políticos y la incidencia social de las decisiones progresistas? El impacto social de las decisiones de la Corte parece ser mayor en contextos sociales y políticos en los cuales existe consenso sobre los valores o principios defendidos por los actores sociales y por la Corte —estos contextos los denominamos consensuales para

6 (N. del E.) En el capítulo 10 (II) de esta compilación, se estudian los efectos del activismo judicial de la Corte Constitucional en sentencias estructurales en materia de DESC, como en el caso de la sentencia T-025 de 2004, que declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en relación con la situación de la población internamente desplazada. En esa misma sección, con sustento empírico, se defiende por qué el activismo dialógico es un modelo de activismo que, además de promover la deliberación democrática, mejora los efectos de las decisiones judiciales en materia de DESC.

diferenciarlos de aquellos en los cuales predomina la diferencia de visiones y que llamamos disensuales—. Desde luego, es difícil que un caso corresponda exactamente a uno de estos casos; se trata de tipos ideales y, por tanto, los casos reales se ubican en un espectro intermedio de posibilidades.

2.2.3. Los receptores de la decisión: visión de la estrategia jurídica

La suerte emancipatoria de la decisión judicial también está ligada a la recepción que esta tenga entre los actores sociales. Ante todo, es importante señalar que hay una enorme variedad de actores sociales. Quizás lo más importante sea el grado o el tipo de cohesión interna entre los beneficiarios de la decisión. Según este punto de vista, diferenciamos tres tipos. En primer lugar, están aquellos actores más dispersos, que actúan por lo general en la búsqueda de un interés individual y que solo se ven atados a una práctica colectiva en la medida en que ello favorece su propia estrategia individual. El segundo tipo se refiere a actores fuertemente atados por vínculos comunitarios, en donde el interés general es claramente prioritario. Finalmente, tenemos aquellos actores ligados a un movimiento social cuya cohesión interna depende de intereses políticos compartidos. Este es el movimiento social clásico.

2.2.4. El peso relativo de la estrategia jurídica

Ahora bien, ¿qué incidencia tiene la decisión de la Corte en las estrategias de lucha contrahegemónica de los actores sociales? Dos posibilidades son de interés. La primera de ellas se presenta cuando la decisión judicial explica, por lo menos en buena parte, no solo las luchas emancipatorias de los actores sociales, sino incluso su propia existencia, su combatividad, sus logros.

La segunda posibilidad se presenta en aquellos casos en los cuales la estrategia jurídica, si bien en el pasado no ha sido percibida como un elemento esencial o siquiera como un elemento importante de la lucha política, en un momento determinado, que generalmente coincide con un momento de crisis de la estrategia política o con una situación de peligro de desintegración, adquiere una importancia inusitada que se origina, al menos en buena parte, en la decisión de la Corte. En la primera situación hablamos de una estrategia jurídica constitutiva y en la segunda de una estrategia jurídica coyuntural.

2.2.5. La dimensión internacional

Por la influencia creciente de la globalización, es indudable que la dimensión internacional, y en especial la existencia de una cierta globalización jurídica,

es relevante para examinar el potencial impacto progresista de las decisiones judiciales.

[En algunos casos], la dimensión internacional ha favorecido ciertas orientaciones de la Corte Constitucional. Es el caso de aquellas decisiones laborales, en las cuales la Corte se ha apoyado en resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para amparar internamente los derechos de los sindicatos. Esto no significa, obviamente, que ese espacio judicial o semijudicial globalizado que se está formando siempre opere en favor del potencial emancipador de los tribunales constitucionales. Pero es indudable que la existencia o no de apoyos jurídicos o políticos internacionales es una variable significativa para explicar el impacto de las decisiones de un tribunal constitucional.

3. Conclusiones

Una mayor efectividad emancipatoria de las decisiones progresistas de la Corte se consigue cuando se combinan los siguientes factores: decisiones judiciales remediales, preferentemente de “no hacer” (prohibiciones), recibidas en contextos o auditorios consensuales, apropiadas políticamente por movimientos sociales (bien sea dispersos o bien sea comunitarios), los cuales adoptan la estrategia jurídica como parte constitutiva de su lucha política y de su identidad, y cuentan con vínculos internacionales de apoyo.

No se trata de una proposición ineluctable, sino de una tendencia; no se requiere que la combinación de factores se presente de manera completa para que necesariamente puedan lograrse prácticas emancipatorias, y el hecho de que ello suceda no garantiza necesariamente la emancipación. Por ser esta una explicación que solo señala tendencias, la investigación empírica siempre será indispensable para corroborar su veracidad en casos concretos.

Una segunda advertencia es la siguiente. Es claro que no toda decisión progresista produce emancipación social. Un complemento interesante de esta investigación, que esperamos llevar a cabo en un futuro próximo, consiste en ampliar el número de casos estudiados, de tal manera que se incluyan decisiones progresistas que no hayan dado lugar a prácticas emancipatorias. Esto no solo daría mayor certeza, sino también mayor cobertura a nuestras explicaciones.

Hechas estas aclaraciones, ahora es el momento de extraer algunas conclusiones. La teoría crítica del derecho ha sostenido que la estrategia jurídica puede tener efectos contraproducentes en la estrategia global de movimientos sociales clásicos. Esto se debe a que en estos casos la estrategia política, y no la

jurídica, es inherente a la identidad del movimiento y en consecuencia la lucha a través del derecho adquiere sentido solo en la medida en que ella tenga razón de ser dentro de una estrategia política más esencial y global.

El riesgo de que la lucha jurídica banalice, despolitice y desagregue las luchas políticas de los movimientos sociales y, en consecuencia, sea incapaz de transformar dichas luchas en cambios estructurales es sin duda grande, tal como lo señala Santos (2001, pp. 196, 201). De estas premisas los críticos del derecho han deducido que la estrategia jurídica debe ser siempre eludida en beneficio de otras acciones. Sin embargo, esta crítica no excluye el hecho de que a través del derecho puedan lograrse prácticas emancipatorias; lo que sostiene es que dichas prácticas no perduran e incluso pueden resultar contraproducentes a largo plazo. Pero esta última afirmación ha sido fuertemente rebatida por buena parte de la sociología jurídica contemporánea, y nuestro estudio parece confirmar, en contextos semiperiféricos, la validez de esta opinión contra la posición crítica.

En síntesis, tanto los movimientos sociales clásicos como los nuevos movimientos sociales suelen lograr emancipación social a través de la estrategia jurídica propiciada por el activismo progresista de la Corte. En el caso de los movimientos clásicos, parece que ellos se encuentran en una situación de dificultad considerable para adelantar sus luchas políticas tradicionales. Por otra parte, los riesgos de esta estrategia son claramente mayores cuando se trata de estos últimos movimientos.

Nuestro estudio confirma entonces una idea simple, pero importante. En determinados contextos, el derecho en general, y la justicia constitucional en particular, pueden llegar a constituir instrumentos de emancipación social. Pero no por ello el derecho pierde su faceta de dominación social: las potencialidades emancipatorias de la justicia constitucional son entonces limitadas y el predominio de las estrategias judiciales tiene riesgos sobre el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales. En todo caso, estos riesgos deben ser contrastados con las potencialidades progresistas de la justicia constitucional, que intentamos describir y sistematizar en el apartado anterior. Dos consecuencias derivan de esta conclusión. Una académica: la conveniencia de desarrollar estudios comparados que permitan una mejor comprensión contextual de las posibilidades y los límites de estas estrategias judiciales. Y otra política: la justicia constitucional puede llegar a ser importante para el progreso democrático, siempre y cuando se la entienda como un componente de luchas sociales más amplias. La realización de las promesas emancipatorias de muchas

constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales.⁷

Referencias

- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: Iepri, Debate.
- Santos, B. de S. (2001). Derecho y democracia: la reforma global de la justicia. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 151-207). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Teitel, R. (1997). Transitional jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation. *Yale Law Journal*, 106: 2009-2080.
- Uprimny, R. (1996). Violencia y acción colectiva: una comparación entre Bolivia y Colombia. En VV.AA. *Gobernabilidad, constitución y democracia en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional.
- Wayne, W. (1997). The Two Faces of Judicial Activism. En Brien, D. O' (ed.). *Judges on Judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers.

⁷ (N. del E.) Otras reflexiones, aunque de corte más empírico, sobre el tema de justicia constitucional se encuentran en el capítulo 10 de esta compilación.

C. El constitucionalismo aspiracional y las estrategias políticas de transformación social

Mauricio García Villegas (2012)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. (2012). Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina. *Análisis Político* (75), 89-110. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/issue/view/3794>

En este artículo usaré la expresión *constitucionalismo aspiracional* para referirme a la concepción que liga constitución con progreso [social] y que puede ser rastreada a partir de Rousseau y del movimiento jacobino en la Revolución francesa. Para referirme a la concepción que asocia constitución con limitación del poder y protección del *statu quo*, en cambio, usaré la expresión *constitucionalismo preservador*. Mi propósito en este artículo es el de analizar las características, los alcances, las dificultades y las promesas del constitucionalismo aspiracional en América Latina.¹

1. El constitucionalismo aspiracional y sus críticos

1.1. Caracterización

En primer lugar, este constitucionalismo prospera sobre todo en situaciones en las cuales existe una gran inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor. Son estas las condiciones que suelen predominar en los países periféricos y semiperiféricos. El constitucionalismo

¹ (N. del E.) Una versión anterior de este texto se encuentra en García Villegas (2006). Asimismo, un análisis más empírico del constitucionalismo en América Latina, en general, y en Colombia, en particular, se encuentra en el capítulo 10 de esta compilación.

preservador, en cambio, suele prosperar en contextos sociales y políticos en los cuales han sido garantizadas condiciones básicas de progreso social y estabilidad institucional.

En segundo lugar, el constitucionalismo aspiracional busca la efectividad fáctica, y no solo jurídica, de sus normas. Jurídicamente, este carácter se revela en el hecho de que las normas que consagran sus principios, valores y derechos sociales, no son consideradas como meras formulaciones retóricas sino como normas llamadas a tener efectos inmediatos.

En tercer lugar, la ambivalencia entre lo político y lo jurídico que caracteriza el constitucionalismo aspiracional conlleva tensiones institucionales importantes entre las mayorías políticas y los órganos judiciales.² La pretensión judicial de hacer efectivos los derechos consagrados en la constitución acarrea conflictos institucionales importantes entre las ramas del poder público y, particularmente, entre las instancias de representación democrática encargadas de definir y aplicar los presupuestos públicos, por un lado, y los jueces encargados de proteger los derechos sociales consagrados en el texto constitucional, por el otro.

En cuarto lugar, estas constituciones requieren de algo más que su simple desarrollo legal o jurisprudencial para ser efectivas. Requieren de al menos dos fuentes adicionales de apoyo, localizadas por fuera de la burocracia institucional. La primera de ellas es el compromiso de los movimientos sociales, la opinión pública y, en general, las fuerzas políticas que apoyaron la promulgación de la constitución o que apoyan su aplicación efectiva. [La segunda fuente es] la consolidación de una nueva cultura jurídica sobre la protección de los derechos que no solo transforme la educación legal en las facultades de derecho, sino que imponga una nueva dogmática jurídica y unos nuevos parámetros interpretativos, de tal manera que se modifique la visión tradicional que se tiene de los derechos y de su aplicación.

1.2. Los críticos

En lo que sigue intento clasificar las críticas [que ha desencadenado el constitucionalismo aspiracional] según la postura política que adoptan (conservadora o progresista), y según la posición disciplinaria desde la cual hablan (derecho o política).

2 (N. del E.) Esta ambigüedad de las constituciones aspiracionales, como lo explica el autor en el texto original, se desprende del hecho de que sean "constituciones que miran hacia el futuro y prescriben lo que se debe conseguir con el paso de los años, no lo que debe ser en la actualidad" (pp. 90 y 91).

A partir de una perspectiva conservadora es posible identificar dos personajes críticos, a los cuales denominaré *constitucionalista legalista* y *economista desconfiado*.³

El primero de ellos (constitucionalista legalista) defiende una noción minimalista de constitución, según la cual solamente debe entenderse por tal un conjunto de normas (reglas) consagradas en su parte orgánica y excepcionalmente en la parte dogmática. Desde este punto de vista (que por lo general se alimenta en las fuentes del formalismo y del positivismo jurídico latinoamericanos), las constituciones aspiracionales, con sus metas ambiciosas y sus formulaciones generosas de derechos —especialmente de derechos sociales—, van demasiado lejos en su contenido y alcance y terminan regulando asuntos que deberían estar reservados a la competencia del legislador.

El segundo personaje, el *economista desconfiado*, defiende la importancia de interpretar las metas y los derechos de las constituciones aspiracionales de la forma más restrictiva posible, pero lo hace por razones diferentes. Inspirado en teorías económicas del derecho, este personaje no tiene fe en el constitucionalismo, entendido como un mecanismo eficiente para regular la vida social, a menos que este se encuentre subordinado a la economía, específicamente a los principios de eficiencia del mercado y de maximización de la riqueza. Así las cosas, las constituciones aspiracionales deberían ser interpretadas restrictivamente y el desarrollo de sus metas debería encomendarse a los actores políticos, los cuales son más sensibles a las restricciones económicas que los jueces constitucionales.⁴

Pero no todos los críticos de las constituciones aspiracionales son conservadores; también hay progresistas que critican estas constituciones, pero no por sus metas ambiciosas o por el contenido demasiado generoso de sus derechos, sino justamente por lo contrario. Desde su punto de vista, estas constituciones no son capaces de garantizar la protección de los derechos y la transformación social que prometen. Aquí también es posible identificar dos personajes: el *constitucionalista intransigente* y el *utopista desilusionado*. El primero habla desde el derecho y el segundo desde la política.

El *constitucionalista intransigente* estima que los principios y los derechos que consagra la constitución son normas jurídicas de aplicación inmediata

3 Una primera versión de esta clasificación fue publicada en Saffon y García Villegas (2011).

4 (N. del E.) Esta particular mirada del “economista desconfiado” es controvertida en el capítulo 3 (A) de esta compilación.

y, por tanto, no son negociables. El hecho de que sean normas difíciles de aplicar (costosas) no afecta, según ellos, su carácter normativo y perentorio. Según él, las consideraciones políticas o económicas son irrelevantes en la interpretación judicial y la efectividad de estos derechos es un imperativo constitucional que debe cumplirse a pesar de las dificultades que ello suponga.

El *utopista desilusionado*, como el personaje anterior, también está, en principio, de acuerdo con el contenido de la constitución aspiracional; sin embargo, a diferencia del anterior, desconfía de la capacidad del derecho para llevar a cabo transformaciones sociales y por eso, al ver que la constitución no cumple con las promesas de cambio social, de justicia e igualdad que prometió, no solo le quita su apoyo, sino que termina por convencerse de que ella es el fruto de una estrategia de engaño por parte de las élites dominantes.

La tabla que sigue resume estas posiciones.

Tabla 1. Tipos de críticos

	Conservador	Progresista
Derecho	Constitucionalista legalista	Constitucionalista intransigente
Política	Economista desconfiado	Utopista desilusionado

1.3. La crítica a los críticos

Aunque todas las perspectivas mencionadas anteriormente tienen orientaciones políticas distintas y sus argumentos son diferentes, tienen en común el hecho de que comparten la misma postura metodológica; esto es, una concepción instrumentalista de la relación entre el derecho y el cambio social. En teoría social, el instrumentalismo se basa en la idea de que las instituciones son externas a su contexto y pueden actuar en él como si fueran entidades causales. Esta creencia ha sido criticada por las posturas constructivistas (o constitutivistas). En contraste con el instrumentalismo, el constructivismo entiende esta relación no de forma causal, sino como una relación de incidencia recíproca en donde ninguno de los dos elementos es puro o totalmente externo o independiente del otro. Las instituciones dependen de los contextos sociales tanto como estos dependen de aquellas.⁵

⁵ (N. del E.) Los postulados del instrumentalismo y el constructivismo están explicados con mayor detalle en el estudio preliminar y en el capítulo 1 de esta compilación.

Lo dicho para las instituciones vale para el derecho. Las constituciones no son instrumentos *toutes faites* [acabados], que inciden en una sociedad externa a ellas mismas. Las constituciones son sobre todo material simbólico que opera en un campo jurídico en el que diferentes fuerzas sociales y políticas luchan por la apropiación del sentido de los textos. La suerte de las constituciones no está echada de antemano. Lo que una constitución es, lo que vale, depende del contexto y de la lucha por la apropiación del sentido que se libra en ese contexto.

Con fundamento en una visión constructivista del derecho, aquí adopto la posición de un quinto personaje al que llamaré *optimista moderado*, y que se caracteriza por defender el texto aspiracional, entendido con las limitaciones y los altibajos propios de la lucha política en la cual está inmerso y como una oportunidad para construir un constitucionalismo mejor [...].⁶

La posición de este quinto personaje se sitúa en el medio de las visiones demasiado optimistas y demasiado pesimistas del derecho constitucional. De acuerdo con esta postura intermedia, las constituciones aspiracionales y la protección de derechos sociales que estas suponen son un mecanismo importante para promover el cambio social, pero este mecanismo por sí solo es insuficiente. Para que la batalla legal pueda ser efectiva, debe ser parte de una estrategia política más amplia que apunte a la transformación social a través de la materialización de los derechos sociales. Esta estrategia implica la existencia de elementos contextuales diferentes al derecho, tales como un activo apoyo social y político al proyecto constitucional, en general, y al activismo judicial progresista en materia de derechos sociales, en particular, así como una cultura jurídica favorable a la protección de los derechos.

2. La constitución aspiracional en la tensión entre democracia y derechos

Los dilemas y sobre todo las limitaciones que entraña la constitución aspiracional están en buena parte relacionados con la tensión entre derecho y política que, en los términos de la teoría clásica del constitucionalismo, es algo que se manifiesta como la tensión entre democracia y derechos (Ackerman, 1991; Ely, 1980; Madison *et al.*, 1941). Según esta teoría, una constitución ideal debe

6 Posiciones similares, a partir de una visión constructivista del derecho, pueden verse en Jaramillo y Alfonso (2008), Lemaitre (2009), Rodríguez Garavito y Rodríguez (2010), Saffon y García Villegas (2011), entre otros. Para una visión constructiva de los movimientos sociales en América Latina véase Santos (2010).

lograr el máximo de participación democrática posible, compatible con el máximo de protección de derechos posible. Llamaré *constitucionalismo democrático* a aquel que logra este tipo de compatibilidad. Soy consciente de las dificultades y complejidades que encierra esta definición; sin embargo, mi intención aquí no es discutir la teoría clásica sino más bien partir de un ideal que me permita caracterizar modelos intermedios que no alcanzan ese ideal y entre los cuales, a mi juicio, se encuentra lo que aquí he llamado constitucionalismo aspiracional.

Aquí defenderé la idea de que el constitucionalismo aspiracional, en la práctica, es decir en el proceso constitucional, deja mucho que desear en relación con este modelo ideal. Mi punto es que sus falencias están relacionadas con su incapacidad para lograr conciliar plenamente las dos dimensiones anotadas, la de los derechos y la de la participación, es decir, para convertirse en un constitucionalismo democrático. A mi juicio, en América Latina [...] se pueden encontrar tres modelos de constitucionalismo, todos insuficientes en relación con el *constitucionalismo democrático*, entendido como modelo ideal.

El primero, identificado al inicio de este texto, es el *constitucionalismo preservador*, o, para ser más exactos, la versión latinoamericana de ese constitucionalismo preservador que señalé al inicio y el cual, a mi juicio, combina deficiencias en relación con la protección de derechos, con deficiencias ligadas a la realización de la democracia.

Entre este modelo preservador y el modelo ideal (constitucionalismo democrático) encontramos dos modelos intermedios. Ambos se caracterizan por tener constituciones aspiracionales, con cartas de derecho generosas y progresistas. Su diferencia radica en la manera como intentan llevar a la práctica los mandatos de esas constituciones: uno de ellos lo hace, de manera preferente, a través de los jueces y el otro, de manera preferente, a través del poder legislativo.

Al primero de estos modelos intermedios lo denominaré *aspiracional-judicial* y al segundo *aspiracional-político*. Ambos difieren no tanto en el contenido de sus textos como en la manera o en los mecanismos a través de los cuales tratan de llevar a la práctica los postulados constitucionales. El primero se vale de los jueces y en particular de los tribunales constitucionales, para cumplir con sus cometidos. El segundo se vale sobre todo de la ley y de las mayorías políticas para lograrlo. Me parece que el caso colombiano representa bien esta primera variante mientras que el caso venezolano representa la segunda. Razones de tipo sociopolítico en ambos países explican esta elección.

En Colombia, a falta de partidos fuertes, con un sistema político muy inclinado hacia la derecha (en buena parte por la existencia de las guerrillas) y

con una participación popular débil, era muy difícil que la Constitución de 1991 pudiera ser desarrollada a través del órgano legislativo o del Poder Ejecutivo. Esa Constitución no fue el producto de una revolución social y por lo tanto no hubo un movimiento político detrás de su creación (Lemaitre, 2009). En esas circunstancias, era factible que una constitución muy progresista, como lo fue la que resultó de esa asamblea en 1991, sin un partido fuerte detrás para respaldarla, tuviera que ser desarrollada por la Corte Constitucional, cuyos jueces no eran particularmente progresistas pero eran buenos juristas, desinteresados políticamente, los cuales se vieron, digámoslo así, atados al texto constitucional muy progresista del 91 (Rodríguez Garavito, 2011; Saffon y García Villegas, 2011; Uprimny, 2001).

En el caso de Venezuela, en cambio, el modelo se apoya esencialmente en las mayorías políticas encausadas no a través de los partidos sino a través del presidente Chávez; son ellas las que, a través de sus representantes y de su participación directa y con fundamento en lo dispuesto por la Constitución de 1999 (sobre todo el Preámbulo, el artículo 5 y las disposiciones del título V) llevan a cabo lo esencial de los postulados constitucionales.

Ambos casos muestran deficiencias importantes en relación con un modelo ideal de constitucionalismo. El primer modelo, el colombiano, contiene un evidente déficit político en la implementación de la Constitución. Si en algún tema específico los constituyentes de 1991 no lograron cumplir con sus promesas fue justamente en el de la profundización de la democracia a través del fortalecimiento de los partidos y de los mecanismos de participación ciudadana. Ese déficit intenta ser compensado con un superávit judicial. En este sentido se han hecho esfuerzos, sin duda notables. Algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana han enfrentado problemas estructurales y han propuesto soluciones innovadoras y eficaces (sobre cárceles, desplazados, salud, etc.).⁷ Sin embargo, el protagonismo de los jueces constitucionales en Colombia, en medio de una notable debilidad del sistema político, suscita dudas no solo desde el punto de vista del carácter democrático de esas intervenciones, sino también desde el punto de vista administrativo en relación con la eficiencia de esas decisiones.

El segundo modelo, el venezolano, ha ido concentrando, por lo menos desde 2002, el poder en manos del presidente Chávez. Ello ha sido justificado

7 (N. del E.) Para un estudio de los efectos de las decisiones de ese tribunal sobre casos estructurales en materia de DESC, véase el capítulo 10 (II) de esta compilación.

con base en el poder mayoritario que posee el presidente en la Asamblea Nacional y con base en la frecuente apelación que hace el presidente Chávez al Pueblo de Venezuela y a él mismo como su representante (al mejor estilo rousseauniano), todo lo cual ha ido minando el sistema constitucional de pesos y contrapesos y creando una especie de democracia delegativa.

Regreso entonces a la tipología inicial para ilustrarla en la siguiente tabla.

Tabla 2. Tipos de constitucionalismo

	Participación mayorías	
	Menos	Más
	Derechos	
	I Preservador	II Aspiracional mayoritario
	III Aspiracional judicial	IV Democrático

Aquí me he interesado, sobre todo, por el análisis de dos casos intermedios [II y III]. Quisiera, antes de pasar al punto siguiente, señalar que en ambos casos puede haber remedios destinados a transformar el constitucionalismo aspiracional en un constitucionalismo democrático. En el caso II, representado aquí por Venezuela, el remedio se encuentra en el fortalecimiento del equilibrio de poderes y de los controles contramayoritarios que ello implica.

En el caso III, representado aquí por Colombia, el remedio se encuentra en la ampliación de la participación democrática. Esta ampliación se refiere a dos ámbitos: el primero de ellos es el sistema político con todas sus aristas: partidos políticos, reglas electorales, mecanismos de participación democrática, etc. El segundo ámbito es el de la participación ciudadana en las decisiones judiciales, sobre todo en aquellas de más calado político. En el primer ámbito como ya dije, existen fallas protuberantes en Colombia. En el segundo, sin embargo, se han logrado avances notables. Según Rodríguez (2011), la Corte Constitucional colombiana ha ideado, en [las sentencias estructurales], una especie de modelo decisional dialógico (*dialogic rulings model*) caracterizado por la existencia de derechos sociales fuertes (no simplemente nominales o simbólicos), remedios moderados, en cuyo diseño intervienen los expertos y las fuerzas sociales, y mecanismos de monitoreo fuertes a las políticas públicas intervenidas por la Corte. Este tipo de decisiones tienen la virtud, siguiendo a Rodríguez, de incrementar la

participación democrática en la labor judicial y, por esta vía, [de] remediar la deficiencia mayor de lo que aquí he llamado constitucionalismo aspiracional-judicial, es decir la falta de participación política.

Otros autores han hecho clasificaciones semejantes a la que aquí propongo (a partir de la tensión entre derechos y participación), en particular Roberto Gargarella (2005). Así por ejemplo, Rodrigo Uprimny (2011)⁸, basado en Gargarella (2005), diferencia cuatro regímenes constitucionales en América Latina con base en las mismas dos variables, esto es: 1) el mayor o menor grado de participación y deliberación democrática y 2) el mayor o menor grado de reconocimiento y protección de derechos. De allí surgen cuatro tipos de constitucionalismo: el conservador (poca participación y pocos derechos), el liberal (poca participación y muchos derechos), el republicano (mucha participación y pocos derechos) y el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano, con mucha participación y muchos derechos.

La clasificación que aquí propongo, quizás más focalizada en el aspecto sociojurídico, es decir en los contextos de interpretación y aplicación, puede ser un complemento que ayude a ver todo el panorama temporal, en su complejidad, del constitucionalismo latinoamericano. Adicionalmente, puede ayudar a explicar mejor el alcance de tres temas que preocupan tanto a Uprimny como a Gargarella, y que son de la mayor importancia; ellos son: las limitaciones transformadoras del constitucionalismo aspiracional, el alcance de las “cláusulas dormidas” y el problema del constitucionalismo a dos velocidades.

Las limitaciones transformadoras del constitucionalismo aspiracional se originan, como bien lo explica Rodrigo Uprimny, en su incapacidad para estimular, desde la democracia, un constitucionalismo fuerte; es decir en su incapacidad para encontrar una complementariedad entre participación democrática y protección judicial de derechos. Dos desarrollos inconvenientes de la constitución saltan aquí a la vista: en primer lugar, fenómenos tales como el caudillismo, el populismo o el hiper-presidencialismo, en los cuales hay una fuerte participación de las mayorías pero una débil protección de derechos y, en segundo lugar, el judicialismo o el hiper-activismo judicial, en donde hay una fuerte protección de derechos pero sin participación política. La visión sociojurídica que aquí propongo del constitucionalismo ayuda a comprender mejor las estrechas conexiones que, en la práctica, existen entre el régimen político y la constitución.

8 (N. del E.) Para una actualización de este texto de Rodrigo Uprimny, véase Uprimny y Sánchez (2013), el cual además se encuentra abreviado en el capítulo 10 (B) de esta compilación.

La visión sociojurídica también ayuda a comprender mejor el origen y la importancia de aquello que Roberto Gargarella llama un “constitucionalismo a dos velocidades”. Según Gargarella, el énfasis en los derechos y en los principios que traen muchas constituciones latinoamericanas resulta inoficioso debido a que no se combina con un énfasis en las herramientas orgánicas necesarias para lograr su efectividad y a lo cual denomina la *Sala de máquinas* de la constitución. El desequilibrio en la práctica constitucional entre la parte dogmática y la parte orgánica suele ser el resultado de una opción política, de un uso estratégico o simbólico de los textos constitucionales que no se aprecia con un análisis de dogmática jurídica.

Pero no solo es frecuente la falta de sintonía entre lo dogmático y lo orgánico. También hay al menos otras tres desconexiones posibles que se originan en la práctica constitucional: primero, entre unos derechos referidos a la autonomía personal (lo que Inglehart denomina *valores postmaterialistas*, por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad) y los derechos sociales prestacionales; o dicho en otros términos, entre los derechos que cuestan y los que no cuestan. Segundo, entre los mecanismos de participación política (que están en la parte dogmática) y la organización de los partidos y de la democracia electoral. Aquí también, es la práctica constitucional, más que el diseño, lo que explica esta diferencia de énfasis o de velocidad. Finalmente, y en términos más generales, entre los textos constitucionales y las condiciones materiales en las cuales se aplica dicha constitución. Sin unas mínimas condiciones de igualdad material o de decisión política destinadas a lograr esa igualdad material es muy difícil que esas constituciones dejen de ser normas de papel (Lassalle).

Por último, esta visión de la constitución como proceso de construcción de democracia fuerte con derechos fuertes, me parece particularmente relevante para entender el alcance de lo que Roberto Gargarella denomina “cláusulas dormidas” (en otro trabajo analizo esto como ejemplos de eficacia simbólica del derecho)⁹ y que consisten en normas progresistas que no obtienen eficacia inmediata, pero que después —puede ser mucho después— pueden ser recuperadas por los movimientos sociales que hacen de ellas, a través de la lucha política, normas efectivas. El despertar de las cláusulas dormidas puede demorar décadas, generaciones, incluso no llegar nunca. De otra parte, no hay que excluir la denuncia marxista —de los Critical Legal Studies, por ejemplo de Tushnet (1984)— de que las cláusulas progresistas del derecho sirven más para

9 (N. del E.) Véase García Villegas (2014).

darle un respiro al poder que para proteger realmente los derechos que allí se consagran.

Así pues, [aquí definiendo] una visión dinámica, constructiva y sociojurídica de estas cláusulas dormidas. Como dije antes, el derecho es un espacio de confrontación entre posiciones (e intereses) que luchan por fijar el sentido de los textos jurídicos (Bourdieu, 1986). Visto así, como campo de lucha por la fijación del sentido, el derecho progresista (o los derechos) aparece como arma de doble filo. Por un lado, puede servir como respuesta a las demandas sociales que posteriormente, en el curso de su implementación, se quedan muertas, y por el otro lado, puede servir como bandera de lucha en manos de los movimientos sociales para ganar batallas contra los poderes dominantes y contra los Estados.

3. Comentarios finales

En este ensayo [...] he celebrado el hecho de que hoy en día buena parte de los países latinoamericanos hayan adoptado constituciones aspiracionales; sin embargo, creo que ello no es suficiente y que falta un largo camino por recorrer. Las constituciones aspiracionales, a mi juicio, deben superar el desequilibrio que en ellas suele existir, en la práctica constitucional (no necesariamente en el texto), entre protección de derechos y democracia, de tal manera que ayuden a crear las bases para la consolidación futura de lo que he denominado aquí un *constitucionalismo democrático*.

Debemos hacer un esfuerzo por exorcizar los males o peligros propios del constitucionalismo aspiracional y [...] para ello se deben tener en cuenta dos cosas: en primer lugar, las expectativas deben tener la posibilidad de ser realizadas de tal manera que se evite el efecto institucional de legitimación simbólica. En segundo lugar, y directamente ligado a lo anterior, las expectativas deben estar fundadas en [...] un “constitucionalismo militante”¹⁰ lo cual, en los términos de Uprimny y también de Gargarella, implica un fortalecimiento de la participación activa de los actores sociales y de los representantes políticos.

Lograr estas dos cosas no es una tarea fácil; es tanto como conseguir superar las tensiones entre la democracia y la participación política, por un lado, y el Estado de derecho y el control contramayoritario, por el otro lado, de tal manera que ninguno impida la realización del otro. Esta ha sido la gran dificultad no solo del constitucionalismo sino también de la democracia y de la política en

10 Parafraseando el concepto de “democracia militante” de Donald Kommers en relación con la Constitución alemana (1989, p. 222).

América Latina; eso se debe a que buena parte de las grandes reformas institucionales que se han hecho en el continente han provenido de visiones políticas sesgadas: o bien de una derecha que menosprecia la participación del pueblo en las principales decisiones del poder político, o bien de una izquierda que desestima el aparato judicial, los tribunales y el control de las mayorías. Aquí, más que en ninguna otra parte del mundo, es verdad aquel dicho anglosajón que dice “Not all good things go together”.

Referencias

- Ackerman, B. (1991). *We the People*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bourdieu, P. (1986). La force du droit. *Actes de La Recherche en Science Sociales*, (64).
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press.
- García Villegas, M. (2006). El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 201-233). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: IEPRI, Debate.
- Gargarella, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. México: Siglo XXI.
- Jaramillo, I. C. y Alfonso, T. (2008). *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Kommers, D. P. (1989). *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press.
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Madison, J. et al. (1941). *The Federalist*. Nueva York: Modern Library.
- Restrepo, E. (2002). Reforma constitucional y progreso social: la “Constitucionalización de la vida cotidiana” en Colombia. *SELA (Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional Y Política) Papers*, (14).
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89 (7). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejus-

- ticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Saffon, M. P. y García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 3 (1), 75-107. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/733/73318918004.pdf>
- Santos, B. de S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural Editores.
- Tushnet, M. (1984). An Essay on Rights. *Texas Law Review*, 62 (4).
- Uprimny, R. (2001). Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos. Promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas. En *El debate a la Constitución* (pp. 55-86). Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En Rodríguez Garavito, C. (ed.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI. Recuperado de http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf
- Uprimny, R. y Sánchez, L. M. (2013). Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: balance y perspectivas. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

Capítulo 3

JUSTICIA Y ECONOMÍA

A. El control constitucional a la economía

Rodrigo Uprimny Yepes (2006)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. (2006). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 147-200). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Este capítulo busca abandonar las posturas puramente defensivas, y si se quiere “gremiales”, de economistas y abogados, a fin de intentar un diálogo constructivo entre nuestras perspectivas.¹ Creo que conviene abandonar las defensas a ultranza y las diatribas, con el objeto de favorecer una discusión interdisciplinaria sobre el papel de la justicia constitucional en el diseño y la ejecución de la política económica en una democracia. El capítulo se centra en discutir si es legítimo y conveniente que exista un control judicial de constitucionalidad de los procesos económicos. El texto comienza por reseñar las principales razones que algunos estudiosos aducen contra el control constitucional de la economía, para luego intentar responder a cada una de ellas, y mostrar así las posibilidades y los límites de la intervención de los jueces constitucionales en esa esfera.

1. Las críticas a la intromisión judicial en la economía

Un primer tipo de críticas cuestiona la idoneidad técnica de los jueces constitucionales en este campo, por lo cual su intervención produce malas políticas económicas. Directamente ligado a lo anterior, otras críticas cuestionan la tendencia

1 (N. del E.) El texto del que se toman estos extractos es, a su turno, una actualización de Uprimny (2001). Remitimos además al lector al capítulo 10 de esta compilación, dedicado al estudio del funcionamiento de la justicia constitucional en Colombia y América Latina.

de los jueces a ser botaratas, en la medida en que no tienen en cuenta las restricciones presupuestales, ya que no les corresponde la difícil tarea de cobrar los impuestos y obtener los recursos para financiar las políticas sociales. Permitir que los tribunales intervengan en la política económica y decreten gasto sería inconveniente, dado que podría conducir a una suerte de “populismo judicial”.

Un tercer tipo de críticas se funda en la filosofía democrática y participativa, pues parte de la idea de que, en las democracias, los parlamentos y los gobiernos son los que tienen derecho a decidir sobre el modelo económico del país y sobre la orientación del gasto público, porque al fin y al cabo para eso fueron electos por las mayorías políticas. La intervención judicial en la economía sería, en ese sentido, antidemocrática, ya que los tribunales constitucionales, compuestos por jueces no electos [popularmente], impondrían su filosofía económica y arrebatarían a las mayorías el derecho que tienen de tomar las opciones básicas sobre el desarrollo social y económico de un país.

Ligado a lo anterior, un cuarto tipo de reparos considera que la intervención de las cortes constitucionales en la economía desfigura y deslegitima la función de las constituciones en las complejas sociedades pluralistas contemporáneas. Según estas perspectivas, la anulación por parte del juez constitucional de determinadas decisiones económicas implica una inevitable “constitucionalización” de un cierto modelo de desarrollo, pues el tribunal estaría señalando que algunas estrategias económicas no caben dentro del ordenamiento jurídico o, a veces, que solo una determinada política es posible. Lo anterior tiene dos efectos perversos: por un lado, introduce una excesiva rigidez en el manejo económico, porque para modificar una estrategia económica podría ser necesaria una muy dispendiosa reforma constitucional, y, por el otro, la exclusión por parte del juez constitucional de ciertas opciones económicas, que pueden ser apoyadas por grupos importantes de la población, implica que esos sectores sociales pueden a su vez sentirse excluidos de la constitución, que pierde entonces apoyo y legitimidad social.

Un quinto tipo de críticas se basa en consideraciones de seguridad jurídica, y argumenta que la intervención de los jueces constitucionales en esta esfera pone en peligro la certeza de los contratos y de las regulaciones, debido a que, en cualquier momento, una ley podría ser anulada por razones de constitucionalidad, muchas veces con efectos retroactivos. Esta inseguridad jurídica tendría graves efectos en el desarrollo, pues aumentaría considerablemente los costos de transacción y desestimularía la inversión, ya que los agentes económicos no lograrían conocer con exactitud cuáles son las reglas jurídicas aplicables.

Un sexto tipo de críticas [señala que] la intromisión de los tribunales en las políticas económicas erosiona la participación democrática, puesto que los ciudadanos reemplazan la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales. Además, esta “judicialización” de la política económica acarrea casi inevitablemente una “politización” —en el mal sentido del término— de la justicia, porque los tribunales y procesos se convierten en escenarios e instrumentos de estrategias de los actores políticos, lo cual afecta la independencia judicial y desestabiliza en forma profunda el papel del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas del juego democrático.²

Las críticas que he reseñado muy brevemente no son para nada delezna-
bles, pues se basan en argumentos teóricos razonables y en experiencias his-
tóricas desafortunadas. ¿Significa lo anterior que debemos suprimir a la Corte
Constitucional colombiana cualquier posibilidad de entrar a examinar la legiti-
midad de las decisiones de política económica, tal y como lo han sugerido algu-
nos representantes gremiales? No lo creo, porque las objeciones anteriores, a
pesar de que son relevantes y no pueden ser pasadas por alto, no son contun-
dentes, como intento mostrarlo a continuación.

2. La incapacidad técnica de los jueces constitucionales

El argumento sobre la falta de conocimientos económicos de los jueces es fácil-
mente rebatible, debido a que en derecho existen los peritos, las audiencias y
los conceptos técnicos, para que los tribunales se familiaricen con los alcances
de los temas que no conocen, sean estos económicos o de otra naturaleza.

Si se acepta que un juez puede decidir un homicidio basándose en un
concepto médico; un asunto contractual, a partir de un peritaje arquitectóni-
co o químico, o una discusión sobre derechos de las comunidades indígenas,
tomando en cuenta análisis antropológicos, ¿por qué no podrá pronunciarse
sobre un asunto financiero o sobre una política macroeconómica? ¿Cuál es la
especial dificultad de la ciencia económica frente a otras disciplinas, igualmen-
te complejas, como la medicina, la ingeniería o la antropología? No parece que
exista, como lo demuestran los permanentes pronunciamientos de los jueces y
tribunales de otros países sobre complejas materias económicas.

Además, el argumento de la falta de conocimientos económicos por
parte de los jueces conduce a resultados antidemocráticos, pues tampoco los

2 (N. del E.) Sobre el fenómeno de judicialización de la política, véase Uprimny (2008).

parlamentarios ni los ciudadanos suelen ser peritos en esta materia. ¿Significa ello que las decisiones macroeconómicas deben ser sustraídas del debate ciudadano y radicadas en el cuerpo selecto de los sabios que conocen de estas materias, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco de la República? Esto tampoco parece razonable.

Por último, conviene destacar que el control constitucional de las políticas económicas puede tener efectos positivos, en términos de transparencia de las políticas públicas, pues el debate judicial obliga a quienes toman determinadas decisiones a defenderlas en un lenguaje que sea accesible a quien es lego en la materia, ya que deben explicar y convencer a los jueces de la legitimidad constitucional de las estrategias económicas. De esa manera, la población tiene también oportunidad de entender mejor cuáles son las razones éticas, políticas y económicas que justifican determinadas decisiones públicas, lo cual estimula la democracia, porque incrementa el control ciudadano a las autoridades y alimenta el debate y la deliberación política.

3. El “populismo” y la insensibilidad de los jueces frente a las consecuencias de sus decisiones

Los buenos jueces no pueden pasar por alto totalmente los efectos de sus decisiones, y por ello, en todos los campos —en especial en materia económica—, es razonable que los tribunales presten atención a las posibles consecuencias de optar por una u otra determinación. Es válido que se exija de los jueces una cierta valoración de los eventuales efectos de las sentencias. Sin embargo, en un régimen que reconoce los derechos de la persona, una cierta insensibilidad de los jueces por las consecuencias —financieras o políticas— de sus decisiones es también recomendable, pues implica que existe una autoridad estatal (el juez) que estará dispuesta a proteger ciertos valores, sin importar que su decisión sea impopular o cueste mucho al erario. En eso consiste precisamente la independencia judicial, que es una de las grandes conquistas del Estado de derecho.

En tales condiciones, para que el derecho pueda regular la vida en sociedad desde el plano normativo, es necesario que existan órganos judiciales dispuestos a aplicar sus mandatos; por ello, lo propio de un juez es que debe decidir conforme al derecho vigente, y no de acuerdo con un cálculo consecuencial sobre los efectos de su decisión. Esto no excluye una cierta valoración de esos efectos, pero esta no puede convertirse en el elemento decisivo en la solución de las controversias judiciales.

4. Sobre el carácter antidemocrático del control constitucional de los procesos económicos

Estas objeciones se fundan, en el fondo, en una aplicación al campo económico de la llamada *dificultad contramayoritaria* —según la sugestiva expresión de Bickel (1986)—, con la cual se ha querido impugnar la legitimidad del control constitucional en todos los campos. Este cuestionamiento puede ser formulado así: ¿cómo es posible aceptar que en una democracia unas pocas personas, que no fueron electas popularmente, sean capaces de anular las decisiones tomadas por los representantes del pueblo?

4.1. La llamada dificultad contramayoritaria y una defensa democrática del control constitucional

Existen tres justificaciones clásicas del control constitucional que se formularon desde los orígenes de esta institución en *El Federalista* No. 78, de Hamilton, y en la célebre sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos *Marbury contra Madison*, de 1803, y que otros autores, como Hans Kelsen, retomaron después:

Primero, estos textos argumentan que si la constitución es una norma suprema o una ley fundamental, entonces alguien debe garantizar que las normas de inferior jerarquía no la desconozcan; y ese papel solo lo pueden desempeñar los jueces o un tribunal constitucional, y no el legislador ni el jefe de Estado, por cuanto la constitución busca precisamente limitar a los órganos políticos.

Segundo, y directamente ligado a lo anterior, esa supremacía de la constitución se considera necesaria para asegurar un Gobierno limitado y no arbitrario, pues si la constitución no existiera o no fuera una norma suprema, el parlamento podría hacer lo que quisiera, lo cual pone en riesgo los derechos de las personas.

Tercero, la constitución contiene los mandatos del pueblo soberano, mientras que los legisladores son simplemente sus representantes. Por ende, el tribunal constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas.³

3 (N. del E.) En la versión original de este texto (pp. 173-175), el autor desarrolla un breve examen crítico de estas justificaciones clásicas, explicando que si bien son válidas e im-

[Estas] defensas clásicas, sin ser irrelevantes, no son concluyentes; sin embargo, eso no significa la inexistencia de la posibilidad de fundamentar democráticamente el control constitucional, dado que hay justificaciones contemporáneas mucho más convincentes. Ellas reposan, a mi juicio, en dos ideas elementales, pero profundas y complementarias: los defectos y las paradojas del principio de mayoría, y la importancia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas.

Así, en primer término, la democracia no puede concebirse simplemente como el gobierno incondicional de las mayorías, por cuanto esa idea conduce a una anulación de la propia democracia. En efecto, supongamos que una mayoría política ocasional aprueba una norma en virtud de la cual delega todo el poder en un dictador, o establece que las leyes aprobadas por esa mayoría no podrán ser cambiadas en el futuro. ¿Debemos aceptar esa decisión por ser expresión del principio de mayoría? No parece posible, pues dicha determinación acaba con la operatividad futura de ese principio democrático. Hay aspectos que no deben ser debatidos ni decididos en el proceso democrático, por cuanto constituyen las reglas mismas del juego democrático, al representar el presupuesto del funcionamiento del principio de mayoría.

Esto es lo que explica la existencia de los pactos constituyentes, la supremacía de la constitución sobre las leyes ordinarias y la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad. En efecto, dichos pactos representan el acuerdo sobre las reglas del juego democrático; deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas reglas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario; y, finalmente, para que esas reglas de juego sean respetadas, es necesario que exista un guardián que las haga cumplir. Como es obvio, ese garante del cumplimiento del juego democrático no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues precisamente pretende controlarlas. Debe ser un órgano independiente, esto es, algo parecido a un tribunal constitucional, sin importar el nombre que se le dé.

La anterior justificación del control constitucional se vincula, además, a la importancia que tienen los derechos fundamentales en una sociedad democrática. La idea es que muchos de esos derechos son, en primer término, *presupuestos procesales* del funcionamiento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantizan la libertad de expresión y de

portantes en algunos aspectos, ellas resultan cuestionables e insuficientes a la hora justificar el control de constitucionalidad.

movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc. Pero para que las personas sean verdaderamente libres, es necesario asegurarles unas condiciones mínimas de dignidad, que les permitan desenvolverse como individuos autónomos. Los derechos fundamentales representan esos bienes, que se consideran indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En ese sentido, tales derechos aparecen también como una suerte de *presupuestos materiales* del régimen democrático, porque sin ciudadanos libres e iguales, mal podríamos hablar de Gobierno democrático.

En consecuencia, si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es obvio que deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías. Por tanto, es lógico que tales derechos sean asegurados por una institución que no pertenezca a las mayorías, como puede ser el tribunal constitucional.

Las reflexiones precedentes nos llevan a otra conclusión, que constituye una tercera justificación del control constitucional: la democracia utiliza como criterio de decisión el principio mayoritario, por cuanto en materias complejas y en organizaciones numerosas es imposible alcanzar el consenso, que parece ser el único criterio de justicia aceptable en nuestras sociedades pluralistas. El principio de mayoría opera como una especie de consenso imperfecto, y por eso parece el mecanismo más adecuado y justo de decisión. Pero esto no significa que las mayorías que controlan el parlamento puedan gozar exclusivamente de los beneficios de las políticas que allí se decretan, mientras que descargan sus costos en las minorías que no pueden acceder al poder. Las mayorías tienen el derecho de optar por determinadas políticas, siempre y cuando esas estrategias tengan en cuenta, de manera imparcial, los intereses de todos los gobernados. Por tanto, también debe existir un órgano que asegure la imparcialidad de los resultados del proceso democrático. Y, por las mismas razones que señalé, esta institución debe ser independiente de las mayorías, es decir, debe ser algo como un tribunal constitucional.

Conforme a lo anterior, y utilizando la terminología sugerida por Luigi Ferrajoli (1995, p. 855), aunque los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática formal, pues no tienen origen en la voluntad popular, lo cierto es que gozan de una legitimidad democrática sustancial, en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático. El control judicial de constitucionalidad tiene una amplia justificación democrática, y esto explicaría que en el mundo

predomine la existencia de alguna forma de justicia constitucional, en general por medio de la introducción de cortes especializadas en la materia: los tribunales constitucionales.

Esto no significa que cualquier intervención del juez constitucional sea legítima, puesto que si desborda estas funciones de protección del proceso democrático y garantía de los derechos humanos, su actividad es cuestionable en términos democráticos. Una obvia pregunta surge: ¿tiene la regulación de la economía ciertas especificidades que justifican que se excluya al juez constitucional de este campo?

4.2. *La especificidad del ámbito económico y el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales*

Algunos críticos pueden compartir las anteriores consideraciones sobre la legitimidad democrática del control constitucional, y sin embargo argüir que, en materia económica, los tribunales constitucionales no deben intervenir, o al menos deben hacerlo de manera muy prudente y limitada, debido a que estas decisiones son mucho más delicadas, ya que implican una reorientación del gasto público y de las dinámicas financieras, con efectos macroeconómicos que los jueces no pueden prever de la mejor manera.

Por ende, puede continuar la objeción, si la Corte Constitucional decide inaplicar o anular una regulación legal para satisfacer un determinado derecho social en una situación específica, es posible que se sucedan varios efectos complejos y delicados: si es un caso de tutela y la Corte limita su decisión a la situación particular, y la singulariza, paradójicamente el tribunal constitucional podría estar propiciando una violación al principio de igualdad, pues solo gozarían de ese derecho social aquellos peticionarios que tuvieron la suerte de que su tutela fuera seleccionada y decidida por esa corporación judicial, cosa que no parece muy compatible con los valores constitucionales del Estado social de derecho. Si, por el contrario, con el fin de evitar esa afectación de la igualdad, la Corte establece una regla general que cubra todos los casos que tienen ciertas características, que en el fondo es lo jurídicamente correcto, porque los jueces deben fallar guiados por el principio de universalidad que obliga a tratar de la misma manera los casos semejantes, esa decisión puede tener consecuencias financieras y presupuestales muy complejas.

Por todo ello, concluirían los críticos, los tribunales constitucionales deben abstenerse de invocar el Estado social de derecho y los derechos sociales

para intervenir en los procesos económicos, ya que es imposible satisfacerlos todos al tiempo. Las decisiones sobre asignación y distribución de los recursos económicos —por definición escasos— para la realización de esos derechos, deben entonces, según tales enfoques, dejarse a los órganos políticos, no solo porque ellos tienen la responsabilidad de financiar esas políticas, sino además porque se adecua más a la filosofía democrática que las mayorías sociales decidan acerca del modelo de desarrollo y adopten las estrategias económicas para lograr la justicia social. Por lo anterior, muchos autores importantes, y algunos sistemas constitucionales, han negado una verdadera eficacia jurídica a los derechos sociales.

Las anteriores objeciones no son deleznales, ya que nadie puede negar las enormes dificultades que plantea la protección judicial de los derechos sociales, debido a su carácter esencialmente “prestacional”, esto es, a que su satisfacción supone una acción estatal, a fin de que la persona pueda acceder a un bien o servicio, como la alimentación, la educación, la salud o la vivienda. Por tanto, las órdenes judiciales para realizar esos derechos tienen, sin lugar a dudas, efectos complejos en las dinámicas económicas, el gasto público y el arbitraje de recursos económicos escasos, en especial en los países del Tercer Mundo como el nuestro. Sin embargo, el reconocimiento de esa dificultad no implica la consecuencia que algunos intentan extraer, que es negar toda eficacia jurídica o *justiciabilidad* a esos derechos sociales, con miras a concebirllos como pautas puramente programáticas que el legislador podría desarrollar, pero que no pueden ser exigidas por la vía judicial.⁴

En primer término, sin negar la especificidad de los derechos sociales, es indudable que la oposición entre los derechos civiles, que supuestamente implicarían únicamente abstenciones u obligaciones “negativas” del Estado, y los derechos sociales, que implicarían prestaciones “positivas” de las autoridades, debe ser matizada, pues no todos los derechos sociales envuelven prestaciones positivas para el Estado, ni todos los derechos civiles y políticos generan únicamente deberes de abstención. La situación es más compleja. La garantía de los derechos civiles supone, en muchos casos, no solo claras prestaciones positivas, como sucede con el derecho de defensa que incluye el deber del Estado de suministrar un abogado al acusado pobre, sino que, además, la vigencia efectiva de las libertades más clásicas, como la intimidad, requiere que existan unas

4 (N. del E.) Sobre los alcances e impactos de la protección judicial de los derechos sociales, consultar el capítulo 10 (II) de esta compilación.

autoridades policiales y judiciales capaces de amparar a las personas contra las agresiones a sus derechos por parte de los otros ciudadanos.

Aparte de lo anterior, el argumento sobre la absoluta libertad de los órganos políticos y de las mayorías para optar por cualquier modelo económico se basa, en el fondo, en un deseo de eliminar toda fuerza normativa al contenido social de la constitución y a los pactos internacionales que reconocen derechos sociales. Y eso es inaceptable ya que, así como no puede existir una verdadera democracia sin una garantía de la libertad de expresión y una protección del debido proceso, la incorporación de los derechos sociales parte del supuesto de que no puede haber una verdadera deliberación democrática de no plantearse una cierta igualdad social y si no se garantiza a las personas al menos una satisfacción básica de sus necesidades.

Esto muestra que una democracia constitucional genuina supone el reconocimiento de al menos tres tipos de derechos constitucionales: unos derechos de defensa contra el Estado, a fin de amparar la autonomía de la persona y protegerla contra el Gobierno arbitrario; unos derechos a la igual participación política o derechos de ciudadanía política, que tienen su expresión más clara en la universalidad del voto, y, finalmente, unas garantías materiales, que configuran una suerte de “ciudadanía social”, pues solo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales.⁵

Por tanto, las mayorías políticas no son libres en su totalidad para escoger cualquier política económica, puesto que, como ya lo explicamos, los derechos constitucionales se sustraen del debate democrático, porque se considera que deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías, por su importancia para asegurar un mínimo de dignidad humana y para preservar el propio proceso democrático. Ahora bien, siguiendo el argumento desarrollado en el punto anterior, si los derechos sociales son límites normativos que las mayorías políticas deben respetar, es obvio que alguien debe garantizar que tales límites no sean violados, si no queremos que los derechos sociales tengan una pura eficacia retórica. De nuevo, es claro que ese alguien debe ser un órgano contramayoritario, como el tribunal constitucional, dado que se trata precisamente de controlar que las mayorías cumplan con el deber de realizar esos derechos, a fin de materializar la ciudadanía social.

En ese orden de ideas, creo que las dificultades de las decisiones concernientes a la realización de los derechos sociales no impiden que el tribunal

5 Para un análisis de esta evolución, véase Uprimny (1990).

constitucional se pronuncie sobre estos temas; es más, es su deber hacerlo, por cuanto así lo ordenan la propia constitución y los pactos de derechos humanos. No obstante, esas dificultades tienen consecuencias en la función judicial que no deben ser pasadas por alto. Así, el juez constitucional no puede intervenir en este campo de la misma manera en que lo hace con los derechos civiles y políticos, al menos por dos razones, íntimamente relacionadas con el carácter esencialmente prestacional de los derechos sociales: i) la progresividad del deber estatal de realizar esos derechos y ii) la amplia libertad que tiene la ley para delimitar el contenido mismo de esos derechos y configurar los mecanismos para su satisfacción.

La intervención de los jueces constitucionales en la política económica, a fin de satisfacer los derechos sociales y los mandatos constitucionales, es [entonces] más compleja y difícil, y requiere una mayor responsabilidad de su parte. No obstante, dicha intervención no es en sí misma antidemocrática, por cuanto a ella se aplican exactamente las mismas razones que justifican el control constitucional en general: si bien estos jueces carecen de legitimidad democrática formal, pues no son, ni deben ser, electos por mandato popular, sus intervenciones en esta materia son sustantivamente democráticas, ya que se orientan a preservar la dignidad de las personas y a materializar la ciudadanía social, y en esa medida contribuyen a asegurar la continuidad e imparcialidad del proceso democrático.

5. Sobre los riesgos de rigidez constitucional

El análisis adelantado es suficiente para concluir que no es cierto que el control judicial de las políticas de desarrollo y una cierta constitucionalización del tema económico provoquen por sí mismos una desnaturalización de la constitución, ni que esta pierda su legitimidad y su carácter pluralista. En efecto, una constitución que reconoce los derechos sociales no puede ser absolutamente neutra en materia económica, como tampoco es neutra, en política criminal, una constitución que reconoce el debido proceso penal y prohíbe la tortura, pues en ambos casos la ley fundamental está excluyendo ciertas opciones políticas a las mayorías democráticas.⁶

6 (N. del E) Sobre el carácter neutro o no de la Constitución colombiana en materia económica, véase el capítulo 3 (B) de esta compilación, así como Uprimny y Rodríguez Garavito (2005) y Rodríguez Garavito y Uprimny (2007).

Por tanto, es indudable que ciertas opciones económicas son inconstitucionales. Esto no significa que la constitución excluya la posibilidad de que existan múltiples alternativas de desarrollo, pero todas dentro de los marcos que fijan los derechos sociales. Si la constitución pretende ser un marco de coincidencias entre puntos de vista disímiles, en lo posible, el juez debe evitar adoptar fórmulas muy rígidas, salvo que el texto constitucional se las imponga inequívocamente, por cuanto estaría cerrando las posibilidades de que exista una deliberación democrática que permita encontrar distintas opciones a un determinado problema.

6. Los problemas de inseguridad jurídica

Las críticas sobre la inseguridad jurídica generada por la posibilidad de que un juez constitucional anule una regulación legal tampoco me parecen convincentes. En efecto, esas críticas parten de los siguientes dos supuestos: i) que ni el congreso ni el ejecutivo son fuentes de inestabilidad jurídica y ii) que la anulación de una ley inconstitucional es fuente de inseguridad jurídica. Pero esas dos suposiciones son muy discutibles. De hecho, muchos estudios empíricos han mostrado que, en Colombia, la legislación cambia con enorme rapidez y genera una vida efímera de las normas, que impide su asimilación por los operadores jurídicos. Pero hay más. La anulación de una ley por el tribunal constitucional pretende, en muchas ocasiones, proteger precisamente la seguridad jurídica de los ciudadanos en sus derechos frente a variaciones caprichosas de las normas legales por parte de los órganos políticos.

No es cierto que el control constitucional de la economía implique por sí mismo una mayor inseguridad jurídica. Con ello no estoy negando que, en ciertos casos, el comportamiento concreto de la justicia constitucional pueda llegar a generar inestabilidades normativas agudas, que obstaculicen el desarrollo de un país. Pero eso, más que ser un defecto intrínseco a la intervención de los jueces en la economía, derivaría de otros factores, como podrían ser ciertos diseños procesales o la excesiva variabilidad de los criterios interpretativos de la justicia constitucional.

7. Los riesgos de desmovilización ciudadana y politización de la justicia

Las críticas sobre el efecto negativo del control constitucional de la economía en el aparato judicial y el sistema político no deben tampoco ser pasadas por alto, pero no son concluyentes. Así, como intento mostrarlo en otro lugar (Uprimny,

1997), sin duda una judicialización excesiva de la política, en general, y de la política económica, en particular, puede ser inconveniente para la justicia, que tiende a politizarse y a sobrecargarse de tareas que tal vez no pueda cumplir. Y esa judicialización puede también generar efectos negativos en la participación ciudadana y en la propia cultura democrática. Sin embargo, no creo que esos peligros, que son reales, basten para condenar cualquier activismo judicial para satisfacer derechos sociales.⁷

El ejemplo de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana sobre el sistema UPAC es muy ilustrativo al respecto. La situación de los deudores se agravó en gran medida por la indiferencia de los órganos políticos, que no tomaron medidas de alivio cuando era evidente que, al ligar el cálculo de la UPAC al DTF y no a la inflación, el efecto combinado del aumento de las tasas de interés, el incremento del desempleo y la caída de los precios de la vivienda hacía que las deudas se volvieran impagables. Sin embargo, cuando la Corte intervino en el tema para defender a los deudores hipotecarios, sus decisiones fueron cuestionadas como un activismo judicial excesivo y antidemocrático.

Ahora bien, ¿podía la Corte abstenerse de intervenir cuando era evidente que esa situación afectaba fácticamente el derecho a la vivienda y los otros órganos estatales se mostraban indiferentes ante la situación de los deudores hipotecarios? No lo creo, pues la Corte hubiera renunciado a su deber de defender la supremacía de la Constitución y amparar los derechos sociales de la población. ¿Habría podido evitarse esa intervención judicial en la política económica? Por supuesto, si los órganos responsables de la política económica hubieran tomado a tiempo las medidas adecuadas. Pero lo que resulta inaceptable es que, desde su pasividad, los otros órganos de poder cuestionen a un tribunal que intentó solucionar un problema social complejo y dramático. En tal contexto, en muchos eventos, la solución a un eventual activismo excesivo de la Corte Constitucional no consiste en recortar sus competencias, sino en impulsar la participación democrática y fortalecer la intervención de los otros órganos del Estado en la realización de los derechos fundamentales.

8. Conclusiones

En este capítulo he intentado mostrar que [...] preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es defender la eficacia jurídica de los

7 (N. del E.) Sobre los alcances teóricos y prácticos del activismo judicial, pueden consultarse los capítulos 2 y 10 (II) de esta compilación.

derechos sociales, lo cual es importante para la consolidación democrática en un país como Colombia, con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza. Sin embargo, el capítulo también ha mostrado la complejidad conceptual de los derechos sociales y las dificultades objetivas que existen para protegerlos judicialmente de manera adecuada. Estos obstáculos son aún mayores en contextos de pobreza e inequidad, como los que dominan en Colombia y en América Latina, pues los recursos son más escasos y las carencias que deben ser colmadas son mayores.

La paradoja es evidente: en estas sociedades, el constitucionalismo social y la protección judicial de los derechos sociales son más necesarios que en los países desarrollados, pero tienen menores condiciones de posibilidad. Esta situación pone a los jueces constitucionales latinoamericanos frente a retos hermenéuticos formidables, porque deben ser capaces de defender la fuerza normativa de los derechos sociales, en contextos fácticos que hacen muy problemática la aplicación judicial de esos mismos derechos.

Pero no solo el amparo judicial de los derechos sociales es difícil, sino que tiene limitaciones e incluso puede afectar el dinamismo y la creatividad de los movimientos sociales. Por tal razón, considero que la justicia constitucional puede llegar a ser importante para el progreso democrático, siempre y cuando se la entienda como un componente de luchas sociales más amplias.⁸ La democracia, más que grandes jueces, requiere grandes ciudadanos. La realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto muy serio para dejarlo únicamente en manos de los jueces constitucionales.

Referencias

- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. En Pérez Murcia, L. E. y Uprimny, R. (eds.). *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (pp. 23-70). Bogotá: Dejusticia, IDEP. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.163.pdf

8 (N. del E.) Tal es, de hecho, el enfoque de políticas públicas que se propone en Rodríguez Garavito y Uprimny (2007).

- Uprimny, R. (1990). *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: FUAC.
- Uprimny, R. (1997). Jueces, narcos y política. La judicialización de la crisis política colombiana. En Leal Buitrago, F. (ed.). *Tras las huellas de la crisis*. Bogotá: FESCOL-IEPRI.
- Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía. *Revista de Derecho Público* (12), 145-183.
- Uprimny, R. (2008). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En VV.AA. *Los jueces: entre el derecho y la política* (pp. 81-99). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Uprimny, R. y Rodríguez Garavito, C. (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. *Debates de Coyuntura Económica* (62), 23-40. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.775.pdf

B. El modelo económico de la Constitución de 1991

Rodrigo Uprimny Yepes y César Rodríguez Garavito (2005)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. y Rodríguez Garavito, C. (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. *Debates de Coyuntura Económica - Fedesarrollo* (62), 23-40. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.775.pdf

Uno de los debates académicos y públicos más interesantes de la última década en Colombia ha girado en torno a los alcances y la aplicación de las normas constitucionales sobre la economía.¹ ¿Establece la Constitución de 1991 un modelo económico preciso? ¿El equipo económico del Gobierno está limitado por las normas constitucionales que consagran derechos afectados por las políticas económicas? ¿Qué normas constitucionales debe respetar el Congreso al expedir leyes en materias como la reforma tributaria, el Tratado de Libre Comercio (TLC) y la reforma laboral? ¿En qué medida debe intervenir la Corte Constitucional en la política económica para garantizar la supremacía de la Constitución?

Estos y otros difíciles interrogantes han enfrentado a economistas y juristas durante los últimos años. La controversia reaparece periódicamente a propósito de fallos importantes de la Corte Constitucional sobre derechos económicos, desde el derecho a la vivienda, afectado por el sistema UPAC, hasta los

¹ Esta versión está basada en R. Uprimny “Modelo económico y Constitución”, ponencia presentada en el seminario sobre el tema organizado por el Ministerio de Hacienda (Bogotá, septiembre de 2004), complementada por la ponencia de César A. Rodríguez en el seminario “Constitución y modelo económico”, organizado por Fedesarrollo y el Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de Los Andes (Bogotá, 22 de noviembre de 2005).

derechos fundamentales de los desplazados vulnerados por las deficiencias en las políticas sociales que buscan atender las necesidades de esta población.²

En este y otros trabajos buscamos contribuir [al intercambio fructífero entre la economía y el derecho]. Para ello, incorporamos de manera explícita y crítica los aportes de la economía a la discusión sobre las instituciones y tendemos puentes con aportes sobre el mismo tema que ofrecen el derecho y otras ciencias sociales (véanse García Villegas, Rodríguez Garavito y Uprimny, 2006; Rodríguez Garavito y Uprimny, 2006). El resultado es una aproximación que hemos denominado “institucionalismo social” que —en lugar de subordinar una disciplina a la otra, como se hace en la corriente de derecho y economía (*law and economics*), que incorpora temas jurídicos pero deja intacto el paradigma económico neoclásico— busca establecer un diálogo de iguales entre las diferentes disciplinas involucradas (Rodríguez Garavito y Uprimny, 2006).³

Desde esta perspectiva, en este texto nos concentramos en dos preguntas: ¿consagra la Constitución colombiana un modelo económico? y ¿cuáles son los efectos jurídicos y prácticos de las normas constitucionales sobre temas económicos? La tesis que defendemos es la siguiente: la Constitución colombiana es vinculante como norma jurídica, en cuanto establece límites legales a la acción de los poderes públicos, y es valorativa porque consagra principios y valores específicos. Sin embargo, sostenemos que la Constitución es también abierta, porque no constitucionaliza un modelo económico preciso, sino que admite políticas económicas diversas, aunque dentro de ciertos límites normativos y valorativos.

Para sustentar esta tesis, organizamos el artículo en [cuatro] partes. En la primera parte proponemos una tipología de las constituciones que permite identificar la naturaleza de la Constitución de 1991 y su efecto jurídico sobre temas económicos. En la segunda parte nos concentramos en las relaciones entre la Constitución y los modelos económicos. En la tercera sección analizamos estos conceptos desde el punto de vista de la Constitución de 1991, tratando de ver los márgenes de la política económica, pero también sus límites constitucionales. Finalmente, en la [cuarta] sección presentamos unas breves conclusiones.

2 (N. del E.) Para una defensa de la legitimidad y conveniencia de la intervención de la Corte Constitucional en asuntos económicos, véase el capítulo 3 (A) de esta compilación.

3 (N. del E.) Para un examen más minucioso del concepto de institucionalismo social, consúltese el capítulo 1 de esta compilación.

1. Tipología de las constituciones

Las dos variables básicas de nuestra tipología son i) la fuerza normativa de la constitución y ii) su contenido. Con respecto a la primera variable, existen dos opciones: la constitución puede ser entendida como una norma vinculante y aplicable o como un documento político importante pero sin fuerza normativa. De otro lado, desde el punto de vista de su contenido, se pueden distinguir dos tipos de constitución: procedimentales y valorativas. La visión procedimental sostiene que la constitución, más que establecer un orden de valores que tiene que aplicarse directamente, consagra solo un marco de actuación de los poderes públicos y de los particulares. Las constituciones valorativas, por el contrario, no se limitan a diseñar instituciones y establecer procedimientos, sino que consagran un orden de valores que debe ser aplicado y realizado.

Si se cruzan las dos variables mencionadas, se obtiene una tipología de cuatro modelos de constitución, representada en la tabla 1.

Tabla 1. Una tipología clásica de las constituciones

		Fuerza normativa de la constitución	
		Documento político	Normativa
Contenido de la constitución	Procedimental o marco	I. Francia antes de 1958	II. Visión de Kelsen y Constitución austriaca; Constitución de EE.UU. después del New Deal
	Valorativa o programa	III. Antiguos países comunistas	IV. Alemania, Italia, países con “neo-constitucionalismo”

La tipología que ofrecemos es importante por dos razones. De un lado, desde el punto de vista metodológico, permite distinguir conceptualmente modelos diversos de ordenamientos constitucionales. De otro lado, desde un punto de vista histórico, la tipología permite apreciar el hecho de que durante los últimos cincuenta años —esto es, desde la segunda posguerra—, y en especial después de la caída del muro de Berlín, la mayoría de los regímenes constitucionales tienden a ubicarse en la casilla IV. Esta tendencia es tan notoria que muchos autores hablan de la existencia de un “neoconstitucionalismo” (Prieto Sanchís, 2003), precisamente para insistir en las particularidades que tienen ahora los ordenamientos constitucionales en contraste con el constitucionalismo liberal clásico.⁴

4 (N. del E.) Sobre el arraigo de esta tendencia en algunos ordenamientos jurídicos lati-

Esta razón histórica nos conduce a nuestra primera conclusión: dado que en la actualidad predominan los regímenes constitucionales valorativos y normativos, en la mayoría de países la constitución impone límites a la política económica. Esto no implica constitucionalizar un modelo económico, pero sí que la política económica tiene restricciones normativas.

2. Relaciones entre constitución y modelos económicos

Ahora que sabemos que las constituciones contemporáneas tienden a ser valorativas y normativas, pasemos a analizar qué tipo de vínculo establecen estas constituciones con la política económica. Las dos preguntas fundamentales en este debate son, a nuestro juicio, las siguientes: primero, ¿qué tipo de derechos reconocen esas constituciones? Y segundo, ¿en qué medida constitucionalizan un modelo económico para realizar esos derechos?

La distinción clásica diferencia entre los derechos económicos de libertad y los derechos sociales de prestación. En este sentido, hay que diferenciar, en primer lugar, entre las constituciones que reconocen únicamente los derechos de libertad y aquellas que, además, reconocen los derechos sociales. Hoy en día casi todas las constituciones del mundo reconocen los derechos económicos liberales, como la propiedad y la posibilidad de contratar, pero no todas reconocen los derechos sociales.⁵

En segundo lugar, hay que establecer en qué medida las constituciones institucionalizan un modelo económico o, por el contrario, tienden a ser abiertas. Entendemos por una constitución que institucionaliza un modelo económico aquella que no solo establece límites a la acción del Estado y que proclama objetivos que serían deseables, sino que además incide en la política económica en la medida en que desde el texto constitucional estarían prefigurados los instrumentos para alcanzar dichos objetivos. Tomemos como ejemplo el derecho a la educación universal. Una constitución cerrada es aquella que no solo establece que todas las personas tienen derecho a la educación, sino que además precisa el medio para alcanzarla y estatuye una forma única de educación pública universal. En ese caso, la constitución, además de establecer el objetivo

noamericanos, consúltense el capítulo 10 (I-B y C) de esta compilación.

5 (N. del E.) En Saffon y García Villegas (2011) se examinan también las diferentes concepciones de constitución y el valor que cada una de ellas le otorga al activismo judicial en derechos sociales. Al respecto, puede verse el capítulo 2 (C) de esta compilación.

deseable, determina el instrumento para alcanzarlo: el suministro público del servicio de educación.⁶

Por el contrario, una constitución abierta, que no constitucionaliza un modelo económico, es aquella que admite una pluralidad de formas para llegar a un mismo objetivo. Ese tipo de constituciones establece que ese objetivo es deseable y hasta cierto grado normativamente vinculante, pero ofrece la posibilidad de utilizar políticas, instrumentos y medios diversos para alcanzarlo.

En la tabla 2 resumimos los tipos de constitución que resultan de cruzar la clase de derechos reconocidos por la constitución (en las filas) con el grado de apertura o de institucionalización de un modelo económico (en las columnas).

Tabla 2. Constitución y modelo económico

		Grado de apertura	
		Institucionaliza un modelo económico o constitución “cerrada”	Reconoce cambios de modelo económico o constitución “abierta”
Derechos que reconoce la constitución	Reconoce solo derechos económicos liberales	I. Estados Unidos antes del New Deal	II. Estados Unidos después del New Deal
	Reconoce también derechos sociales y de prestación	III. Antiguos países comunistas	IV. Italia

No creemos que hoy en día exista en el mundo una constitución totalmente abierta o plenamente neutra frente a la política económica, porque en la medida en que el ordenamiento superior tenga fuerza normativa y reconozca derechos constitucionales, impone límites a la política económica. Por ello, es indudable que ciertas políticas económicas son inconstitucionales. Sin embargo, esto no significa que la constitución institucionalice un modelo económico determinado y excluya la posibilidad de que existan múltiples alternativas de desarrollo dentro del marco fijado por los derechos constitucionales. La constitución de un Estado social, fundado en los derechos sociales, debe ser entonces abierta pero no neutra, sin que eso acabe el pluralismo y socave la legitimidad del ordenamiento jurídico.

6 (N. del E.) En Rodríguez Garavito y Uprimny (2007), justamente valiéndose del caso de la gratuidad de la educación, los autores ilustran y aplican este análisis sobre las posibles relaciones entre constitución y políticas económicas y sociales.

Nuestra tesis es que la Constitución colombiana de 1991 se ubica en las casillas IV de las tablas 1 y 2: es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en la medida en que no solo reconoce derechos liberales, sino también reconoce derechos sociales y les da fuerza normativa; y es una Constitución abierta porque admite políticas económicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales. Así, desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional señaló que si bien las mayorías pueden optar por muy diversas políticas económicas (lo que muestra que la Constitución de 1991 es abierta), no es “un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos” (sentencia C-040 de 1993).

3. Márgenes y límites constitucionales de la política económica en Colombia

Dada la amplitud de posibilidades de política económica y el reconocimiento de dicha amplitud por parte de la Corte Constitucional, sostenemos que el control constitucional de la economía es —para expresarlo en términos de derecho constitucional— un control de razonabilidad, es decir, un control no estricto sino leve (Rodríguez Garavito, 1998). Un control leve es aquel en que el juez constitucional debe mirar únicamente si el objetivo que persigue una política es constitucionalmente admisible y si el medio para lograrlo es potencialmente adecuado para alcanzar dicho propósito. Es, por tanto, un control relativamente suave, en virtud del cual únicamente las políticas económicas manifiestamente irrazonables son declaradas inconstitucionales. Por el contrario, un control constitucional estricto, que opera en otros ámbitos, implica que no basta con que la finalidad perseguida por las autoridades sea admisible sino que debe ser imperiosa, y el medio usado por la ley o el poder ejecutivo para alcanzar dicho propósito debe ser no solo potencialmente adecuado sino estrictamente necesario (Rodríguez Garavito, 1998).

La tabla 3 muestra esos amplios márgenes de la política económica en Colombia. La tabla ilustra este argumento a propósito de temas centrales de política económica en los que la Corte Constitucional ha reconocido la libertad política del Congreso y del Ejecutivo para diseñar, dentro de ciertos límites, estrategias económicas diversas.

Contra nuestro argumento se podría objetar que el deber de las autoridades económicas de realizar unos determinados derechos sociales constitu-

Tabla 3. Márgenes constitucionales de la política económica en Colombia

Temas	Ejemplos jurisprudenciales
1. Amplitud de posibilidades de políticas económicas	Sentencias C-265 de 1994, C-445 de 1995 y C-093 de 2001 que precisan que el control judicial de las políticas económicas debe ser “suave” o deferente con los órganos políticos.
2. Amplitud de posibilidades de realización de derechos sociales	Sentencias C-408 de 1994 y C-1489 de 2000 que señalan la amplia libertad del legislador para diseñar el sistema de seguridad social y declaran constitucionales los mecanismos básicos previstos en la Ley 100 de 1993.

cionaliza un modelo económico, en la medida en que define una función de bienestar general y unas orientaciones básicas a la política económica. Sin embargo, diferimos de esta tesis porque la Constitución ofrece múltiples posibilidades para alcanzar esos objetivos. Por ejemplo, la Constitución establece el derecho a la salud, pero no especifica que deba ser un servicio prestado directamente por el Estado, un subsidio a la oferta o a la demanda, o un servicio de gestión privada. Todas estas posibilidades son constitucionalmente admisibles. Lo mismo aplica en el caso de la educación o la vivienda.

Pero aunque la Constitución de 1991 es abierta, no es neutra y tiene fuerza normativa. De ahí que imponga límites a la política económica, que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional. En la tabla 4 hemos incluido nueve de esas restricciones constitucionales a la política económica. Dividimos los límites a partir de una distinción clásica en teoría constitucional y teoría del derecho contemporánea —la distinción entre reglas y principios—, que es central para comprender la lógica de la argumentación constitucional contemporánea (Alexy, 1993). Tanto las reglas como los principios son normas, pero tienen una estructura lógica distinta. Las reglas son las normas jurídicas clásicas, en donde a una hipótesis normativa se le atribuye necesariamente una consecuencia jurídica. Su estructura sigue la forma: “si ocurre A entonces debe hacerse B”, y por eso se considera que las reglas son mandatos jurídicos definitivos.

Por el contrario, los principios establecen una orientación sobre lo que es deseable o indeseable jurídicamente, pero no determinan cómo se debe alcanzar ese fin ni en qué casos tiene que lograrse. Su estructura, por tanto, sigue la forma: “las autoridades deben tratar de realizar al máximo el valor A”. Por eso, un principio no es mandato definitivo sino *prima facie*, que está sujeto a ser ponderado o balanceado con principios concurrentes. Si, en cierta circunstancia, al

Tabla 4. Límites de la política económica en Colombia

Temas	Ejemplos jurisprudenciales
Reglas imperativas de manejo y prohibiciones	- Normas sobre transferencias y sentencia C-151 de 1995. - Impuestos no retroactivos y sentencia sobre bonos forzosos de seguridad, sentencia C-149 de 1993.
Competencias institucionales diferenciadas	Sentencia C-481 de 1999 que declaró inexecutable la expresión “que deberán ser siempre menores a los últimos resultados registrados” del párrafo del artículo 2º de la Ley 31 de 1992, por desconocer la autonomía del Banco de la República.
Competencias derivadas de la estructura autonómica y descentralizada	Prohibición de que la ley establezca exenciones a impuestos territoriales, sentencias C-160 de 2000, C-1333 de 2000 y C-315 de 2004.
Respeto a los procedimientos de producción normativa	Inconstitucionalidad del Plan de Desarrollo (sentencia C-557 de 2000) o de la Ley de Regalías (sentencia C-737 de 2001) por vicios de procedimiento en su aprobación.
Excepcionalidad económica limitada	Sentencia C-122 de 1998 que limitó el alcance de la declaratoria de emergencia económica y estableció que los recursos debían ir a los sectores realmente afectados por la crisis financiera: banca pública y cooperativa.
Conceptos constitucionales indeterminados	Noción de gasto social: sentencia C-317 de 1998 que consideró que el gasto en deporte y recreación no podía ser considerado gasto social y declara inexecutable la expresión “y constituyen gasto público social” del artículo 4º de la Ley 181 de 1995.
Principios constitucionales de manejo económico y Hacienda Pública	- Principio de “adecuación” en la financiación de vivienda y sentencias C-383 de 1999 y C-747 de 1999 sobre el sistema UPAC. - Principios de igualdad y equidad tributaria: sentencia C-136 de 1999 sobre el impuesto del dos por mil y sentencia C-776 de 2003 sobre extensión del IVA a productos de primera necesidad.
Protección de derechos de propiedad y derechos adquiridos	- Reactivación económica, acuerdos de reestructuración y derechos de acreedores, sentencia C-586 de 2001. - Sentencia C-754 de 2004 que declaró inexecutable la reducción del régimen de transición en materia pensional por violar derechos adquiridos.
Protección de derechos sociales	- Defensiva: sentencia C-671 de 2002 sobre seguridad social de miembros de la fuerza pública y sentencia C-038 de 2004 sobre reforma laboral. - Progresiva: tutelas sobre el POS y el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna.

balancear y ponderar un principio a la luz de otro, se muestra que este tiene mayor fuerza, el primero cede ante el segundo en el caso concreto.

La tabla 4 está organizada de tal forma que los temas van de aquellos en los que se aplica la lógica de las reglas a aquellos en los que predomina la lógica de los principios.

En la primera fila encontramos como restricciones a la política económica derivadas de reglas constitucionales a las normas sobre transferencias anteriores al Acto Legislativo 01 de 2001. Dichas reglas eran muy estrictas, de rígido cumplimiento y dejaban poco margen de maniobra a las autoridades económicas, de tal manera que si se incumplían, la inconstitucionalidad era casi automática. Así, la sentencia C-151 de 1995 constató que el legislador había extendido el régimen de transición de dos a cuatro años y concluyó que eso era inconstitucional porque la Constitución establecía un régimen de transición más corto.

Un segundo ejemplo es la prohibición de los impuestos retroactivos. Al ser una regla de cumplimiento estricto, no hay espacio, por ejemplo, para argumentos sobre graves crisis fiscales que pudieran justificar un tributo retroactivo. Esto fue lo que sucedió con el fallo sobre los bonos forzosos de seguridad del año 1993, en el que la Corte consideró que estos no eran bonos sino impuestos y que habían sido retroactivos. De ahí que la sentencia C-149 de 1993 los declaró inconstitucionales y ordenó la devolución de los dineros que habían sido pagados por los contribuyentes.

La [segunda] fila se refiere a reglas que establecen las competencias de los distintos órganos estatales. El caso clásico son los límites que la autonomía del Banco de la República implica sobre la capacidad regulatoria del Congreso o sobre las posibilidades de intervención del Gobierno. La sentencia C-481 de 1999, por ejemplo, declaró inconstitucional la obligación que establecía la Ley del Banco de la República de que todos los años la inflación proyectada tenía que ser menor a la inflación causada el año anterior. La Corte consideró que era un límite legislativo que invadía la discrecionalidad del Banco de la República en el manejo de la política monetaria, y que además impedía una adecuada coordinación de la política monetaria con el conjunto de la política económica del país.

Otra ilustración práctica de reglas sobre competencias se encuentra en las normas sobre la relación entre las facultades de las autoridades nacionales y aquellas atribuciones propias de las entidades territoriales que derivan de la estructura autonómica del Estado. En virtud de dichas reglas, se establecen competencias y prohibiciones a las autoridades nacionales que, por ejemplo, les impiden establecer exenciones sobre tributos territoriales o gravar la

propiedad de inmuebles, dado que estas facultades le corresponden a las autoridades municipales. Por ejemplo, la sentencia C-160 de 2000 indicó que las exenciones previstas en el tratado de cooperación entre Italia y Colombia no se aplicaban a los tributos territoriales sino únicamente a los tributos nacionales, debido a la prohibición constitucional del artículo 294, según el cual la ley no puede conceder exenciones ni tratamientos preferenciales respecto de los tributos pertenecientes a las entidades territoriales. No obstante, aunque en la Constitución esa prohibición tiene una estructura normativa de regla, algunos fallos de la Corte la han aplicado más como un principio, al admitir que ciertas exenciones a tributos territoriales podrían tener justificación en objetivos nacionales de enorme trascendencia. Por ejemplo, la sentencia C-315 de 2004 señaló que los tratados podían imponer exenciones a los tributos territoriales, por la importancia de promover las relaciones internacionales. En estos eventos, sin embargo, la Corte aclaró que la nación debe compensar a la entidad territorial por las pérdidas de ingresos que puedan derivar de dichas exenciones.

Un último tipo de reglas sobre política económica está representado por normas sobre procedimientos para la producción de leyes, incluidas en la cuarta fila de la tabla. El incumplimiento de estas reglas ha hecho que algunas leyes de importancia económica hayan sido declaradas inconstitucionales, tal como la Ley del Plan de Desarrollo (sentencia C-557 de 2000) o la Ley de Regalías (sentencia C-737 de 2001), dado que la aprobación de una y otra estuvo marcada por graves irregularidades en su proceso de aprobación.

Siguiendo con la tabla 4, pasemos ahora a examinar los límites normativos en el ámbito de los principios. Si bien la Constitución admite la excepcionalidad económica y una cierta discrecionalidad y margen de apreciación del Ejecutivo en la declaración de un estado de emergencia, esta facultad es limitada y solo puede usarse para superar las crisis que motivan dicha declaración. Por ello, en la polémica sentencia C-122 de 1998 sobre emergencia económica, la Corte consideró que si bien la declaratoria de emergencia económica estaba justificada porque existía una crisis financiera, esta justificación solo aplicaba para algunas entidades del sector financiero —esto es, la banca pública y cooperativa—, por lo cual las medidas de emergencia debían estar dedicadas a enfrentar la crisis en esos componentes específicos. En este caso, la Corte validó la declaración de emergencia, pero consideró que el Gobierno se había excedido parcialmente al destinar los recursos de emergencia a la totalidad del sector financiero, y por ello condicionó el alcance de la emergencia económica a los sectores afectados.

Un sexto límite está relacionado con la existencia de conceptos constitucionales abiertos que limitan el margen de actuación de las autoridades económicas. La Constitución establece, en ciertos ámbitos, conceptos constitucionales indeterminados, cuyo alcance, aunque impreciso, tiene un núcleo mínimo que debe ser respetado por las autoridades y cuyo control corresponde a las autoridades judiciales (Rodríguez Garavito, 1997). Un ejemplo, entre muchos otros, es la noción de “gasto público social”, que, en virtud del artículo 350 de la Carta, tiene efectos normativos, en la medida en que ese tipo de gasto tiene prioridad sobre otras asignaciones presupuestales. La Corte ha reconocido un margen amplio de libertad para que el legislador decida qué se entiende por gasto social, pero ha afirmado que dicha libertad tiene límites y que, en consecuencia, no se puede considerar como gasto social cualquier tipo de partida presupuestal. En esos términos, la sentencia C-317 de 1998 consideró que era desproporcionado incluir como gasto social partidas destinadas al deporte o a la recreación, porque ello excedía la noción que derivaba de la Constitución.

Un séptimo límite, aún más complejo, está constituido por los principios constitucionales que enmarcan la actuación de las autoridades económicas. Por ejemplo, el artículo 51 establece que las políticas económicas de financiación de vivienda a largo plazo tienen que ser adecuadas, mientras que el artículo 363 señala que el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Estos principios constitucionales de manejo económico y de hacienda deben ser respetados por las autoridades y, por ello, la Corte ha anulado regulaciones fundamentales cuando ha concluido que desconocen estos estándares normativos. Así, las polémicas sentencias sobre la inconstitucionalidad del sistema UPAC (a saber, la sentencia C-383 de 1999 que señala que la UPAC debía estar atada a la inflación y no a las tasas de interés, y la sentencia C-747 de 1999, que declaró la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los programas de adquisición de vivienda), se fundaron en el principio de adecuación de las políticas económicas. Por su parte, los principios de igualdad y equidad tributaria, que son abiertos y muy complejos, han tenido una importancia central en el control constitucional de numerosas medidas tributarias. Ellos han dado lugar, por ejemplo, a que la sentencia C-136 de 1999 declarara la inexequibilidad parcial del primer gravamen a los movimientos financieros (el llamado dos por mil), y a que la sentencia C-776 de 2003 declarara la inconstitucionalidad de la extensión, sin la debida deliberación democrática, de la base gravable del IVA a los productos de primera necesidad.

Otro tipo de limitación surge de la protección de los derechos liberales clásicos y, en especial, del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos. Ejemplo de la aplicación de estos principios es la sentencia C-586 de 2001, en la que la Corte consideró que la ley de reactivación económica que establecía los acuerdos de reestructuración empresarial no violaba derechos adquiridos de los acreedores (a pesar de que limitaba su posibilidad de perseguir ciertos bienes para hacer efectivas las deudas), aduciendo que había razones de política económica general que justificaban esa restricción. Por el contrario, la sentencia C-754 de 2004 declaró inexecutable la reducción del régimen de transición pensional, por considerar que esta desconocía el derecho adquirido de los trabajadores a jubilarse, conforme a las reglas previstas por el régimen anterior.

Por último, encontramos la protección de los derechos sociales, en donde distinguimos entre la protección defensiva y la protección progresiva. Esta distinción está fundada en la idea de que estos derechos son de realización progresiva, en cuanto es deber de los Estados dedicar recursos para lograr gradualmente [su] plena realización [...]. Cuando los derechos sociales ya están garantizados, la aplicación de la protección defensiva indica en qué casos y condiciones puede haber retrocesos, que en principio se presumen inconstitucionales pero pueden llegar a ser admitidos si existen poderosas razones que justifiquen la restricción.

Un ejemplo de protección defensiva es la sentencia C-671 de 2002, que condicionó la constitucionalidad del párrafo 3º del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, y precisó que los padres de ciertos miembros de la fuerza pública podían continuar siendo beneficiarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía, siempre y cuando no tuvieran la posibilidad de ser beneficiarios de otro sistema de seguridad social en salud. Esa sentencia consideró que “la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud”, y que como no existía “ninguna justificación imperiosa” de dicha exclusión, entonces se había dado “un retroceso, que implica una vulneración del derecho a la salud”. Por su parte, la sentencia C-038 de 2004 sobre reforma laboral admitió retrocesos en la legislación laboral porque consideró que había una argumentación de política económica en términos de fomento del empleo que justificaba esa restricción.

Finalmente, la protección progresiva hace referencia a casos en los que el juez constitucional estudia si el legislador o las autoridades económicas tienen

o no la obligación de avanzar en la realización de derechos sociales. Las sentencias de tutela sobre el derecho a la salud son ejemplos de esta protección progresiva. En esos casos, la Corte ha tomado numerosas decisiones para hacer avanzar la protección del derecho a la salud, al considerar que, aunque no estén previstos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), las personas tienen derecho a aquellos tratamientos y medicamentos que son indispensables para proteger su derecho a la vida digna.⁷

4. Conclusiones

A lo largo de este artículo hemos sostenido que la Constitución colombiana no es neutra en el manejo económico, porque establece límites a las políticas en esta materia. Se trata, por tanto, de una Constitución valorativa y normativa que reconoce principios y derechos, así como formas judiciales para su protección, todo lo cual implica restricciones jurídicas a las actuaciones de las autoridades económicas. Sin embargo, es también una Constitución abierta, porque no institucionaliza un modelo económico rígido y otorga, dentro de los límites estudiados, una amplia libertad de decisión al legislador y un margen apreciable de actuación al Ejecutivo y a las otras autoridades económicas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en numerosas sentencias.

En ese sentido, la Constitución colombiana logra un equilibrio institucional y axiológico adecuado entre los dos principios básicos que sustentan la legitimidad de los ordenamientos políticos contemporáneos: el principio de soberanía popular, que aboga por un Gobierno fundado en las decisiones de las mayorías, y el principio de la inviolabilidad de los derechos, que implica restricciones y obligaciones al poder público y a las propias mayorías, con el fin de amparar los derechos de la persona.

Así, la Constitución recoge las lecciones del constitucionalismo contemporáneo, según el cual los derechos constitucionales son cartas de triunfo contra las mayorías. Desde esta perspectiva, solo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar. Es, por tanto, lógico que tales derechos sean asegurados por una institución que no pertenezca a las mayorías, como puede ser el tribunal constitucional (Dworkin, 1977).

⁷ (N. del E.) Sobre esta judicialización del derecho a la salud en Colombia, véase el capítulo 10 (II-C) de esta compilación.

La Constitución colombiana establece, en fin, el marco para un diálogo entre las mayorías democráticas, que encarnan la soberanía popular, y los jueces constitucionales, que tienen a su cargo esencialmente la protección de los derechos. En la práctica no siempre se ha logrado ese equilibrio postulado por la Constitución, y en muchas ocasiones el diálogo entre los jueces, autoridades económicas, juristas y economistas no ha sido fecundo y constructivo. De allí la importancia de diálogos como el planteado en [este texto], que son síntomas del surgimiento de una etapa más productiva de discusión interdisciplinaria sobre la relación entre constitución y modelo económico en una democracia como la colombiana.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Rodríguez Garavito, C. (1997). Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana. En VV.AA. *Nueva interpretación constitucional*. Medellín: Diké.
- Rodríguez Garavito, C. (1998). El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad. En *Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de Los Andes. La Corte Constitucional: el año de la consolidación*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 109-146). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. En Pérez Murcia, L. E. y Uprimny, R. (eds.). *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (pp. 23-70). Bogotá: Dejusticia, IDEP. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.163.pdf
- Saffon, M. P. y García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 3(1), 75-107. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/733/73318918004.pdf>

Capítulo 4

REFORMAS JUDICIALES Y DERECHOS SOCIALES

Las consecuencias de las reformas judiciales con enfoque neoliberal en Colombia

César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny Yepes (2006)

Extractos tomados de:

Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2006). *¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia*. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 109-146). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

En las próximas páginas insertamos la discusión puntual sobre las instituciones, la justicia y el incumplimiento del derecho en un debate más amplio sobre el significado y los efectos del neoliberalismo, que actualmente ocupa un lugar central en los trabajos académicos y las controversias públicas sobre las instituciones, el derecho y la economía, [aunque concentrándonos] en el tema de la justicia y la reforma judicial.

Dividimos el capítulo en [cinco] partes. En la primera precisamos el significado del concepto de neoliberalismo, a partir de una breve discusión de la bibliografía reciente (y creciente) sobre el tema en las ciencias sociales internacionales. Hecha esta precisión conceptual, en la segunda [y tercera] parte analizamos la conexión entre las visiones sobre el derecho y la justicia estudiadas en García Villegas (2006), así como las teorías económicas y de filosofía política y moral que conforman el arsenal intelectual del neoliberalismo. En la [cuarta] parte del capítulo hacemos un balance crítico de la coherencia interna y las consecuencias de los programas neoliberales sobre la justicia, para mostrar que presentan serios problemas de legitimidad, eficacia y equidad. Por último, en la sección de conclusiones, recogemos los elementos expuestos a lo largo del capítulo que pueden servir de base para formular una visión diferente de la justicia y las instituciones: el institucionalismo social.

1. El significado del neoliberalismo

Este no es el lugar para examinar detalladamente la bibliografía [sobre la definición del neoliberalismo] ni sus causas y consecuencias en Colombia y en América Latina.¹ Para los efectos de este capítulo, nos limitamos a precisar su significado como conjunto de políticas públicas, con base en los textos ampliamente reconocidos por simpatizantes y críticos por igual, como propuestas paradigmáticas de dichas políticas. [Un] breve sondeo del paquete de medidas neoliberales implementadas en diferentes grados y con diferente intensidad en todos los países latinoamericanos desde la crisis de la deuda de 1982, nos permite ubicar el tema específico de nuestro análisis (la reforma judicial) dentro del contexto del neoliberalismo, y pasar enseguida a examinar los supuestos teóricos y las consecuencias prácticas de las reformas judiciales de este tipo en Colombia.

Las políticas neoliberales se han identificado con el llamado Consenso de Washington, expresión acuñada en 1990 por el analista estadounidense John Williamson, en un conocido ensayo que resumía y defendía las diez políticas de “ajuste estructural” promovidas por los organismos financieros multilaterales —el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI)— y por el Gobierno de Estados Unidos, a modo de condiciones para otorgar préstamos a países que, como los latinoamericanos, atravesaban serias crisis económicas y requerían dichos préstamos para mitigar los efectos de sus profundos déficits de balanza de pagos. Brevemente, las diez recomendaciones del Consenso son las siguientes (Naím, 2000, p. 89; Williamson, 1990):

- a. *Disciplina fiscal*: dado que, según el Consenso, los déficits fiscales grandes y prolongados contribuyen a la inflación y a la fuga de capitales, los gobiernos deben mantenerlos en un nivel mínimo.
- b. *Prioridades de gasto público*: los subsidios deben ser reducidos o eliminados. El gasto público debe ser reorientado hacia la educación, la salud y la infraestructura.
- c. *Reforma tributaria*: la base tributaria debe ser ampliada, la mayor parte de la carga de tributaria debe pasar de los impuestos directos a los impuestos indirectos como el IVA, y la tasa marginal de impuestos debe ser moderada.
- d. *Tasas de interés*: los mercados financieros nacionales están obligados a determinar las tasas de interés del país. Las tasas de interés reales positivas disminuyen la fuga de capitales y aumentan el ahorro.

1 Para un análisis de este tipo, véase Rodríguez Garavito (2005).

- e. *Tasas de cambio*: los países en desarrollo deben adoptar una tasa de cambio “competitiva”, que promueva las exportaciones al hacerlas más baratas en el exterior.
- f. *Apertura comercial*: los aranceles deben ser disminuidos y no deben aplicarse nunca a bienes intermedios necesarios para producir bienes y servicios de exportación.
- g. *Inversión extranjera directa*: la inversión extranjera debe ser incentivada, porque trae capital y conocimiento necesarios para el crecimiento económico y el aumento de las exportaciones.
- h. *Privatización*: el sector privado opera de manera más eficiente, porque sus administradores o bien tienen un interés económico directo en el aumento de las utilidades de la empresa, o bien deben rendir cuentas a quienes lo tienen. Las empresas de propiedad del Estado deben ser privatizadas.
- i. *Desregulación*: la regulación excesiva promueve la corrupción y discrimina a las empresas pequeñas que no tienen acceso e influencia en las altas esferas de la burocracia. Los gobiernos deben desregular la economía.
- j. *Derechos de propiedad*: los derechos de propiedad deben ser estrictamente protegidos. Las leyes débiles y los sistemas judiciales ineficientes reducen los incentivos para ahorrar y acumular riqueza.

Para el tema que nos interesa aquí, basta destacar el papel relativamente marginal de las instituciones, la justicia y la reforma judicial en esta lista inicial de medidas del Consenso de Washington. En efecto, aunque ya desde esta formulación pionera el fortalecimiento de la capacidad de la justicia para proteger los derechos de propiedad privada aparece como uno de los puntos centrales, en general el Consenso se concentraba en “medidas de estabilización” de corto plazo, que involucraban a un número limitado de instituciones públicas, en especial las directamente responsables de aplicar las reformas (como los ministerios de Hacienda y los nuevos bancos centrales independientes) o las que fueron objeto de dichas reformas (como las empresas del Estado que fueron privatizadas).

Sin embargo, ante el ascenso intelectual del neoinstitucionalismo [...] y ante la acumulación de pruebas sobre los efectos nocivos de los programas de ajuste estructural, a mediados de los años noventa los defensores del programa neoliberal —entre estos el propio Williamson (2003)— proclamaron la necesidad de una “segunda etapa” de reformas estructurales que complementara las

del Consenso de Washington inicial.² Al incorporar elementos del neoinstitucionalismo, este “giro institucional” del neoliberalismo dio lugar a una agenda de reformas mucho más amplia —aunque, como se verá, igualmente selectiva a favor de la certeza jurídica y la propiedad privada—. A la lista de diez puntos se adicionó, entonces, otra de amplias e imprecisas “reformas institucionales” que incluye, entre otros, la “flexibilización” del derecho laboral, el establecimiento de códigos y estándares financieros, el fortalecimiento de las instituciones de supervigilancia (pero no de intervención) de la economía y la promoción de políticas sociales muy selectivas.

En este giro es muy notoria la importancia creciente de la reforma judicial dentro del paquete de transformaciones institucionales propuestas por la segunda fase del neoliberalismo. Al relieve puesto en la primera fase en un sistema judicial protector de los derechos de propiedad, la nueva fase agregó el fortalecimiento de la capacidad de los juzgados y cortes para castigar la corrupción pública (mas no privada), resolver de forma expedita controversias comerciales (como el pago de deudas y la declaración de quiebras) y adelantar con celeridad (pero no necesariamente con equidad) los procesos judiciales. Este nuevo enfoque en la justicia dio lugar a un periodo de expansión y multiplicación de los programas de reforma judicial en América Latina que hoy continúa, financiado entre otros por las mismas organizaciones que han impulsado la adopción del Consenso de Washington —incluidos el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID)—³.

Por ahora, basta resaltar que en esta lista de funciones del sistema judicial generalmente no aparece una que, aunque soslayada en los textos programáticos de las reformas neoliberales, en la práctica ha sido una parte integral de estas: el fortalecimiento del control social, en general, y del aparato penal, en particular.

Esta breve caracterización de la agenda neoliberal y del lugar de la reforma judicial dentro de ella nos permite ahora pasar —utilizando una metáfora cara a los economistas— de mirar el bosque del neoliberalismo en su conjunto a examinar el árbol específico de las reformas judiciales de corte neoliberal.

2 (N. del E.) Las características del neoinstitucionalismo y la especial influencia que esta postura ha tenido en Colombia se encuentran explicados con detalle en García Villegas (2006).

3 (N. del E.) Sobre estos programas financiadores de las reformas judiciales en Colombia y América Latina, véase Rodríguez Garavito (2006).

2. Neoliberalismo y administración de justicia: una reconstrucción conceptual

Los enfoques contemporáneos sobre el sistema judicial que pueden calificarse como neoliberales resultan del encuentro de tres tipos de análisis relativamente independientes: en primer lugar, los análisis filosóficos de orientación liberal individualista, de autores como Hayek (1973) y Nozick (1988); en segundo lugar, las críticas económicas de tendencia explícitamente neoliberal, de autores como Milton Friedman (Friedman y Friedman, 1980) y, finalmente, las perspectivas neoinstitucionales de autores como North (1993).

Los primeros han criticado la injusticia del constitucionalismo social, propio del llamado Estado social de derecho, que reconoce y busca amparar no solo los derechos individuales clásicos, como la intimidad o la libertad de expresión, sino también derechos sociales, como la educación o la salud. El segundo grupo de autores ha complementado esas críticas con un ataque a la ineficacia y a los efectos contraproducentes de las políticas redistributivas del Estado benefactor. Ambas corrientes han propuesto entonces un retorno a un Estado liberal de derecho. Finalmente, las visiones neoinstitucionales muestran el papel central de la administración de justicia en la disminución de los costos de transacción, la definición de los derechos de propiedad y la protección de la seguridad en los contratos —aspectos todos que, desde este punto de vista, son determinantes para el desarrollo económico—.

La complementariedad de estos enfoques opera de la siguiente manera. El liberalismo individualista radical denuncia el engaño y autoritarismo de los derechos sociales y de las funciones redistributivas del Estado. Por su parte, los economistas neoliberales argumentan que el Estado benefactor es inviable, debido a los problemas fiscales que genera y a la ineficiencia y mala calidad de sus servicios públicos. Por último, los neoinstitucionalistas insisten en la importancia para el desarrollo económico de que exista un sistema judicial eficiente, pero centrado en la protección de los derechos liberales clásicos, como la propiedad y la libertad contractual.

De esta manera, el esquema queda completo, pues se unen un neoliberalismo “fundamentalista” radical de los filósofos y un neoliberalismo “instrumental” más moderado de los economistas y los neoinstitucionalistas, para proponer una reforma judicial de orientación neoliberal.

3. Los ejes de la visión neoliberal sobre el sistema judicial

El análisis anterior muestra que la filosofía liberal individualista, la economía neoliberal y el neoinstitucionalismo convergen para orientar la reforma judicial. En el resto del capítulo nos referimos a esta convergencia intelectual y práctica como la *posición neoliberal sobre la justicia*. Los ejes de esta postura son tres: el desmonte del constitucionalismo social, la apertura de la administración de justicia a criterios de eficiencia del mercado y el énfasis en el rol de la justicia como facilitadora del mercado.⁴

Para los efectos de este capítulo, es importante detenerse en el tercer rasgo: el establecimiento de una administración de justicia para el mercado, es decir, de un sistema judicial que centre sus esfuerzos en brindar certeza a los derechos de propiedad y seguridad a los contratos, a fin de disminuir los costos de transacción y evitar las pugnas redistributivas. Esto implica dos líneas de reforma judicial diferentes, pero complementarias. Por un lado, como se explicó, los agentes económicos deben gozar de seguridad jurídica, lo cual supone no solo que existan garantías constitucionales a la propiedad y a la libertad económica, sino que además las reglas de juego sean estables. Por tanto, dichas reglas no deben ser variadas abruptamente ni por los órganos políticos —para impedir que se presenten tentaciones populistas— ni por los jueces —a fin de prevenir el populismo judicial y las mutaciones de los criterios jurisprudenciales—.

Por otro lado, es necesario que los agentes económicos sean protegidos en su persona y en sus bienes, por lo que se requiere que el Estado —en particular, la rama judicial— tenga la capacidad de controlar la violencia y evitar los atentados contra la propiedad y la integridad física. Desde esta perspectiva, el aumento del control social y de la lucha contra la delincuencia por medio de un reforzamiento del sistema penal es prioritario, sobre todo en países que, como Colombia, atraviesan situaciones graves de orden público.

[Así], con frecuencia las posiciones neoliberales sobre la reforma judicial proponen una combinación de libertad económica con autoritarismo en materia de orden público y seguridad ciudadana. Es justamente esta combinación [...] la que está presente en algunos de los programas más ambiciosos de reforma judicial en Colombia, y en América Latina en general. Por ahora, [...] hacemos

4 (N. del E.) La puesta en marcha de estos ejes en las reformas judiciales colombianas y latinoamericanas es examinada en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006a, 2006b).

hincapié en los aspectos conceptuales y teóricos de esta aproximación, cuyos problemas de legitimidad, eficacia y equidad examinamos a continuación.

4. Los problemas de la visión neoliberal de la administración de justicia

Como lo mostramos en páginas anteriores, la visión neoliberal hace una lectura selectiva y parcializada de lo que implica fortalecer el Estado de derecho. Así lo indican Adelman y Centeno, al afirmar que “el actual credo neoliberal replica la antigua falacia liberal de combinar los mercados y la representación sin el Estado de derecho” (2002, p. 141). En otras palabras, se busca fortalecer las instituciones necesarias para garantizar el orden público (por ejemplo, la Policía y las Fuerzas Armadas) y facilitar las operaciones de mercado (por ejemplo, los juzgados comerciales y civiles), sin que se inviertan fondos y energías equivalentes al fortalecimiento de las garantías individuales (como el respeto del debido proceso) y del acceso igualitario de todos los ciudadanos a las renovadas instituciones (por ejemplo, el acceso a la justicia de los grupos marginados).⁵

Las reformas neoliberales sobre la justicia perpetúan la asimetría [entre libertad económica y derechos fundamentales]. Además, el relieve adicional de la agenda neoliberal puesto en la eficiencia de la justicia, como explicaremos enseguida, deja a un lado una pregunta fundamental: dado que, como lo han documentado todo tipo de estudios sobre los efectos de la apertura económica en América Latina, los índices de desigualdad económica son hoy aún más drásticos que hace dos décadas, ¿quién tiene acceso real a la justicia eficiente y con qué resultados? El silencio de la mayor parte de los programas de reforma judicial frente a esta pregunta evidencia sus efectos desiguales y problemáticos.

El desbalance dentro del Estado de derecho, generado por la visión neoliberal de la justicia, ha sido ampliamente documentado por estudios empíricos sobre el funcionamiento del sistema judicial (Santos y García Villegas, 2001). Basándose en ellos, es posible mostrar que [la tensión interna entre los elementos facilitadores del mercado y los elementos de legitimación del Estado de derecho] genera serios problemas en tres frentes distintos: la legitimidad, la equidad y la eficacia de la administración de justicia. Veamos brevemente cada uno de ellos.

El problema de *legitimidad* surge, porque —como lo han señalado estudiosos de los trasplantes de instituciones judiciales estadounidenses a América

5 (N. del E.) Sobre la tradición latinoamericana de combinar liberalismo económico con autoritarismo, véase García Villegas y Rodríguez Garavito (2002).

Latina (Dezalay y Garth, 2002; Dezalay y Trubek, 1994)— los trasplantes fomentados por los programas neoliberales de reforma judicial son, con frecuencia, muy selectivos. Un ejemplo claro es la introducción gradual del sistema acusatorio en Colombia, primero en 1991, con la creación de la Fiscalía General de la Nación como ente con funciones investigativas y judiciales, y luego en el 2005, con la restricción de estas a funciones exclusivamente investigativas y con el establecimiento del principio de oralidad de los juicios, entre otros.⁶

En el sistema estadounidense, la existencia de un fiscal proactivo y dotado de poderes muy considerables de investigación es compensada por un sistema de defensa de los acusados igualmente agresivo que es financiado, cuando es necesario, con dineros públicos. El trasplante neoliberal del modelo estadounidense, sin embargo, importa solo su aspecto represivo y no, al tiempo, su aspecto garantista. En Colombia, por ejemplo, la introducción y reciente transformación de la Fiscalía no han sido acompañadas por esfuerzos equivalentes encaminados a garantizar la representación adecuada de los sindicados. Este trasplante selectivo no solo le resta legitimidad al sistema judicial (en este caso, al sistema penal), sino que genera resultados muy inequitativos. Por ejemplo, un estudio del Consejo Superior de la Judicatura encontró que las posibilidades de que en un juicio penal se condene a un acusado son 80 % mayores cuando está representado por un defensor público, que cuando lo está por un abogado privado (1998).

El segundo problema causado por el énfasis neoliberal de los programas sobre administración de justicia es la *inequidad*. La obsesión con la eficiencia de la justicia, medida exclusivamente en términos del balance entre oferta y demanda, esto es, en términos de la evacuación de los procesos pendientes en los juzgados, ha dejado de lado otra preocupación igualmente importante que mencionamos líneas atrás: ¿quiénes son los beneficiarios principales de la justicia? ¿Qué actores o grupos sociales tienen acceso a la justicia y, por tanto, pueden aprovechar las ventajas de una justicia eficiente?⁷

Cuando estas preguntas se toman en serio, la concentración exclusiva en la relación entre oferta y demanda propia de los enfoques neoliberales se

6 (N. del E.) Este tema puede complementarse con el capítulo 11 de esta compilación, sobre justicia penal en Colombia.

7 (N. del E.) Un estudio de la agenda represiva y eficientista de las reformas judiciales en Colombia en el marco de los programas de “Derecho y Desarrollo” se encuentra en Rodríguez Garavito (2006). Por su parte, para un análisis sobre los efectos de dicha agenda sobre el sistema penal colombiano, véanse los capítulos 11 (G) y 12 de esta compilación.

vuelve problemática.⁸ Esto es así porque, como lo han mostrado con detalle estudios empíricos de la justicia civil (Rodríguez Garavito, 2001a)⁹ y laboral (Rodríguez Garavito, 2001b) en Colombia, en la práctica el sistema judicial es utilizado principalmente por un conjunto reducido de sectores sociales, empresas y entidades, para hacer exigible una gama estrecha de prestaciones: [...] durante más de cuarenta años la gran mayoría de procesos (entre el 50 y el 70 %) que han llegado a los juzgados son de tipo ejecutivo, es decir, pleitos en los que litigantes frecuentes (por ejemplo, corporaciones financieras) cobran deudas de manera rutinaria.¹⁰ Por tanto, salvo si se promueve el acceso igualitario a la justicia mediante programas como la abogacía de interés público, una justicia más eficiente puede convertirse tan solo en un mecanismo más afinado de reproducción de las ventajas de los litigantes frecuentes o, en materia penal, de las partes con mayores recursos económicos.

Por último, el desbalance interno del programa neoliberal pone en entredicho la misma *eficacia* de las reformas. Un estudio comprehensivo de las reformas judiciales en América Latina, hecho por Prillaman (2000), concluye que las reformas más exitosas y estables son aquellas que invierten esfuerzos y fondos similares en la promoción de la independencia, la eficiencia y el acceso a la justicia. De acuerdo con Prillaman, las reformas que atienden solo de manera desequilibrada estos tres frentes producen una “sinergia negativa” y fracasan.¹¹

8 (N. del E.) Como ha evidenciado Dejusticia en otros estudios, la misma oferta y funcionamiento de la justicia son desiguales, pues, por ejemplo, la población general de menores ingresos y las personas con un menor nivel educativo suelen lograr menos decisiones o sentencias que otros grupos poblacionales (La Rota, Lalinde, Santa y Uprimny, 2014, p. 382). Al respecto consúltese también el capítulo 7 (I) de esta compilación. En cuanto a la selectividad de la protección judicial en el tema específico de la salud, véase Uprimny y Durán (2014).

9 (N. del E.) Algunos extractos de este texto de Rodríguez Garavito sobre justicia civil se encuentran reunidos en el capítulo 14 de esta compilación. Vale decir, además, que estas tendencias de la justicia civil se mantienen hasta la actualidad. En 2010, por ejemplo, los procesos ejecutivos de mínima y menor cuantía constituían el 75 % de los procesos que se tramitaban ante la justicia civil (Consejo Privado de Competitividad, 2014, p. 193). Y en 2014, el 63,74 % de los ingresos efectivos de los juzgados civiles municipales correspondió a procesos ejecutivos (Consejo Superior de la Judicatura, 2015, p. 183).

10 (N. del E.) Para otras cifras que confirman la selectividad del sistema judicial colombiano, consultar Uprimny *et al.* (2006b).

11 (N. del E.) También sobre la necesidad de combinar eficiencia y accesibilidad en las reformas judiciales, cfr. Rodríguez Garavito (2006, pp. 461-462).

5. Conclusiones: hacia un institucionalismo social

Frente al programa neoliberal, la pregunta clave es la que los neoliberales mismos formulan al escuchar las críticas: “¿cuál es su alternativa?” [Aquí acogemos] una posición sobre la justicia que, en contravía del neoliberalismo, afirma la necesidad de impulsar programas de inclusión y de justicia social que involucren tanto al sistema judicial como a los demás estamentos del Estado. Esta es la propuesta que hemos llamado institucionalismo social.¹²

Frente a las reformas judiciales con énfasis neoliberal, proponemos que estas se basen en prioridades dadas a partir de un institucionalismo social. En principio, nada puede objetarse a que las reformas pretendan hacer más eficiente la justicia y busquen reducir sus costos. Una justicia más rápida, económica y eficaz no solo favorecería el desarrollo económico, conforme lo plantean los neoinstitucionalistas, sino que tendría otras consecuencias deseables en una democracia. Por un lado, la reducción de costos de la justicia permitiría utilizar los dineros ahorrados para favorecer el acceso a la justicia o para mejorar la cobertura y prestación de otros servicios públicos, como la educación o la salud. Por otro, la existencia de una justicia más eficaz y rápida puede favorecer a los sectores más vulnerables de la sociedad, que en diversas ocasiones son los más afectados por la congestión y morosidad del aparato judicial, pues no cuentan con los recursos económicos para esperar los largos años que hoy toma un proceso judicial. No tienen, como dice Cappelletti (1974, p. 152), “resistencia para aguardar”, y por ello requieren más una justicia pronta y rápida.

En ese mismo contexto, el estímulo a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos —como la conciliación o la negociación—, que es un componente de muchas de las reformas recientes, es en principio deseable, al menos por las siguientes dos razones.¹³ En primer lugar, permite cierta reducción de la violencia, porque genera espacios consensuales y participativos para ventilar litigios que no tendrían, de otra forma, mecanismos adecuados de resolución. En segundo lugar, estos tipos de justicia informal tienen potenciales democráticos, pues acercan la justicia a los criterios populares de equidad, y en algunas ocasiones son procesos participativos que restituyen a las personas y

12 (N. del E.) En la versión original de este texto, se dedica un espacio importante a explicar los postulados fundamentales del institucionalismo social. Hemos optado por omitir esa explicación teniendo en cuenta que dicha postura ha sido ya expuesta en el estudio preliminar y en el capítulo 1 de esta compilación.

13 (N. del E.) Al respecto, véase el capítulo 16 de esta compilación, en el que se reflexiona sobre otras formas o servicios de justicia.

a las comunidades la capacidad de resolver sus propias controversias en virtud de que las decisiones se fundan usualmente en el asentimiento de las partes involucradas.

Además, las tentativas no solo por lograr seguridad jurídica, sino por controlar la violencia y disminuir la delincuencia son esenciales para la consolidación democrática en Colombia. La arbitrariedad judicial y la violencia cotidiana son factores que obstaculizan gravemente el goce de los derechos humanos en el país.

Por lo anterior, el hecho de que las últimas reformas pretendan fomentar la justicia informal, la eficiencia del aparato judicial y la seguridad ciudadana no es en sí mismo cuestionable. Sin embargo, el enfoque neoliberal tiende a distorsionar, incluso, esos propósitos loables, en la medida en que centra sus esfuerzos en construir una justicia para el mercado, con lo cual minimiza los problemas de desigualdad y de exclusión social, y la manera como esos fenómenos sociales influyen en las dinámicas judiciales.

Así, al no tomar en consideración esos aspectos, la informalización de la justicia ha tendido a veces a traducirse en una descarga de las obligaciones que tiene el Estado social de brindar el servicio público de administración de justicia. Con esto, se produce una discriminación entre los ciudadanos, en la medida en que el resultado es una justicia judicial de primera clase, que opera para los ciudadanos más pudientes, mientras que estos mecanismos informales constituirían una justicia de segunda, para los pobres y marginados. En lugar de operar como una nueva fuente de oferta de servicios judiciales, los procesos de informalización se traducen en un nuevo obstáculo para el acceso a la justicia. Por ello, las reformas judiciales no pueden desentenderse de los problemas de acceso, que siguen siendo muy graves en Colombia.

Aparte de lo anterior, el desconocimiento de los desbalances de poder entre las personas y los grupos sociales también ha afectado la imparcialidad de esos mecanismos informales. En contextos sociales como el colombiano, caracterizados por profundas desigualdades entre las partes, la justicia informal tiende a dar la victoria a los más poderosos, como lo demuestran distintos estudios empíricos.

El olvido de la desigualdad social ha tenido también efectos negativos en la imparcialidad de la justicia estatal. Las últimas reformas, centradas en la eficiencia, no han abordado con vigor la necesidad de que, dentro de la propia administración de justicia, existan mecanismos para que en el proceso haya un equilibrio real entre los sujetos procesales. En Colombia, además del desbalance señalado entre los recursos de la Fiscalía y aquellos de los defensores

públicos, dicha asimetría es clara en los campos civil, laboral y administrativo, donde los sectores pobres solo cuentan con la oferta de los consultorios jurídicos, que tienen cubrimientos limitados.

Finalmente, las preocupaciones por la seguridad jurídica en el enfoque neoliberal tienen una inaceptable selectividad, pues existe una gran preocupación por salvaguardar la propiedad y los contratos, pero no parece existir el mismo interés en proteger los derechos fundamentales y las garantías sociales de los ciudadanos. [Por ejemplo], los mismos funcionarios y académicos que defienden a ultranza la seguridad jurídica para las empresas proponen —soslayando la clara contradicción en la que incurrir— la continua variación de las expectativas de los trabajadores en relación con su edad de jubilación. La pregunta obvia es ¿para quién es la seguridad jurídica? En contravía de la agenda neoliberal, el institucionalismo social propone que [la seguridad jurídica] se tome en serio también cuando los destinatarios de las reformas sean los grupos sociales menos favorecidos.

En conclusión, el reto de la propuesta de institucionalismo social es construir un sistema judicial que ayude a implantar un Estado social de derecho eficiente, transparente y equitativo. En el desarrollo de esta tarea sería ingenuo desconocer que el Estado benefactor —que es la forma estatal concreta que se ha identificado tradicionalmente con los objetivos del institucionalismo social— ha sido objeto de críticas agudas formuladas por neoliberales, neoconservadores y marxistas. Muchas de esas objeciones son pertinentes. Es cierto que las políticas benefactoras pueden generar dificultades fiscales, que en ocasiones son inequitativas y producen intervenciones burocráticas alienantes y poco transparentes y que erosionan el dinamismo de las sociedades democráticas. Pero incluso tomando en serio las críticas contra el Estado benefactor, no hay razón para abandonar los ideales de justicia del Estado social de derecho. En este sentido, es necesario no confundir el Estado social con el Estado benefactor —que, dicho sea de paso, nunca ha existido como tal en América Latina—, o con el Estado desarrollista latinoamericano, a pesar de los vínculos históricos que han existido entre ellos.

Esta diferenciación es crucial. En últimas, el reto del institucionalismo social es construir un Estado social de derecho posbenefactor, esto es, una forma de organización institucional capaz de realizar los ideales de justicia social, aprendiendo de las lecciones de las limitaciones del Estado benefactor.¹⁴ Sin

14 Para el desarrollo de esta idea, véase Uprimny (2001).

duda, la administración de justicia debe cumplir un papel central en la realización de esta propuesta, porque un cierto “garantismo social”¹⁵ es necesario para el desarrollo de una organización política de esa naturaleza.

Referencias

- Adelman, J. y Centeno, M. Á. (2002). Between Liberalism and Neoliberalism. Law's Dilemma in Latin America. En Dezalay, Y. y Garth, B. (eds.). *Global Prescriptions. The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Cappelletti, M. (1974). *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Consejo Privado de Competitividad. (2014). *Informe nacional de competitividad 2013-2014*. Bogotá: Consejo Privado de Competitividad.
- Consejo Superior de la Judicatura. (1998). *Balance sociojurídico de la justicia penal en Colombia. 1996-1997*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Consejo Superior de la Judicatura (2015). *Informe al Congreso de la República 2014*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/Informe+al+Congreso+Rama+Judicial+2014.pdf/dbf7a25d-5698-4d75-af2a-65491c4e66a1>
- Dezalay, Y. y Garth, B. (2002). *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia.
- Dezalay, Y. y Trubek, D. (1994). La reestructuración de los campos jurídicos y la creación de espacios transnacionales. *Pensamiento Jurídico* (1), 5-41.
- Friedman, M. y Friedman, R. (1980). *Free to Choose. A Personal Statement*. New York: Hartcourt Brace Jovanovich.
- García Villegas, M. (2006). Justicia, mercado y democracia: un examen crítico de las teorías económicas sobre el (in)cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 49-108). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- García Villegas, M. y Rodríguez Garavito, C. (eds.) (2002). *Derecho y sociedad en América Latina*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia.
- Hayek, F. V. (1973). *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. London: Routledge.

15 (N. del E.) Entendiendo por garantismo social, según los autores, la existencia y el funcionamiento de técnicas judiciales que permitan una protección efectiva de los derechos sociales.

- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf
- Naím, M. (2000). Washington Consensus or Washington Confusion? *Foreign Policy*, (118), 87-103.
- North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y comportamiento económico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Prillaman, W. (2000). *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*. Westport: Praeger.
- Rodríguez Garavito, C. (2001a). La justicia civil y de familia. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 547-613). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Rodríguez Garavito, C. (2001b). La justicia laboral. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 615-681). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Rodríguez-Garavito, C. (2005). *Neoliberalism and the Transformation of the State in Latin America. A Comparative Study of Argentina, Brazil and Colombia* (Disertación doctoral). Madison: Departamento de Sociología, The University of Wisconsin-Madison.
- Rodríguez Garavito, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 405-469). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.) (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. (2001). Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas. En *El debate a la Constitución* (pp. 55-86). Bogotá: ILSA-Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny, R. y Durán, J. (2014). Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia. CEPAL. Serie Políticas Sociales 197. Recuperado de <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/3/53503/EquidadyproteccionjudicialCOLOMBIA.pdf>
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006a). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia*

para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006b). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 319-402). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Williamson, J. (1990). What Washington Means by Policy Reform. En Williamson, J. (ed.). *Latin American Adjustment. How Much Has Happened* (pp. 7-20). Washington: Institute for International Economics.

Williamson, J. (2003). Summing Up. En Williamson, J. y Kuczynski, P. (eds.). *After the Washington Consensus* (pp. 305-321). Washington: Institute for International Economics.

Capítulo 5

JUSTICIA Y CONFLICTO ARMADO

El aparato judicial: ¿un sustituto de la violencia y la guerra?

Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes (2006)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). Sistema judicial y conflicto armado en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 235-262). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Este capítulo tiene el objetivo fundamental de analizar con detalle, desde el plano teórico, el estrecho y problemático vínculo existente entre los problemas que afronta el sistema judicial colombiano y el conflicto interno por el que el país atraviesa en la actualidad, con el objeto de plantear propuestas útiles para la superación de dichos fenómenos concomitantes.¹

La relación que existe entre la crisis de la administración de justicia, la violencia y el conflicto armado en nuestro país conduce a una inevitable y difícil paradoja: la consolidación de un aparato judicial independiente y democrático parece ser un requisito para la paz y la convivencia pacíficas, pero estas también constituyen una condición imprescindible para que una justicia con esas características pueda funcionar. Esta peculiaridad muestra las dificultades, pero también la necesidad de modernizar democráticamente nuestro aparato judicial, si queremos alcanzar una paz que sea duradera; sin embargo, ilustra a su vez que solo una cierta paz interna permitiría poner en marcha todas las

1 (N. del E.) El texto del que hemos tomado estos extractos es una actualización de García Villegas y Uprimny (1999). Sobre la manera en que la violencia en general (y la guerra en particular) ha afectado el funcionamiento de la justicia, véanse los capítulos 6 y 9 (II -III) de esta compilación. Consúltense asimismo García Villegas (2008; 2009, pp. 47 y ss.); García Villegas y Revelo Rebolledo (2010, pp. 111-112, 151-160); Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006a, p. 269 y ss; 2006b, pp. 344-346).

reformas necesarias para construir un aparato judicial acorde con los principios elementales de un Estado de derecho.

La anterior paradoja plantea dilemas difíciles, que configuran una suerte de nudo gordiano que el pensamiento y la práctica democráticos deben enfrentar en materia judicial. ¿Cómo avanzar hacia la paz, a pesar de las precariedades del aparato judicial colombiano? ¿Cómo reconstruir democráticamente la justicia, no obstante la persistencia del conflicto armado y la violencia? ¿Acaso debemos postergar la consolidación de una justicia acorde con el Estado de derecho hasta que hayamos alcanzado, por cualquier vía, la paz? O, por el contrario, ¿debemos renunciar a la paz hasta que, por cualquier medio, hayamos logrado implantar un sistema judicial estatal eficaz?

Este capítulo busca enfrentar ese nudo gordiano en la única forma como, desde Alejandro Magno, parece posible hacerlo: en vez de intentar desenredarlo, es necesario cortarlo. En efecto, quienes queremos construir una paz democrática en Colombia, debemos ser capaces de formular propuestas que permitan alcanzar simultáneamente la paz y una administración de justicia digna de un Estado de derecho, en vez de sacrificar alguno de esos propósitos en función de realizar el otro. Dado lo anterior, la ruptura de ese nudo gordiano implica un doble desafío: por un lado, explorar vías de reforma al aparato judicial que contribuyan a aclimatar la paz en Colombia, en vez de intensificar la guerra; por otro, formular alternativas que permitan abordar las negociaciones de paz o, en el peor de los escenarios, la continuación de los enfrentamientos bélicos, de manera tal que las estrategias militares o políticas fortalezcan, y no debiliten, la posibilidad de construir una justicia democrática.

1. Estado, paz, derecho y justicia: ¿podremos construir todo el edificio constitucional al tiempo?

Los regímenes constitucionales desarrollados en Europa son una especie de edificio de varios pisos, que fue sucesivamente construido, en siglos distintos, por el absolutismo, que cimentó la paz; el liberalismo, que controló la arbitrariedad estatal; los movimientos en favor del sufragio universal, que extendieron la participación ciudadana y democrática, y las luchas contra la pobreza y la desigualdad económica, que impulsaron el Estado social.

Ahora bien, en el caso colombiano, el problema es que pareciera que debemos construir todo el edificio al tiempo. Así, vivimos situaciones de agudo conflicto armado y de precariedad del monopolio estatal de la violencia, lo cual significa que Colombia enfrenta típicos problemas de construcción del Estado

nacional. Sin embargo, nuestro país debe abordar esos desafíos en un contexto muy distinto de aquel en que se desarrollaron las experiencias europeas de construcción nacional de los siglos XVI y siguientes (Uprimny, 1997).

La cultura de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, las situaciones de pobreza e inequidad económica, así como las demandas de los movimientos sociales y democráticos impiden —afortunadamente— que la construcción de un Estado nacional en Colombia se haga desconociendo los principios del Estado de derecho, olvidando la justicia social o bloqueando la participación democrática. El país debe alcanzar un orden público interno dentro de un marco ideológico, normativo y social que hace que las fórmulas absolutistas sean hoy insostenibles, ilegítimas e, incluso, contra-productivas en términos puramente pacificadores.

No nos queda otro camino. En Colombia, y contra todas las reglas de prudencia de la ingeniería, las distintas partes de esta difícil cimentación constitucional que es el Estado social y democrático de derecho deberán ser edificadas, no por etapas, sino en forma simultánea. La esperanza es que la labor simultánea en los pisos superiores refuerce, en lugar de debilitar, los precarios cimientos de la construcción. Esta idea nuevamente se opone a todas las leyes de la física, pero se encuentra razonablemente fundada en ciertas experiencias históricas, que muestran que en nuestra época las paces duraderas se construyen por medio de la profundización, y no de la restricción, de la democracia. Además, la consolidación de aparatos judiciales democráticos y eficaces favorece la paz, en la medida en que eleva los costos del recurso a la violencia privada, mientras que estimula las soluciones institucionales pacíficas.²

Sin embargo, postular que los distintos pisos del Estado social en Colombia deben construirse de manera simultánea no significa desconocer ingenuamente que la tarea es delicada y llena de tensiones. Por el contrario, la metáfora simplemente pretende resaltar las dificultades de la propuesta, en especial en el campo judicial. Como lo tenían claro los redactores de la Constitución de

2 (N. del E.) Es preciso advertir aquí, sin embargo, que razones de tipo práctico han llevado a Dejusticia a matizar con los años esta visión inicial sobre la necesidad de construir todo el edificio simultáneamente; visión inicial que, por ejemplo, se sostenía en García Villegas y Uprimny (2006) y Santos y García Villegas (2001). Tal como se explica en el capítulo 6 (B) de esta compilación, en textos más recientes se ha planteado que si bien dicha construcción simultánea viene a ser la más deseable desde el punto de vista de la axiología constitucional, ella puede ser inviable en contextos o territorios dominados por actores armados, pues en tales casos parece imprescindible obtener primero unos ciertos niveles de eficacia. Esta última postura se desarrolla largamente en García Villegas y Espinosa (2013).

Estados Unidos, todo diseño constitucional debe primero permitir que el gobierno controle a los gobernados, lo cual parecería implicar en nuestro caso conferir muy amplias facultades a las autoridades políticas y militares —y reducir, por ende, los controles judiciales—, debido al contexto de guerra y de violencia en que vivimos. Al tiempo, debemos controlar la arbitrariedad estatal —sobre todo si tenemos en cuenta la aguda crisis de derechos humanos que desde hace varios años padece Colombia—, lo cual supone fortalecer las garantías judiciales ya que, en un Estado democrático de derecho, corresponde al poder judicial controlar la arbitrariedad estatal y garantizar, en forma imparcial, la observancia de las normas que configuran el pacto social.

La tensión es evidente, dado que la lógica eficientista de la guerra y de la pacificación impulsa a minimizar el papel del derecho o, al menos, a utilizarlo como un instrumento de lucha bélica, mientras que los imperativos del Estado constitucional orientan la reflexión en sentido contrario. Estas tensiones se ven agudizadas por la tradición de excepcionalidad jurídica y política que ha acompañado al desarrollo histórico de la justicia colombiana.³

2. Justicia y guerra

En Colombia, la relación del derecho con la guerra interna es compleja, porque responde a diversas lógicas y porque al aparato judicial se le han adscrito diversas tareas frente al conflicto armado. Así, en primer lugar, en ocasiones, los dispositivos judiciales se han visto como prolongaciones del conflicto, esto es, en ciertos aspectos la justicia ha sido un instrumento de guerra por medio del cual el Estado ha querido consolidar judicialmente sus triunfos bélicos, ya sea por medio de la progresiva estructuración de una jurisdicción de excepción, ya con una fuerte restricción de las garantías procesales —como se intentó en el pasado con la justicia sin rostro o con las propuestas del estatuto antiterrorista—. ⁴

En segundo lugar, se han diseñado otras herramientas como instancias de control y sanción a los eventuales desafueros de los agentes estatales en el

3 (N. del E.) Sobre este contexto de excepcionalidad permanente, consultar García Villegas y Uprimny (2006, pp. 538-544). Y sobre los efectos de tal situación, ver el capítulo 10 (I-D) de esta compilación. Asimismo, el texto original del que tomamos estos extractos (pp. 242 y ss) explica cómo la justicia colombiana se ha visto afectada por una “doble excepcionalidad”: las medidas de excepción son aprovechadas para expedir normas que soslayan las más básicas garantías procesales; y esas normas, inicialmente coyunturales, se tornan luego permanentes.

4 (N. del E.) Una contextualización y caracterización de estas medidas se encuentra en Uprimny *et al.* (2006a).

desarrollo mismo del conflicto bélico. La justicia es entonces, en estas circunstancias, un mecanismo de control a la guerra.

En tercer lugar, el aparato judicial ha debido reparar en algunos casos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos acaecidas en las operaciones de contrainsurgencia. De hecho, la jurisdicción contencioso-administrativa ha efectuado millonarias condenas contra el Estado por estos casos, bien sea porque los tribunales administrativos y el Consejo de Estado han comprobado atropellos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, bien sea porque se ha considerado que el Estado fue incapaz de brindar a determinados ciudadanos la seguridad que le correspondía.

En cuarto lugar, consecuencia de los procesos de negociación de la paz, se han diseñado también herramientas judiciales de reconciliación que permitan la salida de la guerra, como las amnistías, los indultos y otros beneficios jurídicos para la reincorporación a la vida civil y política de los alzados en armas. Adicionalmente, dentro del marco de tales procesos, el Estado ha hecho reformas normativas destinadas a ampliar el reconocimiento de derechos humanos o a profundizar los mecanismos de participación democrática, tal y como ocurrió con el proceso constituyente de 1991.

Por último, ciertos enfoques y estrategias tienden a fundarse en una oposición entre guerra y derecho, manifestada en la idea según la cual la debilidad del aparato judicial sería una de las fuentes básicas del conflicto armado, por lo que su fortalecimiento sería una suerte de sustituto a la guerra y a la violencia, en cuanto generaría espacios institucionales para tramitar y resolver pacíficamente los conflictos sociales, lo cual debería reducir las motivaciones de los agentes para prolongar el conflicto armado.

Por todo ello, es muy difícil establecer una relación unilateral entre el aparato judicial y el conflicto armado; sin embargo, precisamente debido a esa tendencia a la excepcionalidad jurídica y política que ha vivido Colombia en su historia, no es ninguna sorpresa que en la relación conflicto armado-derecho el Estado haya dado un predominio al papel de la justicia como un simple puntal más de las operaciones bélicas, [...]. Debido a lo anterior, ha tendido a desarrollarse un círculo vicioso entre excepcionalidad política y jurídica, y guerra. Así, la presencia del conflicto armado es invocada para justificar una utilización permanente de instrumentos de excepción, mientras que esa excepcionalidad es también invocada como justificación de la persistencia del conflicto armado. La normalización de la excepción constitucional ha difundido una cultura de la excepcionalidad que ha afectado de manera grave el sustrato psicológico

necesario para obtener la obediencia al derecho y el respeto de la autoridad estatal. Esta afectación tiene dos caras: una institucional y otra social.

En cuanto a la cara institucional, [se encuentra que] la violencia y la desprotección de los derechos se han agravado. Esto se debe, en parte, al hecho de que las reformas democráticas introducidas han sido percibidas por algunos militares y funcionarios del Estado como obstáculos interpuestos a la estrategia militar y, por este motivo, ellos han preferido abandonar el manejo legal del orden público, con todas las implicaciones en materia de violaciones de los derechos humanos que de allí se derivan. De la cultura de la excepción se ha saltado a la cultura de la guerra sucia, sin regresar a la legalidad. Por esto, en Colombia se asiste a un proceso de fragmentación y deterioro institucional que de manera paulatina se desplaza desde una situación en la cual predominaba la anormalidad constitucional, resultado de la cuasi-permanencia del estado de excepción —hasta mediados de los años ochenta—, hacia la proliferación incontrolada —y en ocasiones auspiciada oficialmente— de grupos armados que proclaman su intención de sustituir al Estado en la función de administrar justicia.

Dicha cultura no ha sido menos nefasta en relación con los particulares. La instrumentalización del derecho por causas personales, sociales, políticas, etc., es corriente en todos los ámbitos de la vida nacional, desde la manera de conducir vehículos en las grandes ciudades hasta la conformación de grupos armados, pasando por los negocios, la vida familiar, el deporte, etc. Esto es especialmente grave cuando los particulares están dispuestos a tomar colectivamente las armas para imponer justicia, que es lo que sucede con la guerrilla y los grupos de autodefensa. La guerrilla, los paramilitares y las milicias operan —y obtienen su poder— en la frontera que existe entre la ausencia de un poder legítimo y la necesidad de un orden que imponga una cierta paz social. De esta manera, la órbita de incidencia social del Estado se reduce a ciertos ámbitos espaciales y temporales, cercados por grupos armados que imponen una suerte de fascismo social paraestatal y frente a los cuales el Estado tiene una capacidad reguladora muy precaria.⁵

5 (N. del E.) Esto explica que el estudio de la relación justicia / guerra sea prácticamente inescindible de la reflexión sobre justicia / territorio, teniendo en cuenta que el dominio de los actores armados sobre grandes porciones del territorio nacional restringe (o incluso anula) el funcionamiento y la eficacia de la justicia estatal. Para estos efectos remitimos al lector a los capítulos 6, 9 (II) y 18 de esta compilación.

3. ¿Una justicia para la paz y una paz para la justicia?

Un obvio interrogante surge del anterior examen: teniendo en cuenta la complejidad de la situación de la justicia y la intensidad de la violencia y del conflicto armado colombianos, ¿es posible formular estrategias que permitan avanzar simultáneamente en la paz y en la construcción de una administración de justicia democrática? Es decir, ¿es factible en este campo construir al tiempo los distintos pisos del edificio del Estado social de derecho, tal y como lo propusimos al inicio de este artículo?

Según nuestro parecer, conviene admitir que no existen respuestas fáciles a este interrogante, por lo cual es necesario dejar de lado las soluciones simplistas. Es más, tal vez sea saludable tener una cierta dosis de escepticismo sobre la capacidad que puedan tener el derecho y las reformas judiciales para jalonar, en forma decisiva, la conquista de la paz en Colombia.

Este sano escepticismo deriva de la relación que existe entre el conflicto social y la administración de justicia, la cual es mucho más sutil y compleja de lo que ciertos estudios dejan entrever. En efecto, cada sociedad posee múltiples mecanismos para resolver los conflictos que se presentan entre las personas. El Estado, por su parte, pone la administración de justicia a disposición de los ciudadanos, para que estos resuelvan algunos de dichos conflictos. Es de esperarse que estos conflictos solo sean unos pocos: aquellos que por su naturaleza —por ejemplo, los crímenes—, por su complejidad o por la necesidad de mayor neutralidad no pueden ser o no es conveniente que sean resueltos a través de mecanismos puramente sociales. En este sentido amplio, la conflictividad se puede representar como una pirámide, en cuya base están las quejas de los ciudadanos y en cuya cúspide se encuentra la administración de justicia.⁶ Entre estos dos puntos de la pirámide, el conflicto pasa por diferentes etapas, más o menos aleatorias: aceptación del reclamo, mediación, negociación, incremento del conflicto, etc. Esta representación es conocida como la “pirámide de la litigiosidad” (Galanter, 1983, p. 11).

Parte de las dificultades del sistema judicial en Colombia se debe a las deficiencias propias de los mecanismos sociales y culturales de solución de conflictos y, de manera específica, al deterioro de una cultura pacífica de la conflictividad. Dicho en otros términos, el mal funcionamiento de la parte baja de la

6 (N. del E.) El concepto de “pirámide de la litigiosidad”, que se remonta a Santos (2001), se encuentra más claramente explicado en el estudio preliminar y en el capítulo 7 (I) de esta compilación.

pirámide de la litigiosidad afecta el funcionamiento de la parte oficial de dicha representación. ¿En qué consiste este efecto negativo? No, como pudiera pensarse, en una sobrecarga del sistema judicial oficial, debida a la acumulación de casos no resueltos en la parte social de la pirámide, sino en una disociación entre la conflictividad social y la oferta de justicia. Como se sabe, solo una pequeña parte de los conflictos sociales llega a las instancias de justicia oficial, y es natural que así sea. Entre las quejas iniciales y los procesos judiciales hay un amplio espacio, donde tienen lugar múltiples mecanismos —sociales e institucionales— que canalizan y resuelven en su gran mayoría la conflictividad existente. El alto grado de conflictividad en esta parte intermedia, lejos de ser negativo, es un buen síntoma de la “salud social” o la “cultura cívica” de un país. Cuando este espacio de conflictividad no funciona bien, simplemente el conflicto se traduce en violencia, inconformidad, resentimiento, etc.

Esta problemática general de la justicia puede dar lugar a dos tipos de soluciones extremas simplistas. La primera, que denominaremos burocrática, se origina por lo general en el Estado e intenta responder a las exigencias sociales de justicia por medio del perfeccionamiento administrativo y gerencial del aparato judicial. La segunda, que llamaremos comunitaria, tiene lugar en la sociedad e intenta resolver las necesidades de justicia mediante procedimientos concebidos y aplicados por instancias comunitarias que operan al margen del Estado. Ambas aproximaciones son importantes y necesarias cuando se presentan como soluciones parciales y complementarias de una problemática general. Por el contrario, son dañinas y contraproducentes cuando se conciben como remedios absolutos y unilaterales.

La perspectiva burocrática tiene limitaciones como que en las esferas institucionales —aunque no solo en ellas— con frecuencia se quieren resolver problemas que dependen esencialmente de factores sociales de gran escala con soluciones de tipo administrativo, procedimental o burocrático. Este intento es, además, una manifestación de un fenómeno más general, que consiste en la juridización de los problemas políticos, consecuencia de la falta de maniobra política (hegemónica) de los gobiernos (Santos y García Villegas, 1999).⁷

[Por su parte], la justicia comunitaria requiere, ante todo, una comunidad integrada; de lo contrario, tiende a convertirse en un conjunto de prácticas de

7 (N. del E.) Tal como advertimos en el estudio preliminar, en esta compilación se aborda repetidamente la pregunta por los riesgos de la judicialización de la política, la cual conduce, a su turno, a una politización de la justicia. Al respecto pueden consultarse los capítulos 1, 3 y 10 (I-D) de esta compilación, así como Uprimny (2008).

justicia privada motivadas por la venganza y la violencia entre pobladores. Es bien sabida la importancia que tiene la integración de la comunidad en términos valorativos, culturales y, en general, normativos, para explicar el éxito de la justicia comunitaria. No obstante, como lo muestran algunos casos de justicia comunitaria en barrios marginales de Bogotá, esta puede ser contraproducente y sumamente peligrosa cuando se refiere a conflictos de carácter penal.⁸ La justicia privada de tipo criminal carece de las condiciones necesarias —neutralidad, independencia, respeto al diferente, etc.— para imponerse como un sistema legítimo de solución pacífica de estos conflictos.

Dicho en otros términos, la justicia comunitaria opera adecuadamente cuando está inserta en una sociedad organizada por un sistema constitucional de protección de derechos. En este contexto, cada parte —comunidad y Estado— obtiene la fracción de poder y autonomía que le corresponde en un esquema de construcción colectiva de lo social.

En síntesis, la necesidad de justicia no es independiente de otras necesidades sociales. La justicia no es ni un agregado social autónomo ni una fórmula milagrosa capaz de resolver todos los conflictos sociales. En este sentido, los esfuerzos (no solo estatales, sino también comunitarios) destinados a crear mecanismos judiciales o extrajudiciales para la solución de los conflictos deben ir de la mano con esfuerzos destinados al fortalecimiento de la integración social. La justicia es una tarea que no se logra sin la realización paralela de otras tareas tan complejas o aún más complejas que ella y que, a falta de términos más específicos, denominamos aquí construcción social e institucional.

Una vez más, debemos optar por la alternativa del esfuerzo concomitante —construir todo el edificio al tiempo— en ambos frentes (justicia y comunidad), y abandonar las tendencias que pretenden instrumentalizar alguno de estos elementos en beneficio del otro. Hay que salvarlos ambos simultáneamente o, de lo contrario se hunden, lo cual muestra la dificultad de las tareas que deben ser llevadas a cabo. Con todo, que no convenga adoptar propuestas simplistas, no significa que sea imposible formular algunas líneas de reflexión y acción que pueden ser prometedoras.

En primer término, hay que hacer una justicia para la paz; las estrategias y reformas judiciales deben ser pensadas como instrumentos para la paz, y por ello deben buscar disminuir el desfase que existe entre la oferta y la demanda

8 (N. del E.) Como se explica en el capítulo 16 (D) de esta compilación, la localidad de Ciudad Bolívar (Bogotá) sería un buen ejemplo de la situación que aquí se describe.

de justicia. Problemas de congestión, de información y de costos, entre otros, sumados a los factores socioinstitucionales mencionados, han impedido que las personas vean en la justicia un instrumento atractivo al momento de resolver sus problemas.⁹ Esta disociación se ha acentuado con el aumento de la violencia y el consecuente énfasis de la justicia de excepción, lo cual ha ocasionado una desvalorización institucional de la justicia ordinaria y, como resultado, un aumento de la brecha entre oferta y demanda de justicia.

En tal contexto, para que la justicia se convierta en una alternativa a la guerra y la violencia, es necesario pensar las reformas desde la idea del Estado social y democrático de derecho, la cual gira en torno a tres propósitos fundamentales: proteger la autonomía del individuo frente a los poderes públicos y privados, incrementar la participación ciudadana y generar índices de equidad material mínima que permitan el goce efectivo de las libertades. Esto implica una fuerte intervención del Estado en distintos ámbitos de la vida social y rompa la separación entre lo público y lo privado propia del régimen liberal. Frente a esa posibilidad cada vez más amplia de la intervención del Estado en muchos ámbitos, que es consustancial a la idea del Estado social, y frente a los peligros que tal intervención puede generar, el contrapeso obligado es el fortalecimiento tanto del aparato judicial —porque solo así se pueden controlar eventuales abusos—, como de la participación social en las definiciones de las políticas judiciales, particularmente en su diseño.

Adicionalmente, hay que repensar y reconsiderar la oferta estatal en materia de justicia. Debemos reflexionar y discutir sobre cuáles conflictos deben pasar por el aparato judicial y cuáles no, de acuerdo con sus características. Esto significa, que es necesario establecer una cierta jerarquización de los conflictos en virtud de su distinta relevancia pública, pero esta debe ser no solo objeto de debate democrático, sino que tiene que articularse con estrategias de acceso a la justicia, porque uno de los grandes defectos de las reformas judiciales en el país es que han sido pensadas desde la oferta —desde los operadores— y no desde la demanda —desde los usuarios—. ¹⁰

En síntesis, el aparato judicial puede ser, en algunos campos, un sustituto de la violencia y la guerra. Si bien no todas las violencias ni todo el conflicto

9 (N. del E.) Sobre estas deficiencias endémicas del aparato judicial colombiano en general, véase la Parte dos de esta compilación.

10 (N. del E.) Sobre el acceso a la justicia en Colombia y la urgencia de que las reformas judiciales se empeñen en fortalecerlo, pueden verse Uprimny (2005) y La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora y Uprimny (2014); y los capítulos 4, 7, 17 (B) y 19 (A) de esta compilación.

armado derivan de las insuficiencias del aparato judicial, todo indica que su fortalecimiento democrático contribuye positivamente a la paz en Colombia. La idea es, en este aspecto, tan simple como profunda: en la medida en que seamos capaces de diseñar mecanismos judiciales y comunitarios para resolver de forma ágil y equitativa nuestros litigios, estaremos disminuyendo la rentabilidad de la violencia y aclimatando la paz.

En segundo término, los procesos de paz también deben ser pensados desde una perspectiva de justicia. Es cierto que algunos analistas se oponen, y con razones de peso, a cualquier judicialización de la negociación de la guerra, ya que consideran que se establecen obstáculos jurídicos crecientes a cualquier solución del conflicto armado, por cuanto habría impedimentos para amnistiar determinadas conductas. Esta tesis, basada en un crudo realismo político, tiene en parte razón. Es negativa una excesiva intervención de los jueces en los procesos de paz, que son deliberaciones eminentemente políticas; sin embargo, una total desjudicialización del proceso de paz daría demasiado peso a la razón política y a los intereses exclusivos de los actores armados, lo cual tendría efectos contraproducentes en el mediano y largo plazo. La construcción de una paz duradera y democrática no resulta únicamente de la desmovilización de los actores armados, dado que debe partir de unos mínimos éticos. Por ello, no puede olvidar el derecho a la justicia de las víctimas de la guerra colombiana, [...]. Este punto es de gran trascendencia para cualquier negociación y es polémico; por ello deberá ser discutido abiertamente por la sociedad colombiana en el futuro próximo, a fin de definir el marco ético y normativo de cualquier eventual negociación.¹¹

Referencias

- 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), 4-71.
- García Villegas, M. (2000). Justicia penal comunitaria en Bogotá. *Pensamiento Jurídico* (12), 167-208.

11 (N. del E.) El capítulo 20 (E) de esta compilación ofrece una fórmula viable y sostenible para investigar y sancionar crímenes en el marco de la transición a la paz en Colombia. Por su parte, el capítulo 10 (I-A) reflexiona, a partir de experiencias comparadas, sobre el rol que han desempeñado los tribunales constitucionales en los países que han llevado a cabo transiciones a la paz.

- García Villegas, M. (ed.). (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. (2009). Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008). En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 16-83). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (1999). El nudo gordiano de la justicia y de la guerra en Colombia. En Camacho, Á. y Leal Buitrago, F. *Armar la paz es desarmar la guerra*. Bogotá: IEPRI, Cerec, Fescol.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). El control judicial de los estados de excepción en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 531-571). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf
- Santos, B. de S. (2001). Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. En Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 85-150). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Santos, B. de S. y García Villegas, M. (1999). Colombia. The Broken Mirror of the Modern Social Contract. Presentado al Congreso Anual de Law and Society, Chicago.
- Santos, B. de S. y García Villegas, M. (2001). Colombia: el revés del contrato social de la modernidad. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 11-83). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. (1997). Administración de justicia, sistema político y democracia. Algunas reflexiones sobre el caso colombiano. En *Justicia y sistema político* (pp. 67-119). Bogotá: IEPRI, Fescol.
- Uprimny, R. (2005). Acceso a la justicia: entre la justicia protagónica y rutinaria. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

- Uprimny, R. (2008). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En VV.AA. *Los jueces: entre el derecho y la política* (pp. 81-99). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006a). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006b). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 319-402). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Capítulo 6

JUSTICIA Y TERRITORIO

A. Fragmentación territorial, conflicto armado y justicia¹

Mauricio García Villegas (2008)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. (2008). Estado, territorio y ciudadanía. En García Villegas, M. (ed.). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado* (pp. 19-48). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.

Según la teoría política clásica, el Estado moderno tiene tres atributos esenciales: la soberanía, la territorialidad y la nacionalidad (Carré de Malberg, 1922; Jellinek, 1981). Para explicar esos atributos, algunos profesores de derecho y ciencia política se valen de la metáfora de la lámpara: la soberanía estatal —dicen— es como una luz que irradia y controla todo el territorio y la población de una nación.

Como en todas las metáforas, en esta de la lámpara hay algo de verdad y algo de mentira. La verdad es que el poder estatal es un poder supremo que no tiene competencia en lo que al uso de la violencia y del poder de regulación social se refiere. El Estado es, por definición, un poder no disputado. La mentira consiste en que estos atributos no son absolutos sino relativos: ningún Estado, por poderoso que sea, logra siempre una soberanía y un control pleno sobre su territorio y sobre su población.

Los atributos del Estado son, entonces, graduales. Un Estado es una organización política que concentra una gran cantidad de fuerza física y de control sobre gran parte de un territorio y frente a una gran cantidad de población.

1 (N. del E.) Para otros textos que, como este, se ocupan del tema de la relación entre justicia, conflicto armado y territorio, véanse los capítulos 5, 6 (B), 9 (II), 9 (III) y 18 de esta compilación.

¿Pero cuáles son los mínimos necesarios que se requieren de esas cantidades para que exista un Estado? La sociología política se ha interesado por caracterizar esos grados mínimos, es decir, en términos de la metáfora de la lámpara, la iluminación mínima indispensable para que pueda hablarse de un Estado.

Mucho menos estudiado, sin embargo, ha sido el caso de aquellos Estados cuya existencia nadie pone en duda, pero que consiguen grados muy dispares de concentración de poder, o de iluminación, en el territorio nacional. El Estado existe y es fuerte, pero no siempre, ni en todas partes. Ese es el caso de algunos países periféricos y, en particular, ese es el caso de Colombia.

La caracterización de esos claroscuros es el objeto de este capítulo. Lo que sigue está dividido en tres partes. La primera se ocupa de la historia de la formación del Estado en Europa. La segunda, de los avatares que esa misma historia ha tenido en América Latina y particularmente en Colombia. Y, finalmente, la tercera se refiere al conflicto armado colombiano y a su incidencia negativa en la consolidación del Estado.

1. La formación del Estado en Europa

Lo que denominamos hoy en día *Estado moderno* es el resultado de un tipo particular de organización política que logró consolidarse en Europa a partir de un tipo particular de configuración social. Pero su creación no se hizo de la noche a la mañana; por el contrario, fue el resultado de un largo proceso de concentración y monopolización del poder, que duró aproximadamente ochocientos años.

Según Tilly (1990), se pueden diferenciar cuatro periodos en este largo proceso de formación del Estado. El primero de ellos (*patrimonialism*) —desde el año 1000 al 1400 d. C.— estuvo dominado por las guerras intestinas entre tribus, señores feudales y milicias, y se caracterizó por la dispersión de poderes y de recursos económicos y militares. El monarca solo era capaz de recaudar tributos y de ofrecer seguridad en pequeñas porciones de territorio que estaban bajo su directo control. En un segundo periodo (*brockage*) —1400-1700— se logró fortalecer el poder monárquico, el cual se ejercía de manera indirecta, a través de intermediarios locales —mercenarios, nobles y burgueses— que cumplían diferentes funciones, entre ellas la de hacer la guerra, recaudar impuestos, impartir justicia y asegurar el orden interno. En un tercer periodo (*nationalization*) —1700-1850— se crearon los grandes ejércitos nacionales, dotados de una administración compleja y dependiente del Estado central. Con esos ejércitos, el monarca no solo dejó de hacer la guerra mediante la contratación de mercenarios, sino que eliminó buena parte de los intermediarios, de tal

manera que pudo imponer un control directo, tanto fiscal como militar, sobre las localidades. En el último periodo (*specialization*) —desde 1850 hasta hoy— los ejércitos crecieron como ramas especializadas del Gobierno central, se logró una clara separación entre los asuntos fiscales y los militares, se fortaleció la capacidad de control de los órganos de representación política y, por último, se aumentó el poder regulador y distribuidor del Estado.

Como puede observarse en esta cronología, la paulatina concentración del poder que fue dando lugar al Estado moderno estuvo impulsada por la guerra y por el cobro de impuestos para hacer la guerra. La organización fiscal y el ejército fueron entonces fundamentales para que el Estado emergiera como un poder superior.

En un mundo dominado por la guerra, la seguridad es el bien máspreciado. Por eso los gobernantes ofrecían seguridad a cambio de lealtad y dinero. Ellos eran, dice Tilly (1990), una especie de chantajistas: ofrecían protección contra ciertos males que ellos mismos podrían de otra manera infligir, o por lo menos permitir que se infligieran. Pero se trataba de un chantaje que le dejaba a la población, o por lo menos a una parte de ella, cierto grado de negociación. La población no asistía de manera pasiva a las prácticas de coerción y explotación impuestas por el poder estatal. “Ningún monarca podía hacer la guerra —dice Tilly— sin asegurar el consentimiento de la gran mayoría de sus súbditos y la activa colaboración de algunos pocos con poder” (1990, p. 75).

La participación del pueblo fue particularmente importante para superar la dominación indirecta del Estado, es decir, para eliminar a los intermediarios; lo cual, a su turno, trajo consigo fuertes reivindicaciones populares a favor de la igualdad. La mayor igualdad conseguida a partir de estas protestas populares fue, según Michael Mann (2003), un elemento fundamental en la construcción de los Estados. Cierta homogeneidad social y cierta igualdad fueron indispensables para lograr Estados eficientes, dice Mann.

Por fuera de Europa, la evolución del Estado ha sido no solo más corta sino menos lineal y constructiva; aquí, la consolidación de los monopolios fiscal y coercitivo ha debido enfrentar múltiples obstáculos, para no hablar de las dificultades que ha tenido la movilización popular. El modelo occidental de concentración de poder ha sido desafiado y, en ocasiones, obstaculizado por múltiples factores, entre los cuales —explica Tilly— se encuentran los siguientes:

... actores poderosos que se han resistido o han distorsionado la transformación de las organizaciones oficiales; funcionarios que han usado el poder para sus propios fines; partidos políticos que se han convertido en

bloques étnicos o en cadenas clientelistas; empresas estatales que han colapsado; líderes carismáticos que han suprimido el estilo occidental de las elecciones políticas..., etc. (1990, p. 194).

En el caso específico de Colombia, hubo factores adicionales que no favorecieron la concentración de poder y el fortalecimiento institucional indicados. En primer lugar, la ausencia de grandes guerras internacionales. El ejército colombiano, como buena parte de los ejércitos latinoamericanos, se ha ocupado más de reprimir alzamientos internos, que de defender la soberanía, lo cual ha traído como consecuencia, dada su participación en los conflictos internos, un cierto debilitamiento de la independencia política de la fuerza pública. En segundo lugar, también influyó la ausencia de regímenes populistas, como los que tuvieron lugar en Argentina o Brasil en la mitad del siglo XX, y que lograron, en esos países, cierta participación de las clases subordinadas en el Estado, y con ello cierta legitimidad del poder político.

2. Estado y territorio en Colombia

En Colombia ni existen ni han existido una historia y un Estado semejantes a la historia y al Estado europeos. Existen y han existido, eso sí, manifestaciones parciales, dispares y heterogéneas de ese modelo de Estado. No se trata, siquiera, de que tengamos lo mismo pero en menor cantidad y calidad, sino que tenemos otra cosa, aunque esa otra cosa no sea algo totalmente distinto al original. Entre ambas realidades, por ejemplo entre Francia y Colombia, hay muchos elementos comunes, sobre todo muchas ritualidades políticas y jurídicas comunes —elecciones periódicas, promulgación de leyes, decisiones judiciales—, pero, en la práctica se trata de instituciones bien diferentes.

El Estado colombiano todavía no ha conseguido algunos de los logros que el Estado europeo alcanzó durante su periodo inicial de formación. Las dificultades empiezan por su incapacidad para controlar el territorio, incluso el territorio urbano. Desde sus inicios, en la segunda década del siglo XIX, el Estado colombiano ha tenido grandes problemas para imponerse en el territorio ubicado dentro de sus fronteras. A mediados del siglo XIX, según Agustín Codazzi, el 75 % del territorio nacional estaba constituido por baldíos de la nación.

¿Cuánto ha avanzado el Estado en la conquista de esos territorios? Mucho, desde luego; pero no lo suficiente. Nadie duda de que hoy en día una buena porción del territorio colombiano continúa siendo una frontera abierta y no controlada institucionalmente (González, Bolívar y Vásquez, 2003). Aún hoy en

día, Colombia es un país con fronteras no controladas, por las cuales entran y salen, casi a su antojo, los delincuentes y enemigos del Estado.² La territorialidad difusa hace imposible la soberanía del Estado sobre su territorio, y es una garantía para que los intermediarios operen en la frontera entre lo legal y lo ilegal, según sus conveniencias.

El Estado colombiano no solo no ha conseguido controlar todas sus fronteras y monopolizar el uso legítimo de la violencia —con lo cual no ha podido evitar la guerra—; tampoco ha logrado aquello que Tilly denomina el *dominio directo* sobre los territorios y las poblaciones; es decir, no ha conseguido eliminar a los intermediarios, o al menos evitar sus desbordamientos y su autonomía en las localidades en donde ejercen su poder (1990, p. 99).

Así pues, en buena parte del territorio nacional ha habido más territorio que nación, más nación que sociedad, más sociedad que Estado y más partidos políticos que democracia. Pero no solo el control del territorio es precario en Colombia; también lo son la nacionalidad y la soberanía. La construcción nacional fue una tarea asignada por las élites políticas urbanas del siglo XIX a los partidos y a la iglesia. Ni el ejército, ni el sistema impositivo, ni el mercado, ni menos aún la ciudadanía, fueron ingredientes de integración nacional importantes, como sucedió en Europa o, en menor medida, en otros países latinoamericanos.

De otra parte, en Colombia hubo más partidos que Estado. La fortaleza del Estado, dice Francisco Leal, fue inversamente proporcional a la de los partidos políticos (Leal Buitrago, 1984, pp. 28-53). Esto determinó un tipo de instituciones estatales que favorecieron la rapiña de los bienes públicos y dificultaron la construcción de una cultura ciudadana.

El ejército y la guerra no fueron —como sucedió en otras partes— instrumentos favorables a la institucionalización. Las guerras colombianas del XIX, libradas entre facciones ligadas a intereses locales, no contribuyeron al fortalecimiento de la autoridad central. En Colombia, la guerra beneficia a los líderes regionales, no al Estado central. El Estado es menos visto como una instancia pública y neutral, que como un objeto de disputa burocrática y bélica.

La debilidad del Estado y la fortaleza de los partidos políticos también determinaron el tipo de participación política de las clases subordinadas. La participación de los pobres en los asuntos del poder político se hizo a través de los partidos y de sus métodos clientelistas, así como de la guerra. Los ciudadanos

2 (N. del E.) Esta situación es demostrada con estudios de casos regionales en Castillo, García Villegas y Rubiano (2008).

y los milicianos eran la misma cosa y “los partidos sirvieron no solo para incorporar a los pobres rurales sino para controlarlos” (López-Alves, 2003, p. 187).

3. Territorio y conflicto armado

En lo que sigue me ocuparé de la incapacidad actual del Estado colombiano para conseguir aquellos objetivos que se lograron en la formación del Estado europeo: capacidad para controlar el territorio, para cerrar sus fronteras, para monopolizar el uso de la violencia y para evitar el desbordamiento de los intermediarios.

a) *Los efectos perversos de la guerra*

La historia de la formación del Estado en Europa da cuenta de un fenómeno de concentración de poder, estabilización institucional y expansión territorial. En esa historia se ve cómo el poder va pasando de manos de los bandidos y los saqueadores a grupos consolidados y estables; los chantajes se transforman en impuestos y las prerrogativas de los señores se convierten en funciones públicas previamente establecidas. El uso de la violencia se fue concentrando en pocas manos, y a medida que estos pocos actores fueron venciendo a sus enemigos, lograron pacificar a la sociedad y luego autocontrolarse. En Colombia hemos tenido mucha violencia, pero muy poca concentración de poder y estabilización institucional. Hemos tenido una violencia que no tiene la virtualidad de concentrarse, ni siquiera de expandirse, sino de multiplicarse.

Hoy en día, ese carácter perverso de la guerra tiene mucho que ver con la volatilidad estratégica del narcotráfico, y más concretamente con la dificultad para estabilizar sus alianzas con los demás actores del proyecto paramilitar (Gutiérrez, 2006, p. 300). Cuando se trata de expulsar a la guerrilla de un territorio, todos estos actores —militares, ganaderos, políticos y narcos— están de acuerdo, pero no necesariamente lo están después, cuando logran ese propósito. Para los narcos lo fundamental es la ampliación de su negocio —compra de tierras, rutas de exportación, etc.—, y eso muchas veces choca con los intereses de los demás actores. Esta divergencia de objetivos hace que las alianzas sean inestables y la expansión territorial limitada. El narcotráfico le imprime un carácter feudal, disperso, a la guerra, y de esta manera reproduce la violencia en lugar de concentrarla.

Dicho en otros términos, el conflicto armado tiene una gran complejidad, que resulta del hecho de que el Estado colombiano enfrenta dos guerras diferentes y contradictorias: una contra la subversión y otra contra el narcotráfico

(Gutiérrez, 2006). A esto se agrega que los enemigos de la segunda —los narcos— han contribuido a engendrar una tercera guerra: la de los paras contra la subversión. Esta tercera guerra ha sido vista por una parte del Estado —y de la sociedad— como funcional a la primera guerra del Estado contra la subversión. De esa percepción de compatibilidad vienen las alianzas ilegales. Al ejército le sirven los paras en cuanto luchan contra la subversión, pero no en cuanto trafican. Pero esto último no ha impedido que los militares se involucren con los paramilitares.

El Estado no ha tenido ni la autonomía ni la fortaleza institucional suficiente —sobre todo en las regiones— para combatir las dos guerras indistintamente, y de esta manera evitar las alianzas ilegales con uno de sus enemigos. El problema con estas alianzas es que, en el mediano plazo, cuando se logra expulsar a la subversión, los vencedores no resultan concentrados en una sola fuerza —poderosa y estable en cabeza del Estado—, debido a que los enemigos de la otra guerra —el narcotráfico— continúan más fuertes que nunca. Esta ambigüedad del ejército frente al narcotráfico le resta autonomía y fortaleza institucional.

b) Fragmentación institucional

La fragmentación institucional es la otra cara de la fragmentación territorial. Así como la presencia del Estado cambia en las regiones, el Estado central cambia según los órganos o las funciones estatales de que se trate. Más allá de las tensiones internas propias de todos los Estados, en Colombia hay divergencias profundas en el interior del Estado sobre la manera como se conciben, se interpretan y se aplican las normas. Esto es particularmente notorio en los órganos encargados de mantener el orden público.

Colombia ha vivido la mayor parte de su historia bajo los rigores de la violencia. Este pasado sangriento ha incidido tanto en su estructura institucional como en su cultura jurídica. La prioridad del orden público en los asuntos de gobierno ha hecho sobrevalorar la participación de la fuerza pública en la dinámica institucional del Estado y ha desequilibrado el balance constitucional de las ramas del poder público. Entre 1970 y 1991 esta participación excesiva de la fuerza pública se manifestó a través del uso recurrente de los estados de excepción.³ Esta práctica tuvo dos consecuencias:

3 (N. del E.) Para una evaluación de los efectos del abuso de esta figura y una defensa de la necesidad del control judicial sobre las declaratorias de estado de excepción, consúltese el capítulo 10 (I-D) de esta compilación.

En primer lugar, la excepción propició el desvanecimiento de la frontera entre lo legal y lo ilegal, y por esta vía facilitó el salto hacia el no derecho, no solo de funcionarios del Estado, sino también de particulares. El Poder Ejecutivo y, de manera específica, el poder militar obtuvieron hasta mediados de los años ochenta concesiones excesivas que no se tradujeron en una mayor eficacia en el control de los grupos armados en pugna con el Estado. A medida que aumentaba la justicia penal de excepción, paradójicamente disminuía la capacidad para remediar el conflicto que dicha justicia estaba llamada a resolver. La justicia luchaba contra un enemigo que se fortalecía en la medida en que resultaba atacado. El crecimiento de la justicia de excepción resultaba desproporcionado en relación con los resultados obtenidos: mientras más crecía el aparato represivo más crecían el delito y el conflicto atacados.

En segundo lugar, la excepción constitucional fue nefasta para la congruación de una oposición política fuerte e institucionalizada en Colombia. En efecto, el estado de excepción fue la fórmula que las élites políticas colombianas idearon para enfrentar las protestas populares, muy frecuentes durante los años sesenta y setenta. Con esta fórmula se quiso evitar tanto la caída en el régimen militar como la democracia plena. [Y] así como la subversión fue interpretada por la izquierda como la salida ilegal necesaria a una democracia bloqueada, la guerra sucia fue interpretada por sus promotores como la salida ilegal necesaria a un régimen militar bloqueado.

Durante la última década del siglo XX, Colombia asiste a un proceso de fragmentación y deterioro institucional, desde mediados de los años ochenta, que de manera paulatina se desplaza de una situación en la cual predominaba la anormalidad constitucional como resultado de la cuasi-permanencia del estado de excepción, hacia la proliferación incontrolada —y en ocasiones auspiciada oficialmente— de grupos armados que proclaman su intención de sustituir al Estado en su función de administrar justicia. De una situación inicial, en la cual las élites nacionales pretendían consolidar un régimen político en la zona de frontera entre el constitucionalismo y el autoritarismo, se fue pasando a una situación en la cual el poder del Estado era incapaz de controlar la pugna entre los poderes armados; pugna en la que participaban sus propios agentes. De los intentos de constitucionalización del poder excepcional del Estado se pasó al debilitamiento del Estado constitucional y a su consecuente inclusión en una guerra de fracciones. La práctica de la excepción constitucional, en la frontera pseudoconstitucional, se convirtió en una práctica bélica, en el territorio de la guerra.

En lo transcurrido de la primera década de este siglo, el Estado ha logrado detener el avance regional que habían logrado guerrilleros y paramilitares. El ejército es hoy más eficaz que nunca. Sin embargo, la mayor presencia institucional del Estado es, sobre todo, una presencia militar. El proceso de construcción institucional en esos territorios apenas comienza.

En síntesis, lo sucedido en Colombia pone en evidencia la estrechez del espacio que hay entre la presencia bélica o meramente policiva del Estado y su ausencia; de la misma manera como, en los hechos, es estrecha la distancia entre el derecho penal de excepción y la caída en el abismo del no derecho.

c) *La justicia*

La justicia no puede ser ajena a la fragmentación del Estado y del territorio. Jueces hay en casi todas partes del territorio nacional. Sus funciones están claramente previstas en la ley; toman decisiones fundadas en códigos y están respaldados por toda una rama del poder público. Sin embargo, en la realidad, las cosas son más complicadas, sobre todo para los jueces que trabajan en zonas de conflicto armado. La precariedad del Estado en esos territorios afecta gravemente su trabajo. La presencia de actores armados representa una amenaza que resulta muy difícil de enfrentar para esos jueces. Los actores armados lo saben muy bien, y por eso les inquieta muy poco el hecho de que existan jueces en los territorios que dominan. Más aún, pocas veces acuden a las amenazas explícitas o directas contra los jueces para que se tomen las decisiones que les interesan. El contexto mismo de precariedad institucional y de conflicto armado es lo suficientemente peligroso para que los jueces —hay excepciones, claro— no intervengan en asuntos que ponen en riesgo sus vidas o las vidas de los miembros de su despacho.

Así las cosas, la presencia de actores armados no resulta incompatible, en la práctica, con el funcionamiento formal de la justicia. Cuando la guerrilla o los paras, o ambos, llegan a un pueblo, por lo general los despachos siguen atendiendo a la gente, y los jueces siguen tomando decisiones como si nada hubiese pasado. Sin embargo, el impacto que tiene la presencia de los actores armados sobre los despachos es dramático, y se nota en el tipo de decisiones que los jueces toman —y que no toman—, en el tipo de casos que entran al juzgado y, en general, en la actitud de los jueces de no interferir en los asuntos del conflicto.

4. Algunas conclusiones

Como fue dicho al inicio de este capítulo, el Estado en Europa no se formó de un momento a otro, sino a lo largo de muchos siglos. Durante la época del absolutismo se consiguió acabar con las guerras de religión y pacificar la sociedad; tres siglos más tarde, durante la época del liberalismo, se logró controlar la arbitrariedad estatal; un siglo después, bajo la presión de los movimientos sociales en favor del sufragio universal y de las luchas contra la pobreza y la desigualdad económica, se logró imponer una cierta igualdad social. En Colombia todavía existen problemas propios del siglo XVI, cuando la sociedad no había sido pacificada por el Estado; problemas propios del siglo XVII, cuando el Estado no había logrado controlar sus fronteras; problemas de democratización del Estado, propios del siglo XVIII, y, desde luego, problemas de igualdad social, propios del siglo XX.

¿Es posible conseguir estos objetivos al mismo tiempo? Muchos gobiernos latinoamericanos se han inclinado por responder de manera negativa a esta pregunta. La presencia de los regímenes militares y la normalización de los estados de excepción a lo largo de la historia latinoamericana son prueba de ello. Sin embargo, todo indica que esta no es una vía exitosa, y que, por lo menos hoy en día, el fortalecimiento de la capacidad institucional se consigue de manera más duradera y estable cuando está acompañado de la presión de la ciudadanía y de un autocontrol legal.

Dicho en términos más específicos, el fortalecimiento de la capacidad institucional para someter a los grupos ilegales debe estar acompañado del fortalecimiento de la capacidad estatal para proteger los derechos, permitir la participación ciudadana y mejorar las condiciones de vida de los más pobres. Como quien dice, el fortalecimiento del ejército debe ir de la mano con el fortalecimiento de la justicia y de la democracia. Más que un postulado ético, esta es una afirmación fáctica: es más fácil conseguir un fortalecimiento durable de la capacidad institucional cuando se hace con la participación del derecho —la justicia— y de la ciudadanía. Si esto es así, el fortalecimiento de la justicia en zonas de conflicto armado depende del fortalecimiento del resto del aparato estatal, y viceversa.⁴

4 (N. del E.) Es preciso advertir aquí, sin embargo, que razones de tipo práctico han llevado a Dejusticia a matizar con los años esta visión inicial sobre la necesidad de construir todo el edificio simultáneamente; visión inicial que, por ejemplo, se sostenía en García Villegas y Uprimny (2006) y Santos y García Villegas (2001), y que está también expuesta en el capítulo

Referencias

- Carré de Malberg, R. (1922). *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. Paris: Sirey.
- Castillo, C., García Villegas, M. y Rubiano, S. (2008). Estado y territorio en las regiones: estudio de casos. En García Villegas, M. (ed.). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado* (pp. 49-92). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). El control judicial de los estados de excepción en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 531-571). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- González, F., Bolívar, I. y Vásquez, T. (2003). *Violencia política en Colombia. De la nación fragmentada a la construcción del Estado*. Bogotá: Cinep.
- Gutiérrez, F. (2006). Estado, control territorial paramilitar y orden político en Colombia. En Gutiérrez, F., Wills, M. E. y Sánchez, G. (eds.). *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Jellinek, G. (1981). *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros.
- Leal Buitrago, F. (1984). *Estado y política en Colombia*. Bogotá: Siglo XXI.
- López-Alves, F. (2003). *La formación del Estado y la democracia en América Latina*. Bogotá: Norma.
- Mann, M. (2003). La crisis del Estado-Nación en América Latina. En *La crisis política colombiana*. Bogotá: Uniandes.
- Santos, B. de S. y García Villegas, M. (2001). Colombia: el revés del contrato social de la modernidad. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 11-83). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Tilly, C. (1990). *Coercion, Capital, and European States*. Oxford: Blackwell.

5 de esta compilación. Tal como se explica en el capítulo 6 (B) de esta compilación, en textos más recientes se ha planteado que si bien dicha construcción simultánea viene a ser la más deseable desde el punto de vista de la axiología constitucional, ella puede ser inviable en contextos o territorios dominados por actores armados, pues en tales casos parece imprescindible obtener primero unos ciertos niveles de eficacia. Esta última postura se desarrolla largamente en García Villegas y Espinosa (2013).

B. Los desafíos del *apartheid* institucional

Mauricio García Villegas y Jose Rafael Espinosa (2013)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf

Las instituciones políticas en América Latina poseen una realidad social e institucional que dista mucho del modelo institucional europeo del cual, en buena medida, son herederas. De allí, en parte, deriva la clásica situación de desencuentro entre postulados normativos y realidades sociales que caracteriza la vida institucional colombiana desde tiempos inmemoriales. Cada uno de sus tres rasgos característicos, es decir, la eficacia, la legitimidad y la legalidad, presenta marcadas deficiencias, de tal manera que, por ejemplo, la eficacia del Estado no siempre se consigue de forma legítima y, en ocasiones, el Estado legítimo es incapaz de imponerse ante los individuos y los grupos poderosos, legales o ilegales. Estas situaciones son particularmente notorias en ciertos espacios territoriales, generalmente (no exclusivamente) ubicados en la periferia del territorio nacional.¹

1 (N. del E.) Para una mirada más empírica de la relación entre justicia y territorio, pueden verse los capítulos 9 (III) y 18 (B) de esta compilación: mientras que el primero de estos propone un índice de desempeño de la justicia local, el segundo ofrece algunas recomendaciones para fortalecer la justicia local. En cuanto a la relación entre geografía y debilidad institucional en general, puede consultarse García Villegas, García Sánchez, Rodríguez Raga, Revelo Rebolledo y Espinosa (2011). Es preciso advertir, además, que las reflexiones sobre este tema son casi inescindibles del estudio sobre la relación entre justicia y guerra, teniendo en cuenta que las situaciones de conflicto armado con enorme frecuencia impiden la consolidación del *imperium* estatal. Al respecto véanse García Villegas (2008); García Villegas, Espinosa y Jiménez

[Aquí proponemos] una visión constructivista de las instituciones apartada, no solo de las miradas idealistas que reducen dichas instituciones a imágenes o a formas jurídicas, sino también de las visiones materialistas que reducen el derecho a las fuerzas económicas y a la dominación, desconociendo así la relativa autonomía de las formas y de la racionalidad jurídica. Teniendo en cuenta esta visión constructivista, escalonada y pragmática de las instituciones estatales, en este capítulo [...] tratamos de responder la siguiente pregunta: ¿cómo abordar, desde las políticas públicas, el enorme desafío que implica integrar las zonas de *apartheid* institucional² al territorio del Estado social de derecho en donde el derecho al amparo institucional sea protegido?;³ ¿qué camino tomar para responder a este desafío?

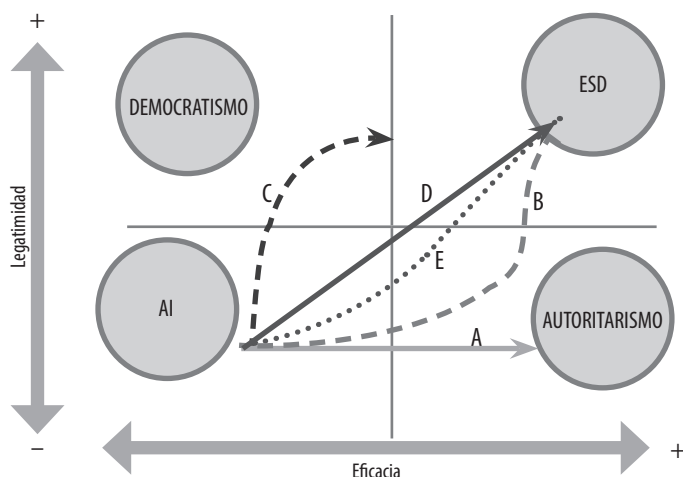
Para responder a estas preguntas partimos de los tres objetivos del Estado [...]: la eficacia, la legalidad y la legitimidad. Dado que la legitimidad propia del Estado constitucional se obtiene a través de la legalidad y de la protección de los derechos, aquí proponemos el concepto de “legatimidad”, que involucra y articula ambos propósitos (legalidad y legitimidad). Suponemos entonces que el Estado constitucional, o más precisamente del Estado social de derecho,

nez Ángel (2013) y Uprimny (2005), así como el capítulo 5 de esta compilación.

2 (N. del E.) Como explican los autores en el texto original: “La palabra *apartheid* tiene un fuerte significado discriminatorio y esto se debe a que con ella se designaba una política de segregación racial que tuvo lugar en Sudáfrica hasta los primeros años de la década de los noventa del siglo pasado. Mediante esta política, implantada por los colonizadores ingleses y holandeses, se dividió a la población en categorías raciales y se crearon regímenes separados de garantía de derechos en función de esas categorías, siempre bajo el predominio de la raza blanca sobre las demás. Aquí se utiliza esa misma palabra para designar un fenómeno muy diferente pero con resultados discriminatorios similares. El fenómeno es el abandono institucional de grandes porciones del territorio nacional, [...]. El resultado es la segregación de las poblaciones que allí viven por la falta de instituciones. Si en Suráfrica existía una segregación fundada en la prevalencia de una raza, en Colombia existe una segregación fundada en la prevalencia de unos territorios sobre otros” (p. 12).

3 (N. del E.) En el texto del que provienen estos extractos, se argumenta que las poblaciones que viven en los territorios de *apartheid* institucional bien podrían invocar la violación de lo que ellos llaman el “derecho al amparo institucional”. En efecto, según plantean los autores, los pobladores de estos territorios “[...] carecen de aquello que Hannah Arendt llamaba el ‘derecho a tener derechos’, es decir, del derecho a vivir en una comunidad política en donde se reconozcan y protejan tales derechos. Arendt tenía en mente la situación en la cual se encuentran las víctimas de los Estados totalitarios. Sin embargo, la vulnerabilidad que caracteriza la ausencia del derecho a tener derechos también ocurre cuando no hay institucionalidad o esta es capturada por actores ilegales. La dignidad y los demás derechos están en peligro cuando el Estado es demasiado fuerte o demasiado débil; cuando el Estado adquiere visos totalitarios o cuando pierde su capacidad para hacer valer los derechos” (pp. 11 y 12).

Tipos de instituciones



persigue dos objetivos fundamentales e interdependientes: 1) la eficacia y 2) la “legitimidad”.⁴

Cada uno de los dos ejes [de la gráfica] (horizontal y vertical) representa, a manera de un *continuum* (de menos a más), los dos objetivos mencionados. A partir de estos dos ejes se pueden distribuir y contrastar casos posibles y significativos de instituciones estatales.

La gráfica muestra la existencia de una amplia variedad de casos que van desde la debilidad institucional extrema hasta el autoritarismo estatal extremo, pasando por el Estado social de derecho (ESD), el cual posee una especie de fortaleza contenida. Esta gráfica también ilustra [que] la vulnerabilidad de amplios sectores de la población se puede originar no solo en el exceso de poder estatal sino también en su déficit; el Estado constitucional es, no sobra repetirlo, un poder eficaz y contenido a la vez.

El caso ideal está representado por el extremo superior derecho, en donde existe un máximo de ambas variables. Allí se encuentra el ESD, con un grado mayor de eficacia y de “legitimidad”.

En el polo opuesto, es decir en el extremo inferior izquierdo, encontramos la situación contraria al ESD, es decir una institucionalidad extremadamente débil y con poca “legitimidad”. Lo que aquí hemos definido como *apartheid*

⁴ Sin embargo, no sobra aclarar que, analíticamente, legalidad y legitimidad son cosas distintas. Al respecto véase Bobbio (2005) y Ost y van de Kerchove (2001).

institucional se sitúa en este punto, el cual representa una situación de vulnerabilidad y de discriminación de la población. Ahora bien, no todo lo que se sitúa en este punto de precariedad extrema puede ser caracterizado como un *apartheid* institucional y ello debido a que no toda debilidad institucional implica un grado severo de discriminación. Sin embargo, en el caso colombiano esta debilidad se suele caracterizar por este fenómeno de segregación.

Los dos casos intermedios se explican de la siguiente manera: el primero, en el extremo superior izquierdo, combina un máximo de “legitimidad” con un mínimo de eficacia. Esta situación es más teórica que real, dado que es difícil concebir (salvo quizás en una visión próxima al anarquismo) una sociedad sometida a un Estado nominal (que no tiene poder) y en donde no obstante las cosas se hacen de manera legal y legítima. Por último, en el extremo inferior derecho encontramos la institucionalidad autoritaria, en donde se combina un ejercicio máximo de poder con una “legitimidad” mínima. Este tipo de Estado logra pacificar el territorio e impone un orden, con lo cual se garantizan ciertos derechos, pero ello lo hace sin legitimidad y sin legalidad. Muchos intentos por llevar el Estado a la periferia en Colombia se han reducido a la creación de este tipo de Estado.⁵

No sobra agregar que estos son casos extremos y que, como lo muestra la gráfica, es posible imaginar casos intermedios (de hecho, la versión latinoamericana y urbana del ESD, en términos muy generales, se podría ubicar en el cuadrante superior derecho, pero en un punto cercano al centro de la gráfica). También es importante señalar que no siempre es fácil identificar espacialmente cada uno de los casos. Aquí hemos dicho que el *apartheid* institucional es un fenómeno común sobre todo en la periferia geográfica del país. Sin embargo, no hay que desconocer la existencia de este fenómeno en las ciudades, en los barrios marginados y también en zonas rurales incrustadas en territorios en donde el Estado social de derecho es relativamente fuerte y que podríamos denominar periferias internas.

Adicionalmente, es importante señalar que el *apartheid* institucional no siempre es aparente y fácil de detectar. Hay casos en los cuales, la legalidad e incluso cierta legitimidad se obtienen en territorios en donde las instituciones han sido capturadas o cooptadas por los actores armados o ilegales. Este es el caso del Estado mafioso, el cual no solo adopta el ropaje de la legalidad, sino que

5 Véase un texto en el que recogemos evaluaciones críticas del Plan Nacional de Consolidación que se adelanta actualmente en Colombia (García Villegas y Espinosa, 2012).

defiende y opera con el derecho, pero desvirtuando su sentido e instrumentalizando la legalidad a favor de la ilegalidad. Es posible incluso que en estos casos se obtenga el asentimiento de las poblaciones que allí viven. Aquí estamos en presencia de un Estado ajeno al orden constitucional, que no obstante sigue todas sus formas jurídicas y sus rutinas, y que esconde una situación de captura institucional que conlleva una dominación y una opresión quizás peores que la del mismo Estado autoritario.

Volvamos entonces a la pregunta con la que iniciamos este capítulo [...]. ¿Cómo pasar del Estado de apartheid institucional al ESD?

Al respecto, hemos identificado cinco caminos, cada uno de ellos representado por una línea que une la situación de extrema debilidad institucional con la del ESD. El primero de ellos, el camino A (línea gris y continua), es el defendido por los regímenes militares en Colombia y América Latina y concibe el desafío constitucional como una tarea que empieza y termina por la pacificación del territorio, como imposición del orden, sin “legitimidad”. Este camino no solo es inaceptable desde el punto de vista ético y de los derechos (al sacrificar los derechos de una parte de la población para mejorar la condición del resto de la sociedad), sino también desde el punto de vista empírico. La experiencia muestra que no hay ninguna garantía de que esta vía tenga éxito. Tal vez es lo contrario, la imposición de la fuerza sin derechos humanos, sin democracia y sin control parece, al menos en América Latina, reproducir la violencia y la debilidad institucional más que otra cosa.

El segundo camino, el B (en gris segmentado), se propone alcanzar ambos objetivos del ESD pero a partir de una lógica secuencial, en donde lo primero es la eficacia. Este camino considera que lo primero que hay que hacer es pacificar el territorio (expulsar o doblegar a los enemigos) y luego, solo luego, cuando este objetivo se haya logrado, preocuparse por la legalidad y la legitimidad del Estado. El Plan Nacional de Consolidación Territorial, adoptado por el Gobierno nacional, parece haber adoptado este modelo (García Villegas y Espinosa, 2012; Palou, 2011). Una vez se haya alcanzado la pacificación del territorio, se produce una etapa de transición del Gobierno militar al civil, en el que prevalece la protección al ciudadano, para luego, finalmente, cuando se haya consolidado la protección al ciudadano, pasar al tercer escalón de estabilización en el que se consolida el desarrollo económico, social e institucional.

Aunque la vía B resulta atractiva desde un punto de vista militar y de la consecución del orden, ha demostrado ser inconducente y, peor aún, contraproducente para la creación de un ESD pues en muchas ocasiones esa

primera etapa de predominio militar se traduce en graves violaciones de derechos humanos.

El tercer camino, es decir el C, se origina en una lógica contraria a las dos anteriores. En lugar de priorizar la eficacia, enfatiza la “legitimidad”. Su idea consiste en introducir reformas institucionales dotadas de una evidente legitimidad, en entornos sociales de crisis institucional, con la esperanza de que el apoyo popular resultante de tales reformas y su legitimidad intrínseca sirvan para fortalecer las instituciones estatales. Esta perspectiva inspiró algunos de los diseños consagrados en la Constitución de 1991, en particular aquellos relacionados con la descentralización y los mecanismos de participación política. Este camino es una especie de “democratismo”, según el cual bastan las rutinas democráticas para conseguir un Estado social de derecho. Se suponía entonces que la legitimidad democrática podía remediar, con el paso del tiempo y con la ayuda de la movilización popular, las carencias de la capacidad institucional. Sin embargo, luego de más de veinte años de implementación de la Constitución, hoy son evidentes los límites e incluso los peligros de esta vía. No solo es muy probable que la “legitimidad” no jalone la eficacia en estas zonas, sino que, peor aún, las nuevas instituciones democráticas sean capturadas y corrompidas por organizaciones delincuenciales (García Villegas y Revelo Rebolledo, 2010; López, 2010). Aquí vale la célebre afirmación de Albert Hirschman según la cual no todas las cosas buenas vienen juntas (*not all good things come together*) (1977).

El cuarto camino, el D (línea continua), supone que es posible construir simultáneamente los tres pisos del edificio del ESD, lo cual es, como lo hemos dicho en repetidas ocasiones, el camino adecuado desde el punto de vista de la axiología constitucional (García Villegas y Uprimny, 1999). En la práctica, sin embargo, las cosas son más difíciles. Este camino es factible en aquellos territorios en los cuales el Estado es más nominal que efectivo y en donde, al llegar, no tiene la competencia de otro actor armado. ¿Pero qué ocurre cuando el Estado se encuentra con un territorio ocupado por un actor armado que impone su ley a los habitantes? En estos casos, la primera tarea estatal consiste en la expulsión militar de los actores armados que ocupan la zona. ¿Cómo lograr que las operaciones militares se hagan dentro del marco constitucional?

Quizás la respuesta a esta pregunta sea un quinto camino, que aquí denominamos E, el cual reconoce la necesidad práctica de una cierta secuencialidad entre los dos objetivos perseguidos (eficacia y legalidad / legitimidad), pero condiciona tal hecho a la presencia efectiva del sistema judicial en esa transición. Hemos dicho más atrás que en Colombia estamos obligados a conseguir

los tres rasgos del ESD al mismo tiempo. Este es un ideal normativo que debe ser mantenido. No obstante, en la práctica, la concomitancia plena es, con mucha frecuencia, un propósito difícil de lograr. Ello se debe a que existe una cierta condicionalidad entre estos factores.⁶ El camino E intenta responder a esta dificultad. Exige que la acción militar destinada a la reducción de los actores armados del territorio esté acompañada por un control judicial fuerte, encaminado a la protección de los derechos fundamentales de quienes habitan el territorio en donde tienen lugar las operaciones militares. Algunos aspectos del objetivo restante (“legitimidad”), como por ejemplo, la participación ciudadana, la inversión social o el ejercicio de la democracia representativa, podrían diferirse temporalmente pero siempre bajo la vigilancia y el control del sistema judicial. En este sentido, el camino E es una especie de estado de excepción delimitado de manera espacial y, también, por supuesto, delimitado en el tiempo.⁷

El reto consiste, entonces, en pensar en políticas públicas innovadoras que logren encadenar de la mejor manera posible los dos objetivos del Estado social de derecho durante el proceso de transición. El aparato de justicia puede servir como garante y como articulador de estos dos objetivos en lugares ocupados por actores armados. Es posible diseñar políticas judiciales *ad hoc* (unidades especiales de Fiscalía, jueces *ad hoc*, por ejemplo) que logren dar cuenta de las particularidades (sociales, militares) de esos lugares y que, por eso mismo, permitan lograr una transición que optimice los elementos del Estado social de derecho, y que a la vez garantice la transparencia y la eficacia del sistema de justicia. Pero el diseño de esas políticas públicas es un tema delicado y difícil que merece un estudio aparte.

6 Puede haber un Estado eficaz (aquí adoptamos un concepto mínimo, casi hobbesiano de eficacia, y, en consecuencia, no nos referimos a eficacia de tipo administrativo o gubernamental) que no sea legítimo ni legal, y puede incluso haber un Estado legal con deficiencias en términos de legitimidad, pero no es posible encontrar una situación en la cual existan democracia y legalidad sin Estado eficaz. Puede haber, eso sí, carencia de todos los elementos: en territorios dominados por actores armados que desafían al Estado no es posible hablar de democratización o de protección de derechos. Alguien podría afirmar que los actores armados, cuando imponen el orden y la seguridad, están garantizando derechos; sin embargo, nosotros descartamos esa posibilidad y sostenemos que no se puede garantizar un derecho por medios ilegales.

7 (N. del E.) La postura de Dejusticia sobre la mejor manera de construir este edificio ha variado con el tiempo; ya que, como lo evidencia el capítulo 5 de esta compilación, hace algunos años se defendía –casi sin salvedades– la necesidad de construir todos los pisos del edificio de manera simultánea (camino D).

Referencias

- Bobbio, N. (2005). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.
- García Villegas, M. (ed.). (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2012). Incorporación institucional de la periferia en Colombia: descentralización, regalías y el Plan Nacional de Consolidación. En serie Documentos de discusión 9. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.245.pdf
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M., Espinosa, J. R. y Jiménez Ángel, F. (2013). *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia*. Documentos 5. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.590.pdf
- García Villegas, M., García Sánchez, M., Rodríguez Raga, J. C., Revelo Rebolledo, J. E. y Espinosa, J. R. (2011). *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.246.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (1999). El nudo gordiano de la justicia y de la guerra en Colombia. En Camacho, Á. y Leal Buitrago, F. *Armar la paz es desarmar la guerra*. Bogotá: IEPRI, Cerec, Fescol.
- Hirschman, A. O. (1977). *Salida, voz y lealtad. Respuesta al deterioro de empresas, organizaciones y Estados*. México: FCE.
- López, C. (2010). *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Corporación Nuevo Arcoiris, Congreso Visible, Dejusticia, Grupo Método y MOE.
- Ost, F. y van de Kerchove, M. (2001). *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- Palou, J. C. (2011). *Balance de la política de consolidación a partir del estudio de cuatro regiones intervenidas*. Presentado en “La política de consolidación territorial del Estado colombiano: evolución, desafíos, obstáculos y potencialidades”.
- Uprimny, R. (2005). Acceso a la justicia: entre la justicia protagónica y rutinaria. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

PARTE 2

ACCESO, PROBLEMAS DE DISEÑO
Y AMENAZAS A LA JUSTICIA

	INTRODUCCIÓN	180
	Justicia rutinaria y protagonista: una caracterización de la justicia colombiana Rodrigo Uprimny Yepes	181
Capítulo 7	LA CIUDADANÍA FRENTE A LA JUSTICIA	192
	I. ACCESO A LA JUSTICIA	193
	A. Las cifras del acceso y la cobertura judicial Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	194
	B. Necesidades jurídicas insatisfechas según grupo poblacional Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde Ordóñez, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	202
	C. Estudio de caso: el acceso efectivo a la justicia de las mujeres víctimas del conflicto armado Diana Esther Guzmán y Sylvia Prieto Dávila	220
	II. LA EVOLUCIÓN DE LA PERCEPCIÓN SOBRE EL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO	235
	A. La percepción ciudadana de fines de la década de los noventa Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	236
	B. La percepción ciudadana en la segunda década del siglo XXI Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde Ordóñez, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	241
Capítulo 8	PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA	250
	A. La gestión del sector jurisdiccional de la Rama Judicial Rodrigo Uprimny Yepes y Carolina Villadiego Burbano	251
	B. Problemas de rendición de cuentas y gestión de recursos en el sistema judicial Miguel Emilio La Rota, Carolina Bernal Uribe, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	259
	C. La impermeabilidad del sistema judicial y las fallas en el diseño institucional del Consejo Superior de la Judicatura Miguel Emilio La Rota	277
	D. Independencia orgánica de la Rama Judicial y nominación de los magistrados de las altas Cortes Sebastián Lalinde Ordóñez	285

Capítulo 9	AMENAZAS A LA JUSTICIA	296
	I. CAPTURA DE LA JUSTICIA	297
	A. Amenazas a la independencia del Consejo Superior de la Judicatura durante el Gobierno Uribe Vélez	298
	Javier Eduardo Revelo Rebolledo	
	B. Captura y resistencia en la Rama Judicial	309
	Javier Eduardo Revelo Rebolledo	
	II. PRESENCIA DISPAR DEL ESTADO EN EL TERRITORIO	327
	El desempeño de la justicia local y el <i>apartheid</i> institucional	328
	Mauricio García Villegas y Jose Rafael Espinosa	
	III. IMPACTOS DE LA GUERRA SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA	351
	A. Relato: “Y yo con esas ganas de ser juez”	352
	Mauricio García Villegas	
	B. Relato: La justicia en medio de la guerra	363
	Mauricio García Villegas	

INTRODUCCIÓN

Justicia rutinaria y protagónica: una caracterización de la justicia colombiana

Rodrigo Uprimny Yepes (2008)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. (2008). Sistema judicial y profundización de la democracia en Colombia: una propuesta metodológica para interpretar el sistema judicial colombiano y sus necesarias y posibles reformas desde una perspectiva de derechos humanos. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

La situación del sistema judicial colombiano es paradójica, pues aunque este se encuentra en una crisis profunda, no es posible, sin embargo, hablar de su colapso. Es más, el sistema judicial colombiano tiene ciertas potencialidades que podrían permitir la profundización de la democracia. Por eso, definiendo una tesis intermedia o gris según la cual, el sistema judicial colombiano se ubica entre el mundo ideal [...] y el infierno con el que tradicionalmente se asocia dicho sistema. Esto porque, si bien el sistema judicial colombiano se encuentra en una crisis profunda, no ha colapsado y es protagónico y eficaz en ciertos aspectos.¹

Por lo anterior, entonces, caracterizar el estado de la justicia en Colombia en un solo sentido no es un asunto fácil. Para algunos, durante los últimos años, el sistema de justicia ha tenido un desarrollo sin precedentes, lo que ha permitido que gran número de ciudadanos puedan acceder a la justicia de manera sencilla y ágil. Sin embargo, para otros, el sistema de justicia es todavía un aparato deficiente, que no ha podido superar los enormes problemas de acceso, congestión e impunidad que lo aquejan desde hace varios años. ¿Cómo pueden

1 (N. del E.) Este diagnóstico paradójico de la justicia colombiana, tal como consta en la parte cuatro de esta compilación, debe llevarnos a descartar la idea de realizar una reforma que apunte al desmonte total del actual aparato de justicia. Esta misma idea ha sido planteada en Uprimny (2004) o en artículos como "Los tres rasgos de la justicia democrática" (García Villegas, 2012) y "Las crisis de la justicia en Colombia" (Sánchez, 2013).

dos análisis tan distintos ser parte de la misma realidad? ¿Cuál de ellos verdaderamente caracteriza la realidad del acceso al sistema de justicia en Colombia?

Para responder a estas preguntas, la tesis que pretendo sostener es simple. Ambas caracterizaciones del acceso a la justicia en Colombia son verdaderas porque se refieren a dos categorías de la justicia distintas: una que denominaré “protagónica” y la otra “rutinaria”.² Para desarrollar esta tesis, primero precisaré las distinciones entre uno y otro tipo de justicia; segundo, mostraré los avances que la justicia protagónica ha traído para el acceso a la justicia; tercero, señalaré los persistentes problemas de acceso que enfrenta la justicia rutinaria; cuarto, haré una presentación de las posibles relaciones entre las dos justicias, para, finalmente, extraer algunas conclusiones sobre el acceso a la justicia en Colombia.

Por justicia protagónica entiendo aquella de gran visibilidad en los debates públicos y de alto impacto en la vida económica, política o social del país. En Colombia, la justicia protagónica ha estado ligada a la justicia constitucional por medio de la cual la Corte Constitucional ha terminado por pronunciarse sobre temas cruciales para el país.

Por justicia rutinaria haré referencia a aquella destinada a resolver los conflictos más cotidianos del ciudadano. No quiere esto decir que se trate de una justicia menos importante; paradójicamente, es la que más impacta al común de la gente aunque no tenga mayor discusión pública. En Colombia, esta justicia se identifica con la justicia ordinaria, encargada de resolver los conflictos civiles, penales y laborales.

Evidentemente, esta distinción no es tajante. Existen casos que empezaron como rutinarios y que posteriormente han adquirido un matiz protagónico. O viceversa, existen casos que en principio surgieron como protagónicos y que poco a poco fueron rutinizándose. Tal fue el caso de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a medicamentos y operaciones para enfermedades de alto costo. Los primeros casos fueron considerados como un importante logro en la realización de los derechos sociales, especialmente del derecho a la salud. Sin embargo, en la medida en que la normatividad para acceder a este

2 (N. del E.) Esta distinción entre categorías de justicia es empleada en buena parte de los textos de esta compilación, no solo para hablar de las formas en que cada justicia se ha enfrentado a los intentos de captura institucional (capítulo 9-I), sino al estudiar el funcionamiento específico de cada una de estas justicias (parte tres). Para un estudio mucho más profundo de las características históricas de la justicia colombiana, sus transformaciones recientes y su situación paradójica, consúltense García Villegas, Rodríguez Garavito y Uprimny (2006); Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2003).

tipo de medicamentos no fue cambiada y las entidades administradoras del servicio de salud rechazaban sistemáticamente los servicios de salud requeridos, los usuarios del sistema tuvieron que acudir cada vez con más frecuencia a la acción de tutela para acceder a su derecho, al punto que este mecanismo se convirtió en un paso casi obligado para acceder al servicio, lo que condujo además al congestionamiento del sistema de justicia.

A pesar de [lo anterior], la distinción entre justicia protagónica y rutinaria sigue siendo útil para explicar las diversas caracterizaciones del acceso al sistema de justicia en Colombia. Si nos atenemos a esta distinción, es posible evidenciar rasgos muy positivos en el acceso a la justicia protagónica y otros muy deficientes en la justicia rutinaria, lo cual pasaré a explicar a continuación.

1. Algunos avances en el acceso a la justicia en Colombia a través de la justicia protagónica³

La justicia protagónica constitucional ha ejercido un impacto muy positivo en el acceso a la justicia en Colombia. Este avance ha sido posible gracias a la consagración de acciones constitucionales fácilmente accesibles y ágiles, como la acción de tutela. Esta acción permite reclamar ante los jueces la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando estos han sido violados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, siempre que esté encargado de la prestación de un servicio público o respecto del cual el accionante se encuentre en estado de indefensión. El procedimiento es preferente y sumario, y debe ser resuelto en un término improrrogable de diez días hábiles, luego del cual, el juez emite una orden para que el demandado actúe o se abstenga de hacerlo, la cual es de obligatorio cumplimiento. Esta acción no requiere de abogado ni de formalidad alguna, y procede ante la inexistencia de otro medio de defensa judicial, excepto cuando se utiliza como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A través de esta acción, gran número de personas han logrado la garantía plena y eficaz de sus derechos fundamentales. Así por ejemplo, minorías tradicionalmente discriminadas como los homosexuales (sentencias T-097/94, C-507/99, T-100/98 y C-481/98) y poblaciones que se encontraban en situación de debilidad manifiesta como los reclusos (sentencia T-153/98) o la

3 (N. del E.) Sobre los avances de la justicia protagónica pueden verse también García Villegas y Uprimny (2004), Rodríguez Garavito (2011), Rodríguez Garavito y Rodríguez (2010), y los capítulos 2 (B) y 10 de esta compilación.

población desplazada por el conflicto armado (sentencia T-025/04), han accedido al sistema de justicia logrando una respuesta positiva a sus reclamos.

En las relaciones entre particulares, la tutela ha sido fundamental para que los niños abandonados o víctimas del maltrato o de sus padres puedan acceder a sus derechos (sentencias T-128/94 y T-205/94), para que las estudiantes no sean expulsadas cuando se encuentran en estado de embarazo (sentencias T-079/94, T-211/95, T-290/96, T-412/99, T-1531/00, T-1101/00, T-772/00 y T-683/02) o cuando no se cortan el cabello o usan maquillaje (sentencias T-239/00, T-889/00 y T-037/02). En este ámbito, la tutela también ha protegido a los ancianos (sentencia T-036/95) y a los enfermos de SIDA (sentencias T-849/01, T-843/04) de la desidia del Estado.

De la misma manera, la tutela ha contribuido a la garantía de los derechos sociales. Así, la Corte ha protegido el derecho a la salud, la seguridad social y el mínimo vital en numerosos casos. En dichas decisiones, la Corte ha ordenado la entrega de medicinas, la realización de tratamientos quirúrgicos, el desembolso efectivo de pensiones de vejez y el reintegro de trabajadores. Esta jurisprudencia representa casi el 30 % del total de tutela en el país. Igualmente, aunque por vía del control abstracto de constitucionalidad, la Corte ha tomado decisiones trascendentales para el manejo económico. Por ejemplo, ha anulado leyes que extendían el impuesto al valor agregado (IVA) a productos de primera necesidad (sentencia C-776/03), ha ordenado la indexación parcial de los salarios de los servidores públicos (sentencias C-1433/00, C-1064/01 y C-1017/03), ha extendido ciertos beneficios pensionales a determinados grupos poblacionales al considerar que la restricción desconocía el principio de igualdad (sentencia C-409/94) y ha declarado la inconstitucionalidad de los elementos esenciales del sistema de financiamiento de vivienda UPAC por considerarlo inequitativo (sentencias C-383/99, C-700/99 y C-747/99).

La sencillez, agilidad y eficacia de la acción de tutela permiten explicar su popularidad y el incremento en su demanda. De 20.000 acciones de tutela interpuestas en 1993, se pasó a un poco más de 198.000 en 2004, lo que significa que en once años se multiplicó en casi diez veces.⁴ Este es un indicador muy positivo en el acceso de los ciudadanos a una justicia pronta y efectiva para la protección de sus derechos fundamentales.⁵

4 (N. del E.) La cifra ha seguido creciendo, pues en el 2013 se llegó a las 628.030 acciones de tutela interpuestas, siendo esta última una cifra sin precedentes que equivale a casi el 26 % del total de procesos ingresados en todo el Poder Jurisdiccional (Consejo Superior de la Judicatura, 2014).

5 (N. del E.) En otro texto, también inédito, Rodrigo Uprimny (2005) explica cuáles fueron los

2. Las deficiencias de la justicia rutinaria en Colombia⁶

La justicia rutinaria, en cambio, mantiene serios problemas de acceso, congestión, selectividad e impunidad.

En Colombia subsisten problemas importantes en el acceso a la justicia. De acuerdo con la pirámide de litigiosidad⁷ urbana que analiza la demanda efectiva, la demanda presentada, la globalmente atendida y la satisfactoriamente aceptada, sobre la base de la demanda de conflictos potenciales, el porcentaje de demandas que logran acceder al sistema de justicia sin ningún tipo de obstáculos (demanda satisfactoriamente aceptada) es de apenas un 37 %. Esto quiere decir que un 63 % de las demandas no lograron acceder, ya sea porque prefirieron otras formas de solución, o porque acudieron a la justicia pero desistieron por los obstáculos percibidos, o porque aunque insistieron en la demanda no se les atendió, o porque aunque se les atendió y accedieron al sistema lo hicieron con dificultad.

Subsisten también problemas graves de congestión. En la justicia civil el número de procesos anuales represados, si bien tiende a la baja, aún es considerable. En el año 2004, cerca de 41.500 procesos estaban represados.⁸

La justicia rutinaria enfrenta, además, problemas de inequidad y selectividad. De un lado, en la justicia penal, algunos estudios han mostrado que en Colombia la posibilidad de que un acusado representado por un abogado de

principales factores normativos y sociológicos que dinamizaron el protagonismo de ciertas parcelas de la justicia, como la creación de herramientas sencillas y ágiles de protección de derechos, o la forma innovadora en que la Corte Constitucional ha interpretado la Constitución. Sin embargo, allí mismo expone los límites o riesgos de la justicia protagónica, como su poco impacto ante situaciones complejas, la posible invasión de competencias frente a otros órganos estatales y, sobre todo, la forma en que su protagonismo ha creado una cortina de humo frente a los problemas de la justicia ordinaria.

6 (N. del E.) Sobre las deficiencias de la justicia rutinaria, consúltense igualmente García Villegas y Espinosa (2013) y La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora y Uprimny (2014), así como los capítulos 7, 8, 11, 12 y 14 de esta compilación. En particular, según Uprimny (2005), otro de los más graves problemas que aquejan a este tipo de justicia tiene que ver con los obstáculos con que se encuentran los jueces para impartir justicia en las zonas de conflicto armado. Sobre este último punto véase García Villegas (2008) y el capítulo 9 (III) de esta compilación.

7 (N. del E.) El concepto de “pirámide de la litigiosidad”, que se remonta a Santos (2001), se encuentra más claramente explicado en el estudio preliminar y en el capítulo 7 (I-A y B) de esta compilación. Una reformulación de los componentes y peldaños de esta pirámide puede encontrarse en La Rota *et al.* (2014, pp. 158 y ss.).

8 (N. del E.) Aunque se ha presentado una disminución significativa de los inventarios acumulados en la jurisdicción ordinaria, para finales de 2013 estos inventarios seguían siendo de más de 1'420.000 procesos; más del 40 % de los cuales pertenecen a la especialidad civil (Consejo Superior de la Judicatura, 2014).

oficio sea condenado es 80 % mayor que la de un acusado representado por un abogado privado. De otro lado, en la justicia civil, buena parte de sus esfuerzos están dedicados al trámite de procesos ejecutivos los cuales representan el 70 % del total de casos que ingresan a la jurisdicción.⁹ En estos casos, gran parte de los demandantes son entidades financieras que persiguen el cobro de obligaciones crediticias a personas naturales y que, en la inmensa mayoría de los casos, obtienen decisiones favorables. Estas cifras muestran que una parte importante del trabajo de la justicia civil está alejado del clásico modelo adjudicativo en donde el juez asigna un derecho en disputa, y que, más bien, se ha convertido en una instancia de cobro mecánico de deudas.

A lo anterior se suman problemas de impunidad en el campo penal. Si bien no existe unanimidad en las cifras, las cuales varían entre el 26 y el 99 %, existen datos que permiten dar cuenta de este fenómeno. Así, algunas investigaciones han señalado que, en los años noventa, la justicia penal colombiana dejó de investigar dos de cada tres homicidios cometidos en el país. En los casos investigados, las condenas nunca superaron el 7 %. En consecuencia, alrededor de un 95 % de las muertes violentas queda sin resolverse, y la probabilidad de que un homicidio sea sancionado en Colombia pasó del 11 % en los años sesenta, al 14 % en la década de los noventa (Rubio, 2001, pp. 490, 516-17).¹⁰

A pesar de las enormes deficiencias existentes en la justicia rutinaria, se han dado algunos avances. En la justicia rutinaria no judicial —y con el fin de mejorar el acceso y reducir la congestión—, desde hace algunos años existe un esfuerzo importante por implementar y fortalecer un sistema de justicia comunitaria destinado a resolver conflictos menores en la sociedad. En el mismo sentido, existe un esfuerzo significativo por diversificar el acceso a la justicia a través de la implantación de las llamadas “casas de justicia”.¹¹

9 (N. del E.) Las tendencias de la justicia civil se mantienen hasta la actualidad. En 2010, por ejemplo, los procesos ejecutivos de mínima y menor cuantía constituían el 75 % de los procesos que se tramitaban ante la justicia civil (Consejo Privado de Competitividad, 2014, p. 193). Y en 2014, el 63,74 % de los ingresos efectivos de los juzgados civiles municipales correspondió a procesos ejecutivos (Consejo Superior de la Judicatura, 2015, p. 183).

10 (N. del E.) Como se anunciaba en el estudio preliminar, la capacidad del sistema penal para investigar y juzgar delitos complejos ha sido (y es) muy deficiente; y ese dato se refleja en las bajísimas tasas de imputación de algunos de esos delitos: 5 % para el acceso carnal violento o abusivo, 0,1 % para las amenazas y 2 % para los delitos contra el derecho internacional humanitario —salvo los homicidios contra persona protegida— (La Rota y Bernal Uribe, 2014, p. 37). Al respecto véanse los capítulos 11 (A) y 11 (G) de esta compilación.

11 (N. del E.) Sobre las dificultades que ha atravesado la implementación de las casas de justicia en Colombia, véase el capítulo 16 (C) de esta compilación.

Esfuerzos semejantes se han dado en la justicia rutinaria judicial. Así por ejemplo, la carrera judicial se ha extendido para la mayoría de cargos judiciales, brindando a los jueces mayor autonomía y seguridad jurídica en sus cargos. Desde 1994, el Consejo Superior de la Judicatura ha desarrollado cuatro procesos de selección para jueces, y varios concursos a fin de suplir cargos de magistrados y funcionarios. Para el 2004, el 99 % de los cargos de magistrados de Tribunales Superiores y Administrativos, el 93,5 % de los magistrados de Salas Administrativas, y el 92 % de los jueces de la república habían sido provistos por el sistema de méritos (Consejo Superior de la Judicatura, 2004, p. 167). Esto ha permitido importantes incrementos en la productividad. Por ejemplo, entre 1996 y 2000, sin que hubiera cambio en el número de jueces, los egresos en primera instancia aumentaron en más del 100 %, pues pasaron de una cifra cercana a los 700.0000 casos en 1996 (683.038 para ser exactos) a casi 1'500.000 en el año 2000 (1'421.518 exactamente) (Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 32).¹²

En materia de congestión, la justicia penal, aunque sigue teniendo niveles altos, ha presentado un aumento en la evacuación de los procesos por parte de los jueces penales, lo que puede ayudar a reducir esta problemática. Efectivamente, desde 1999 se registra un número de salidas superior, en alrededor de un 10%, al número de procesos que ingresan a esta jurisdicción.

Estos avances, si bien son muestra clara de un esfuerzo por mejorar el acceso y funcionamiento de la justicia rutinaria, no logran cambiar por completo su balance negativo.

Ahora bien, una vez señaladas las diferencias conceptuales entre la justicia protagónica y la rutinaria, y de haber realizado un balance de cada una de ellas, es necesario cuestionarse sobre las relaciones existentes entre una y otra justicia. ¿Cómo puede influir la justicia protagónica en los desarrollos de la justicia rutinaria y viceversa? Intentaré contestar a esta pregunta a continuación.

3. Relaciones entre la justicia protagónica y la justicia rutinaria

Entre la justicia protagónica y la rutinaria creo que es posible distinguir cuatro tipos de relaciones:

12 (N. del E.) Según cifras del Consejo Superior de la Judicatura, la implementación en 2010 del Plan Nacional de Descongestión parece haber acrecentado aún más las tasas de egresos efectivos, que en años como el 2013 alcanzaron los 2'646.903 procesos. De hecho, el aumento en la productividad promedio ha llevado a que desde 2009 los egresos efectivos hayan sido superiores a los ingresos efectivos (Consejo Superior de la Judicatura, 2015, pp. 49 y ss.).

- a. Irradiación o jalonamiento: es un tipo de relación positiva, en donde los avances logrados a través de la justicia protagónica posibilitan avances similares en la justicia rutinaria. Es la relación ideal, pues la justicia protagónica actúa solo para abrir nuevas puertas de acceso en la rutinaria, que hubieran sido imposibles de realizar sin su intervención. Sin embargo, una vez abiertas las rutas de acceso, la justicia protagónica se retira para dejar que sea la rutinaria la que tramite el grueso de los casos.
- b. Ocultamiento: es una relación problemática, donde el protagonismo de una justicia oculta los problemas y las deficiencias de la justicia rutinaria. De esta manera, la justicia protagónica termina monopolizando la discusión política y los recursos destinados a la reforma judicial. Este parece ser el caso de las discusiones sobre reforma a la justicia en Colombia. Los proyectos que proponen reformar la justicia constitucional en temas como control de estados de excepción, tutela social y, más recientemente, tutela contra providencias judiciales, han sido objeto de amplio debate tanto en el Congreso como en los medios de comunicación. Aunque se han presentado diversos proyectos con el objetivo de reformar la justicia rutinaria, estos han tenido una menor discusión y, generalmente, han sido abordados desde una perspectiva más técnica que política.
- c. Obstaculización: el protagonismo de un tipo de justicia no solo oculta sino que además impide el desarrollo de la justicia rutinaria. En este caso, ciertos avances en la protección de derechos logrados a través de la justicia protagónica reemplazan las vías ordinarias que deberían darse a través de la justicia rutinaria e impiden que las vías ordinarias se realicen. De nuevo, el trámite de las tutelas en materia de derecho a la salud es ilustrativo. La rutinización de la tutela en este caso ha disparado su número a cifras asombrosas, constituyéndose en una de las primeras causas para interponer la tutela. Cerca del 30 % de las tutelas que diariamente ingresan a la Corte Constitucional para su eventual revisión buscan tutelar el derecho a la salud.
- d. Coexistencia sin relación: la última posibilidad es que no exista relación alguna entre las dos justicias. Es decir, que cada una exista paralela a la otra sin que haya ningún tipo de incidencia. Este también es un caso perverso. Si la justicia protagónica realmente concentra los debates más importantes en materia de protección de derechos, estos

debates deberían, de algún modo, permear el funcionamiento de la justicia rutinaria. Ambas hacen parte, finalmente, de un mismo sistema de justicia de manera que los problemas o avances que se presentan en una deberían ser resueltos o influenciados en la otra.

4. La relación subyacente en el caso colombiano

A mi juicio, en Colombia, la justicia protagónica y la justicia rutinaria han coexistido durante los últimos quince años sin que haya una relación predominante entre las dos. A pesar de la existencia de algunos ejemplos puntuales en cada una de las relaciones, ninguna de ellas (irradiación, ocultamiento u obstaculización) se presenta en forma preponderante.

No existe un claro efecto irradiador de la justicia protagónica sobre la rutinaria. La jurisprudencia constitucional no es acogida por los jueces y tribunales civiles, penales y laborales en la totalidad de los casos en los que, en principio, debería operar el precedente. Este hecho se explica, en parte, por la cultura jurídica del país. La Corte Suprema de Justicia, la más alta corporación en justicia ordinaria, no solo no sigue, sino que en muchos casos niega o desconoce, la jurisprudencia establecida por la Corte Constitucional. Al respecto, es muy dicente la práctica de la Corte Suprema, en especial de su sala laboral, en relación con el trámite de tutela contra providencias judiciales. Dicha sala, no solo desarrolló una reiterada serie de decisiones en donde argumenta por qué desconocía esta figura constitucional, sino que, además, se negaba a remitir los expedientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión, negando así el acceso a la justicia constitucional a los accionantes de tutela.

Tampoco existe un evidente efecto obstaculizador por parte de la justicia protagónica a la rutinaria. Si bien es cierto que la resolución de tutelas por parte del juez ordinario termina ocupando tiempo y recursos que podrían ser aprovechados en el trámite de los procesos propios de la jurisdicción, dicha inversión de recursos no solo es legítima en aras de la protección constitucional, sino que además es menor si se compara con el tiempo que el juez dedica en la resolución de procesos ejecutivos.

De la misma manera, tampoco es posible afirmar que la justicia protagónica oculte toda la problemática de la justicia rutinaria. En los últimos años se han diseñado diversas propuestas de reforma a la justicia ordinaria, así como propuestas alternativas para ampliar su cobertura, como la justicia comunitaria.

Una vez nos hemos percatado de la existencia de estos dos tipos de justicia, las hemos caracterizado y hemos determinado su coexistencia sin relación;

entonces, ¿cuál es el reto del acceso a la justicia en Colombia? A manera de conclusión, creo que el reto de la justicia en Colombia en materia de acceso consiste en idear una fórmula que permita conservar los avances de la justicia protagónica, al tiempo que resuelve sus problemas y extiende sus logros a la justicia rutinaria. En esa medida, es necesario impulsar un lazo de irradiación o jalonamiento entre las dos justicias, a fin de que la justicia rutinaria se permee de los avances de la protagónica.

Referencias

- Consejo Privado de Competitividad (2014). *Informe nacional de competitividad 2013-2014*. Bogotá: Consejo Privado de Competitividad.
- Consejo Superior de la Judicatura (2003). *Informe al Congreso de la República 2002-2003*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo Superior de la Judicatura (2004). *Informe al Congreso de la República 2003-2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo Superior de la Judicatura (2014). *Informe al Congreso de la República. Gestión de la administración de justicia - 2013*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Consejo Superior de la Judicatura (2015). *Informe al Congreso de la República 2014*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/Informe+al+Congreso+Rama+Judicial+2014.pdf/dbf7a25d-5698-4d75-af2a-65491c4e66a1>
- García Villegas, M. (ed.) (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. (2012, febrero 3). Los tres rasgos de la justicia democrática. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/los-tres-rasgos-de-justicia-democratica-columna-324700>
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2006). Introducción. Una nueva aproximación al debate sobre la justicia, los derechos sociales y la democracia en Colombia. En *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 15-45). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2004). Corte Constitucional y emancipación social. En Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). *Emancipación social y violencia en Colombia* (pp. 463-514). Bogotá: Editorial Norma.
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del*

- homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf
- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89 (7), 1669-1698. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Rubio, M. (2001). La justicia penal. Juicio sin sumario. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 485-546). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Sánchez, N. C. (2013). Las crisis de la justicia en Colombia. *Semanario Virtual Caja de Herramientas*. Recuperado de <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0356/articulo02.html>
- Santos, B. de S. (2001). Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. En Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 85-150). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. (2004). La justicia colombiana en la encrucijada. *Revista Foro* (50). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.50.pdf
- Uprimny, R. (2005). Acceso a la justicia: entre la justicia protagónica y rutinaria. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2003). Entre el protagonismo y la rutina: análisis sociojurídico de la justicia en Colombia. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, (139), 231-304.

Capítulo 7

LA CIUDADANÍA FRENTE A LA JUSTICIA

I. ACCESO A LA JUSTICIA

A. Las cifras del acceso y la cobertura judicial

Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas (2006)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 324-326, 344-352.). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

1. Discusiones sobre oferta judicial y cobertura

Una de las primeras mediciones que parece importante para evaluar el desempeño del sistema judicial en un país se relaciona con la oferta judicial, a fin de establecer su grado de cobertura. Una cifra que algunos documentos proponen como indicador de cobertura es el número de habitantes por juez, o lo que es lo mismo, el número de jueces por cada 100.000 habitantes. En la siguiente tabla hemos presentado un indicador de cobertura para algunos distritos judiciales, en 1998.

Una lectura aislada de estos datos indicaría que la cobertura judicial en el país es básicamente la misma, pues las variaciones no son muy fuertes, ya que el promedio nacional es aproximadamente de 12.000 personas por juez, y las cifras de cobertura para otros distritos varían entre 10.000 y 18.000. Pero aún más sorprendente es que las coberturas en zonas aisladas y despobladas como Chocó aparecen superiores a la capital, Bogotá, lo cual es contrario a otros hallazgos empíricos.

En efecto, numerosos datos cualitativos indican que en esas zonas aisladas, la cobertura judicial es muy precaria, e incluso no existe, pues cada juez debe cubrir, con recursos muy escasos, los conflictos que ocurren en territorios muy vastos, con dificultades de comunicación. Un ejemplo, entre muchos otros, ilustra lo anterior: el municipio de Puerto Nariño, en Amazonas, tiene un solo juez promiscuo. Si miráramos su cobertura conforme al anterior indicador, ese

Tabla 1. Indicador de cobertura (IC), número de habitantes por juez, 1998

	Distrito	Población 1997	Nº de jueces	IC
1	Bogotá	6.004.782	323	18.591
2	Medellín	2.973.333	220	13.515
3	Cali	2.436.899	184	13.244
4	Antioquia	2.270.573	228	9.959
5	Barranquilla	1.984.210	110	18.038
6	Sincelejo	749.152	46	16.286
7	Armenia	535.711	52	10.302
8	Riohacha	459.326	28	16.405
9	Quibdó	409.599	34	12.047
10	Resto	22.389.948	2.043	10.959
11	Total	40.213.533	3.268	12.305

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura (1998a, p. 67).

municipio tendría una situación mucho mejor que la de Bogotá, ya que su población es de aproximadamente unos 5.000 habitantes. Puerto Nariño tendría entonces 5.000 hab./juez, una cobertura mejor que cualquier ciudad grande en Colombia. Sin embargo, la realidad es otra: ese juez debe cubrir un territorio de 42.000 km², con vías de comunicación muy precarias, de suerte que la cobertura efectiva es muy baja.

Esto muestra que utilizar el número de habitantes por juez como un indicador efectivo de cobertura es insuficiente, e incluso puede llegar a ser inválido, si no se toman en cuenta otros aspectos, como la jurisdicción territorial del juez, las facilidades de comunicación y los medios económicos y de transporte con que cuenta. Por ello, el número de habitantes por juez es un indicador válido si se trata de comparar entidades territoriales semejantes en términos de densidad poblacional y redes de comunicación, como pueden ser las ciudades grandes, como Cali, Medellín o Bogotá. Pero resulta insuficiente para comparar distritos judiciales heterogéneos, lo cual muestra que falta consenso sobre un indicador apropiado de cobertura.¹

1 (N. del E.) A estos efectos, remitimos al lector a García Villegas y Espinosa (2013, pp.

2. Las “entradas” del sistema judicial

Ante todo, es necesario analizar si existen indicadores sobre la presencia misma del aparato judicial, el cual, sin lugar a dudas, constituye una variable esencial que se refiere a lo que algunos enfoques denominan *oferta judicial* o *cobertura*. Como hemos visto, la cifra abstracta del número de habitantes por juez resulta insuficiente, pues no toma en cuenta las disparidades geográficas, que en un país como Colombia son evidentes.

A pesar de los esfuerzos del Estado por aumentar la cobertura judicial, pues incluso ha incrementado en parte el gasto judicial² —cuya dinámica examinamos en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006)— y ha relocalizado a ciertos jueces para aumentar su eficiencia, existen todavía problemas agudos de cobertura y acceso, debido a las enormes distancias rurales para acceder a ciertos despachos judiciales.³ Además, la intensificación del conflicto armado y de la violencia ha agudizado la situación, pues ha terminado desplazando a muchos jueces de numerosos municipios. Este efecto de la violencia en el sistema judicial es grave. No solo afecta la cobertura del aparato, sino su imparcialidad, pues puede conducir a una especie de “corrupción por miedo” de las funciones judiciales.⁴ Esto se refiere a que existen ineficiencias u omisiones del sistema judicial que se derivan de amenazas por parte de actores armados, como los narcotraficantes, la guerrilla o los paramilitares, que generan “acuerdos tácitos y tácticos”, donde los jueces, principalmente los que actúan en zonas controladas por actores armados, prefieren abstenerse de conocer ciertos asuntos por razones de seguridad.

[Aquí presentaremos] algunos indicadores sobre demanda de justicia y acceso, para lo cual nos basamos en el estudio sobre acceso a la justicia realizado

47-49), donde se propone un indicador que mide la concentración de jueces, definido tanto en términos de territorio como de población. De ese texto, de hecho, provienen los capítulos 6 (B) y 9 (II) de esta compilación.

2 (N. del E.) Sobre la situación presupuestal de la Rama Judicial, véase el capítulo 8 (B) de esta compilación.

3 (N. del E.) En otro lugar, uno de los autores destaca que la creación de acciones constitucionales ágiles y accesibles ha sido también un vital adelanto en acceso a la justicia; sin embargo, los costos de otros tipos de procesos hacen que el acceso diste de ser efectivo e igualitario (Uprimny, 2008). En relación con el acceso en igualdad de oportunidades y la protección efectiva de derechos a través de la acción de tutela, véanse el estudio preliminar y el capítulo 10 (II) de esta compilación.

4 (N. del E.) Sobre las relaciones entre justicia, territorio y conflicto armado, pueden consultarse García Villegas (2008) y García Villegas y Espinosa (2013), así como los capítulos 5, 6, 9 (II-III) y 18 de esta compilación.

conjuntamente entre el Consejo Superior de la Judicatura y el DANE, en 1997, que buscó medir esas variables, por medio de una encuesta en las principales siete ciudades colombianas (Consejo Superior de la Judicatura y DANE, 1998b). A partir de esa encuesta, tratamos de examinar cuánta es la demanda de justicia en Colombia y cuánta de ella logra acceder en forma apropiada al sistema judicial, con el fin de establecer la llamada *pirámide de la litigiosidad* en Colombia.⁵

Sociológicamente, esta figura pone en relación los conflictos sociales y los casos que en verdad ingresan al sistema judicial, de suerte que en la base de la pirámide encontramos los conflictos o problemas que merecen un tratamiento judicial; mientras en la cúspide encontramos los asuntos que, al final, son tratados por el sistema judicial, que en todos los países son una porción relativamente pequeña de toda la conflictividad social. El interés de reconstruir de forma empírica la pirámide de la litigiosidad en un determinado país es que esta no solo describe la demanda de justicia y los problemas de acceso sino que permite captar la manera y la lógica como las situaciones potencialmente dañosas se transforman en demanda de justicia, que es distinta en diversas culturas y ordenamientos nacionales.

Esta pirámide de la litigiosidad permite llegar al menos a tres conclusiones.⁶ Primero. Es indudable que subsisten en Colombia problemas importantes de acceso a la justicia, aunque también es claro que el sistema judicial dista de estar colapsado o ser inaccesible, pues logra tramitar un número considerable de causas.⁷ Así, las cifras muestran una demanda presentada en zonas urbanas

5 (N. del E.) El concepto de “pirámide de la litigiosidad”, que se remonta a Santos (2001), se encuentra también explicado en el estudio preliminar, en la introducción a la Parte dos y en los capítulos 5 y 7 (I-B) de esta compilación. Una reformulación de los componentes y peldaños de esta pirámide puede encontrarse en La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora y Uprimny (2014, pp. 158 y ss).

6 (N. del E.) Cabe recordar, en cualquier caso, que las caracterizaciones del acceso a la justicia en Colombia pueden ser muy dispares atendiendo a los distintos avances y peculiaridades de, por un lado, la justicia protagónica y, por otro, la justicia rutinaria. Es preciso considerar además que, en buena medida, el éxito de la justicia protagónica ha provocado una invisibilización de los problemas de acceso de la justicia rutinaria (Uprimny, 2005). Sobre la distinción entre estas categorías de justicia véanse el estudio preliminar, la introducción a la Parte dos y los capítulos 9 (I-B) y 10 de esta compilación.

7 (N. del E.) En la Parte uno de esta compilación (especialmente en el capítulo 4) se explica por qué, para que una reforma a la justicia sea exitosa y sostenible, es necesario que se incluyan conjuntamente medidas que apunten tanto a la eficiencia judicial como al acceso igualitario a la justicia. De otra parte, en el capítulo 16 (B) de esta compilación se enumeran las múltiples barreras de entrada al sistema judicial, y a partir de ello se evidencia cómo tales barreras en buena medida han promovido la creación de mecanismos de justicia informal.

Tabla 2. Pirámide de la litigiosidad urbana en Colombia*

Demanda satisfactoriamente aceptada (logran acceder sin obstáculos) 153.703 = 37,2 %	Demanda difícil (logran acceder con dificultad) 44.427 = 10,8 %		
		Demanda negada (acuden pero no se les atiende) 17.643 = 4,3 %	
			Demanda disuadida (no acuden por obstáculos percibidos) 154.871 = 37,5 %
Demanda presentada (presentaron demanda) 215.773 = 52,2 %			
Demanda efectiva (quienes acuden) 370.644 = 89,7 %			Otras formas de solución 42.423 = 0,3 %
Demanda potencial (conflictos) 413.067 = 100 %			

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura y DANE (1998b).

* **(N. del E.)** La sumatoria de la demanda disuadida, la negada y la difícil daría como resultado la cifra aproximada de los obstáculos para el acceso a la justicia.

que es significativa (52,2 %). Sin embargo, hay que tener en cuenta al menos dos hechos: esta demanda no siempre es recibida de manera adecuada por el sistema judicial. Solo el 37 % de los usuarios logra acceder sin dificultades, 10,8 % lo logra pero con dificultades, 4,3 % no lo logra pues su solicitud no es atendida y 37,5 % no acude siquiera a las autoridades por las dificultades percibidas para obtener éxito en sus peticiones. Esto muestra que en más de 50 % de los casos urbanos existen importantes problemas de acceso.

Obviamente, en las zonas rurales estas dificultades deben ser mayores, debido a los problemas de oferta judicial en esos territorios, que señalamos anteriormente. Es razonable suponer que si solo el 37 % de la demanda en las zonas urbanas accede al aparato judicial sin mayores dificultades, ese porcentaje

Tabla 3. Base de la pirámide de la litigiosidad urbana y acceso (1997 en siete ciudades)

Litigiosidad	Número	Porcentaje
1. Demanda potencial (a)	413.067	100,0
2. Otras formas de solución	42.423	10,3
3. Demanda efectiva = 1-2	370.644	89,7
4. Demanda disuadida (b)	154.871	37,5
5. Demanda presentada = 3-4	215.773	52,2
6. Demanda negada (c)	17.643	4,3
7. Demanda globalmente atendida (d) = 5-6	198.130	48,0
8. Demanda difícil (e)	44.427	10,8
9. Demanda satisfecha en acceso (f) = 7-8	153.703	37,2
10. Obstáculos al acceso = 4 + 6 + 8	216.941	52,5

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura y DANE (1998b).

Notas: (a) número de conflictos reportados; (b) no acuden a las autoridades por obstáculos percibidos; (c) acuden a las autoridades, pero no son atendidos; (d) logran acceder a las autoridades; (e) logran acceder a las autoridades, pero con dificultad, y (f) casos que logran acceder sin obstáculos.

será mucho menor en las zonas rurales, lo cual muestra que persisten graves problemas de acceso.

Segundo. Un dato muy significativo de la pirámide de la litigiosidad colombiana es que en solo 10 % de los casos las personas recurren a métodos distintos al judicial para solucionar sus conflictos. Y de esos métodos, según la encuesta del DANE, solo en 4 % de los casos las partes logran un acuerdo. Este porcentaje de solución extrajudicial de los litigios por vía de acuerdo o de mecanismos autocompositivos es significativamente menor que el detectado en otros países donde se ha hecho el ejercicio de reconstruir la pirámide de la litigiosidad.

Este porcentaje bajo de solución extrajudicial y autocompositiva de los litigios en Colombia puede ser interpretado de dos formas distintas, que son en cierta medida opuestas, sin que sea posible, con los datos disponibles, llegar a una conclusión sólida. Así, podría considerarse que el problema reside en la forma de la encuesta, más que en la realidad social colombiana, pues el cuestionario, en la medida en que indaga acerca de los conflictos tenidos o los

delitos padecidos en el último año, tendería a excluir muchos casos que los colombianos solucionamos directamente por negociación y que por ello no son percibidos como conflictos. La forma de la encuesta minimizaría esa capacidad negociadora de los colombianos. Sin embargo, podría ser que la investigación del DANE reflejara apropiadamente la realidad, y entonces pondría en evidencia la precariedad de los mecanismos autocompositivos en Colombia y la importancia de fortalecerlos.

Tercero y último. El estudio del DANE no solo permite detectar la importancia de los problemas de acceso, sino también algunas vías de solución. Así, en la encuesta se preguntó a quienes no acudieron a las autoridades cuál fue la razón principal por la cual no lo hicieron y, según sus condiciones personales: 32 % indicaron falta de pruebas y 18 % el temor a represalias; pero igualmente 19 % señalaron como causa la complejidad de los trámites, lo cual podría indicar que mecanismos de simplificación procesal podrían facilitar considerablemente el acceso a la justicia en Colombia. Eso no es todo: en muchas ocasiones, las personas no acuden al sistema judicial por falta de credibilidad en la eficacia de la justicia. Y esa preocupación es razonable, pues el hecho de que un caso haya accedido al aparato judicial no implica que haya sido satisfactoriamente resuelto.⁸ Solo significa que logra “entrar” al sistema. [Quedaría por] examinar cómo esa demanda de justicia es tramitada y resuelta en las distintas jurisdicciones [...].

Referencias

- Consejo Superior de la Judicatura y Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (1998a). *Indicadores de la justicia*. Bogotá: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico, Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
- Consejo Superior de la Judicatura y Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (1998b). *Primera encuesta nacional de justicia. Derecho de acceso al servicio de justicia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, DANE.
- García Villegas, M. (ed.) (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf

8 (N. del E.) Vale anotar, en cualquier caso, que la demanda de justicia corre suertes distintas según la especialidad o la jurisdicción en que se tramite. En tal sentido, se invita al lector a consultar los análisis que al respecto se desarrollan en la Parte tres de esta compilación.

- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf
- Santos, B. de S. (2001). Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. En Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 85-150). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. (2005). Acceso a la justicia: entre la justicia protagónica y rutinaria. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R. (2008). Sistema judicial y profundización de la democracia en Colombia: una propuesta metodológica para interpretar el sistema judicial colombiano y sus necesarias y posibles reformas desde una perspectiva de derechos humanos. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

B. Necesidades jurídicas insatisfechas según grupo poblacional¹

Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde Ordóñez,
Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes (2014)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia (pp. 29-34, 368-398). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf

1. Bases conceptuales

[En este texto adoptamos] una visión del acceso a la justicia que parte de la posición y los requerimientos de los usuarios. Este es tal vez el principal aporte de analizar el derecho al acceso a la justicia desde el enfoque de las necesidades jurídicas, perspectiva que permite examinar la justicia como un servicio público que ha de ser suministrado a las personas que lo requieren y, además, como parte de una política social integral que responde a las necesidades de los individuos, y cuyo objetivo es proteger sus derechos y su capacidad de agenciarlos frente al Estado en igualdad de condiciones.

Debido a que los derechos no significan nada si no son eficaces, el Estado debe prestar unos servicios para hacerlos cumplir. Así se configura un derecho de segundo nivel: el que los demás derechos sean garantizados y protegidos, o, brevemente, el derecho de acceso a la justicia. De esta forma, el acceso a la justicia se convierte en uno de los elementos principales de los que depende

¹ (N. del E.) En la misma línea de este texto, puede consultarse La Rota y Uprimny (2013). Cabe anotar que los análisis de esta investigación parten de la heterogeneidad del sistema judicial, y en esa medida evalúan el acceso no solo en términos del poder jurisdiccional, sino también de autoridades administrativas (como las casas de justicia o las inspecciones del Ministerio del Trabajo) o de particulares que asuman el rol de terceros imparciales (p. ej., los conciliadores en equidad o los amigables componedores).

que el desarrollo de la individualidad de las personas en condiciones dignas sea reconocido y reivindicado ante los demás.

Pero, ¿qué es lo que entendemos por este derecho? Para nuestras investigaciones partimos de una definición que consiste en el derecho de toda persona o grupo de personas, sin discriminación alguna, a que existan mecanismos adecuados y sencillos del sistema de justicia para la resolución de necesidades jurídicas, y sobre las cuales se adopte una decisión mínimamente satisfactoria, oportuna y a la que se le dé cumplimiento.²

2. Las necesidades jurídicas (insatisfechas) de los diferentes grupos poblacionales

2.1. Necesidades jurídicas

Cerca de dos de cada cinco personas de la población mayor de edad en las principales 14 ciudades del país sufrieron alguna necesidad jurídica en los últimos cuatro años.³ A su turno, quienes tuvieron necesidades jurídicas sufrieron en promedio 1,7 de ellas. Esto quiere decir que 4,6 millones de colombianos urbanos vivieron ocho millones de necesidades jurídicas en el periodo mencionado. Esta cifra no parece ser más elevada que las detectadas por otros estudios, tanto a nivel nacional como internacional. Es decir, en agregado, los colombianos

2 (N. del E.) En la versión original de este texto (pp. 31-34) se exponen con detalle los alcances y componentes del concepto de “necesidad jurídica” y se explica asimismo la manera en que un problema social pasa a ser un problema jurídico, y este a su vez se traduce en una necesidad jurídica. El concepto de “necesidad jurídica” se encuentra entonces íntimamente relacionado con el de “pirámide de litigiosidad” (que se desarrolla en el estudio preliminar y en los capítulos 5 y 7 (I-A) de esta compilación), el cual, justamente, busca describir la forma en que fluyen las necesidades jurídicas dentro del sistema de resolución de conflictos.

3 (N. del E.) En este punto, es fundamental rescatar cuando menos dos aclaraciones metodológicas sobre la investigación de la que provienen estos extractos. La primera es que ella se concentró en las respuestas más relevantes de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas (ENNJ), la cual se realizó en 2013 en catorce ciudades de Colombia: Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Cartagena, Pasto, Montería, Tunja, Neiva, Pereira, Villavicencio, Florencia y Quibdó. La segunda aclaración es que esta investigación analizó estos resultados de la ENNJ para tres grupos poblacionales: población general, pobre y con discapacidad. También se analizó el acceso a la justicia de otros grupos poblacionales más puntuales (como la población LGBTI o los afrocolombianos), pero dicho análisis no se hizo a partir de la ENNJ, sino principalmente a través de la realización de ejercicios cualitativos, de la recolección de información vía derechos de petición y de la revisión de literatura relativa al acceso a la justicia de tales grupos poblacionales (La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora y Uprimny, 2014, pp. 18 y ss). Los fragmentos que aquí seleccionamos examinan de manera transversal los resultados de toda esta investigación.

urbanos no parecen ser considerablemente más conflictivos que los habitantes de otros países.

Las necesidades jurídicas producen altos niveles de afectación. El que la mitad de los conflictos desencadenen una afectación alta y que solo para un quinto de ellos se reporte una baja o ninguna afectación permite concluir que los conflictos vividos por los colombianos perturban de manera importante su bienestar y seguramente ameritan la intervención de un tercero, sea este una autoridad pública o un particular que resuelva conflictos.

2.2. Reacción frente a necesidades jurídicas

En un cuarto de dichas necesidades, las personas intentan llegar a un arreglo directo; pero de los tres cuartos restantes, el 57 % constituye una *demanda de justicia disuadida* en la que deciden no hacer nada. Es decir, para un tercio del total de conflictos se acude al sistema de justicia. De dicha *demandada presentada*, la mitad son procesos sin resultado. Lo anterior equivale a que en el 15 % del total de conflictos se logra un resultado del sistema judicial. De dichos procesos con resultado, en el 91 % se cumplió efectivamente la decisión, sentencia o conciliación correspondiente.⁴ De tal forma que los dos principales cuellos de botella para la resolución de los conflictos por el sistema judicial son: i) la renuncia a llevar un caso a este sistema y ii) que alrededor de la mitad de los casos se encuentran pendientes. Estos resultados son muy similares al tratarse de necesidades jurídicas que tienen altos niveles de afectación.

Muy pocas de las necesidades jurídicas identificadas terminan en manos de jueces —solo el 2,8 % de los conflictos para los que se acudió a un tercero—. La mayoría se dirige a una autoridad de tipo administrativo (en el 58 % de los casos en los que la persona acudió a un tercero) o a la Fiscalía General de la Nación (en el 24 %). Las personas buscan a particulares que prestan servicios de justicia en el 14 % de los casos en los que se acude a un tercero.

2.3. Necesidades jurídicas insatisfechas

Partiendo de que en el 87 % de las necesidades jurídicas el sistema judicial no provee una resolución que además se cumpla efectivamente, y descontando de

4 (N. del E.) Aquí es interesante anotar, como se muestra también en el texto original (p. 134), que en Colombia el cumplimiento de los acuerdos directos es casi igualmente alto (90 %) y, en el caso de la población pobre, puede llegar a ser incluso más alto el nivel de cumplimiento de los acuerdos directos que el de las sentencias, decisiones o conciliaciones. Sobre esta alta proporción de cumplimiento de los acuerdos directos, puede consultarse Lalinde Ordóñez (2014).

dicho porcentaje: i) los procesos para los cuales las personas renunciaron a hacer algo pero reportan haber quedado satisfechas con dicha determinación, ii) los procesos para los que existió un arreglo directo y además este se cumplió, y iii) los procesos pendientes cuya mora no supera un tiempo asumido como razonable, concluimos que la proporción de necesidades jurídicas insatisfechas en las principales ciudades del país oscila entre 43 y 48 %, dependiendo de si el periodo razonable para resolver un conflicto es de uno o dos años desde su presentación ante el sistema.⁵

3. Factores que dificultan el acceso a la justicia

En este apartado examinamos las razones por las cuales las necesidades y los casos avanzan por el sistema de justicia o se estancan en algún punto. Esto resulta en un listado de catorce factores que dificultan el acceso a la justicia, divididos en tres secciones: la pertenencia a grupos poblacionales específicos, el bajo empoderamiento legal de las personas —sobre todo, el de algunos grupos vulnerables— y, finalmente, las fallas en el funcionamiento del sistema de justicia.

3.1. Pertenencia a grupos poblacionales

Empezamos analizando las particularidades encontradas para cada uno de los grupos poblacionales.⁶

3.1.1. Carencias económicas

Para empezar, las personas del grupo poblacional ANSPE [personas en situación de pobreza extrema] tienen más necesidades jurídicas. No solo porque una mayor proporción de estas tiene conflictos, sino porque se presentan más conflictos por persona. A su vez, la población ANSPE sufre un mayor nivel relativo de conflictos relacionados con el desplazamiento forzado, el homicidio y las lesiones personales, lo que quizás explica que perciba que sus necesidades

5 (N. del E.) Es necesario precisar que cuando *no* se descuentan los casos en que las personas renunciaron a hacer algo pero quedaron satisfechas, la proporción de necesidades jurídicas insatisfechas es mucho mayor, oscilando entre 59 y 64 % para la población general (La Rota *et al.*, 2014, pp. 168-169).

6 (N. del E.) Los grupos poblacionales minoritarios que son estudiados en este texto son: i) las mujeres, ii) la población LGBTI, iii) las víctimas del conflicto armado, iv) la población afrocolombiana, v) las personas con discapacidad y vi) las personas con carencias económicas extremas. Para una profundización sobre las necesidades jurídicas específicas de cada uno de estos grupos, consúltense los capítulos 4 a 9 de La Rota *et al.* (2014).

tienen más altos niveles de afectación. Y, por último, los datos parecen evidenciar una proporción importante de necesidades jurídicas no declaradas para esta población, en parte porque la cantidad de conflictos reportados aumenta a medida que suben sus niveles de educación. Esto implica que en realidad sus necesidades potenciales son bastante más que las declaradas, que son las que se limita a detectar esta investigación.

Dadas estas necesidades jurídicas, la población ANSPE tiene una experiencia consistentemente peor que la de la PG [población general mayor de 18 años]: intenta y llega a menos acuerdos directos, renuncia a hacer algo en mayor medida, acude a un tercero en menor medida, sus casos se inadmiten más, está sujeta a más abusos, y la conciliación o las decisiones que consigue se cumplen en menor proporción.

Primero, la capacidad autocompositiva de la población ANSPE es mucho menor que la de la PG. Dichas personas buscan arreglar directamente en una proporción claramente inferior. Pero, además, cuando sí lo intentan, son menos eficaces, pues logran relativamente menos acuerdos por intento. Finalmente, si eventualmente logran un acuerdo directo, este se cumple en una menor proporción que para la PG.

Segundo, una mayor proporción de personas ANSPE se resigna a no hacer nada, incluso al tratarse de necesidades jurídicas que producen altos niveles de afectación. Las principales razones aludidas para la resignación son bastante parecidas a las de la PG, por ejemplo, que es un asunto que no vale la pena llevar a la justicia y que es mejor arreglar por las buenas. Pero una proporción mayor de personas ANSPE afirma que no sabía que podía acudir o cómo hacerlo, y, de otra parte, que le teme a las represalias [...]. Asimismo, esto resulta en una menor proporción de conflictos que son llevados ante un tercero, de lejos, el menor nivel de las tres poblaciones [ANSPE, PG y población con discapacidad].

Tercero, las personas en extrema pobreza reportan tasas más altas de casos inadmitidos que, aunque siguen siendo pocos, equivalen a más del doble que para la PG.

Cuarto, las personas ANSPE reportan un mayor nivel de abusos de autoridades judiciales, en comparación con lo que registran la PG y la PD [personas en situación de discapacidad].

Y quinto, un menor nivel de casos queda resuelto. Aunque de los procesos presentados por la población ANSPE se toma una decisión en una cantidad relativa similar a la de la PG, se logra conciliar en menos casos. Y en los casos en que se consigue llegar a una conciliación o se logra que en el proceso se tome una

decisión, dichas determinaciones se cumplen en una menor proporción que en la población general.

Por su parte, probablemente relacionado con la mencionada diferencia en los resultados, la población en extrema pobreza tiene menos conocimientos acerca del sistema de justicia y de sus derechos. A su vez, estas personas desconocen en mayor medida qué sucede con sus conflictos o con los casos que llevaron a un tercero.

Esta menor solvencia en asuntos jurídicos es aún peor, al no contar con una asistencia legal adecuada. Identificamos una diferencia importante en el acceso a esta asistencia, que se da no solo por la menor proporción de conflictos de la población ANSPE que cuentan con el acompañamiento de un abogado, sino también porque dichos servicios son menos satisfactorios. Ello parece asociado a los diferentes tipos de abogados —los particulares o privados tienen una menor prevalencia en esta población—, aunque no necesariamente [...]. Igualmente, la ausencia de asistencia jurídica en esta población está ligada a un menor nivel de casos para los que se acude a un tercero, y a una mayor proporción de necesidades jurídicas para las que las personas se resignan a no hacer nada. Ello tal vez se compensa con el hecho de que las personas ANSPE sin asistencia jurídica tendieron a intentar un arreglo directo en mayor medida, aunque, en todo caso, en un nivel bajo.

Asimismo, los indicadores de satisfacción para esta población parecen peores que los registrados para la PG y la PD [...]. Por esto, no es una sorpresa que la población ANSPE tenga en general una peor percepción de la justicia.

Por su parte, dentro de la población ANSPE pueden presentarse factores que empeoren el acceso a la justicia. De esta manera, las personas ANSPE con menores niveles de educación cuentan con una menor asistencia jurídica, logran llegar a decisiones o sentencias en menor proporción, sus casos son inadmitidos de manera más prevalente y, a su vez, desconocen en mayor medida qué sucedió con sus casos. También los menos escolarizados en pobreza extrema llegan a un acuerdo directo en menos ocasiones.

Por último, los procesos de personas ANSPE que acuden a un particular tienden a no ser atendidos en mayor medida que cuando acuden a autoridades públicas, y a culminar en conciliaciones en una menor medida.

De igual manera, [...] la población general con un menor nivel socioeconómico vive necesidades jurídicas en una mayor proporción y con más alta frecuencia. Así pues, las personas de estratos bajos, ingresos bajos y educación baja suelen tener una mayor proporción de conflictos y, a la vez, dichas

necesidades se repiten en mayor medida, en comparación con lo que les sucede a las personas de la misma población de estratos más altos, mejores ingresos y mayores niveles de educación.

3.1.2. Población en situación de discapacidad⁷

El panorama para la población con discapacidad es peor que para la población general, pero mejor que para la población en extrema pobreza. En primer lugar, estas personas tienen el mayor número relativo de conflictos de las tres poblaciones. El 57 % de las personas con discapacidad tuvo conflictos en los últimos cuatro años. Es decir, más que la PG, pero menos que la población ANSPE. Ahora, la PD tiene más de dos conflictos por persona, un promedio más elevado que la PG. También, tienden a vivir más conflictos que suceden en más de una ocasión. Los tipos de conflictos con mayor presencia en la PD son los relativos a la discriminación en su contra y al hábitat donde circulan por la ciudad. A su vez, la PD sufre algunos conflictos que, de manera distintiva estadísticamente, le afecta más que otras dimensiones, como la discriminación, las relaciones familiares y la salud [...].

¿Cómo reacciona la PD ante el conflicto? En comparación con la PG, acude a un tercero en la misma proporción; pero intenta el arreglo directo en menor medida y renuncia a hacer algo en mayor medida. La PD con menos ingreso también “deja así” en mayor medida y acude a un tercero en menor proporción. La PD tiene una menor proporción de casos para los que consigue una decisión, aunque ello se compensa con que logran una mayor proporción de conciliaciones, en comparación con la PG. A su vez, las decisiones o conciliaciones se cumplen menos que para la población general. Y en el mismo nivel que la población ANSPE, la PD logra acuerdos en menos intentos de arreglo directo que la PG.

Un hallazgo sobresaliente para la PD es la prevalencia de la razón para no acudir a un tercero, relativa a que no sabía que podía acudir o cómo hacerlo [...]. De lejos es la población que más aduce dicha razón. De manera grave, los conflictos para los cuales se aduce en mayor medida la mencionada razón son los que tienen una afectación alta. Adicionalmente, la PD cuenta con servicios de profesionales del derecho en menor proporción que la PG. Ello desemboca en la necesidad de una mayor asistencia jurídica, a la que la PD tiene un menor acceso en comparación con la PG. A su turno, las personas en condición de

7 (N. del E.) Para ahondar en el acceso a la justicia de este grupo poblacional en particular, véase La Rota y Santa Mora (2009).

discapacidad de menor estrato o que reciben menos ingresos cuentan con dicha asistencia en menor medida, lo que puede llevar a peores resultados.

3.1.3. Mujeres⁸

En comparación con los hombres, una mayor proporción de mujeres de la población general tiene conflictos. Adicionalmente, dichos conflictos suelen sucederles con mayor frecuencia a las mujeres de la PG. Pero en dirección inversa, las mujeres de las tres poblaciones tienen menos conflictos por persona.

A su vez, más mujeres de la PG y de ANSPE, aunque dentro de una proporción baja dentro de la primera población, dejaron de acudir a las autoridades porque no sabían que podían o no sabían cómo hacerlo [...]. Pero para la PD, en donde esa categoría es más importante, los hombres dicen en mayor medida que no sabían.

En relación con los resultados de los procesos, en comparación con los hombres, las mujeres de las tres poblaciones tienen menos casos pendientes que los hombres, y en mayor proporción ignoran qué sucedió con el proceso para el que acudieron a un tercero.

Adicionalmente, constatamos que puede existir una interacción entre las características de género y las socioeconómicas en el comportamiento asumido frente a necesidades jurídicas. Puede que la combinación entre ser mujer y estar en un grupo como el de extrema pobreza o discapacidad produzca mayor nivel de vulnerabilidad en relación con sus capacidades de acceder a la justicia. Esto es importante, teniendo en cuenta que las mujeres ANSPE y PD reportan sufrir conflictos con mayores niveles de afectación que los hombres.

En primer lugar, las mujeres ANSPE ignoran en mayor medida que los hombres qué sucedió con el conflicto, diferencia entre sexos que, si bien también está presente en la PG y la PD, es más pronunciada que en estas últimas dos poblaciones. En el mismo sentido, en ANSPE y PD, las mujeres reportan

8 (N. del E.) Sobre los problemas específicos de acceso de las mujeres a la justicia ordinaria puede consultarse Bernal Uribe y La Rota (2012), La Rota y Santa Mora (2012) y Uprimny, Guzmán y Revelo Rebolledo (2008). En la misma línea, en Guzmán (2008) se estudia la forma en que tanto las barreras de acceso como las deficiencias en las labores investigativas de la Fiscalía se constituyen en factores de impunidad en el caso de los delitos de violencia sexual. Por su parte, sobre los desarrollos jurisprudenciales en torno a la violencia de género y la forma en que la jurisprudencia constitucional ha dialogado con el derecho internacional de los derechos humanos, puede consultarse Mantilla Falcón y Uprimny (2009). Finalmente, sobre el tema específico del acceso por parte de mujeres víctimas del conflicto armado, véase el capítulo 7 (I-C) de esta compilación, así como Guzmán, Pijnenburg y Prieto (2012), Guzmán y Prieto (2013) y Saffon y Guzmán (2008).

saber menos que los hombres acerca de la existencia de mecanismos judiciales, organizaciones que prestan servicios de justicia y sus derechos fundamentales, lo que puede repercutir en los resultados: en comparación con los hombres, los procesos de las mujeres ANSPE suelen ser inadmitidos en mayor medida, y obtener menos decisiones o sentencias.

A su vez, las mujeres con discapacidad muestran un menor nivel de cumplimiento de las decisiones o conciliaciones a que pudieron llegar. Esto es significativo, pues sugiere una menor capacidad para negociar, y en últimas, para lograr el acatamiento de los acuerdos conciliatorios y de las decisiones tomadas.

3.1.4. Personas LGBTI, afros y víctimas del conflicto

Los afrocolombianos, las víctimas del conflicto y las personas LGBTI tienen que sortear serios obstáculos para acceder a un tercero imparcial, y para lograr resultados satisfactorios que den solución a sus necesidades jurídicas particulares. Muchos de estos obstáculos son los mismos que se predicen de todos los colombianos, pues se refieren a problemas generales del sistema judicial. Pero, al parecer, estos tienen un impacto diferenciado en estas poblaciones, por tres razones: la primera es que las personas de estos grupos tienen necesidades jurídicas particulares, cuya falta de solución las afecta de manera especial en comparación con las demás personas. Segunda, los obstáculos normales que existen para todos los colombianos pueden constituir barreras más difíciles de superar para quienes llegan al sistema en una situación de desventaja, algo que sucede con las personas en una peor situación socioeconómica, como con las víctimas del conflicto, los afrocolombianos y la población transgénero. Y la tercera razón es que estas personas están sujetas a múltiples problemas de discriminación que exacerban los obstáculos, ya sea a la entrada o a lo largo de los procesos.

Por tanto, una conclusión razonable es que ser parte de estas poblaciones es también un factor de riesgo para el efectivo acceso a la justicia en Colombia.

3.2. *Bajo nivel de empoderamiento legal*

3.2.1. Insuficiencia de conocimientos jurídicos e implicaciones

El ejercicio de investigación cualitativa en cada uno de los grupos poblacionales arrojó que los bajos niveles de conocimiento acerca de asuntos básicos de justicia hacen que las personas en ocasiones no puedan categorizar una vulneración de un derecho como una necesidad jurídica para la que pueden buscar ayuda o intentar conseguir una reparación.

También, la ausencia de una mínima solvencia en asuntos públicos implica que las personas que en todo caso quieren acudir a alguien, no sepan a quién ni de qué forma, y de manera importante, no sean conscientes de que tienen derechos que son exigibles a través de los funcionarios de turno. Así, la mayoría de personas de las tres poblaciones conocen la acción de tutela y muchos de los espacios donde las autoridades públicas o los particulares ofrecen servicios de justicia. Pero los niveles de conocimiento acerca de otros mecanismos jurídicos —aparte de la tutela— son verdaderamente bajos.⁹

Ahora bien, un menor conocimiento jurídico básico, medido [...] a partir de la familiaridad con la acción de tutela, tiene consecuencias tanto respecto de la reacción al conflicto como de los resultados de los procesos.¹⁰ En primer lugar, quienes tienen un menor conocimiento dentro de la PG, ante una necesidad jurídica suelen renunciar a hacer algo en mayor medida y, a la vez, acuden a un tercero en menor medida. Segundo, cuando acuden a un tercero, dichas personas tienden a tener una mayor proporción de casos pendientes, y al mismo tiempo, un más bajo nivel de procesos para los que se llegó a una decisión o sentencia, o para los que se logró una conciliación. Por último, las personas de la PG con menos conocimiento logran un acuerdo en una menor proporción de los casos en los que intentaron llegar a un acuerdo directo.

3.2.2. Poca y mala asistencia jurídica

Los problemas que resultan de la ausencia de conocimiento de instituciones jurídicas permiten predecir que la asistencia jurídica es crucial para el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Pero en el trabajo de campo cualitativo obtuvimos múltiples relatos de personas ignoradas, maltratadas y hasta estafadas por sus abogados. También, de los datos de la encuesta observamos que en muy pocos conflictos se recibe la ayuda de un abogado. Aunque esta asistencia se utiliza en superior medida para los conflictos de mayor afectación, en estas situaciones se cuenta con abogado en cerca de 11 de cada 100 conflictos para la población general, y en 3 y 6 % en las poblaciones ANSPE y PD, respectivamente.

9 (N. del E.) Quizás aquí sea importante traer a colación la distinción que se hace a lo largo de esta compilación entre una cara de la justicia más visible y reconocida por las mejoras que ha traído en el acceso a la justicia (como es el caso de la justicia constitucional y, dentro de ella, la acción de tutela), y otra cara más invisible y caracterizada como generalmente deficiente. Se trata de la distinción entre justicia protagónica y justicia rutinaria, abordada en el estudio preliminar, la introducción a la Parte dos y el capítulo 9 (I-B) de esta compilación.

10 (N. del E.) Sobre este asunto puede consultarse, en concreto, el capítulo 3 de La Rota *et al.* (2014).

Además, para las tres poblaciones, la mayoría de los abogados son privados. Muy pocos hacen parte de la asistencia legal gratuita de la Defensoría del Pueblo —aunque más para ANSPE (23 % vs. 9 % para PD)—. Los consultorios jurídicos juegan un papel importante, al ser un tercio de los abogados para ANSPE y, de manera positiva, 59 % de los abogados para PD. Pero ello es insuficiente, dadas las necesidades de acompañamiento legal observadas.

Además, quienes no cuentan con la ayuda de un abogado —que como vimos son la gran mayoría de personas, y lo son más si pertenecen a los grupos ANSPE o PD, si tienen menores ingresos o viven en un estrato bajo, o si en la PG cuentan con menores niveles de educación— muestran similares desventajas que quienes no tienen conocimientos básicos sobre instituciones jurídicas.¹¹ Como reacción a las necesidades jurídicas, las personas sin asistencia legal de las tres poblaciones suelen no hacer nada en mayor medida, y acuden a un tercero en menor proporción en comparación con quienes sí contaron con dicha asistencia. A su vez, en caso de que acudan a un tercero, quienes no cuentan con esta ayuda tienen más casos pendientes en la PG, y logran menos procesos con decisión o sentencia en la PG y en la PD.

3.2.3. Falencias en la orientación jurídica

Del trabajo cualitativo observamos que cuando las personas llegan a un organismo que presta servicios jurídicos, muchos funcionarios las guían de manera equivocada y contradictoria. Cuando las personas pobres, las mujeres, las víctimas del conflicto y las personas LGBTI intentan acceder a un servicio de justicia, los funcionarios les dan indicaciones contradictorias y erradas acerca del orden de los trámites. Es sorprendente la cantidad de ocasiones que oímos estos relatos, para diferentes poblaciones, y respecto de distintas autoridades y trámites.

A su vez, estos problemas son aún peores cuando los funcionarios muestran un explícito desinterés por dar trámite a los casos de las personas desaventajadas. En nuestro trabajo cualitativo encontramos diversas experiencias en las que mujeres, personas LGBTI y víctimas del conflicto se enfrentaron con un abierto desdén de las autoridades por sus necesidades jurídicas, que incluso llegó a situaciones donde los funcionarios intentaron convencer a la víctima de no continuar con los procedimientos.

11 (N. del E.) Sobre los servicios de asistencia prestados por abogados particulares y el alto número relativo de abogados en Colombia, consúltense en el texto original las páginas 408-412. Y sobre el tema particular de la defensa penal, tanto particular como pública, véase el capítulo 11 (E) de esta compilación.

3.3. Fallas en el desempeño del sistema judicial

Los factores anteriores están relacionados con una serie de factores de negación de justicia relativos al mal funcionamiento del sistema judicial. Como observamos, este no logra recoger ni tramitar adecuadamente las necesidades jurídicas de las personas. Y de forma aún más problemática, en él aumentan las desventajas de las personas de los grupos poblacionales vulnerables. De manera sorprendente, esto sucede tanto con los servicios ofrecidos desde el poder jurisdiccional como con los prestados por la FGN [Fiscalía General de la Nación], las autoridades administrativas y los particulares que proveen servicios de justicia.

3.3.1. Decepción acerca del desempeño de autoridades administrativas y de particulares

Un importante obstáculo detectado para una adecuada prestación de servicios judiciales se refiere al pobre desempeño de las ventanas de oferta judicial distintas a las provistas por la Fiscalía y por la Rama Judicial. Un aspecto fundamental en la manera como se entiende la oferta de justicia es que el conjunto de servicios no provistos por la Rama Judicial constituye, de lejos, el más utilizado para resolver necesidades jurídicas, algo que sucede sobre todo con las personas de escasos recursos.

La ENN [Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas] muestra que la mayoría de personas con conflictos acuden predominantemente a las autoridades administrativas. Una manera breve de mostrar esto es que la cantidad de necesidades jurídicas que acaban siendo solventadas por jueces es mínima: menos de 3 % de los conflictos para los cuales la población general acudió a un tercero —2 % de los conflictos para la población ANSPE y menos de 2 % para la población con discapacidad—. Estas proporciones equivalen, para las tres poblaciones, a menos del 1 % de la totalidad de conflictos. En comparación, la proporción de conflictos para los que se acudió a un tercero que acaba en manos de autoridades administrativas o de particulares es de 58 y 14 %, respectivamente, en la PG; 50 y 14 %, respectivamente, en la población ANSPE; y 52 y 27 % en la PD.

Los resultados de esta investigación ponen en duda que el desempeño de las autoridades administrativas y de los particulares cumpla con las expectativas de accesibilidad, informalidad, agilidad y cercanía con el usuario.¹² De una

12 (N. del E.) Sobre la informalización de la justicia como una alternativa más próxima a la comunidad para mejorar el acceso a la justicia, consúltese el capítulo 16 de esta compilación.

parte, [...] encontramos que existen serias falencias en la calidad del desempeño de figuras como los conciliadores en equidad. A su vez, de la ENNJ concluimos que las razones por las cuales las personas acuden a las autoridades administrativas o a los particulares son parecidas a las reportadas para las autoridades judiciales. Aunque la mayor facilidad de los trámites, por ejemplo, juega un papel relativamente más importante para las poblaciones ANSPE y PD, las razones aducidas mayoritariamente se refieren a la autoridad percibida por los usuarios acerca del prestador del servicio. Las razones de conveniencia, y de practicidad y costos del trámite, que deberían jugar un papel importante al escoger estas vías, están ubicadas en un distante segundo lugar.

En cuanto a la satisfacción con los servicios prestados por las autoridades administrativas, menos usuarios de la PG y de la PD volverían a acudir a ellas en comparación con las autoridades judiciales y con los particulares. Y la percepción acerca de la calidad de los servicios, aunque es buena, es peor que para las autoridades judiciales y los particulares, incluso cuando se trata de variables claves como agilidad, interés en el caso, costos y amabilidad.

Finalmente, de manera sorprendente, la experiencia con las autoridades administrativas parece dejar, casi sin excepciones, una opinión menos favorable de la justicia, percepción que es más aguda que cuando las personas se aproximan a las autoridades judiciales.¹³

3.3.2. Mora en los procesos¹⁴

De los resultados del flujo de casos y la pirámide de litigiosidad derivamos que la demora de los procesos es un obstáculo importante, que aunque no distingue entre poblaciones, excluye de una solución oportuna a alrededor de la mitad de los casos que entraron al sistema. Lo mismo concluimos de los grupos focales, donde constatamos las experiencias de personas de escasos recursos que han pasado más de una década esperando que se resuelvan demandas laborales, problema que obviamente afecta en mayor medida a quienes gozan de menos flexibilidad financiera.

13 (N. del E.) En el capítulo 7 (II) de esta compilación se evalúa cómo era la percepción ciudadana del sistema judicial durante la década de los noventa y cómo esa percepción ha cambiado durante los últimos años.

14 (N. del E.) La mora judicial y la congestión son problemas que, aunque afectan al sistema judicial de manera general, no serán abordados con profundidad en esta parte del libro. Ellos, en cambio, serán estudiados en la Parte tres de esta compilación, a partir de las características y el funcionamiento propios de cada jurisdicción o especialidad.

La mora judicial juega entonces un papel importante en este problema. Pero más allá de las autoridades judiciales, constatamos que las autoridades administrativas y los particulares pueden tomar más tiempo en la resolución de los conflictos (para ANSPE, por ejemplo, las autoridades administrativas demoran en promedio más tiempo). Y los datos arrojan que los particulares no necesariamente son más rápidos que las autoridades públicas, salvo para la PD.

Es por ello que el hecho de acudir a una autoridad judicial parece empeorar la percepción de las personas de diferentes poblaciones, más que todo en lo relacionado con la lentitud y los altos costos de la justicia.

3.3.3. Falta de claridad y barreras en las vías de entrada

En la ENNJ encontramos que la proporción de casos inadmitidos es baja —alrededor de uno de cada veinte—. Pero [...] en las entrevistas y grupos focales respecto de grupos poblacionales específicos apreciamos de manera consistente que muchos de quienes quieren poner una queja o radicar una demanda o denuncia deben hacer múltiples diligencias para encontrar la vía de entrada al sistema. Es posible entonces que, aunque finalmente las personas logren radicar su caso —lo que explica los bajos niveles de inadmisión en la encuesta—, los costos de transacción para la entrada al sistema sean mucho más altos de lo que podrían ser. A su turno, dichos problemas pueden producir altos niveles de frustración, y en ocasiones, de revictimización, convirtiéndose a la vez en un desestímulo para que en el futuro las personas regresen al sistema. A su vez, estos costos pueden ser aún mayores cuando la espera, las entrevistas, las explicaciones y, finalmente, las declaraciones de las mujeres y las personas LGBTI agredidas deben ser realizadas en público y repetidas a múltiples personas que no están entrenadas para atender situaciones tan sensibles.

Estos son típicos problemas de procesos que no debería ser muy difícil resolver. Se trata de diseñar e implementar protocolos claros y detallados, sensibles a las necesidades de quienes buscan ayuda, acerca de los diferentes pasos y posibilidades que existen para activar el sistema de justicia en casos específicos.¹⁵

3.3.4. Insensibilidad, prejuicios y actuaciones discriminatorias

Como hemos descrito, de manera repetida en la investigación cualitativa encontramos una queja similar acerca del tratamiento que reciben los miembros de

15 (N. del E.) Para estos efectos, por ejemplo, Dejusticia elaboró una propuesta de formación para los funcionarios encargados de atender casos de violencia sexual ocurridos en el marco del conflicto armado. Véase Dalén y Rojas Castro (2015).

grupos desaventajados por parte de algunos funcionarios del sistema judicial. Dicho tratamiento se refleja en la insensibilidad acerca de las necesidades jurídicas de algunas de las personas, por ejemplo, al quitarle importancia al problema y calificar de exagerada a quien intenta denunciar una agresión física; o al restarles mérito a las denuncias por inasistencia alimentaria hechas por una mujer. También constatamos una actitud de subvaloración de las necesidades jurídicas específicas de algunos grupos, cuando los funcionarios intentan disuadir a las personas de que inicien un proceso, sobre todo en casos de agresiones físicas en contra de mujeres o personas transgeneristas, o cuando no les ofrecen muchas esperanzas a quienes intentan radicar quejas, denuncias o demandas (“váyase para su casa y espere la justicia divina”). Y los peores ejemplos son aquellos en los que los funcionarios tienen una actitud agresiva —y a veces provocadora— con las personas afro, LGBTI o las víctimas del conflicto. En dichas ocasiones, la barrera al acceso a la justicia se convierte en sí misma en una necesidad jurídica adicional.

3.3.5. Desconocimiento de estándares de protección de los derechos constitucionales

El concepto de acceso a la justicia con el que trabajamos incluye que la decisión que se tome para la solución de la necesidad jurídica sea mínimamente satisfactoria. Desde luego, esto no requiere que la decisión sea favorable para una u otra persona, sino que cumpla unos mínimos requisitos de debido proceso, igualdad en la aplicación de la constitución y la ley, y de argumentación jurídica. [Sin embargo], muchas necesidades jurídicas quedan insatisfechas —a pesar de que para ellas haya habido determinaciones finales del sistema judicial— cuando los funcionarios judiciales desconocen el precedente jurisprudencial y aplican razonamientos que ya han sido descartados por las cortes. Esta tal vez es la razón principal por la que, de manera transversal entre las poblaciones para las que revisamos la respuesta de la justicia ante necesidades jurídicas concretas, las decisiones son insatisfactorias para cumplir con el derecho de acceder a la justicia.

3.3.6. La desprotección de las víctimas

Este es un factor detectado en los análisis cuantitativo y cualitativo. La encuesta de necesidades jurídicas identifica “el miedo a las represalias” como una de las razones por las cuales algunas personas se abstienen de acudir a un tercero imparcial. Y comparativamente, las personas en pobreza extrema citan dicha razón de manera más preeminente que la población general.

Asimismo, una barrera de acceso adicional es la existencia de una dinámica circular perversa en donde los funcionarios que atienden la recepción de quejas, demandas o denuncias son percibidos como los mismos que producen las necesidades jurídicas, cuando la fuente del conflicto es el mismo funcionario público, por ejemplo, un policía racista. En últimas, no parece tener tanta importancia que los funcionarios que reciben y tramitan las quejas sean suficientemente independientes del resto de servidores. La percepción de muchos ciudadanos es que se trata del mismo grupo de personas, lo cual tiene consecuencias serias respecto de la expectativa de lo que sucederá al pretender acudir a la autoridad: en el mejor de los casos, intentar quejarse es un desgaste infructuoso; en el peor, implica una amenaza o un ataque.

3.3.7. Carencias de la información pública

De manera consistente, recibimos respuestas negativas [a nuestros derechos de petición de información] indicando que las bases de datos y los sistemas de información que manejan las autoridades respectivas no tienen los niveles de desagregación o no cuentan con las herramientas analíticas necesarias para registrar datos respecto de los diferentes grupos poblacionales y comparar entre ellos. Salvo muy contadas y limitadas excepciones, no existe información recogida oficialmente que reporte, monitoree o compare las necesidades por servicios de justicia o el acceso a ellos por parte de diferentes grupos poblacionales.

La conclusión es obvia: además de la información que permita a las autoridades judiciales tomar decisiones de política pública con fundamentos empíricos generalizables, hace falta con urgencia que los sistemas de información públicos desagreguen entre grupos poblacionales. Esta es una exigencia infranqueable para poder concebir, implementar y monitorear políticas judiciales desde un enfoque que sea sensible a las diferencias entre grupos.¹⁶

16 (N. del E.) García Villegas y Uprimny habían recalcado ya la urgencia de solucionar muchos de los problemas enunciados en este capítulo. Desde su perspectiva, la construcción de una justicia para la paz y que profundice la democracia pasa, justamente, por la construcción de un sistema de justicia que las personas encuentren eficaz para resolver sus conflictos. Para ello, antes se necesita reducir la brecha entre oferta y demanda de justicia, así como solucionar los problemas de congestión, de información, de costos de la justicia, entre otros tantos (2006). Al respecto, véanse asimismo Uprimny (2008), y el estudio preliminar y el capítulo 19 (A) de esta compilación.

Referencias

- Bernal Uribe, C. y La Rota, M. E. (2012). El delito de inasistencia alimentaria. Diagnóstico acerca de su conveniencia. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.260.pdf
- Dalén, A. y Rojas Castro, S. (2015). *Formación en violencia sexual en el conflicto armado: una propuesta metodológica para funcionarios*. Documentos 22. Bogotá: Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.705.pdf
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). Sistema judicial y conflicto armado en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 235-262). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Guzmán, D. E. (2008). Las cinco principales deficiencias en la investigación de los crímenes de violencia sexual: inclusión de la perspectiva de género en el trabajo de la Fiscalía como mecanismo para reducir la impunidad. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Guzmán, D. E., Pijnenburg, A. y Prieto, S. (2012). Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violaciones graves de derechos humanos en el contexto del conflicto armado. Justicia transicional. En Serie Documentos de discusión 12. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.269.pdf
- Guzmán, D. E. y Prieto, S. (2013). *Acceso a la justicia. Mujeres, conflicto armado y justicia*. Documentos 10. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.364.pdf
- Lalinde Ordóñez, S. (2014). Justicia sin jueces. Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/justicia-sin-jueces-49053>
- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf
- La Rota, M. E. y Santa Mora, S. (2009). Acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad. Diagnóstico y recomendaciones. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- La Rota, M. E. y Santa Mora, S. (2012). Acceso a la justicia de las mujeres. Justicia ordinaria. En Serie Documentos de discusión 11. Bogotá: Dejusticia. Recuperado http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.259.pdf
- La Rota, M. E. y Uprimny, R. (2013). Acceso a la justicia en Colombia; algunas reflexiones.

En *Cidadania, justiça e “pacificação” em favelas cariocas*. Rio de Janeiro: Publicaciones Fundación Getulio Vargas, Direto Rio (en prensa).

- Mantilla Falcón, J. y Uprimny, R. (2009). Violencia de género y justicia constitucional en Colombia. En VV.AA. *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia* (pp. 117-163). Bogotá: Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer-Unifem.
- Saffon, M. P. y Guzmán, D. E. (2008). Acceso a la justicia para las mujeres víctimas del conflicto armado: problemática, diagnóstico y recomendaciones. En Grupo de trabajo “Mujer y género, por la verdad, la justicia, la reparación y la reconciliación” (eds.). *Recomendaciones para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: s.e.
- Uprimny, R. (2008). Sistema judicial y profundización de la democracia en Colombia: una propuesta metodológica para interpretar el sistema judicial colombiano y sus necesarias y posibles reformas desde una perspectiva de derechos humanos. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Revelo Rebolledo, J. E. (2008). Diagnóstico general del Sistema Penal Acusatorio. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

C. Estudio de caso: el acceso efectivo a la justicia de las mujeres víctimas del conflicto armado¹

Diana Esther Guzmán y Sylvia Prieto Dávila (2013)

Extractos tomados de:

Guzmán, D. E. y Prieto, S. (2013). *Acceso a la justicia. Mujeres, conflicto armado y justicia*. Documentos 10. (pp. 9,10, 59-123). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.364.pdf

La violencia derivada del conflicto armado colombiano ha afectado a las mujeres de manera específica y diferenciada. Además de ser víctimas de múltiples violaciones de sus derechos humanos y fundamentales, por el hecho mismo de ser mujeres, han sufrido efectos diferenciados e incluso desproporcionados, en virtud de los arreglos patriarcales de género presentes en nuestra sociedad. A pesar de su magnitud e importancia, muchas de estas formas de violencia siguen siendo ignoradas o poco reconocidas. Aunque en los últimos años se han verificado significativos avances normativos que permiten visibilizar, prevenir y enfrentar la violencia contra las mujeres en razón del género, y reconocer a las víctimas como titulares de derechos, existe una enorme brecha entre esos avances normativos y la realidad de las mujeres. Este documento explora la situación de las mujeres víctimas de violaciones graves de los derechos humanos en el contexto del conflicto armado colombiano, en relación con su acceso efectivo a la justicia.

El objetivo principal de este documento es [...] ofrecer una identificación y descripción de las barreras que enfrentan [las mujeres víctimas del conflicto

1 (N. del E.) Este texto se basa conceptualmente en La Rota y Santa Mora (2012) y Saffon y Guzmán (2008). En cuanto al tema específico del acceso a la justicia de las mujeres víctimas de la guerra pueden consultarse, entre otros, Guzmán, Pijnenburg y Prieto (2012) y Guzmán y Prieto (2013).

armado] para acceder efectivamente a la justicia, cuando emprenden procesos de exigibilidad de derechos en el marco de los procesos penales ordinarios.² Estas barreras han sido identificadas a partir de las diversas fuentes de información exploradas para este documento y las hemos organizado en dos grandes grupos: i) las barreras de entrada y de partida, y ii) las barreras durante el proceso y la toma de decisión. Si bien la mayoría de las barreras de acceso a la justicia son compartidas por todas las personas que quieran acceder a ella, [...] existen unas barreras específicas para las mujeres debido a los arreglos de género patriarcales existentes y, en especial, en el marco de ciertas violencias que son perpetradas principalmente contra las mujeres como la violencia sexual.³

1. Barreras de entrada y de partida

Estas incluyen todas aquellas barreras que afectan, limitan, retrasan o impiden que los hechos constitutivos de violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en contra de las mujeres en razón del género en el contexto del conflicto lleguen a conocimiento de la justicia y se inicien las investigaciones correspondientes.

1.1. Persistencia de patrones de discriminación en la sociedad colombiana

Históricamente, en Colombia, la violencia contra las mujeres (tanto económica como física y simbólica) ha sido un tema relegado a lo privado. Si bien con el paso del tiempo se han realizado esfuerzos por parte de organizaciones sociales y de algunas entidades estatales para visibilizar este tipo de situaciones y para fortalecer la idea de que todo tipo de violencia contra las mujeres debe ser concebida como un tema de interés público, aún persisten tendencias androcéntricas que

2 (N. del E.) En esta selección de extractos nos hemos visto en la necesidad de omitir una parte fundamental del texto original (pp. 44-59), en la cual se estudia cómo opera la oferta institucional de justicia frente a las mujeres víctimas en el marco de dos procedimientos ordinarios: la Ley 600 de 2000 y la Ley 906 de 2004. Allí, con el fin de medir el nivel de acceso a la justicia de estas mujeres, se evalúa cuantitativamente el estado procesal de los casos correspondientes a cinco delitos: violencia sexual, reclutamiento forzado, desplazamiento forzado, desaparición forzada y violencia física. A partir de dicha evaluación, se concluye que, para los casos estudiados, el acceso a la justicia de las mujeres víctimas del conflicto es “bastante precario” y, en especial, se presentan obstáculos para la iniciación de una investigación formal y para el paso de la investigación formal a la etapa de juicio.

3 (N. del E.) Vale advertir que en el texto original no solo se desarrollan más largamente cada una de estas barreras, sino que se proponen también algunas recomendaciones frente a estos dos grupos de barreras (pp. 124-137).

frenan estas iniciativas. Lo anterior lleva a que, muchas veces, los actos de violencia contra las mujeres tanto en el marco del conflicto armado como fuera de él sean considerados como “normales” o “menores”. Este aspecto es relevante en la medida en que el Estado debe reconocer que las mujeres enfrentan una serie de obstáculos, incluso antes de acceder al sistema de administración de justicia, que disminuyen las posibilidades reales de que obtengan una respuesta adecuada y oportuna por parte del mismo.

1.2. Desconfianza en el sistema de administración de justicia

En esta sección es posible esbozar al menos tres factores que hacen que las víctimas del conflicto armado, en especial en algunas regiones de país particularmente afectadas por la violencia armada, tiendan a desconfiar del sistema judicial. El primero de ellos tiene que ver con la percepción que tienen sectores de la población de que en algunas regiones el Estado está cooptado por los grupos armados poderosos que participan en el conflicto o tiene relaciones con ellos. El segundo factor que incide en la desconfianza frente al sistema de administración de justicia tiene que ver con la percepción de su alto grado de burocratización y de ineficiencia. Finalmente, las mujeres tienden a desconfiar del sistema de administración de justicia por los estereotipos de género que allí se [encuentran] y que, como veremos más adelante, influyen en las decisiones judiciales.⁴

1.3. Ausencia de garantías para la denuncia

La denuncia cobra un papel central en la investigación, lo cual genera algunos problemas pues, como se esbozó anteriormente, los patrones socioculturales machistas y androcéntricos muchas veces impiden que las mujeres tomen la decisión de denunciar los hechos de violencia a los que han sido sometidas. El señalamiento, la vergüenza y la subvaloración de las violencias de las que han sido víctimas son algunos de los factores que hacen que las mujeres se abstengan de hablar. Estos factores se exacerban en el marco del conflicto armado, pues la presencia de actores armados en la región aumenta el riesgo de retaliaciones en contra de las mujeres y sus familias; además, los estereotipos de género tienden a reforzarse, y con ellos los riesgos de sufrir estigmatización y rechazo.

4 (N. del E.) Sobre la pérdida de credibilidad de las instituciones públicas, en general, y la percepción ciudadana frente al sistema judicial, en particular, consúltense el capítulo 7 (II) de esta compilación y La Rota, Montoya, Páramo y Uprimny (2011). En cuanto a la desconfianza en la justicia generada por la precaria presencia institucional en zonas de conflicto, véase el capítulo 5 de esta compilación, así como García Villegas (2008, pp. 42 y ss).

1.4. Amenazas y falencias de los programas estatales de protección a víctimas y testigos

El hecho de que el conflicto armado persista y de que muchos de los desmovilizados se hayan reconfigurado en otro tipo de grupos como las ahora denominadas “bandas criminales” (Bacrim) hace que muchas de las y los sobrevivientes se abstengan de realizar denuncias, pues pueden ser víctimas de amenazas y posteriores ataques. Los riesgos aumentan para víctimas que han llevado a cabo procesos de empoderamiento y de reclamación de justicia, y en especial para aquellas que ejercen roles de liderazgo.

Es importante mencionar que algunas de las violaciones a la seguridad personal de las mujeres tienen un claro componente de género, de allí que las amenazas contra las lideresas y las organizaciones de mujeres utilicen un lenguaje evidentemente sexualizado y sexista. Además, muchas de estas lideresas han sido violentadas sexualmente, o atacadas a través de sus hijos o compañeros, o incluso estigmatizadas por “abandonar” su papel de madres y cuidadoras tradicionales (Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional, 2010).

1.5. Barreras económicas y geográficas

Las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos enfrentan dificultades económicas y geográficas para participar activamente en las diligencias y los procedimientos de las acciones penales. Estas barreras tienden a ser especialmente significativas para aquellas personas que no habitan en cascos urbanos, o que se encuentran en zonas alejadas de los sitios en donde tienen sede las instituciones judiciales.

Si bien esto afecta tanto a hombres como a mujeres, como se señalará a continuación, tiende a tener efectos desproporcionados en estas últimas. La situación de las mujeres rurales víctimas es aún más grave por dos razones; en primer lugar, porque el paradigma patriarcal y androcéntrico dominante en la sociedad tiene consecuencias nefastas en el ámbito material de las mujeres, lo que hace que históricamente estas hayan estado y estén en desventaja económica frente a los hombres. Esto se materializa en el hecho de que las mujeres campesinas tienen más dificultades que los hombres rurales para ingresar al mercado laboral por toda una serie de imaginarios frente al rol que estas deben asumir.

Por otro lado, cuando las mujeres pierden a sus compañeros (lo cual sucede en muchos casos), se ven en la obligación de sacar adelante a una familia y de rearmar una vida que ha sido destruida como consecuencia de la guerra.

Además del peso emocional que esto conlleva, esta situación también (y sobre todo) implica una carga económica extraordinaria vivida de manera desproporcionada por las mujeres, que antes de los episodios de guerra estaban alejadas de espacios públicos y productivos históricamente reservados para los hombres.

Las barreras económicas se cruzan con las geográficas, pues aquellas víctimas que viven en zonas apartadas del país generalmente no tienen los recursos económicos suficientes para desplazarse a las oficinas donde deben formalizar las denuncias y llevar adelante los procesos. Esta situación afecta de manera desproporcionada a las mujeres, pues debido al rol de género que les ha sido impuesto como cuidadoras, deben hacerse cargo de sus hijos, hijas y demás familiares, hecho que les hace mucho más difícil la movilidad.

1.6. Falta de garantías de información suficiente, adecuada y oportuna

Las instituciones del Estado hacen pocos esfuerzos para socializar de manera amplia y pedagógica los procedimientos mediante los cuales se adelantan los procesos judiciales. Si bien la población colombiana en general no tiene mucho conocimiento al respecto, la situación es más problemática cuando las víctimas no cuentan con asesoría jurídica de manera permanente o no han llevado a cabo un proceso de empoderamiento (Guzmán, Pijnenburg y Prieto, 2012). Para aquellas mujeres sobrevivientes que han estado confinadas a espacios privados y han tenido poco contacto con espacios públicos o políticos, la situación es mucho más grave.⁵

Además, en términos generales, es posible establecer que las entidades y los funcionarios y las funcionarias del Estado no orientan de manera pertinente y adecuada a las mujeres en las diligencias judiciales. Esto tiende a resultar problemático, en especial cuando se trata de mujeres víctimas de violencia sexual, pues se las somete al trato de personal que no está capacitado para brindarles una adecuada orientación. Como consecuencia, las mujeres terminan dando muchas vueltas, se desgastan y muchas veces desisten de continuar con el proceso.⁶

5 (N. del E.) En el capítulo 7 (I-B) de esta compilación se evalúan las necesidades jurídicas insatisfechas de diferentes grupos poblacionales, entre los cuales se encuentra el de las mujeres. Allí se identifica, en específico, cómo el bajo nivel de empoderamiento legal es una clara barrera de acceso a la justicia especialmente para los grupos más vulnerables.

6 (N. del E.) Con estas preocupaciones en mente, Dejusticia ha formulado una propuesta de formación y sensibilización de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en as-

1.7. Infraestructura de las entidades del sistema de administración de justicia

Lo primero que hay que señalar es que algunas de las entidades estatales a las que deben acudir las víctimas tienen infraestructuras excluyentes con las mujeres. Este es el caso de los juzgados de Paloquemao. A través de la observación participativa realizada por Dejusticia en dicho edificio, se evidenció que no se permite la entrada de niños ni niñas al complejo. Teniendo en cuenta que muchas mujeres son madres solteras o mujeres que no cuentan con redes sociales de apoyo (como es el caso de muchas mujeres desplazadas), impedir la entrada de menores de edad al edificio en donde las mujeres víctimas tienen que asistir a audiencias se presenta como una barrera pragmática muy complicada.

En segundo lugar, la mayoría de entidades por las que las víctimas tienen que pasar durante el proceso judicial están mal adecuadas, no cuentan con los espacios pertinentes para que las mujeres sean atendidas dignamente y para que puedan narrar sus testimonios de manera cómoda y sin exposiciones innecesarias. Las zonas en las que deben esperar las víctimas también resultan poco adecuadas, muchas veces poco confortables y pequeñas.

Finalmente, es importante resaltar que hay una mala organización dentro de las entidades por las que tienen que pasar las víctimas. Esto hace que el tránsito sea traumático y revictimizante. Lo anterior se materializa en la ausencia de mecanismos adecuados para asignar los turnos, lo cual hace que aunque lleguen mujeres golpeadas por casos de violencia sexual, por ejemplo, tengan que esperar hasta dos horas en un espacio supremamente hostil para ser atendidas. En consecuencia, muchas mujeres deciden desistir de su denuncia pues los tiempos de espera son excesivamente largos.

2. Barreras durante el proceso y la toma de decisión

Incluso cuando las mujeres logran superar las barreras de partida y de entrada, y, por tanto, se acercan a interponer una denuncia y empiezan su participación en procesos penales ordinarios, es posible que se encuentren con barreras adicionales que pueden hacerlas desistir de participar efectivamente en los mismos. En este apartado nos ocupamos de esas barreras de manera particular.

pectos relacionados con los delitos de violencia sexual perpetrados en el marco del conflicto armado (Dalén y Rojas Castro, 2015). Esta propuesta se hace, justamente, bajo el entendido de que esta sensibilización es imprescindible para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de estos delitos.

2.1. Debilidad institucional del sistema de administración de justicia

Lo primero que resulta importante señalar es que las instituciones involucradas en la provisión de justicia a las víctimas tienen limitaciones de recursos materiales, humanos y científicos para la investigación de los hechos de violencia contra las mujeres. Esto se ve reflejado en sobrecargas de casos por parte de los/las operadores/as de justicia, lo cual ha desembocado en retrasos y en [represamientos] inaceptables. Lo anterior tiene consecuencias problemáticas en la medida en que afecta la capacidad probatoria y, por tanto, la posibilidad de que el proceso contribuya a la verdad, la justicia y la reparación se disminuye considerablemente.

Un ejemplo de estas limitaciones tiene que ver con el cubrimiento y la capacidad institucional del INML [Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses]. Actualmente, el INML tiene 114 puntos de atención directos, denominados unidades básicas; sin embargo, esto no quiere decir que tenga presencia en 114 municipios, ya que muchas veces hay varias unidades básicas en una misma ciudad (como es el caso de Bogotá). Es clave recordar que el número total de municipios en el territorio nacional es de 1.102, lo cual evidencia que el cubrimiento directo del INML es bastante limitado.

2.2. Ausencia de funcionarios capacitados para atender e investigar casos de violencias de género

En los últimos años, diferentes instituciones de la Rama Judicial han realizado esfuerzos significativos para incorporar la perspectiva de género en el desarrollo de sus funciones. Para tal fin, han desarrollado protocolos de atención diferenciada para las mujeres. Si bien estos son avances apreciables, parece que muchas veces no se materializan en la práctica. Por ejemplo, en el año 2008, la FGN [Fiscalía General de la Nación] emitió el Memorando 0117, cuyo asunto es “Violencia sexual en el contexto del conflicto armado”; en dicho documento se establecen una serie de herramientas investigativas con el fin de evitar la revictimización de las mujeres víctimas de violencia sexual. A pesar de ello, de acuerdo con la experiencia de las organizaciones que componen la Mesa de Seguimiento al Auto 092 de 2008 y que a su vez acompañan a las mujeres en procesos penales, dicho memorando no es conocido ni aplicado por todo el personal de la FGN.

La ausencia de formación técnica y en materia de género puede llevar no solo a la revictimización de la mujer, sino a su desgaste. Por ejemplo, personal

que no está bien capacitado puede errar en la realización de una prueba forense; esto hace que la prueba tenga que repetirse, lo cual lleva a un agotamiento y a un cansancio de la víctima que, en últimas, la puede inducir a renunciar al proceso. Pero además, la mala recepción de los casos de violencias de género puede conducir a que las víctimas no relaten totalmente los hechos violentos.⁷

2.3. Debilidades en el proceso investigativo

En materia de obstáculos frente a la investigación, es posible mencionar algunas debilidades de las instituciones encargadas de desarrollar estrategias y labores investigativas en los casos de violencias de género adelantadas por la justicia ordinaria. Estas dificultades son aún más agudas en los casos de violencia sexual, ya que todos los esfuerzos se centran en estrategias que no dan cuenta de la complejidad del fenómeno ni de las afectaciones que sufren las mujeres. Así, la mayoría de las investigaciones tienden a enfocarse únicamente en la prueba técnica, desconociendo las limitaciones que hay en el país frente a la misma.

Para desarrollar el anterior argumento, el primer aspecto en el que vale la pena detenerse tiene que ver con las competencias investigativas del INML. Es importante destacar que el INML [...] carece de iniciativa investigativa, no actúa de oficio y aborda la situación después de que esta ha sido oficializada. En este orden de ideas, si una mujer ha sido víctima de violencia sexual, solo puede acceder a los servicios del INML después de poner la denuncia por dicho suceso.

Sin embargo, [esta restricción] no parece tan acertada. Hay que recordar que una mujer que ha sido víctima de alguna violencia de género enfrenta una variedad de barreras tanto pragmáticas como emocionales y de seguridad a la hora de poner una denuncia, pero aun así podría querer aprovechar la única oportunidad que tiene para recoger las muestras periciales que le serían supremamente útiles en el desarrollo de su proceso, si es que en algún momento encuentra las condiciones para denunciar el suceso. Desde esta óptica, el hecho de que sea necesaria una denuncia para que el INML actúe, podría ser una barrera para las mujeres que han sido víctimas de violencias de género.

Ahora bien, el segundo aspecto que vale la pena señalar es que debido a que la presencia directa del INML es limitada, presta asistencia indirecta a través del sector salud. Cuando se presenta un caso complejo en una zona donde no hay presencia directa del INML, este debe ser remitido de inmediato a la unidad

7 (N. del E.) La ausencia de capacitación de los funcionarios y los problemas de dotación de los laboratorios fueron también diagnosticados en La Rota y Lalinde Ordóñez (2012b).

básica más cercana o, si es posible, el INML se debe desplazar hasta el lugar en donde se encuentra el cadáver o la persona que solicita el servicio. Sin embargo, el Instituto solo habla de casos complejos en patología, lo que quiere decir que solo ha pensado en criterios para definir si un hecho es complejo o no cuando hay cadáver; no existen criterios que definan lo que es un caso complejo clínico o psiquiátrico. Esto genera problemas sobre todo para las mujeres víctimas de violencias de género no fatales, pues, con este esquema, la atención de emergencia corre por cuenta del sector salud, hecho que no siempre resulta conveniente debido a que muchas veces los/las funcionarios/as no están suficientemente capacitados/as para tomar las muestras periciales necesarias o en la atención de la víctima se pierden elementos probatorios de vital importancia (pues muchas veces se baña o se limpia a las víctimas para la realización de tratamientos especializados).

De lo anterior queda claro que las diferentes entidades que intervienen en la investigación de casos de violencias de género adolecen de grandes dificultades, no solo porque los protocolos de investigación no se materializan en la práctica, sino porque aún no se han desarrollado las experticias necesarias por parte de las entidades estatales con el fin de adoptar perspectivas investigativas diferenciadas.

2.4. Centralidad de la prueba física y del testimonio de la víctima

Como consecuencia de la debilidad investigativa de los y las fiscales en casos de violencias de género, la prueba física y el testimonio de la víctima cobran excesiva importancia. En este sentido, las falencias en las estrategias investigativas tienen dos variantes: las investigaciones de hechos recientes se centran excesivamente en la prueba física y las investigaciones de hechos más lejanos en el tiempo descansan exclusivamente en los testimonios. Esta centralidad de la prueba física o de los testimonios directos puede constituirse en una barrera para acceder a la justicia por parte de mujeres que han sido víctimas de violencias de género. A continuación se señalan algunas razones.

En primer lugar, la prevalencia de la prueba física sobre otro tipo de pruebas pone en una situación difícil a las mujeres que han sido víctimas de violencia psicológica, de acosos o de amenazas que no pueden ser probadas físicamente. Además, tiende a aumentar los riesgos de revictimización.

En segundo lugar, de acuerdo con las experiencias de las diferentes organizaciones de mujeres que hacen litigio, la mayoría de las investigaciones por

casos de violencia de género que se adelantan por parte de la FGN se limitan a corroborar si lo que dice la víctima es verdad o no. En muchas ocasiones, de entrada, se pone en duda lo que es narrado por la víctima. La forma de vestir de la víctima en el momento del delito, el lugar en el que estaba, entre otros, siguen siendo factores que hacen dudar a los y las fiscales de la veracidad de los relatos de las mujeres.

Si bien las organizaciones de mujeres reconocen que para la mayoría de los casos es necesario que las víctimas asistan a las audiencias y hagan declaraciones, es problemático que [en los casos de violencias de género] todo el universo del proceso dependa casi que exclusivamente de sus declaraciones. Esto las recarga de manera injusta, ya que son ellas las responsables de aportar las pruebas, trasladando así el encargo de hacer justicia a las mujeres. El mensaje es: “Si ellas no colaboran, no hay condiciones para acceder a la justicia” (Silva, 2012). Esto se deriva de una falta de conocimiento y de sensibilidad por parte de los funcionarios y las funcionarias del aparato de justicia que no [entienden] la dimensión de lo que implica para una mujer ser llamada a declarar una y otra vez.

Teniendo en cuenta lo destacado anteriormente, queda claro que es pertinente ampliar los estándares probatorios con el fin de obtener una mirada más general y menos revictimizante de los casos de violencias de género.

2.5. Debilidades en el proceso investigativo cuando las víctimas son mujeres en condiciones de vulnerabilidad especial

Algunas de [las] mujeres sufren de manera aún más desproporcionada los delitos en razón del género. Este es el caso de mujeres que están atravesadas por la etnia, la raza o que están en situación de discapacidad física o mental. El tratamiento no especializado a este tipo de mujeres termina reforzando su condición de vulnerabilidad y dejando de lado las afectaciones específicas que sufren en el marco del conflicto armado. Esto, sin duda, lleva a que el acceso a la justicia para estos grupos de mujeres sea un camino aún más complejo.

Ejemplo de lo anterior es que, aunque la mayoría de las mujeres indígenas no hablan el castellano y otras lo hablan precariamente, en los procesos penales ordinarios no existen traductores/as. Es a la mujer indígena a quien se le impone la carga de aprender el castellano para poder comunicarse durante el proceso. Al verse forzadas a hablar en una lengua diferente a la suya, las mujeres indígenas pueden enfrentar problemas muy fuertes para participar efectivamente en la justicia.

2.6. Ausencia de acompañamiento psicosocial para las víctimas

Además de que la mayoría de funcionarios y funcionarias del sistema de justicia carecen de capacitación en materia de género, las mujeres deben enfrentarse a este proceso casi en total soledad.

Lo primero que resulta importante señalar es que la FGN no tiene un programa ni una política institucional para la atención psicosocial de las víctimas. Aunque esto no hace parte de la misión de la entidad, es clave que se tome en consideración el alcance de este tipo de atención para las investigaciones, pero, sobre todo, para evitar la revictimización.

Un problema adicional que surge de la atención psicosocial desarticulada a la que en ocasiones acceden las víctimas a través de la FGN es que se enfoca hacia fines probatorios. Así, el acompañamiento dado a las víctimas tiene como finalidad hacer valoraciones e identificar los daños; en últimas, es otra forma de probar la violencia sexual. Aunque esto es legítimo, y puede ser útil para los procesos judiciales, deja de lado lo primordial, que es el restablecimiento emocional y el acompañamiento sostenido que requieren estas mujeres violentadas.

2.7. Presencia de patrones discriminatorios y estereotipos de género en las decisiones judiciales

Debido a la falta de sensibilidad de los funcionarios y las funcionarias del sistema de administración de justicia en materia de género, las decisiones judiciales muchas veces se ven permeadas por patrones patriarcales y discriminatorios. En muchas ocasiones se siguen naturalizando las violencias contra las mujeres o se les sigue dando un carácter menos relevante en comparación con otros delitos. Esto es aún más evidente cuando hechos como la violencia sexual ocurren en el marco de masacres o repertorios de violencia más amplios, pues generalmente en estos casos los funcionarios y las funcionarias judiciales privilegian la indagación de otras conductas delictivas.

También es relevante destacar que muchas veces hay malas valoraciones en las calificaciones de los delitos como consecuencia de los patrones socioculturales de los funcionarios de administración de justicia. En las experiencias de litigio por parte de las organizaciones de mujeres es común que casos de violencia sexual sean calificados como otros delitos: lesiones personales, violencia intrafamiliar o injuria por vía de hecho, entre otros.

2.8. Limitada participación de las víctimas

Con el paso a un sistema penal acusatorio, el nivel de participación de las víctimas se ha visto claramente afectado. Mientras que bajo la Ley 600 [de 2000] las víctimas podían constituirse en parte civil del proceso, en el marco de la Ley 906 [de 2004] solo pueden ser intervinientes; esto limita fuertemente su participación a lo largo del proceso penal.⁸ Debido a que la calidad de víctima se adquiere solo en la audiencia de acusación, existe toda una etapa anterior (investigación y audiencia de imputación de cargos) donde la participación de las víctimas es bastante limitada puesto que no se les ha reconocido su calidad. De hecho, la Corporación Sisma Mujer (que adelanta procesos de violencias contra las mujeres en el marco de la justicia ordinaria) destaca el hecho de que, la mayoría de las veces, la FGN limita el acceso al expediente por parte de las víctimas y de los y las representantes legales; incluso se niega a entregar copias para la sustentación de recursos contra las decisiones de las autoridades judiciales.

2.9. Reparación a las mujeres víctimas

Ya sea en el marco de la justicia penal, civil o contencioso-administrativa, el marco jurídico de la reparación es supremamente limitado en la medida en que la mayoría de las veces se reduce a la indemnización económica (La Rota, Montoya, Páramo y Uprimny, 2011). Si bien la Corte Constitucional se ha manifestado sobre la importancia de reparar a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos en materia psicológica, moral y física, en el momento de la aplicación, estas medidas no se realizan.

Actualmente, en Colombia no existe una política de atención médica y psicológica con enfoque psicosocial que tenga como finalidad rehabilitar y reparar a las víctimas de violencias de género. Tampoco existen medidas de reparación que activen todas las variables diferentes a la económica o la simbólica.

Otro aspecto que vale la pena destacar tiene que ver con la manera como se define la víctima que se debe reparar. Casi en la totalidad de los casos de violencia sexual, las únicas víctimas que son reconocidas y que, por tanto, tienen

8 (N. del E.) Sobre los derechos de las víctimas (y esto incluye a las víctimas de delitos cometidos tanto dentro como fuera de la guerra) en el proceso penal y su participación colectiva en el marco particular de la Ley 906 de 2004, pueden consultarse, respectivamente, La Rota y Lalinde Ordóñez (2012a, 2012b). Sin embargo, en estos textos, al contrario de lo que se afirma aquí, los autores plantean que las víctimas sí gozan de múltiples posibilidades de participación, incluso antes de la acusación.

derecho a ser reparadas son las mujeres que han sido directamente violentadas, ignorando que este tipo de hechos traumáticos tienen repercusiones en los parientes y las personas cercanas a ellas.

Los problemas frente a la reparación efectiva e integral se viven de manera desproporcionada por parte de las mujeres víctimas de ciertos delitos; el caso de la violencia sexual es uno de ellos. No es claro cómo se puede reparar integralmente a una víctima de violencia sexual, incluso se podría afirmar que hay secuelas de esta violencia que son irreparables, más aun cuando los componentes de reparación psicosocial son inexistentes en el país.

Las mujeres víctimas de desplazamiento forzado y de despojo de tierras también sufren de manera desproporcionada las barreras frente a la reparación porque casi nunca poseen la titulación de sus tierras; generalmente, quien tiene el título de la propiedad es el hombre (si es que lo tiene), lo que ha hecho que ellas tengan problemas para probar la propiedad o la tenencia de la tierra.⁹

2.10. Ausencia de seguimiento y control al acceso a la justicia de las mujeres por parte del Estado

Aunque el Estado colombiano ha hecho algunos esfuerzos por desarrollar indicadores de género y mejorar los sistemas de información existentes, estos han sido desarticulados y no hacen parte de una política integral de prevención de la violencia contra las mujeres en el marco del conflicto armado. Ejemplo de ello es que [...] en el año 2011, la Mesa de Seguimiento al Auto 092 solicitó información a la FGN sobre los casos remitidos en dicho Auto, y la Fiscalía envió un anexo con información sobre las últimas actuaciones realizadas, a partir del cual la Mesa pudo constatar bastantes deficiencias: la información está desactualizada, es incoherente, los delitos están mal clasificados y no hay una caracterización de los hechos de violencia sexual.¹⁰

9 (N. del E.) Sobre la reparación a las mujeres víctimas del conflicto armado, consúltese Guzmán (2009a, 2009b, 2009c). Y sobre el tema específico de la restitución de tierras con enfoque de género, véanse Bolívar Jaime y Guzmán (2013) y Guzmán y Chaparro González (2013).

10 (N. del E.) Como se evidencia en Guzmán (2008), las barreras de acceso aquí enlistadas crean un escenario propicio para la perpetuación de la impunidad frente a los delitos contra la mujer, y en especial frente a los delitos de violencia sexual. Sobre violencia sexual y acceso a la justicia véanse, asimismo, Dalén (2014), Dalén y Rojas Castro (2015), Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional (2013), Newman (2015), Rojas Castro (2015).

Referencias

- Bolívar Jaime, A. P. y Guzmán, D. E. (2013). Restitución de tierras para mujeres, niños, niñas y adolescentes: un deber inaplazable. Documento de trabajo preparado para la Unidad de Restitución de Tierras. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Dalén, A. (2014). #TiempoDeActuar. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/tiempodeactuar-opinion-annika-dalen/412485-3>
- Dalén, A. y Rojas Castro, S. (2015). *Formación en violencia sexual en el conflicto armado: una propuesta metodológica para funcionarios*. Documentos 22. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.705.pdf
- García Villegas, M. (ed.) (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- Guzmán, D. E. (2008). Las cinco principales deficiencias en la investigación de los crímenes de violencia sexual: inclusión de la perspectiva de género en el trabajo de la Fiscalía como mecanismo para reducir la impunidad. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Guzmán, D. E. (2009a). Reparaciones con enfoque de género: el potencial para transformar la discriminación y la exclusión. En VV.AA. *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia* (pp. 165-192). Bogotá: Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer-UNIFEM.
- Guzmán, D. E. (2009b). Reparaciones frente a la violencia de género en el marco del conflicto armado. Alcances y límites del marco normativo colombiano. En Uprimny, R. (ed.). *Reparaciones en Colombia. Análisis y propuestas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina.
- Guzmán, D. E. (2009c). Reparaciones para las mujeres víctimas de la violencia en Colombia. En Díaz Gómez, C., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 193-226). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.164.pdf
- Guzmán, D. E. y Chaparro González, N. (2013). *Restitución de tierras y enfoque de género*. Documentos 12. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.365.pdf
- Guzmán, D. E., Pijnenburg, A. y Prieto, S. (2012). Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violaciones graves de derechos humanos en el contexto del conflicto armado. Justicia transicional. En Serie Documentos de discusión 12. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.269.pdf

- Guzmán, D. E. y Prieto, S. (2013). *Acceso a la justicia. Mujeres, conflicto armado y justicia*. Documentos 10. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.364.pdf
- La Rota, M. E. y Lalinde Ordóñez, S. (2012a). Derechos de las víctimas en el proceso penal. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- La Rota, M. E. y Lalinde Ordóñez, S. (2012b). Escuela de Estudios e Investigaciones Criminales y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación. Diagnóstico preliminar. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- La Rota, M. E. y Lalinde Ordóñez, S. (2012c). Participación plural o colectiva de víctimas en el proceso penal. Jurisprudencia constitucional. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- La Rota, M. E., Montoya, V., Páramo, A. y Uprimny, R. (2011). Evaluación de la judicialización del desplazamiento forzado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia y Consejo Noruego para los Refugiados (sin publicar).
- La Rota, M. E. y Santa Mora, S. (2012). Acceso a la justicia de las mujeres. Justicia ordinaria. En Serie Documentos de discusión 11. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.259.pdf
- Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional (2010). *Tercer informe de seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional. Anexo reservado*. Bogotá: Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional.
- Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional (2013). *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual. Quinto informe de seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional. Anexo reservado*. Bogotá: Mesa de Seguimiento al Auto 092. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.335.pdf
- Newman, V. (2015). Purga o la opresión de las botas. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/purga-la-opresion-de-las-botas-opinion-vivian-newman/421452-3>
- Rojas Castro, S. (2015). Reconociendo la verdad. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/reconociendo-la-verdad-opinion-silvia-rojas-castro/420656-3>
- Saffon, M. P. y Guzmán, D. E. (2008). Acceso a la justicia para las mujeres víctimas del conflicto armado: problemática, diagnóstico y recomendaciones. En Grupo de trabajo “Mujer y género, por la verdad, la justicia, la reparación y la reconciliación” (eds.). *Recomendaciones para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: s.e.
- Silva, L. (2012). Entrevista con abogada de la Casa de la Mujer. Bogotá.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA PERCEPCIÓN SOBRE EL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO

A. La percepción ciudadana de fines de la década de los noventa

Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito
y Mauricio García Villegas (2006)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 387-392). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Un elemento importante [...] para evaluar el funcionamiento de un sistema judicial es la percepción ciudadana y de los usuarios sobre sus cualidades, al menos por dos razones.¹ Por un lado, estas percepciones pueden ser a veces un indicador útil sobre la realidad del sistema judicial como tal, aunque es obvio que las valoraciones ciudadanas pueden no corresponder al funcionamiento efectivo de la justicia. Por el otro, el conocimiento de esa opinión ciudadana es importante, pues aunque no siempre corresponda a la realidad, incide en la dinámica misma del sistema judicial. Así, es obvio que si las personas consideran que la justicia no funciona o es corrupta, entonces tenderán a no acudir a las autoridades para resolver sus litigios.

En términos de indicadores, el balance de la justicia colombiana tiende a ser muy negativo, sin ser catastrófico. Así, los colombianos valoran negativamente el sistema judicial, pues consideran que es ineficiente y complicado, pero no consideran que sea una institución corrupta y desconfiable. Finalmente, algunos aspectos del sistema judicial suelen salir relativamente bien librados

1 (N. del E.) También los capítulos 7 (I-B) y 7 (II-B) de esta compilación hacen referencia a la relevancia de la percepción de los usuarios frente al sistema de justicia. Sobre la particular percepción de las mujeres frente a la justicia véase el capítulo 7 (I-C), así como La Rota, Montoya, Páramo y Uprimny (2011, pp. 101 y ss).

en la opinión ciudadana, como la acción de tutela o la Corte Constitucional.² Veámoslo.

Por un lado, la percepción ciudadana acerca de la eficacia de la justicia es pobre. Según la encuesta del DANE, el 74 % considera que el servicio es deficiente, frente al 24 % que lo juzga eficiente; el 86,5 % cree que la justicia es lenta, frente al 11,7 % que considera que es rápida; el 84 % señala que los trámites son complicados, frente a solo el 13 % que considera que son simples; para el 82 % de los colombianos los costos de la justicia son altos, frente al 13 % que considera que son bajos (Consejo Superior de la Judicatura y DANE, 1998, p. 26).

Sin embargo, la visión en términos de probidad es relativamente mejor. El estudio sobre corrupción, gobernabilidad y desempeño institucional dado a conocer en 2002 (Banco Mundial, Vicepresidencia de la República, y Centro Nacional de Consultoría, 2002) y basado en encuestas de opinión realizadas a empresarios, funcionarios públicos y usuarios de los servicios estatales, destaca que en materia de corrupción el sistema judicial colombiano tiene una percepción más favorable que los poderes Ejecutivo y Legislativo, o que sus similares en otros países de la región. Además, algunas instituciones asociadas al sector justicia —como la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación o la Corte Constitucional— figuraron entre las entidades públicas que los encuestados percibieron entre las diez más honestas (Banco Mundial, Vicepresidencia de la República y Centro Nacional de Consultoría, 2002, fig. 25).

Sin embargo, esto no significa que no existan prácticas de corrupción en el sistema judicial colombiano. Esto explica que existan también percepciones negativas sobre la integridad del sistema judicial. Así, en el citado estudio del Banco Mundial, el 74 % de los usuarios considera “muy frecuente” el pago de sobornos en el campo judicial con el objeto de agilizar y asegurar los resultados de los procesos. Los juzgados, por su parte, se ubicaron en el sexto lugar entre las diez entidades públicas que se consideraban como las menos honestas (Banco Mundial *et al.*, 2002, fig. 27).

2 (N. del E.) Estos contrastes en buena medida se explican a partir de la distinción que se hace en esta compilación entre las categorías de justicia protagonista y justicia rutinaria. Sobre esta distinción pueden verse el estudio preliminar, la introducción a la Parte dos y el capítulo 9 (I-B) de esta compilación. En cuanto a los impactos que la tutela ha tenido en la protección de los derechos sociales del común de los ciudadanos, puede consultarse el capítulo 10 (II).

Fuera de lo anterior, no hay que dejar pasar el hecho de que en el sistema judicial colombiano existen problemas muy graves de selectividad e inequidad [...], vinculados con preferencias judiciales de clase, lo que ha llevado a considerar que la justicia es un aparato que opera preferentemente para beneficiar los intereses de los ricos o, dicho de otra manera, que las demandas y los intereses de los pobres tienen mayores dificultades para ser respondidas dentro del sistema, que las demandas de las personas que tienen poder económico o estatus social.³ Así, en la encuesta del Banco Mundial, el 70 % de los encuestados consideró que la justicia no se aplicaba de la misma manera a ricos y pobres, ya que tendía a favorecer a los primeros (Banco Mundial *et al.*, 2002, fig. 35).

Los usuarios de la justicia perciben también la presencia de ciertas “prácticas perversas” dentro del aparato judicial, que involucran principalmente al personal administrativo y a los llamados auxiliares de la justicia, y que se materializan en casos de soborno o de preferencias en la gestión de ciertos trámites, es decir, pequeñas prácticas de corrupción pero generalizadas. Así, en la encuesta realizada por el Consejo Superior de la Judicatura a abogados y usuarios, más de la mitad de los abogados litigantes (51,3 %) consideró que los auxiliares de la justicia contribuían al atraso judicial, y al menos el 20 % atribuyó esa contribución de los auxiliares a la morosidad, a su deshonestidad (Consejo Superior de la Judicatura, 1999, figs. 17-20).

Las diferentes encuestas parecen confirmar ese balance mixto de las percepciones ciudadanas en torno a la integridad del sistema judicial colombiano, pues muestran una visión ciudadana relativamente aceptable de la administración de justicia, en términos de su honestidad, aunque bastante negativa en relación con su eficiencia y equidad. Así, la encuesta a usuarios y abogados realizada por el Consejo Superior de la Judicatura mostró que solo un 35 % de los usuarios de la justicia consideraba que los fallos de los jueces eran siempre confiables, mientras que un 60 % opinó que únicamente a veces, y un 4,5 % que casi nunca (Consejo Superior de la Judicatura, 1999, figs. 26 y ss). Esto indicaría una baja credibilidad de la justicia, que podría estar asociada a fenómenos de corrupción. Sin embargo, esa relativamente baja confiabilidad en la decisión de los jueces no parece estar asociada con una percepción de corrupción, pues el 65 % de los usuarios tiene credibilidad en los jueces, y casi el 90 % considera que su caso será fallado de acuerdo con la ley (Consejo Superior de la

3 (N. del E.) Los capítulos 4, 12 y 14 de esta compilación confirman esta percepción sobre el carácter selectivo del sistema judicial colombiano.

Judicatura, 1999, figs. 18 y 28). Esto indicaría que la falta de credibilidad en la justicia es debida a otros factores, pero no a una percepción de la existencia de una corrupción generalizada de los jueces.

En el mismo sentido, la encuesta adelantada por María Mercedes Cuéllar llega a resultados semejantes, pues concluye que aunque la ciudadanía tiene una percepción muy negativa sobre el funcionamiento general del sistema judicial, sin embargo, “los colombianos desconfían menos de la rama judicial de lo que desconfían de las otras ramas del poder” (Cuéllar, 2000, p. 644). Esta autora sostiene la tesis de que esta paradoja podría deberse a una percepción relativamente positiva de la labor de las altas Cortes, en especial de la Corte Constitucional, en la protección de los derechos fundamentales, pero es relativamente crítica frente al aparato judicial en su conjunto. Y es posible que así sea, lo cual explicaría la inclusión, en la encuesta del Banco Mundial, de la Corte Constitucional entre las entidades menos corruptas, mientras que los jueces en general hacían parte de algunas de las instituciones más corruptas. Sin embargo, otra explicación admisible es que esa situación se debe a que los usuarios de la justicia tienen una percepción negativa de la justicia, debido a su ineficiencia e inequidad, pero no desconfían masivamente de ella, por cuanto no perciben una corrupción generalizada.

Finalmente, desde el punto de vista comparado, la situación colombiana, según ciertas fuentes, se sitúa en el promedio latinoamericano; mientras que, conforme a otros informes, parecería encontrarse mejor que la mayor parte de los países de la región. Así, de acuerdo con la encuesta de percepciones del Latinobarómetro de 2002, 23 % de colombianos tenía mucha o algo de confianza frente al poder judicial, con un promedio latinoamericano de 25 %. Los mejores países en esa encuesta eran Costa Rica y Uruguay, donde los índices de confianza alcanzaban 49 y 43 % respectivamente, y los peores eran Argentina y Paraguay, con índices de credibilidad del poder judicial de 9 y 10 %, respectivamente (Galindo, 2003, p. 10). Sin embargo, Colombia obtiene mejores puntajes, aunque sin llegar a ser satisfactorios, en otras encuestas de percepción. Así, en el barómetro latinoamericano de gobernabilidad del Consorcio Latinoamericano de Empresas de Investigación de Mercados y Asesoramiento (CIMA), 42 % de los colombianos confía en el poder judicial y 36 % opina que su desempeño es bueno o muy bueno, con lo cual Colombia se sitúa en los lugares más altos de percepción positiva de la rama judicial, junto con Uruguay, Puerto Rico y Costa Rica (p. 12).

Estas cifras comparadas parecen confirmar que la percepción ciudadana sobre el funcionamiento del sistema judicial colombiano es negativa, pero no

es catastrófica y podría ser incluso mejor que el promedio en los países latino-americanos, sin que eso sea realmente un gran consuelo, pues la desconfianza frente a la justicia en la región es muy alta.

Referencias

- Banco Mundial, Vicepresidencia de la República y Centro Nacional de Consultoría (2002). *Corrupción, desempeño institucional y gobernabilidad. Desarrollando una estrategia anti-corrupción para Colombia*. Recuperado de <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/2002/02/10950619/resultados-de-las-encuestas-usuarios-empresarios-y-funcionarios-publicos-sobre-corrupcion-desempeno-del-sector-publico-y-governabilidad-vol-1-2-corrupcion-desempeno-institucional-y-governabilidad-desarrollando-una-estrategia-anti-corrupcion-para-colombia>.
- Consejo Superior de la Judicatura (1999). *Encuesta de opinión sobre la justicia. Demandantes, demandados y abogados litigantes*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Consejo Superior de la Judicatura y Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) (1998). *Primera encuesta nacional de justicia. Derecho de acceso al servicio de justicia*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y DANE.
- Cuéllar, M. M. (2000). *Colombia. Un proyecto inconcluso*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Galindo, P. (2003). Indicadores subjetivos. Estudios, calificaciones de riesgo y encuestas de percepción pública sobre los sistemas de justicia: resultados recientes para las Américas. *Revista Sistemas Judiciales. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas*, (6), 4-35.
- La Rota, M. E., Montoya, V., Páramo, A. y Uprimny, R. (2011). Evaluación de la judicialización del desplazamiento forzado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia y Consejo Noruego para los Refugiados (sin publicar).

B. La percepción ciudadana en la segunda década del siglo XXI¹

Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde Ordóñez,
Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes (2014)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia (pp. 149-157). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf

[El tema que aquí] analizamos se refiere a la percepción que sobre la justicia tienen las personas encuestadas.² Para ello, todos los encuestados, tuvieran o no necesidades jurídicas, respondieron acerca de su confianza en la justicia, su opinión sobre la acción de tutela, la agilidad de la justicia, los costos de acceder a ella y su percepción en torno a la honestidad de los funcionarios.³

1 (N. del E.) Si se quieren comparar estos resultados con la percepción de la justicia que tenían los ciudadanos colombianos a fines de la década de los noventa, consúltase el capítulo 7 (II-A) de esta compilación.

2 (N. del E.) Aquí es necesario hacer dos aclaraciones metodológicas sobre la investigación de la que provienen estos extractos. La primera es que ella se concentró en las respuestas más relevantes de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas (ENNJ), la cual se realizó en 2013 en catorce ciudades de Colombia: Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Cartagena, Pasto, Montería, Tunja, Neiva, Pereira, Villavicencio, Florencia y Quibdó. La segunda aclaración, es que esta investigación analizó los resultados de la ENNJ para tres grupos poblacionales: población general, pobre y con discapacidad (La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora y Uprimny, 2014, pp. 18 y ss). A partir de estos mismos datos, en el capítulo 7 (I-B) de esta compilación se evalúan los problemas de acceso a la justicia de estos grupos poblacionales. Como se evidencia allí y en Uprimny, La Rota, Lalinde y López (2013), los niveles de desconfianza en los operadores o en las instituciones pueden convertirse en un enorme obstáculo para el acceso a la justicia.

3 Desde luego, la percepción sobre las autoridades públicas no es suficiente para evaluar su desempeño. Es posible que algunas autoridades tengan múltiples problemas en su desempeño, a pesar de ser percibidas de manera positiva o, al revés, pueden desempeñarse

En este apartado analizamos estas percepciones. Además, buscamos detectar si estas cambian dependiendo de si los encuestados entraron en contacto o no con autoridades judiciales (en comparación con el resto de personas) o con autoridades administrativas (en comparación con los que entraron en contacto con autoridades judiciales).⁴

1. Percepción general

Tal como lo indican otras encuestas, la percepción general de la justicia se ubica en niveles medios, con grados de popularidad que no son tan altos como los de algunos actores —piénsese en las Fuerzas Militares o en los medios de comunicación—, ni tan bajos como los de otros —como el Congreso o los partidos políticos—.⁵ Alrededor del 60 % de la PG [población general] tiene confianza en el sistema judicial. La percepción de quienes responden a preguntas concretas es variada: cerca de la mitad de personas considera que los funcionarios son honestos o muy honestos, lo que corresponde a la misma proporción de quienes consideran que son corruptos o muy corruptos. Más de la mitad estima que la justicia es costosa o muy costosa, mientras que menos de la mitad considera que es barata o muy barata. Una peor percepción puede constatarse respecto de la agilidad de la justicia, pues ocho de cada diez personas opinan que la justicia es lenta o muy lenta. Solo la acción de tutela muestra una percepción claramente favorable: entre ocho y nueve de cada diez personas tienen una opinión positiva de esta figura.⁶

de manera ejemplar, sin que esto se refleje en la opinión de los ciudadanos. A pesar de lo anterior, esta encuesta investiga acerca de la percepción por lo siguiente: la popularidad de una autoridad pública puede ser importante para la legitimidad con la que cumple sus funciones. Bajos niveles de respaldo popular a las autoridades judiciales pueden ser un obstáculo para el cumplimiento de sus funciones —por ejemplo, la Fiscalía General de la Nación necesita permanentemente la colaboración de los ciudadanos— y para la preservación misma de su autonomía.

4 También comparamos entre quienes tuvieron o no contactos. Para dichos resultados, véase el informe original de La Rota, Lalinde Ordóñez y Uprimny (2013).

5 (N. del E.) No obstante, la percepción general ante la justicia parece haber desmejorado sustancialmente. Así, un sondeo bimestral de Gallup publicado en diciembre de 2014 indicaba que el 83 % de los encuestados tenía una percepción negativa de la justicia (*El Tiempo*, 2014). De especial trascendencia ha sido la creciente percepción negativa frente a las altas Cortes, las cuales se han visto afectadas —entre otros— por el escándalo de corrupción protagonizado a finales de febrero de 2015 por el presidente de la Corte Constitucional, Jorge Ignacio Pretelt. La encuesta bimestral de Gallup, publicada en abril de 2015, revela, justamente, que la imagen desfavorable de la Corte Suprema de Justicia pasó del 54 al 69 %, mientras que la de la Corte Constitucional pasó del 42 % al 62 % (*El Tiempo*, 2015).

6 (N. del E.) Sobre las controversias en torno a la acción de tutela y, a su vez, sobre los

Tabla 1. Percepción acerca de varios elementos de la administración de justicia (en porcentaje)

		PG (n=1.100)			ANSPE (n=863)			PD (n=1.100)					
		Total	Mujer	Hombre	Total	Mujer	Hombre	Total	Mujer	Hombre			
Confianza en el sistema de justicia	Ns/Nr	0,0	0,0	0,0	18,1	20,1	8,5	***	9,8	12,3	7,1	***	
	1	13,8	11,2	16,4	**	13,4	12,5	17,5		9,3	9,9	8,6	
	2	24,2	24,8	23,6		26,5	25,3	32,5	*	16,1	14,0	18,3	*
	3	37,8	35,6	40,1		29,8	29,8	29,8		41,0	43,9	37,9	**
	4	24,3	28,5	19,9	***	12,2	12,3	11,7		23,9	20,0	28,0	***
Opinión de acción de tutela	Ns/Nr	24,0	24,8	23,0		33,9	33,9	33,8		21,8	27,3	15,8	***
	Favorable	65,1	66,6	63,5		54,2	53,9	55,2		55,7	48,5	63,4	***
	Desfavorable	11,0	8,6	13,5	***	11,9	12,1	11,1		22,5	24,1	20,8	***
Agilidad de la justicia	Ns/Nr	12,3	12,4	12,1		13,6	14,2	10,3		11,2	14,6	7,7	***
	Muy lenta	20,1	18,4	22,0		24,3	24,4	23,6		15,4	16,3	14,5	
	Lenta	51,6	55,3	47,7	**	48,2	47,0	53,8		48,4	50,1	46,7	
	Ágil	15,2	13,9	16,6		12,7	13,6	8,3		22,1	16,0	28,5	***
	Muy ágil	0,8	0,0	1,5		1,3	0,8	3,9		2,8	3,0	2,6	
Los costos de acceder a la justicia	Ns/Nr	17,9	19,2	16,5		29,5	30,3	25,6		20,3	26,0	14,3	***
	Muy altos	10,0	8,0	12,1	**	10,3	10,2	10,8		4,1	4,1	4,1	
	Altos	34,0	33,6	34,5		23,2	22,7	25,6		37,3	39,1	35,5	
	Bajos	32,6	32,1	33,1		31,0	30,2	35,0		29,3	25,9	33,0	***
	Muy bajos	3,7	4,8	2,5		3,2	3,7	0,5		8,6	4,6	12,8	***
Honestidad de funcionarios judiciales	Inexistentes	1,9	2,3	1,4		2,9	2,9	2,6		0,3	0,4	0,3	
	Ns/Nr	21,6	23,8	19,4	*	35,0	36,6	27,5	**	19,5	23,5	15,1	***
	Muy honestos	3,8	3,4	4,2		0,8	0,9	0,5		3,0	2,0	4,0	
	Honestos	31,6	30,8	32,4		24,8	25,6	21,0		42,4	37,6	47,5	***
	Corruptos	35,2	36,0	34,4		34,4	32,1	45,2	***	31,8	33,5	30,0	
	Muy corruptos	7,8	6,0	9,6		5,0	4,8	5,8		3,4	3,4	3,5	

*** p<0,01; ** p<0,05;
* p<0,1

Nota: 1 es la mínima calificación y 4 la máxima en la pregunta acerca de la confianza en el sistema de justicia.

A su vez, la percepción de las mujeres parece ligeramente mejor para varias de las preguntas.

Por su parte, la población ANSPE [personas en situación de pobreza extrema] tiene una percepción menos favorable de la justicia. Una mayor proporción contesta a las preguntas indicando que no sabe o no responde; y en comparación con la PG, una parte importante de quienes no saben compensa aquella que otorga una calificación positiva. Esto sucede con todas las preguntas realizadas, salvo para la relativa a la agilidad de la justicia, para la que la PG y ANSPE tienen la misma percepción, y para la de los costos, que la PG considera más elevados.

Las diferencias observadas para la PD [población en situación de discapacidad] son mixtas. Al comparar dichas personas con la PG, su confianza en la justicia es más alta, y en mayor proporción estiman que la justicia es ágil y que sus funcionarios son honestos. Pero tienen una percepción menos favorable de la acción de tutela. Por su parte, a diferencia de la PG, las mujeres con discapacidad parecen tener una peor opinión de los diferentes aspectos de la justicia.

2. Comparación entre quienes tuvieron contacto con autoridades judiciales

Ahora bien, las diferencias de opinión acerca de la justicia pueden estar relacionadas con que las personas hayan tenido experiencias con las autoridades judiciales.

Las diferencias observadas para la PG no muestran tendencias claras. De una parte, quienes sí acudieron a una autoridad judicial manifiestan una mejor percepción general y en mayor medida consideran que los funcionarios son honestos. Por el contrario, reportan una opinión más desfavorable acerca de la acción de tutela y en mayor proporción señalan que la justicia es lenta y costosa.

Los datos no muestran diferencias importantes para la población ANSPE.

Por su parte, las personas de la PD que acudieron a autoridades judiciales tienen una opinión más favorable de la acción de tutela, consideran en mayor medida que los costos son bajos y que los funcionarios son honestos. Pero en mayor proporción estiman que la justicia es lenta.

efectos de la protección de los derechos sociales por vía judicial, véase el capítulo 10 (II) de esta compilación.

Tabla 2. Percepción, dependiendo de si tuvo o no contacto con autoridades judiciales

Contacto con actor judicial		PG			ANSPE			PD		
		Sí	No		Sí	No		Sí	No	
n		57	962		103	979		83	914	
Confianza en el sistema de justicia (%)	Ns/Nr	0,00	0,0		8,4	15,6	***	1,8	10,4	***
	1	11,2	13,9		15,6	11,6		14,4	8,9	***
	2	20,8	24,4		28,1	24,1		25,8	15,3	***
	3	28,9	38,3	***	34,8	37,5		26,2	42,2	***
	4	39,2	23,4	***	13,2	11,3		31,9	23,2	***
Opinión de acción de tutela (%)	Ns/Nr	11,0	24,7	***	29,6	31,0		16,3	22,2	**
	Favorable	70,3	64,8	*	57,8	57,6		68,9	54,6	***
	Desfavorable	18,7	10,5	***	12,6	11,5		14,8	23,2	***
Agilidad de la justicia (%)	Ns/Nr	5,5	12,6	***	11,2	11,4		0,5	12,1	
	Muy lenta	13,5	20,5	***	20,0	22,8		36,2	13,7	***
	Lenta	67,2	50,8	***	48,9	51,2		43,9	48,8	
	Ágil	13,7	15,3		19,2	13,5		12,2	22,9	***
	Muy ágil	0,00	0,8		0,7	1,2		7,2	2,4	***
Los costos de acceder a la justicia (%)	Ns/Nr	17,6	17,9		27,5	26,2		16,8	20,6	
	Muy altos	8,1	10,1		9,6	10,1		2,1	4,3	
	Altos	52,9	33,0	***	29,1	26,3		7,0	39,8	***
	Bajos	20,7	33,2	***	29,4	32,1		57,8	27,0	***
	Muy bajos	0,00	3,9		0,5	2,9		15,8	8,0	***
	Inexistentes	0,8	1,9		3,8	2,4		0,5	0,3	
Honestidad de funcionarios judiciales (%)	Ns/Nr	17,6	21,9	*	37,5	29,6	*	15,9	19,7	*
	Muy honestos	1,4	3,9		0,2	2,1		8,2	2,5	***
	Honestos	43,1	31,0	***	28,8	30,4		52,1	41,6	***
	Corruptos	31,2	35,5		28,8	33,0		22,4	32,5	***
	Muy corruptos	6,8	7,8		4,8	4,8		1,4	3,6	

*** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

3. Comparación entre autoridades administrativas y judiciales

Un último análisis busca diferencias entre las personas que entraron en contacto con las autoridades administrativas y las que lo hicieron con autoridades judiciales. El supuesto detrás de esta comparación es que las encuestas que miden la percepción acerca del funcionamiento de la justicia se refieren a las autoridades judiciales, así los servicios de justicia sean prestados por otras personas, incluyendo autoridades administrativas o particulares. De forma que la percepción de la calidad de la justicia puede cambiar cuando los ciudadanos usan los servicios de resolución de conflictos ofrecidos por autoridades administrativas.

Para la PG los datos muestran que las personas que acudieron a autoridades administrativas tienen una peor apreciación de los servicios de justicia. Una mayor proporción de estas personas expresan bajos niveles de confianza en la justicia, tienen una opinión desfavorable de la acción de tutela, estiman que la justicia es muy lenta (en comparación con solo lenta) y que los funcionarios son corruptos. De otra parte, quienes acudieron a autoridades judiciales opinan en más alta medida que la justicia es costosa. Pero estos resultados deben ser confirmados con base en más evidencia empírica, ya que muchas de las diferencias no son estadísticamente significativas. La consistencia de estas diferencias sugiere una posible tendencia, sin que sepamos de manera certera que esta no se debe a la casualidad. A su vez, una posible asociación estadística puede deberse a que quienes tienen una opinión desfavorable del poder jurisdiccional tratan de evitar a los jueces e intentan solucionar sus controversias ante otras autoridades (como las administrativas).

Las diferencias constatadas para la población ANSPE son aún menos acentuadas. Pero los datos sugieren que las personas de ANSPE que tuvieron contacto con autoridades administrativas estiman en mayor proporción que la justicia es lenta y costosa, y que los funcionarios son corruptos. De nuevo, la insuficiencia de observaciones requiere una confirmación empírica adicional.

Asimismo, las diferencias encontradas para la PD permiten concluir que quienes acudieron a autoridades administrativas tienen una opinión menos favorable de la justicia, y señalan en mayor medida que los costos son altos y que los funcionarios son corruptos.

4. Conclusiones acerca de la percepción de la justicia

La percepción acerca de la justicia es poco entusiasta aunque no desastrosa. A pesar de que alrededor de 60 % tiene confianza en la justicia, existe una opinión

Tabla 3. Percepción, dependiendo de si la persona acudió a una autoridad judicial o administrativa

		PG		ANSPE		PD		
		Judicial	Adminis- trativa		Judicial	Adminis- trativa	Judicial	Adminis- trativa
n		57	116		103	117	83	190
Confianza en el sistema de justicia (%)	Ns/Nr	0,00	0,0		9,6	7,4	1,8	1,7
	1	11,2	18,5		15,9	15,9	14,4	11,6
	2	20,8	25,2		27,7	31,0	25,8	22,8
	3	28,9	43,8	*	32,3	33,9	26,2	42,4
	4	39,2	12,5		14,5	11,7	31,9	21,5
Opinión de acción de tutela (%)	Ns/Nr	11,0	18,6		27,9	23,3	16,3	9,8
	Favorable	70,3	64,9		59,5	66,6	68,9	73,8
	Desfavorable	18,7	16,5		12,6	10,2	14,8	16,4
Agilidad de la justicia (%)	Ns/Nr	5,5	2,2		12,2	5,0	*	0,5
	Muy lenta	13,5	26,6	*	16,8	23,3		36,2
	Lenta	67,2	59,2		51,1	56,7		43,9
	Ágil	13,7	12,1		19,2	15,0		12,2
	Muy ágil	0,00	0,0		0,8	0,0		7,2
Los costos de acceder a la justicia (%)	Ns/Nr	17,6	6,2		28,6	25,4		16,8
	Muy altos	8,1	7,8		9,3	7,6		2,1
	Altos	52,9	39,9		26,3	31,5		7,0
	Bajos	20,7	38,8	**	31,4	30,0		57,8
	Muy bajos	0,00	6,4		0,0	2,0		15,8
	Inexistentes	0,8	0,8		4,3	3,5		0,5
Honestidad de funcionarios judiciales (%)	Ns/Nr	17,6	15,9		37,5	24,5	**	15,9
	Muy honestos	1,4	0,0		0,2	0,5		8,2
	Honestos	43,1	36,7		28,2	25,7		52,1
	Corruptos	31,2	42,9		29,5	46,8	***	22,4
	Muy corruptos	6,8	4,5		4,6	2,5		1,4

*** p<0,01; ** p<0,05; * p<0,1

mayoritariamente negativa acerca de su poca agilidad y de sus altos costos, una apreciación dividida acerca de la honestidad de los funcionarios y una percepción ligeramente favorable de la acción de tutela.

A su vez, ANSPE tiene peores grados de percepción en todos los niveles, salvo sobre la agilidad de la justicia para la que no se observan diferencias, y sobre los costos de la justicia, que a la PG le parecen más elevados. Aún más, la percepción de la PD es más parecida a la de la PG, con algunas leves diferencias, puesto que su confianza en la justicia es superior y en mayor medida estima que la justicia es ágil y que sus funcionarios son honestos, pero expresa una percepción menos favorable de la acción de tutela.

De lo anterior pueden salir algunas hipótesis que deben estar sujetas a verificación: primero, el hecho de acudir a una autoridad judicial empeora la percepción de las personas de diferentes poblaciones, más que todo en lo relacionado con la lentitud y los altos costos de la justicia. En cambio, es más favorable acerca de la honestidad de los funcionarios, que en términos generales son percibidos como menos corruptos. También de manera positiva, la percepción de la acción de tutela parece mejorar con la experiencia de haber acudido a una autoridad judicial, sobre todo cuando se trata de ANSPE y PD.

Por su parte, la experiencia con las autoridades administrativas parece estar asociada con una opinión menos favorable de la justicia.

Por último, los niveles relativos de personas que no saben qué responder son claramente distinguibles respecto de algunos grupos: mujeres, personas que no tuvieron conflicto o contacto con las autoridades y, por último, personas en extrema pobreza. Estas características pueden interactuar y reforzarse, de tal forma que las mujeres en extrema pobreza, que no se han acercado a ninguna autoridad, pueden tener niveles de información mucho menores que los demás grupos poblacionales.

Referencias

- El Tiempo (2014). Paro judicial pasó factura a imagen de la justicia, que sigue cayendo. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/encuesta-bimestral-de-gallup/14996020>
- El Tiempo (2015). Lío de magistrado Pretelt pasa cuenta de cobro a imagen de las cortes. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/encuesta-de-gallup-imagen-de-las-cortes/15657036>
- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf

- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S. y Uprimny, R. (2013). Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas. Documento de Trabajo. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho y Banco Mundial. Recuperado de <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/1575>
- Uprimny, R., La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S. y López, D. E. (2013). Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a la justicia. Marco conceptual y metodológico. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.619.pdf

Capítulo 8

PROBLEMAS INSTITUCIONALES DE LA JUSTICIA

A. La gestión del sector jurisdiccional de la Rama Judicial

Rodrigo Uprimny Yepes y Carolina Villadiego Burbano (2015)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015). Diagnóstico y algunas propuestas de mejora a la gestión de la Rama Judicial en Colombia. Documento de trabajo financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

El sistema de justicia colombiano está compuesto por diversas instituciones, del orden nacional y territorial, que participan en la prestación de distintos servicios de la administración de justicia. Esta estructura responde al esquema constitucional que permite que, además de la Rama Judicial, otras autoridades (administrativas, Congreso y particulares) tengan distintas facultades para brindar servicios de justicia (CP, 1991, art. 116). Un análisis del funcionamiento del sistema de justicia debe tener presente esta estructura, pues la ciudadanía acude a distintas autoridades para resolver sus necesidades jurídicas, ya que la competencia para resolver conflictos está dispersada entre instituciones (La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora y Uprimny, 2014, pp. 36 y ss.).¹

De esta forma, un diagnóstico integral de la gestión del sistema de justicia y las propuestas de mejoría deberían partir de un análisis general del sector justicia. Por ello, queremos advertirle al lector, que este documento realiza un análisis parcial del funcionamiento de la justicia colombiana, y que los problemas y las propuestas identificados en materia de gestión se centran, principalmente, en la Rama Judicial.

¹ (N. del E.) Para ver más sobre necesidades jurídicas insatisfechas y acceso a la justicia en Colombia, consúltense los capítulos 7 (I) y 19 (A) de esta compilación.

Ahora bien, este texto está dividido en [dos] partes. La [primera] describe los principales problemas que en materia de gestión enfrenta la justicia colombiana, particularmente, el sector jurisdiccional de la Rama Judicial. Y la [segunda] ofrece unas propuestas para mejorar la gestión de la justicia, en especial, del sector jurisdiccional de la rama.

1. Problemas de gestión del sector jurisdiccional de la Rama Judicial

El sistema de justicia tiene varios problemas de gestión. Aunque en este documento nos concentramos en aquellos relacionados con el sector jurisdiccional de la Rama Judicial, vale la pena resaltar un problema global del sistema de justicia. Este se relaciona con que no existe información unificada sobre la cantidad, calidad y eficacia de la prestación de los servicios de justicia en el país. Esto se debe a tres razones esenciales: a) la falta de un sistema de información unificado de todos los servicios de justicia prestados por el Estado, b) la carencia de números únicos de identificación de los casos que conocen y resuelven todas las instituciones y c) la falta de seguimiento al cumplimiento de las decisiones. Por ejemplo, no se sabe la proporción de casos que son atendidos en las comisarías de familia y que pasan a la Fiscalía. Tampoco se conoce la proporción de casos que son atendidos en notarías en conciliación y que ingresan a la Rama Judicial como procesos ejecutivos. Y menos se conoce la proporción de casos que son resueltos por las Superintendencias en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Ahora bien, respecto de las dificultades de gestión que enfrenta el sector jurisdiccional de la Rama Judicial, este documento se centra en cuatro: a) diseño de la estructura del órgano encargado de la gestión; b) debilidad en las fuentes de información; c) impacto del sistema político en el aumento de la congestión judicial; d) cultura y formación de los abogados.

1.1. Diseño de la estructura del órgano encargado de la gestión

El órgano encargado de la gestión del sector jurisdiccional de la Rama Judicial es el Consejo Superior de la Judicatura, que gestiona los recursos de la rama y ejerce funciones disciplinarias en contra de jueces y abogados (CP, art. 254). Este órgano enfrenta varias dificultades y críticas (Uprimny y Villadiego Burbano, 2015, p. 3).²

2 (N. del E.) Para una evaluación de las fallas de diseño institucional del Consejo Supe-

Respecto de las funciones administrativas, existen ocho críticas específicas. En primer lugar, se cuestiona la falta de carácter técnico de la Sala Administrativa, ya que aunque el ejercicio de sus funciones requiere conocimientos de gestión, está compuesta por abogados. En segundo lugar, se critica que se haya concebido como una “alta Corte” y que sus miembros sean magistrados y adopten decisiones como lo hace una corte. En tercer lugar, se cuestiona el uso de una independencia judicial corporativista en el ejercicio de sus funciones que, lejos de ser una independencia democrática, promueve la defensa de intereses de “clase judicial” (Uprimny y Villadiego Burbano, 2015, p. 3 y 4). En cuarto lugar, se critica la combinación de funciones de gobierno y gerencia asignadas a la Sala, que son difíciles de ejecutar de manera colegiada por el mismo órgano. En quinto lugar, se acusa a la Sala de clientelismo cuando ejerce funciones electorales internas, particularmente, cuando elabora las listas de los candidatos para ocupar cargos en las altas Cortes. En sexto lugar, se discute la falta de representatividad de sectores importantes de la Rama Judicial, así como de personas externas que tienen competencia en materia de administración de justicia. En séptimo lugar, se critica su falta de transparencia y rendición de cuentas, pues la información que publica es general, poco desagregada y, en muchas ocasiones, desactualizada. Finalmente, se cuestiona el excesivo centralismo en la gestión que desconoce una visión territorial (Uprimny y Villadiego Burbano, 2015, pp. 3-4).³

Respecto de las funciones disciplinarias, se cuestiona el carácter político de los magistrados de la Sala Disciplinaria, quienes son elegidos por el Congreso previa nominación del Gobierno. Debido a la naturaleza eminentemente política de su proceso de elección, se cuestiona que algunas de sus decisiones jurisdiccionales (acción de tutela o dirimir conflictos de competencia) puedan

rior de la Judicatura y una explicación del concepto de independencia judicial corporativista, véanse los capítulos 8 (C y D) y 19 (B) de esta compilación. Hay que advertir, en cualquier caso, que este diseño del órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial fue modificado por la reforma de equilibrio de poderes, la cual fue aprobada por el Congreso de la República en junio de 2015 —acta sesión de comisión de mediación al Proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado (acumulado con los números 02, 04, 05, 06 y 12 de 2014), “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste constitucional y se dictan otras disposiciones”—. En efecto, en el artículo 15 de la reforma se modifica el artículo 254 constitucional, estipulando, entre otras cosas, que el Gobierno y administración de la rama quedarían a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial. Para conocer más sobre los cambios que en materia de justicia introdujo esta reforma constitucional, véase Villadiego Burbano (2015).

3 (N. del E.) Sobre la situación presupuestal y los problemas de rendición de cuentas de la Rama Judicial, véanse los capítulos 8 (B) y 19 (C) de esta compilación.

estar influenciadas con el fin de favorecer intereses políticos (Uprimny y Villadiego Burbano, 2015, pp. 4-5).

1.2. Debilidad en las fuentes de información

El Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa) tiene la función de:

...diseñar, desarrollar, poner y mantener en funcionamiento unos adecuados sistemas de información que incluyan, entre otros, los relativos a la información financiera, recursos humanos, costos, información presupuestaria, gestión judicial y acceso de los servidores de la rama, en forma completa y oportuna, al conocimiento de las fuentes formales del derecho, tanto nacionales como internacionales (Ley 1285 de 2009, art. 19).

Actualmente, el Consejo tiene varias fuentes propias de información, entre ellas, el Sistema de Información Estadística de la Rama Judicial (Sierju), el Sistema de Información Nacional de Estadística Judiciales (Sinej) y Justicia Siglo XXI (Consejo Superior de la Judicatura, 2013, p. 98).

Sin embargo, existen varios problemas en esta materia. Primero, aunque el Consejo ha implementado varias fuentes de información, estas carecen de conectividad. Esto impide la migración de datos y promueve que los funcionarios encargados de brindarlos deban reportarlos varias veces. Por eso, el Consejo ha ejecutado consultorías para diseñar e implementar mecanismos que permitan la conectividad entre los sistemas (Consejo Superior de la Judicatura, 2013, p. 98).

Segundo, existen problemas de transparencia y rendición de cuentas respecto de la información que se recolecta y se sistematiza. La información pública es general e incoherente, y las estadísticas se basan en un inventario de los jueces que tienen mecanismos bajos de control y seguimiento (La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora, & Uprimny, 2012, p. 6). Lo anterior se agrava por dos problemas adicionales. En primer lugar, la información publicada no siempre contempla el 100 % de la cobertura nacional, pues algunos despachos no reportan información (Consejo Superior de la Judicatura, 2013, p. 61). En segundo lugar, los funcionarios encargados de reportar la información están habilitados para solicitar modificación a la misma, lo que implica que la información tiene dudas de confiabilidad (Consejo Superior de la Judicatura, 2012, art. 1).

Pero, además, existe una tercera debilidad de las fuentes de información. Esta se deriva de que las estadísticas del sector jurisdiccional sean producidas por el órgano que está a su vez encargado de administrar el funcionamiento de la justicia. En efecto, esto genera que exista un incentivo perverso para que

dicho órgano no recolecte, ni sistematice ni divulgue, los datos que muestran un desempeño deficiente de la justicia (Uprimny, 2014). En suma, las estadísticas del sector jurisdiccional de la rama no son fiables ni accesibles.

1.3. Impacto del sistema político en el incremento de los ingresos judiciales

La promulgación de leyes en el Congreso de la República que atribuyen nuevas competencias al sector jurisdiccional o que definen nuevos esquemas procesales, también afecta la gestión del sistema de justicia.

Por un lado, la promulgación de leyes sustantivas que aumentan competencias incrementan los ingresos de la rama. Por ejemplo, la tendencia al “populismo punitivo”, expresado en la creación de nuevos tipos penales o el aumento de los verbos rectores de los tipos existentes incrementa las competencias de los jueces penales. Entre 2000 y 2011, se promulgaron 47 nuevos delitos (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 31). También, la tendencia a judicializar asuntos incrementa las competencias de los jueces. Por ejemplo, las leyes relacionadas con asuntos de consumo (Ley 1480 de 2011, art. 58) y de insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2006, art. 5), entre otras.

Por otro lado, la promulgación de leyes que modifican los esquemas procesales existentes impacta la gestión de la justicia. En los últimos diez años, el país adoptó nuevos procedimientos en materia penal, contencioso-administrativa, y civil-laboral y familia (Leyes 906 de 2004, 1437 de 2011 y 1564 de 2012). En materia de gestión, ese cambio generó la necesidad de adaptar las estructuras tradicionales de trabajo y la gestión de los procesos en los despachos judiciales, redirigir los recursos existentes y, en algunas ocasiones, contar con nuevos recursos.

Pero, además, se han promulgado algunas leyes que introducen nuevas competencias sustantivas y nuevos esquemas procesales. Dos ejemplos son la Ley de Justicia y Paz, que contiene el procedimiento que se sigue para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley (Ley 975 de 2005), y [la Ley de Víctimas y] Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011).

1.4. Abogados: asistencia y formación

Los abogados son una pieza importante del sector jurisdiccional de la Rama Judicial. La gestión de la rama se afecta cuando estos no atienden las necesidades jurídicas de los ciudadanos y, también, cuando no existe un control efectivo de la formación jurídica y la calidad de sus servicios.

Colombia cuenta con una alta tasa de abogados, ya que en 2008 tenía 354,45 por cada 100.000 habitantes (CEJA, 2009). Esto no significa que se reciba asistencia jurídica para resolver las necesidades jurídicas, pues tan solo el 8 % de la población general, cerca del 3 % de la ANSPE [población en situación de pobreza] y del 4 % de la población con discapacidad contaron con asesoría jurídica para resolver su conflicto (La Rota *et al.*, 2014, pp. 141-142). Además, aunque cerca del 90 % de la población general que contó con asistencia jurídica considera que su labor fue de utilidad, alrededor del 34 % de la población en situación de extrema pobreza no lo consideró así (p. 142).

También existen problemas en la calidad de la formación de los abogados, y en la regulación y control de la profesión jurídica. En efecto, la calidad de la formación es dispar en el país. Pero, además, no existen controles de calidad con posterioridad al grado, pues todo aquel que obtiene el título puede litigar en el sistema judicial, sin la necesidad de un examen de Estado o de colegiarse (García Villegas, 2014). Y dado que no hay un régimen de colegiatura obligatoria, el control disciplinario de los abogados está en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura (CP, art. 256-3). En 2012, el Consejo reportó que el 36 % de su inventario final correspondía a asuntos disciplinarios en contra de abogados (Consejo Superior de la Judicatura, 2013, p. 88).

2. Algunas propuestas de mejora de la gestión de la Rama Judicial colombiana

A continuación presentamos algunas propuestas para mejorar la gestión del sector jurisdiccional de la Rama Judicial, acorde con el diagnóstico realizado. En todo caso, dado que hemos advertido que mejorar la gestión de la justicia en Colombia requiere un análisis integral del sistema de justicia, sugerimos que una propuesta global de mejora incluya contar con: a) un sistema de información independiente que unifique aquella de todos los servicios de justicia prestados por el Estado; b) números únicos de identificación de todos los casos resueltos por autoridades que ejercen función jurisdiccional; y c) un mecanismo eficiente de seguimiento al cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales.

Respecto de las propuestas de mejoría del sector jurisdiccional, se sugiere:

- i) Modificar el órgano encargado de la gestión del sector jurisdiccional de la Rama Judicial, es decir, el Consejo Superior de la Judicatura. Para ello, en cualquier nuevo diseño, se sugiere:
 - a. Diseño que promueva el respeto de una independencia judicial democrática, lejos del corporativismo judicial.

- b. Métodos representativos y públicos de la elección de los miembros del órgano.
 - c. Combinación de autonomía en el ejercicio de las funciones, sistemas claros de control y rendición de cuentas.
 - d. Adopción de métodos fluidos y transparentes para la toma de decisiones.
 - e. Representación equilibrada entre los distintos sectores de la Rama Judicial.
 - f. Representación de personas externas a la rama para articular una visión del sistema de justicia.
 - g. Mecanismos que prevengan la politización y el hostigamiento a la gestión del sector jurisdiccional.
 - h. Mecanismos de control del clientelismo judicial.
 - i. Perfiles idóneos de los funcionarios encargados del gobierno y la gerencia, acordes con las características de las funciones asignadas.
- ii) Contar con un organismo independiente del sector jurisdiccional encargado de la recolección, la sistematización, el análisis y la divulgación de la información del sistema de justicia, incluido el sector jurisdiccional de la Rama Judicial.
 - iii) Evaluar el impacto de las normas producidas por el sector político en la gestión del sector jurisdiccional y realizar las acciones necesarias para preparar al sector jurisdiccional cuando se le asignan nuevas competencias, así como disminuir el “populismo legislativo”.
 - iv) Fortalecer la asistencia legal a las necesidades jurídicas de los ciudadanos y generar mecanismos efectivos de control de la calidad de la formación profesional en derecho y del ejercicio de la profesión.

Referencias

- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) (2009). *Reporte de la Justicia en las Américas (2008-2009)*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas -CEJA.
- Comisión Asesora de Política Criminal (2012). *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, Unión Europea.
- Consejo Superior de la Judicatura (2012). Acuerdo PSAA12-9749, “Por el cual se modifica el Acuerdo 2915 de 2005 y se reglamenta la publicación”.

Consejo Superior de la Judicatura (2013). *Informe al Congreso de la República. Gestión de la Administración de Justicia año 2013*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

García Villegas, M. (2014). Abogados y sociólogos. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/abogados-y-sociologos-columna-532845>

La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012). Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas. Propuestas acerca de la reforma de la cúpula del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.273.pdf

La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf

Uprimny, R. (2014). ¿Un DANE independiente? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/un-dane-independiente-columna-525421>

Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015). Gobierno y administración de la Rama Judicial. Análisis de las propuestas de cambio en el proyecto de equilibrio de poderes. *KAS Papers* (25). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.701.pdf

Villadiego Burbano, C. (2015). ¿Cómo queda la justicia en el equilibrio de poderes? *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/como-queda-la-justicia-en-el-equilibrio-de-poderes>

B. Problemas de rendición de cuentas y gestión de recursos en el sistema judicial

Miguel Emilio La Rota, Carolina Bernal Uribe,
Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes (2012)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012). Autonomía presupuestal responsable y transparente. Propuesta para reformar el presupuesto del sistema judicial. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.263.pdf

En el marco de las discusiones acerca del proyecto de reforma constitucional,¹ así como en múltiples entrevistas realizadas por Dejusticia como parte de investigaciones acerca del funcionamiento del sistema judicial,² múltiples funcionarios afirman que las falencias en el desempeño de este aparato se deben primordialmente a la escasez de recursos. Por su parte, muchos diagnósticos señalan la insuficiencia de presupuesto como el más primordial de los obstáculos por superar en los numerosos males del sistema judicial. Estas razones, en combinación con argumentos acerca de la necesidad de autonomía presupuestal de las autoridades judiciales, han permitido plantear la necesidad de presupuestos reales fijos que, de una parte, aseguren un flujo de recursos que se considera suficiente y, de otra, permitan la gestión independiente de la rama. En este documento intentamos analizar esta línea de argumentación.³

Este documento se refiere a las necesidades presupuestales de autoridades judiciales que incluyen la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN) que a su vez incluye el CTI y el Instituto Nacional de Medicina Legal, y el Poder

1 (N. del E.) Sobre este proyecto de reforma, véase Congreso Visible (2012).

2 Entre otras, véase Guzmán, La Rota y Uprimny (2011); La Rota, Montoya, Páramo y Uprimny, (2011); Rojas y Marín (2010).

3 (N. del E.) Para otras reflexiones sobre la gestión y el presupuesto de la Rama Judicial, véanse los capítulos 8 (A) y 19 (C) de esta compilación. Consúltense, asimismo, La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny (2012b); Villadiego Burbano (2013).

Jurisdiccional (en adelante el PJ) que está conformado por los juzgados, tribunales y altas Cortes. Para evitar utilizar la expresión “rama judicial”, que puede resultar confusa, nos referimos a este conjunto de autoridades como el sistema judicial (en adelante, SJ).

De una parte, estudiamos algunos datos cuantitativos acerca de la suficiencia de recursos en el SJ, el manejo de dichos recursos y los resultados de su utilización. De otra, exponemos las razones por las que en Colombia puede ser importante proteger el presupuesto de la rama, pero indicamos que dicha alternativa ha de considerar los problemas de información, rendición de cuentas, transparencia y gestión de recursos que tiene el SJ. Concluimos que no existe suficiente información para fundamentar la necesidad de recursos adicionales.⁴

En segundo lugar, al menos respecto de áreas de la prestación de servicios jurídicos investigados por Dejusticia, observamos graves falencias en la gestión y ejecución de los recursos económicos para programas de primera importancia del SJ, y, a su vez, carencias importantes en el monitoreo y la evaluación de la implementación, los resultados y el impacto de dichos recursos. De esta forma, no solo desconocemos si en general los presupuestos son o no suficientes; tampoco sabemos si la utilización de recursos ha sido adecuada. Consideramos que estos hallazgos añaden una mayor exigencia argumentativa a quienes solicitan mayores recursos; el aumento de los dineros provenientes del Presupuesto Nacional, así como la fijación de unos niveles mínimos presupuestales, solo deberían ser posibles tras un mayor y mejor soporte empírico de las necesidades presupuestales de las autoridades judiciales y de su correcta inversión.⁵

1. Situación presupuestal del sistema judicial

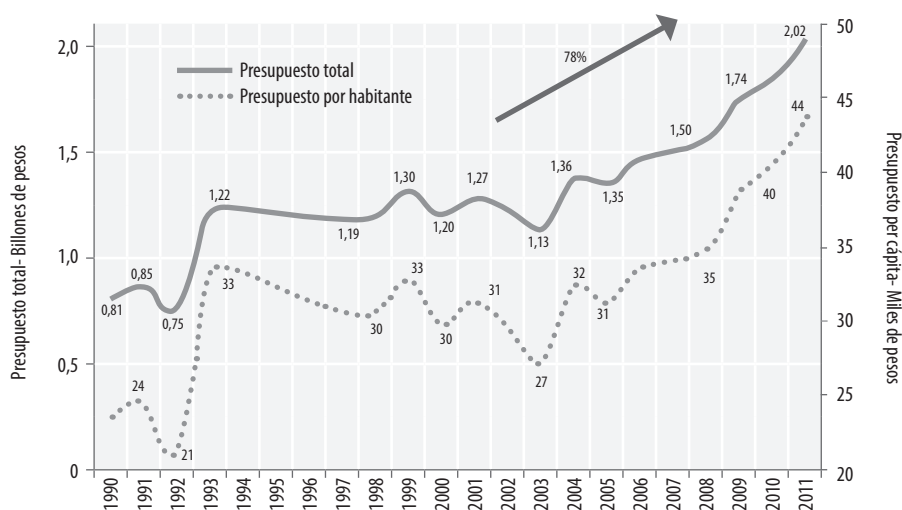
1.1. Recursos monetarios

La gráfica 1 muestra que el presupuesto real asignado al Poder Jurisdiccional puede dividirse en cuatro etapas: un aumento inicial entre 1992 y 1994, un nivel más o menos constante entre 1994 y 2001, una disminución sustancial

4 (N. del E.) En otros lugares, Uprimny (2014a) ha propuesto la creación de un instituto público de estadística, que sea independiente de los poderes del Estado. El objeto de este instituto sería garantizar la provisión de información veraz, imparcial y accesible, que permita controlar y vigilar a dichos poderes; entre ellos, por supuesto, el judicial.

5 (N. del E.) Es preciso anotar que no hemos incluido los ejercicios comparados que se realizan en el texto original, en los cuales no solo se contrastan los recursos económicos y humanos del Poder Jurisdiccional colombiano con los de otros países, sino que también se evalúan, desde la literatura comparada, los inconvenientes que comportaría la fijación de presupuestos para la Rama Judicial.

Gráfica 1. Presupuesto del PJ* Precios constantes de 2010



* Incluye altas Cortes y juzgados. Excluye FGN, MinJusticia e Inpec.

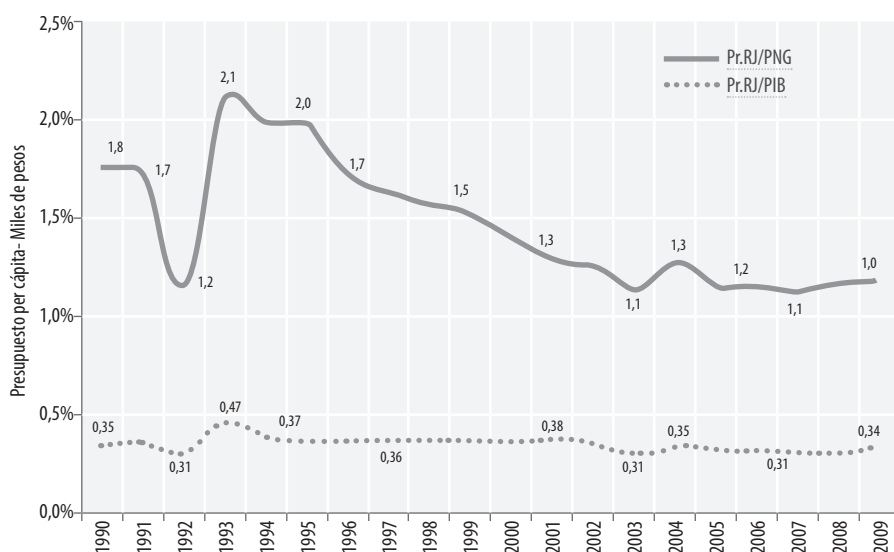
Fuente: Informe de Gestión del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso 2010-2011. Presupuesto General de la Nación, datos del Ministerio de Hacienda, Informe sobre apropiaciones definitivas del Presupuesto General de la Nación. El PIB es calculado por el Consejo Superior de la Judicatura con base en metodología de cálculo de 2000.

en 2002 de más de 100 mil millones de pesos, y un aumento sostenido hasta el presente. El presupuesto pasa de 1.1 billones de pesos en 2003 a 2 billones en 2011, lo que corresponde a un crecimiento presupuestal del 78 %. También constatamos que la evolución del presupuesto per cápita del PJ es casi igual a la del presupuesto a precios constantes.

En términos relativos, el presupuesto jurisdiccional tuvo un descenso respecto del Presupuesto General de la Nación (PGN), pasando de 2,1 % en 1993 a 1,1 % en 2007. Desde entonces, ha mostrado un leve crecimiento a 1,4 % en 2011. En comparación con la economía, el presupuesto de la rama ha tenido un comportamiento más o menos estable, alrededor de 0,35 % del Producto Interno Bruto (PIB), dentro de un rango de 0,47 % en 1993 y 0,31 % en 1992, 2003 y 2007. Estos datos no son necesariamente negativos, teniendo en cuenta que durante las últimas dos décadas la economía creció de manera más o menos vigorosa y que, dentro de esta, el gasto público ha aumentado de forma importante. A grandes rasgos, esto significa que el presupuesto del PJ ha crecido a la par con la economía, pero de manera menos que proporcional que el Estado.⁶

6 (N. del E.) En Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006, pp. 310, 311), donde

Gráfica 2. Presupuesto del PJ*, en relación con el tamaño del Estado y de la economía



* Incluye altas Cortes y juzgados. Excluye FGN, MinJusticia e Inpec.

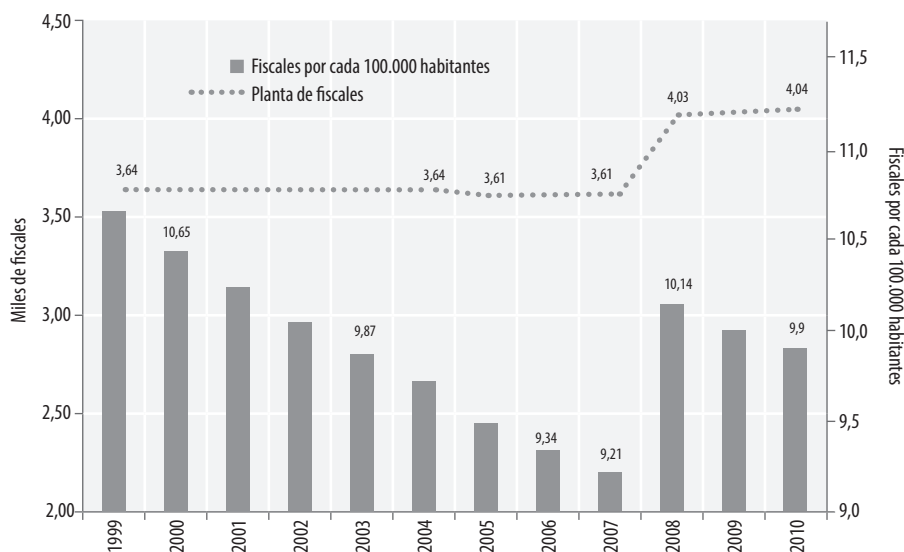
Fuente: Informe de Gestión del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso 2010-2011. Presupuesto General de la Nación, datos del Ministerio de Hacienda, Informe sobre apropiaciones definitivas del Presupuesto General de la Nación. El PIB es calculado por el Consejo Superior de la Judicatura con base en metodología de cálculo de 2000.

1.2. Recursos humanos

Otra forma de analizar la suficiencia de recursos es a través de los recursos humanos dedicados a la provisión de servicios judiciales. En primer lugar, los datos de la FGN indican que la planta total de fiscales del país se mantuvo constante entre 1999 y 2010, con excepción de un aumento de 400 funcionarios en el año 2007 (se pasó de 3.600 a 4.000 funcionarios), lo cual equivale a un

se abordan las transformaciones presupuestarias que ha experimentado la Rama Judicial, los autores destacan la forma en que el incremento del presupuesto ha sido repartido de manera desigual entre los distintos sectores de la justicia. Como se confirma en el texto original del que tomamos estos extractos, una de las entidades más beneficiadas ha sido la Fiscalía General de la Nación. Por su parte, según se indica en Uprimny y Villadiego Burbano (2015a, p. 5) con base en el Presupuesto General de la Nación de 2014 (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2014, pp. 31 y 177), “un análisis de tres sectores específicos muestra que la participación global de la justicia en el Presupuesto General de la Nación fue de 5,1 % en 2014. De este, la participación de la Rama Judicial (sector jurisdiccional) es de 1,8 %; la de la Fiscalía, de 1,6 %; y la de Justicia y del Derecho, de 1,7 %. El sector Justicia y del Derecho, en cabeza del Ministerio de Justicia, distribuye alrededor del 60 % del presupuesto en asuntos penitenciarios y carcelarios. Y casi una tercera parte, en la Superintendencia de Notariado y Registro”.

Gráfica 3. Planta de fiscales



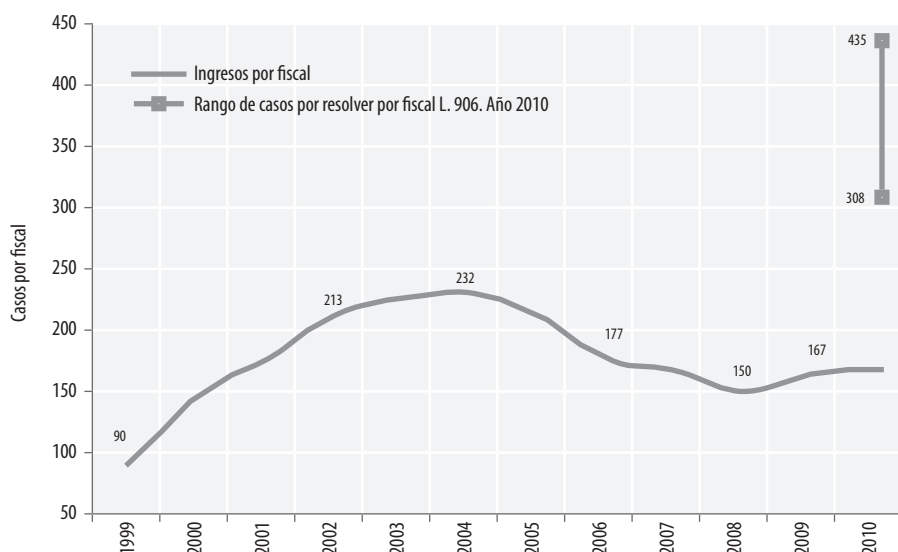
Fuente: Cálculos propios, con base en *Anuario Estadístico de la FGN* de 2011 (planta de fiscales), y respuesta a derecho de petición de la FGN a Dejusticia.

aumento de más del 10 % (gráfica 3). Esto implica una disminución paulatina del número de fiscales por cada 100 mil habitantes hasta 2007. A su vez, ello corresponde a un número de casos ingresados por fiscal que varía entre 90 y 168 procesos entre 1999 y 2010, y a un número de casos por resolver (que incluye el inventario) en el sistema acusatorio en 2010, que oscila entre 308 y 435, dependiendo del número de fiscales dedicados a procesos de Ley 906 [de 2004] que se consideren (gráfica 4).

Claro está, el promedio de casos por fiscal puede esconder la verdadera carga de trabajo de algunos de estos funcionarios, dependiendo de la complejidad de los procesos. De una parte, puede haber funcionarios muy congestionados cuya carga es muy superior al promedio. De otra, la resolución de casos difíciles o graves necesita de más tiempo. Esto nos permite concluir que un factor primordial es la gestión del recurso humano de acuerdo con la gravedad de las causas penales, lo cual puede llegar a tener más incidencia que simplemente el nivel nominal de funcionarios.⁷

7 (N. del E.) Para estudiar con más detalle la judicialización de delitos complejos y la concentración del sistema penal en los crímenes de más fácil resolución, véase el capítulo 11 (G) de esta compilación; así como Guzmán *et al.* (2011); La Rota y Bernal Uribe (2012, 2014)

Gráfica 4. Casos por fiscal



Fuente: Cálculos propios, con base en respuesta a derecho de petición de la FGN a Dejusticia. Ingresos por fiscal incluye Ley 600 y 906. Casos por resolver contempla el inventario por evacuar por año. Rango de casos por resolver se refiere a casos de Ley 906 de 2004 y a fiscales competentes para resolver dichos procesos.

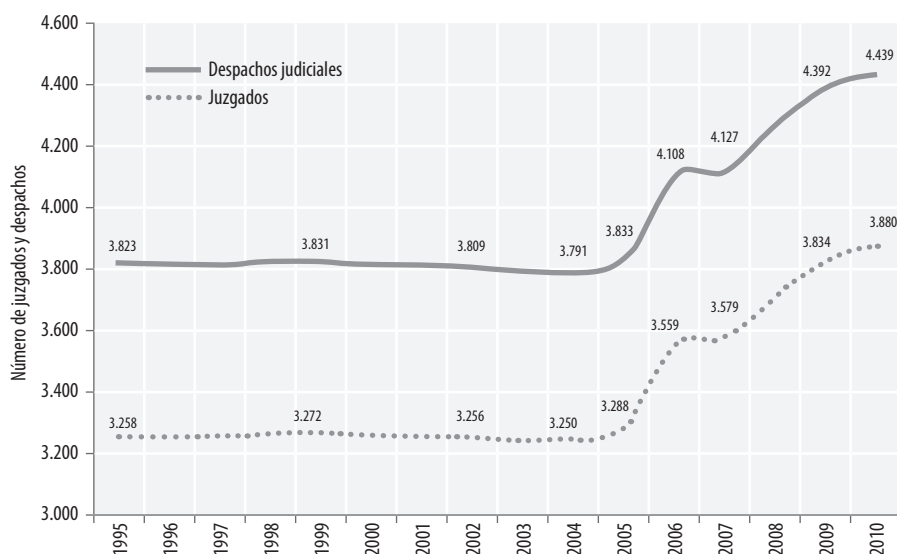
Al nivel de jueces, observamos la evolución nominal y relativa de juzgados y despachos judiciales —que incluyen todos los tribunales judiciales y altas Cortes—. Los datos del CSJ [Consejo Superior de la Judicatura] muestran un número más o menos constante de juzgados y despachos entre 1995 y 2004, y desde 2005, de manera simultánea al comienzo de la implementación del sistema acusatorio, un aumento importante probablemente jalonado por el número de juzgados nuevos (gráfica 5).⁸

Los anteriores datos muestran una situación de incertidumbre. El aumento de los recursos financieros y humanos de los últimos años permite pensar que el sistema judicial no está en la situación de abandono en la que pudo estar en décadas anteriores. De otra parte, aunque es posible que en muchas situaciones existan problemas graves de insuficiencia de personal para tramitar correctamente los procesos —presumiblemente, en áreas como la investigación

y La Rota *et al.* (2011).

⁸ (N. del E.) Una medición formal de la presencia y la distribución geográfica de los funcionarios judiciales en el territorio colombiano puede encontrarse en García Villegas y Espinosa (2013, pp. 47-58).

Gráfica 5. Número de juzgados y despachos



Fuente: Cálculos propios, con datos del Informe de Gestión del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso 2009-2010.

judicial y la medicina legal—, dicha afirmación no cuenta con evidencia empírica sólida en el momento presente.

Asimismo, observamos que mejoras sustanciales en algunos niveles no han tenido un impacto claro en los resultados. Aunque es necesaria más evidencia empírica al respecto, el aumento de policías de investigación y la creación de unidades especializadas con mejores ratios personal/casos no se han visto traducidos en una mejora palpable de los resultados. Esto sugiere que otros factores, en vez de, o adicionales a, la insuficiencia de recursos, afectan de manera importante la efectividad del aparato de justicia. La ineficiente o incorrecta utilización de recursos puede impedir el buen funcionamiento del SJ. ¿Es esto cierto? El problema es que no lo sabemos a ciencia cierta. Como observaremos en los siguientes dos apartados, no es claro cómo han sido invertidos y gastados los dineros relativos a proyectos paradigmáticos del SJ.

2. Baja rendición de cuentas y precisión acerca de resultados y necesidades presupuestales

Para las personas que estudian el comportamiento del sistema judicial, no es nuevo que los datos acerca de su funcionamiento dejen mucho qué desear. En este

apartado [...] describimos la ausencia de datos respecto de, ni más ni menos, el sistema acusatorio (en adelante SA). Lo primero que salta a la vista al momento de analizar los procesos y resultados del SA es la repetida afirmación de todo tipo de funcionarios acerca de la escasez de recursos. Sin embargo, estas afirmaciones no parecen tener sustento en los datos disponibles para la sociedad civil.

En la tabla 1 resumimos la proyección realizada por la Universidad de los Andes y el Instituto SER acerca de los costos de inversión y funcionamiento proyectados para la reforma del SA (2004).

Tabla 1. Proyección - costos de inversión y funcionamiento para el SA
(miles de millones de pesos de 2003)

		2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total
Inversión	FGN	5,4	6,0	5,4	5,0	0	0	0	21,8
	CSJ	9,0	34,3	17,9	16,6	0,06	0	0	77,86
	TOTAL	14,4	40,3	23,3	21,6	0,06	0	0	99,66
Funcionamiento	FGN	0	0,01	0,02	0,03	0,05	0,05	0,05	0,2
	CSJ	0	1,9	3,9	5,9	7,8	7,8	7,8	35,1
	Total	1,2	3,2	5,1	7,1	7,9	7,8	7,8	35,3
Total I+F		15,6	43,5	28,4	28,7	8,0	7,8	7,8	135,0

Fuente: Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación (2004, pp. 54 y 56).

Lo esperable, entonces, sería comparar los montos expuestos en la tabla 1 y los recursos de inversión ejecutados para el SA en estas áreas. A nuestro saber, dicho ejercicio no ha sido realizado por ninguna autoridad pública. Pero hay dos esfuerzos privados que lo intentan: el de la Corporación Excelencia en la Justicia y el de Dejusticia.

2.1. Cálculos de la Corporación Excelencia en la Justicia (2011)

La Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), en su carácter de secretaria técnica de la Comisión Interinstitucional de Seguimiento al Sistema Penal Acusatorio —lo que nos permite suponer que tuvo acceso a los mejores datos disponibles en la materia—, toma los montos apropiados y ejecutados para el “área penal”.

Nótese que tanto la apropiación como la ejecución de inversión del “área penal” son, desde 2006, bastante superiores a la proyección de inversión del

Tabla 2. Montos apropiados y ejecutados para inversión en el “área penal”
(miles de millones de pesos)

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (mayo)	Total
Apropiación	15	18	30	37	25	20	25	170
Ejecución			41	49	34	27	34	185

Fuente: Corporación Excelencia en la Justicia (2011, pp. 132 y 133).

SA. Para el periodo 2004 a mayo de 2010, el monto ejecutado para inversión supera la proyección en 85 mil millones de pesos. El monto apropiado supera en 70 mil millones la proyección de inversión. La Corporación esgrime una explicación razonable, al indicar que estas cifras corresponden a la totalidad del área penal, lo que incluye necesidades de inversión para la implementación de otras políticas de envergadura, tales como el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes (en adelante el SRPA), y la Ley de Justicia y Paz.

La CEJ indica que las ejecuciones de inversión para el área penal “han superado ampliamente las proyecciones realizadas en 2004”, pero señala que dicha sobreejecución ha sido insuficiente para atender los problemas relativos a los rezagos en capacitación e infraestructura con que venía el sistema penal desde antes, y la puesta en marcha de políticas intensivas en infraestructura tales como la Ley de Justicia y Paz, el SA o el SRPA (2011, p. 136).

Al fin de cuentas, el análisis de la CEJ deja una duda esencial acerca de los datos disponibles: al parecer, no es posible desagregar las apropiaciones y ejecuciones dirigidas a diferentes políticas judiciales penales. A pesar de las afirmaciones de magistrados y de la propia CEJ, no se sabe de forma certera si en realidad la destinación de recursos es o no suficiente en comparación con las proyecciones de inversiones realizadas al inicio de la implementación de las políticas.

2.2. Datos recopilados por Dejusticia

En un ejercicio más sencillo que el realizado por la CEJ, en Dejusticia intentamos averiguar los niveles de recursos de inversión asignados para el SA. Para ello, realizamos dos indagaciones que complementan los cálculos de la Corporación.

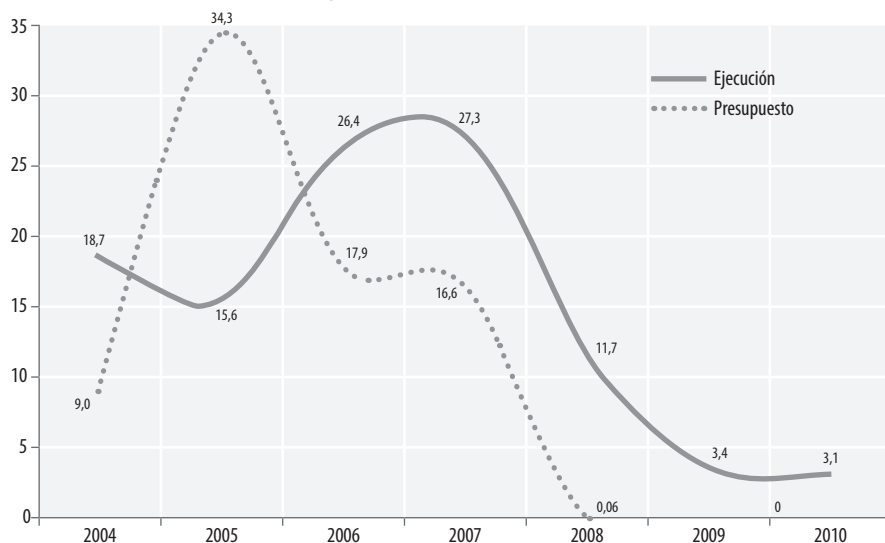
La primera es la más sencilla, y corresponde a constatar los recursos apropiados de acuerdo con los informes de gestión. Aunque el Consejo Superior no contiene información al respecto, el Informe de Gestión 2009-2010 de

la FGN indica que para esta entidad fueron apropiados para inversión más de 67 mil millones de pesos para el año 2009 y cerca de 69 mil millones para 2010. En agregado, lo apropiado para inversión supera en seis veces la inversión multianual total necesaria para implementar el SA. De nuevo, estas cifras no discriminan por diferentes proyectos de la FGN, incluyendo el SRPA o Justicia y Paz. Pero la magnitud del proyecto de sistema acusatorio, del cual dependen todos los procesos penales cuyos delitos se cometieron desde 2005, debería ser una parte importante de los recursos de inversión.

El análisis anterior sigue dejando abierta la incógnita acerca de si los montos apropiados y ejecutados son o no superiores a los proyectados para el SA, teniendo en cuenta la ausencia de una individualización de la asignación presupuestal para dicho proyecto. Por esta razón, desde Dejusticia elevamos un derecho de petición al Consejo Superior de la Judicatura solicitando los montos específicos apropiados y ejecutados, específicamente para la implementación del sistema acusatorio, el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, y los esfuerzos de aplicación de la Ley de Justicia y Paz.

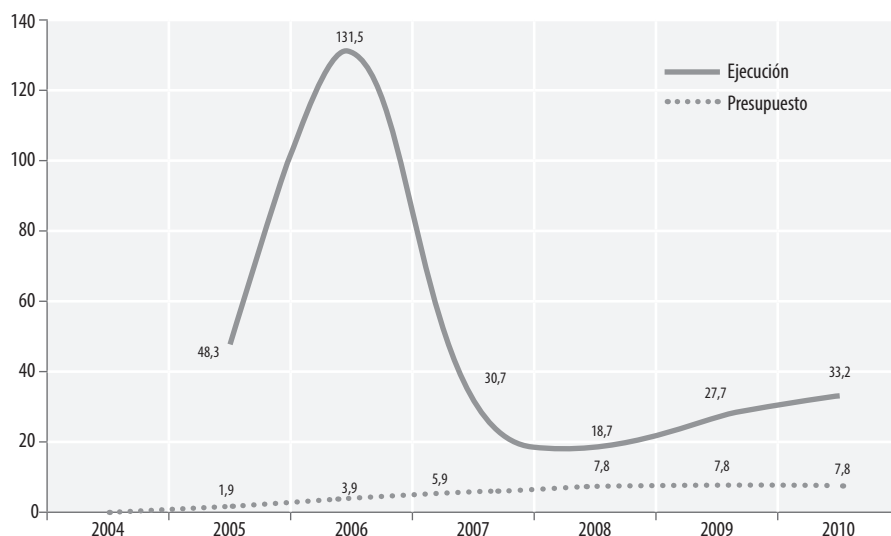
En primer lugar, el CSJ indicó que los recursos de inversión “asignados” para el SRPA eran de 18,2 miles de millones para el lapso 2007-2010. Los

Gráfica 6. Recursos de inversión para el SA, Consejo Superior de la Judicatura
(miles de millones de pesos)



Fuente: Presupuesto: Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación (2004, p. 56). Ejecución: respuesta a derecho de petición al Consejo Superior de la Judicatura.

Gráfica 7. Recursos de funcionamiento para el SA, Consejo Superior de la Judicatura
(miles de millones de pesos)



Fuente: Presupuesto: Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación (2004, p. 56). Ejecución: respuesta a derecho de petición al Consejo Superior de la Judicatura.

asignados para el cumplimiento de la Ley de Justicia y Paz fueron de 684 millones para el mismo periodo. Asumiendo que estos datos son correctos, descontamos estos montos de las cifras del “área penal”, concluyendo que lo restante para el SA es suficiente, al resultar un sobrante de inversión de alrededor de más de 70 mil millones en comparación con el presupuesto de inversión.

De otra parte, el CSJ aportó los montos gastados relativos al sistema acusatorio. En las gráficas 6 y 7 observamos los montos indicados por el Consejo en su respuesta.

Si la respuesta a nuestro derecho de petición es correcta, los recursos para inversión sobreejecutaron el presupuesto realizado en 2004. En relación con los datos de funcionamiento, la sobreejecución arroja una desproporción tal, que no puede ser correcta.

De la descripción anterior, concluimos que el SJ no tiene cifras mínimamente desagregadas o consistentes para poder analizar si durante la implementación del SA hubo una apropiación suficiente o insuficiente de recursos. A la vez, no tiene suficiente información para estudiar si el ejercicio presupuestal realizado en 2003 fue adecuado o no. El que no contemos con datos tan básicos y esenciales acerca del comportamiento presupuestal del SJ nos permite concluir que las

autoridades judiciales no tienen la capacidad institucional de rendir cuentas de forma transparente y tomar decisiones presupuestales de manera responsable.⁹

3. Capacidad del sistema judicial de diseñar y regir políticas públicas

También es conocido que el SJ tiene serias carencias al nivel de las herramientas de política pública aplicadas en los diferentes programas o proyectos judiciales. Esto es evidente a diferentes niveles de la política judicial, desde la calidad y relevancia de los diagnósticos a partir de los cuales se toman decisiones, pasando por el cuidado en el diseño, la implementación y la ejecución de la política, terminando en la insuficiencia (en la mayoría de ocasiones, ausencia) de mecanismos de monitoreo y evaluación. A su vez, estas falencias crean serias dudas acerca del profesionalismo con que se manejan los recursos asignados al sistema. En este apartado damos dos ejemplos de estos problemas.

3.1. Monitoreo y evaluación de programas y proyectos

Un buen ejemplo de este problema es el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes (SRPA). A pesar de haber empezado a ser implementado en 2007, todavía no cuenta con mecanismos de monitoreo o con evaluaciones de proceso, resultados o impacto que emanen de organismos judiciales. A la fecha, el Departamento Nacional de Planeación y la Procuraduría General de la Nación han sido los únicos que han publicado diagnósticos acerca de los resultados y las falencias del Sistema. A principios de 2011, Dejusticia diseñó un Sistema de Monitoreo del SRPA,¹⁰ contratado por la Escuela Judicial que, al día de hoy, no ha sido siquiera comentado por miembros de la Rama Judicial.

En el mismo sentido, la política penal ha tenido un muy bajo nivel de supervisión desde la Rama Judicial. Por ejemplo, la única evaluación oficial completa acerca de la política de judicialización de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH fue promovida en 2010 por el Programa de Derechos Humanos de la Vicepresidencia de la República, y en su época encontró múltiples obstáculos de acceso a información de parte de la Fiscalía General de la Nación.¹¹

En algunas circunstancias puede ser aceptado el debate de si las autoridades judiciales deben realizar actividades de evaluación o si deben confiar en que estas se lleven a cabo desde el Gobierno o las organizaciones privadas. Sin

9 (N. del E.) Para una resumida reflexión acerca de la ausencia de información suficiente y los problemas de rendición de cuentas de la Rama Judicial, véase Sánchez (2013).

10 (N. del E) Véase Bernal Uribe y La Rota (2011a, 2011b).

11 Véase Econometría Consultores (2010).

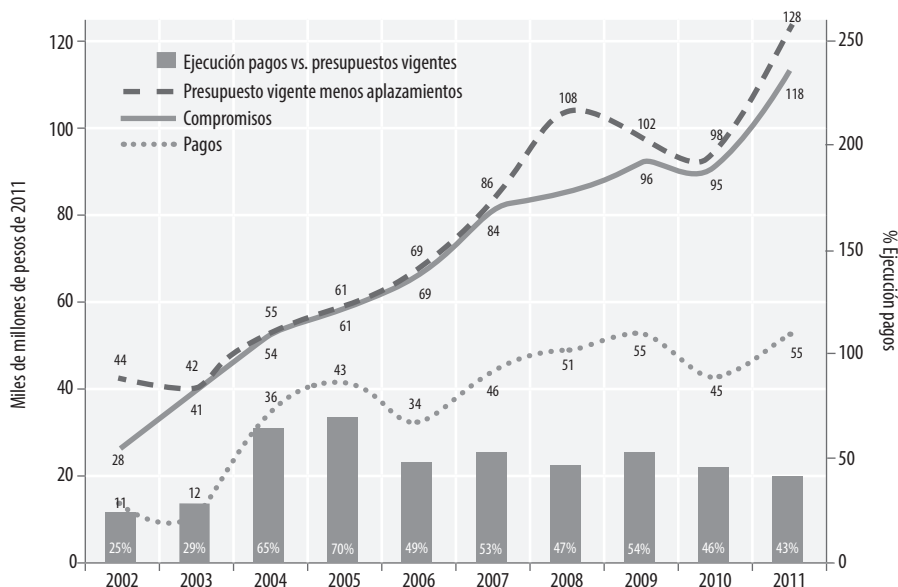
embargo, ello requeriría que las personas que quieren adelantar estas evaluaciones tengan acceso a datos empíricos de calidad, lo cual tampoco sucede. De esta manera, observamos que la Rama Judicial, al menos en lo que concierne a las políticas penales descritas, que son primordiales dentro del esfuerzo de política penal, ni lo hace, ni permite a otros hacerlo.

Junto con el capítulo anterior concluimos entonces que no se sabe si el presupuesto asignado a estos programas: i) es o no suficiente, ii) fue bien o mal utilizado, y iii) ha tenido los resultados e impacto esperados.¹²

3.2. Capacidad de ejecución

La capacidad de ejecución del SJ también tiene problemas. Las gráficas 8 y 9 muestran una ejecución presupuestal baja.

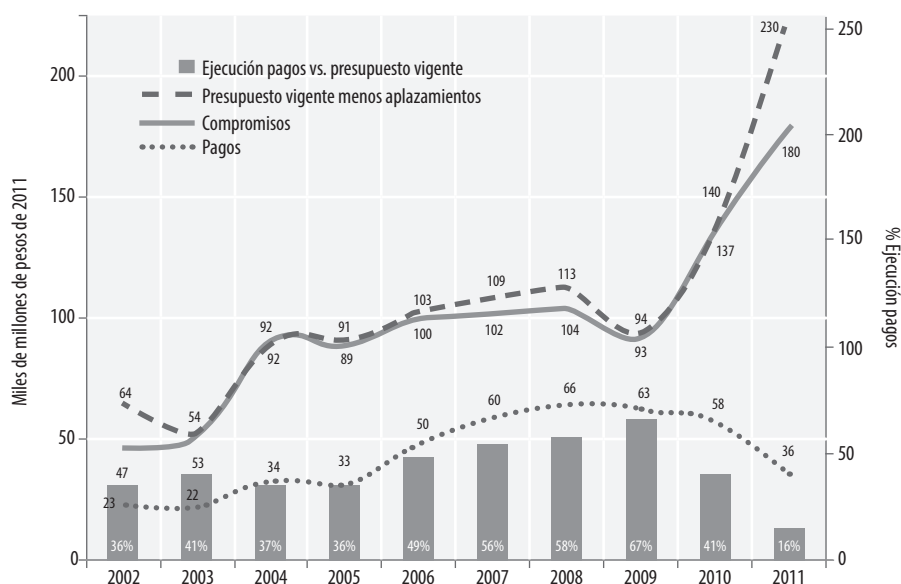
Gráfica 8. Ejecución presupuesto de inversión de la Fiscalía General de la Nación



Fuente: Cálculos del Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Justicia y Seguridad, con datos del Sistema Integrado de Información Financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

12 (N. del E.) Sobre el tipo de andamiaje institucional que resulta propicio para la poca transparencia de la Rama Judicial, consúltase el capítulo 8 de esta compilación. Y, en concreto, sobre las posibilidades de que la justicia colombiana mejore su rendición de cuentas sin afectar su independencia, pueden consultarse: García Villegas y Revelo Rebolledo (2010); Lalinde Ordóñez (2014); La Rota (2009); La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny (2012a); La Rota *et al.* (2012b).

Gráfica 9. Ejecución presupuesto de inversión del Poder Jurisdiccional



Fuente: Cálculos del Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Justicia y Seguridad, con datos del Sistema Integrado de Información Financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A pesar de que el presupuesto de inversión disponible para la FGN y el Consejo Superior de la Judicatura aumentó entre 2002 y 2011 de 44 mil millones a 128 mil millones y de 64 mil millones a 230 mil millones (crecimientos del presupuesto de inversión de casi 200 % para la FGN y 260 % para el CSJ), la capacidad de ejecución relativa ha permanecido baja, con promedios de ejecución de pagos del 48 % para la FGN y del 41 % para el CSJ. Este es un nivel de ejecución de inversiones bajo en comparación con otros sectores en los últimos años (2007-2010), si consideramos que el sector defensa ejecutó en promedio el 73 % de sus apropiaciones, el de protección social el 75 %, y el educación el 74 %.¹³

Por tanto, el SJ tiene también un problema de gestión, al no poder ejecutar adecuadamente los recursos de inversión. Este es otro argumento para dudar de la capacidad institucional de las autoridades judiciales de manejar los recursos públicos de manera correcta, ordenada y eficiente. Y estas dudas generan preocupación, si se recrea la idea de incrementar la autonomía presupuestal del

¹³ Datos tomados de los Informes de Ejecución Presupuestal del Ministerio de Hacienda de los últimos cuatro años, que corresponden a la ejecución del presupuesto de inversión (Pago/Apropiaciones) de cada uno de los sectores, acumulado a diciembre de cada año.

PJ. Sin embargo, hay un argumento que apoya la mayor autonomía presupuestal del PJ: esta puede ser una protección a su capacidad de actuar de manera imparcial como órgano independiente del poder público, libre de presiones externas ilegítimas.

4. Autonomía y presupuesto del sistema judicial

Una de las razones por las que es importante que el SJ cuente con un presupuesto que esté resguardado de los vaivenes políticos momentáneos a los que están sujetas la mayoría de las secciones del presupuesto, es el resguardo de su independencia como rama autónoma del poder.

En teoría, la apropiación presupuestal propuesta por el Gobierno y modificada y decidida en el Congreso, puede servir como herramienta para hacer presión o debilitar al SJ. Ello puede suceder en situaciones específicas en las que las mayorías políticas difieran de posiciones tomadas por jueces o magistrados, o eventos más generales en las que estas desean debilitar el control ejercido desde lo judicial. Estos riesgos, a su vez, pueden incrementarse en contextos de instituciones democráticas vulnerables o situaciones de conflicto armado o posconflicto, en los que los gobiernos o las mayorías parlamentarias pueden tener mayores tentaciones de cometer arbitrariedades sin ser controlados por la rama judicial.

[Sin embargo], no hemos encontrado evidencia histórica de países en los que los órganos encargados de la construcción presupuestal de la rama judicial utilicen esta facultad para, en momentos específicos, manipular o debilitar al SJ.¹⁴ Dicha posibilidad, si bien viable en la teoría, parece algo remota si se consideran los costos políticos a los que en las democracias modernas equivaldría un ataque de este tipo a las autoridades judiciales. Ahora bien, ello no descarta que durante periodos extendidos las mayorías políticas intenten debilitar el control judicial mermando el presupuesto de las autoridades encargadas de este. Pero las restricciones presupuestales impuestas con el objetivo de preservar la independencia judicial han de ser estudiadas con precaución, en tanto implican un

14 (N. del E.) Este argumento se desarrolla también en el capítulo 8 (D) de esta compilación, en el cual se sostiene que las reducciones presupuestales logran bajar la calidad de la justicia, pero no consiguen someterla. Hay, desde luego, ejemplos de cortes sometidas (como en el caso del presidente argentino Carlos Menem, quien aumentó el número de magistrados de la Corte Suprema de Justicia para nombrar magistrados que le sirvieran de aliados), pero no por vía de su presupuesto (Lalinde Ordóñez, 2014).

riesgo de introducir costos característicos de las inflexibilidades presupuestales con el fin de evitar riesgos que son eventuales.¹⁵

En este escrito apoyamos la idea de que el presupuesto de la Rama Judicial esté protegido frente a la manipulación de otros poderes públicos, pero que no es razonable que esta protección se traduzca en inflexibilidades presupuestales excesivas o insuperables para una política fiscal responsable, o restrinja la responsabilidad, la transparencia y la rendición de cuentas de las autoridades judiciales que ejecutan los recursos presupuestales.¹⁶

Referencias

- Bernal Uribe, C. y La Rota, M. E. (2011a). Monitoreo de sanciones a adolescentes. Formulación de metodologías. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.341.pdf
- Bernal Uribe, C. y La Rota, M. E. (2011b). Sanciones a adolescentes en el distrito judicial de Medellín. Prueba piloto. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.353.pdf
- Congreso Visible (2012). Proyectos de Ley. Reforma a la Justicia Ejecutivo. Recuperado de <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-del-cual-se-reforma-la-constitucion-politica-en-asuntos-relacionados-con-la-justicia-reforma-a-la-justicia-ejecutivo/6293/>
- Corporación Excelencia en la Justicia (2011). *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia*. Bogotá: Editorial Kimpres.
- Econometría Consultores (2010). *Informe de Evaluación Sumativa de la Política de lucha contra la impunidad en caso de violaciones a los DDHH e infracciones al DIH; 6 de marzo de 2006 a diciembre 31 de 2009*. Bogotá: Consultoría para el Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derechos Internacional Humanitario.

15 (N. del E.) Para unas breves reflexiones sobre el grado adecuado de independencia judicial, véase Uprimny (2014b, 2015c).

16 (N. del E.) Remitimos al lector al capítulo 19 (C) de esta compilación, donde se presentan algunas recomendaciones relativas a la autonomía presupuestal del sistema judicial. Por su parte, en Uprimny y Villadiego Burbano (2014) se ofrece un análisis de las propuestas concretas que a comienzos del 2015 estaban siendo discutidas para modificar el Consejo Superior de la Judicatura, en el marco de un Proyecto de Acto Legislativo sobre equilibrio de poderes, el cual fue finalmente aprobado en junio del mismo año. Los problemas y las potencialidades de este proyecto son, asimismo, estudiados en el capítulo 17 (A) de esta compilación, en Uprimny y Villadiego Burbano (2015b) y en múltiples columnas de prensa como: Rodríguez Garavito (2015) y Uprimny (2015a, 2015b, 2015c, 2015d).

- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf
- Guzmán, D. E., La Rota, M. E. y Uprimny, R. (2011). Factores de impunidad frente a violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Lalinde Ordóñez, S. (2014). Hacia un diseño que garantice en grado adecuado la independencia de la Rama Judicial y la mejor fórmula de selección de magistrados de altas Cortes. En *Reforma del equilibrio de poderes y reajuste institucional en Colombia. Memorias* (pp. 171-190). Medellín: Ministerio del Interior-República de Colombia, Universidad de Antioquia-Instituto de Estudios Políticos.
- La Rota, M. E. (2009). El Consejo Superior de la Judicatura: ni democrático ni independiente. *Revista de Derecho Público. Universidad de Los Andes*, (23), 1-17.
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2012). *Experiencias de los países de América Latina en la investigación de delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia y Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf
- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012a). Autonomía presupuestal responsable y transparente. Propuesta para reformar el presupuesto del Sistema Judicial. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.263.pdf
- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012b). Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas. Propuestas acerca de la reforma de la cúpula del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.273.pdf
- La Rota, M. E., Montoya, V., Páramo, A. y Uprimny, R. (2011). Evaluación de la judicialización del desplazamiento forzado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia y Consejo Noruego para los Refugiados (sin publicar).
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2014). *Presupuesto General de la Nación 2014*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Rodríguez Garavito, C. (2015). Reformas revolucionarias. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/reformas-revolucionarias>

- Rojas, D. y Marín, I. (2010). La investigación de violaciones graves a los derechos humanos en Colombia. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Sánchez, N. C. (2013). Las crisis de la justicia en Colombia. *Semanario Virtual Caja de Herramientas*. Recuperado de <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0356/articulo02.html>
- Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación (2004). *Plan operativo para la implementación de la reforma del sistema penal colombiano. Resumen ejecutivo*. Bogotá: Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación.
- Uprimny, R. (2014a). ¿Un DANE independiente? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/un-dane-independiente-columna-525421>
- Uprimny, R. (2014b). El grado adecuado de independencia judicial. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/el-grado-adecuado-de-independencia-judicial-columna-530505>
- Uprimny, R. (2015a). Justicia, política y corporativismo. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/justicia-politica-y-corporativismo>
- Uprimny, R. (2015b). ¿Ganaron las cortes? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/ganaron-cortes>
- Uprimny, R. (2015c). Corporativismo judicial. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/corporativismo-judicial>
- Uprimny, R. (2015d). ¿Una monstruosidad jurídica? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/una-monstruosidad-juridica>
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015a). Diagnóstico y algunas propuestas de mejora a la gestión de la Rama Judicial en Colombia. Documento de trabajo financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015b). Gobierno y administración de la Rama Judicial. Análisis de las propuestas de cambio en el proyecto de equilibrio de poderes. *KAS Papers* (25). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.701.pdf
- Villadiego Burbano, C. (2013). *La autonomía presupuestal de la rama judicial en el derecho comparado*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

C. La impermeabilidad del sistema judicial y las fallas en el diseño institucional del Consejo Superior de la Judicatura

Miguel Emilio La Rota (2009)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E. (2009). El Consejo Superior de la Judicatura: ni democrático ni independiente. *Revista de Derecho Público. Universidad de Los Andes* (23), 1-17. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub93.pdf

El diseño institucional de las Salas Administrativa y Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura colombiano es de *extremos simultáneos*. De una parte, la Sala Administrativa, encargada de administrar la Rama Judicial y de nominar a los magistrados y jueces de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa, es independiente de manera exagerada. Esto dificulta la rendición de cuentas de la Rama Judicial, disminuye su receptividad a las demandas sociales, culturales y económicas del entorno en el que imparte justicia, y obstaculiza el nivel de amplitud y la conciencia práctica de los argumentos jurídicos. De otra parte, en lo disciplinario, la integración del Consejo Superior es enteramente política. Esto lo hace vulnerable a la captura y amenaza la imparcialidad de las decisiones judiciales.¹

1 (N. del E.) En otro lugar del texto original, el autor advierte que “El diseño institucional poco ponderado no es un invento de la Constitución de 1991. De acuerdo con Uprimny (2001, pp. 274-276), desde el plebiscito de 1957 hasta la Constitución de 1991, la Rama Judicial fue, de un lado, absolutamente independiente en cuanto a lo orgánico, y del otro, casi totalmente dependiente del Ejecutivo en lo administrativo y financiero” (p. 8). Esta idea se confirma en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006, pp. 278-280), donde se explica que los órganos políticos no incidían en la conformación del sistema judicial, con la paradoja de que esta autonomía orgánica no provenía de luchas propias de los funcionarios judiciales o de las fuerzas políticas en pro de la independencia judicial, sino que respondía a una iniciativa de la Junta Militar de 1957, cuyos miembros buscaban de ese modo blindarse de ser juzgados por el apoyo que habían prestado a la dictadura del general Rojas Pinilla.

En vez de cohabitar de manera esquizoide en estos dos extremos, la integración del Consejo Superior habría de moverse a un punto intermedio que a la vez preserve la independencia y permita que la administración de justicia sea más representativa y democrática.²

1. La Sala Administrativa y la designación de magistrados y jueces

Los seis integrantes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura son designados por el Consejo de Estado (3 magistrados), la Corte Suprema de Justicia (2) y la Corte Constitucional (1). Los miembros de los consejos seccionales de la judicatura son nombrados por el Consejo Superior de la Judicatura.

Por su parte, los 23 magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los 27 consejeros de Estado son elegidos por cooptación por estas mismas entidades, a partir de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.³ Los magistrados de los tribunales superiores o administrativos son nombrados por la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado respectivamente, de listas que también son remitidas por la Sala Administrativa.⁴ Los

2 (N. del E.) Una propuesta más concreta para reformar este diseño institucional del Consejo Superior de la Judicatura se encuentra en el capítulo 19 (B) de esta compilación. Y, por su parte, en Uprimny y Villadiego Burbano y (2014) se ofrece un análisis de las propuestas que se discutieron en 2014 y principios de 2015 sobre la modificación del Consejo Superior de la Judicatura en el marco del proyecto de reforma constitucional de equilibrio de poderes. Cabe advertir que mediante esta reforma, finalmente aprobada en junio de 2015, se eliminó el Consejo Superior de la Judicatura, y en su lugar se crearon el Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial. Para conocer más sobre los cambios que en materia de justicia introdujo esta reforma constitucional, véase Villadiego Burbano (2015).

3 Según el artículo 231 de la Constitución, “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”. A su vez, el artículo 53 de la Ley 270 de 1996 dispone: “Elección de magistrados y consejeros: corresponde a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado proveer las vacantes que se presenten en la respectiva Corporación, de listas superiores de cinco (5) candidatos, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. [...] Con el objeto de elaborar las listas a que se refiere este artículo, el Consejo Superior de la Judicatura invitará a todos los abogados que reúnan los requisitos y que aspiren a ser magistrados, para que presenten su hoja de vida y acrediten las calidades mínimas requeridas [...]”. Por último, el Acuerdo 022 de 1998 dispone como función de la Sala Plena de la Corte Suprema “elegir magistrados de la Corte Suprema de Justicia previo estudio, por la Sala de Casación Especializada a la que corresponda la vacante por proveer, de las hojas de vida de los integrantes de la lista enviada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura [...]”.

4 En virtud del artículo 256 de la Constitución, al Consejo Superior de la Judicatura o a los consejos seccionales, según el caso, les corresponde “elaborar las listas de candidatos

jueces son elegidos por los tribunales correspondientes, también de nombres enviados por las salas administrativas de los consejos seccionales de la judicatura, en concordancia con los resultados del concurso de méritos.⁵

Se constata que el proceso de nombramiento de todos los jueces y magistrados se realiza en todas sus etapas por magistrados.⁶ El sistema judicial es impenetrable desde afuera de una élite judicial, lo cual lo hace poco representativo y de escasa legitimidad política. La impermeabilidad del sistema resulta, al menos, en las siguientes tres consecuencias negativas.⁷

En primer lugar, la jurisdicción ordinaria está integrada por personas que, salvo excepciones, son homogéneas en cuanto a sus visiones del derecho, sus posiciones hermenéuticas, sus experiencias de vida y sus percepciones de la realidad social, política y económica. En el mismo sentido, el poder judicial ordinario tiene pocos incentivos para tener en cuenta los cambios que suceden

para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla [...]”. El artículo 162 de la Ley 270 establece que las etapas del proceso de selección de funcionarios de carrera judicial comprenden las etapas de “concurso de méritos, conformación del Registro Nacional de Elegibles, elaboración de listas de candidatos, nombramiento y confirmación. [...]”. El Acuerdo 022 de 1998 establece como función de la Sala Plena de la Corte Suprema “elegir magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, previo estudio por la respectiva Sala de Casación Especializada, de los candidatos que integren la lista remitida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura [...]”, en el mismo sentido, el Acuerdo 058 de 1998 dispone que es función de la Sala Plena del Consejo de Estado “Elegir directamente magistrados de los Tribunales Administrativos en encargo o en provisionalidad, y en carrera judicial de listas enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

5 El artículo 20 de la Ley 270 de 1996 establece que “corresponde a la Sala Plena de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial [...] elegir a los jueces del respectivo Distrito Judicial, de listas elaboradas por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, en la calidad que corresponda, según el régimen de la carrera judicial”. El artículo 41 de la misma Ley dispone que la Sala Plena de los Tribunales Administrativos tiene la función de “elegir a los jueces de lo contencioso-administrativo de listas que, conforme a las normas de la carrera judicial, le remita a la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional de la Judicatura.”

6 La única influencia política en este proceso es indirecta, pues un integrante de la Sala Administrativa es designado por la Corte Constitucional, cuyos magistrados a su turno son nominados y seleccionados en un proceso político. Sin embargo, esta incidencia es tan lejana que se considera irrelevante.

7 (N. del E.) Esta arquitectura institucional del sistema judicial propiciaba además una “puerta giratoria”, la cual permitía que llegaran al Consejo Superior de la Judicatura antiguos miembros de la Corte Suprema y del Consejo de Estado gracias a los votos de quienes ellos mismos habían ayudado a elegir. Vale advertir que esta práctica del “yo te elijo, tú me eliges” fue detenida gracias, en buena medida, a una demanda de nulidad interpuesta por Dejusticia ante las elecciones de los magistrados Pedro Munar y Francisco Ricaurte en la Judicatura (*El Espectador*, 2013; 2014). Este caso es también comentado en el estudio preliminar de esta compilación.

con el tiempo. El sistema es poco consciente de la evolución en asuntos judiciales, políticos, éticos, socioeconómicos y de políticas públicas, entre otros. Igualmente, es poco representativo de las tendencias sociales y de la variedad política, y es escasa su sensibilidad acerca de las maneras como funciona la sociedad y respecto de los principales problemas que la aquejan.⁸

Segundo, la jurisdicción ordinaria no es transparente. De una parte, le otorga poca importancia a la fundamentación de sus decisiones y la mayoría de sus providencias contienen argumentos formalistas y procedimentales. Por lo general, realiza un análisis poco riguroso y superficial de las pruebas. Las decisiones conceden una atención precaria a los argumentos de las partes, los cuales se malinterpretan o muchas veces simplemente se ignoran. Son pocas las providencias que explícitamente consideran el contexto en el que se profieren y las consecuencias que generan respecto de los mismos valores constitucionales o legales que los jueces están obligados a proteger. La enorme mayoría de providencias se fundamenta en formatos preestablecidos sin un estudio suficiente de si estos aplican o no al caso particular.

De otra parte, la excesiva independencia del Poder Judicial ha limitado la fiscalización y el control público sobre su funcionamiento.⁹ El sistema de información y de recopilación de datos acerca de la gestión tiene un acceso limitado, está incompleto, es poco confiable y contiene muy pocos datos.¹⁰

Tercero, relacionado con el punto anterior, la jurisdicción ordinaria es corporativista y burocrática, de tal forma que facilita los favores internos que

8 (N. del E.) Como señalan La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny (2012), esta homogeneidad e impermeabilidad del sistema judicial —como se explica aquí más adelante— lo hace propicio al corporativismo. Sobre la diferencia entre la independencia judicial democrática y la independencia judicial corporativa pueden consultarse el estudio preliminar y el capítulo 8 (D) de esta compilación, así como García Villegas (2015), La Rota (2011), La Rota *et al.* (2012), Uprimny (2013; 2015).

9 En el reciente informe de Transparencia por Colombia, se asigna al [Consejo Superior de la Judicatura] una calificación del índice de transparencia nacional que lo ubica en el puesto 85 de 138 entidades públicas nacionales evaluadas, con un puntaje muy parecido al promedio de todas las entidades y peor que el de la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional de Medicina Legal. En cuanto al factor de visibilidad (relativo a la disposición pública de información que tiene la entidad sobre los aspectos de su gestión administrativa), el Consejo Superior tiene un desempeño aún peor, con una calificación significativamente inferior al promedio de las entidades del nivel nacional. Véanse La Rota (2011) y Uprimny (2013; 2015).

10 Los informes anuales del Consejo Superior de la Judicatura al Congreso son un buen ejemplo de este problema. Dichos informes no constituyen una herramienta que pueda servir de fundamento para la toma de decisiones de gestión de la rama.

limitan la imparcialidad de los jueces, es defensiva y dificulta la rendición de cuentas hacia fuera.¹¹

Los tres problemas descritos tienen interacciones entre ellos. Además, es difícil atribuirles como sus únicas causas el diseño institucional de la Sala Administrativa y el sistema de designación de los magistrados y jueces. Para llegar a esta situación se han de presentar una multiplicidad de factores que interactúan por medio de múltiples canales. Pero es razonable asumir que la calidad y el carácter del sistema judicial lo producen tanto las personas que lo componen, como la estructura de incentivos que resulta de su diseño institucional. Sin descartar la importancia de otras variables, es inevitable concluir que un sistema de nominaciones y administración cerrado y autorreferente produce resultados poco democráticos.¹² Lo anterior choca con el carácter excesivamente político del área disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que se analiza a continuación.

2. El otro extremo: la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura

La Sala Disciplinaria tiene un diseño institucional muy distinto al de la Sala Administrativa. Las siete personas que la integran son nominadas por el presidente de la república y elegidas por el Congreso. Aunque el ánimo de dicho diseño institucional fue el de evitar la excesiva cercanía entre la Sala y los disciplinados,¹³ esta solución creó una situación aún peor, en la que no se evita el corporativismo pero sí se facilita la cooptación del área disciplinaria. La designación política de todos sus miembros ha puesto a la Sala al alcance de los intereses

11 (N. del E.) Sobre los hondos problemas de rendición de cuentas que aquejan a la Rama Judicial, véase el capítulo 8 (B) de esta compilación. Y sobre los tipos de independencia judicial y las tensiones que, en general, existen entre independencia judicial y *accountability*, consúltense el capítulo 8 (D) y García Villegas y Revelo Rebolledo (2010, pp. 111 y ss).

12 (N. del E.) Sobre los problemas de gestión de la Rama Judicial, véase también el capítulo 8 (A) de esta compilación. En cuanto a las falencias en los sistemas de información y en la rendición de cuentas, Uprimny (2014) ha propuesto la creación de un instituto público de estadística, que sea independiente de los poderes del Estado. El objeto de este instituto sería garantizar la provisión de información veraz, imparcial y accesible, que permita controlar y vigilar a dichos poderes; entre ellos, por supuesto, el Judicial.

13 La razón de este diseño fue la necesidad, percibida en la Asamblea Constituyente, de evitar el corporativismo judicial (Revelo Rebolledo, 2009, p. 2). Esto es paradójico, pues el sistema de nominación de los demás magistrados y jueces de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa [da lugar a] un sistema que facilita las presiones internas, con excepción del sistema de sanciones disciplinarias.

políticos. Según Revelo Revolledo (2009), desde los años 2007 y 2008, la Sala Disciplinaria fue capturada por el Ejecutivo, al haber sido designados seis de sus siete magistrados de perfil político y de adscripción abiertamente partidista con la coalición del Gobierno.¹⁴

En todo caso, al Gobierno le convendría cooptar a la Sala Disciplinaria, pues sus funciones incluyen algunas que pueden en su momento avanzar sus intereses.¹⁵ En primer lugar, la Sala Disciplinaria puede ejercer presión sobre el comportamiento de jueces, magistrados y abogados, pues conoce de los procesos disciplinarios en su contra. Aunque no se conoce de casos en los que esto haya sucedido como consecuencia de presión gubernamental, en abstracto es preocupante que los jueces y abogados puedan ser disciplinados por un órgano íntegramente nominado por el Gobierno. La Sala también administra justicia directamente al resolver conflictos de competencia y decidir respecto de acciones de tutela. En varias situaciones, sus decisiones están aparentemente alineadas con los objetivos políticos del Gobierno. Por ejemplo, recientemente la Sala Disciplinaria concedió múltiples tutelas adjudicando notarías a favor de accionantes que no pasaron el concurso de méritos.¹⁶

En conclusión, en Colombia el órgano que impone disciplina a jueces y abogados responde a los intereses del Gobierno. Pero a la vez, la administración del aparato de justicia y la designación de la mayoría de operarios encargados de administrar justicia es poco representativa y legítima políticamente.¹⁷

14 (N. del E.) Este texto de Revelo Rebolledo (2009) analiza la composición y el funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura y muestra las distintas relaciones de esta entidad con los poderes Ejecutivo y Legislativo. Algunos extractos de este texto se encuentran en el capítulo 9 (I-A) de esta compilación. Por su parte, en el capítulo 9 (I-B) se estudia cómo los distintos órganos de la Rama Judicial (entre ellos, por supuesto, el Consejo Superior de la Judicatura) han resistido o sucumbido a los intentos de captura institucional.

15 (N. del E.) El caso de Ecuador es un buen ejemplo de los enormes riesgos que trae la captura del ente disciplinario de los jueces por parte del Gobierno. Al respecto véase Pásara (2014).

16 Ver nota en la sillavacia.com. <http://www.lasillavacia.com/queridodiario>. Adicionalmente, Revelo Rebolledo (2009, pp. 15-18) describe seis decisiones que la Sala Disciplinaria tomó desde el 2007, que son de relevancia política y que presuntamente favorecen a la coalición del Gobierno.

17 (N. del E.) También Espinosa (2013) analiza los problemas de diseño del Consejo Superior de la Judicatura, evidenciados principalmente en su baja representatividad, capacidad técnica e independencia democrática. En el mismo sentido, véase Jaramillo (2010). También puede verse La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny (2012), donde además se enfatiza en la baja capacidad técnica y de gestión judicial de los magistrados de la Sala Administrativa, cosa que, por ejemplo, se revela en el precario sistema de manejo de datos con el que funciona esta entidad. En este último texto se explica asimismo cómo la Sala Administrativa cuenta con

Referencias

- Corporación Transparencia por Colombia (2009). *Índice de Transparencia Nacional. Resultados 2007-2008* (Colección documentos Observatorio de Integridad, 10). Bogotá: Embajada Británica y Embajada del Reino de los Países Bajos.
- El Espectador (2013). A examen el “yo te elijo, tú me eliges”. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/examen-el-yo-te-elijo-tu-me-eliges-articulo-452276>
- El Espectador (2014). Se acabó el “yo te elijo, tú me eliges”. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/se-acabo-el-yo-te-elijo-tu-me-eliges-articulo-500628>
- Espinosa, J. R. (2013). El Consejo Superior de la Judicatura: un mal diseño de papayazo. *Razón Pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3733-el-consejo-superior-de-la-judicatura-un-mal-diseno-de-papayazo.html>
- García Villegas, M. (2015). Independencia judicial democrática. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/independencia-judicial-democratica-columna-546669>
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf
- Jaramillo, J. F. (2010). ¿Qué hacer con el Consejo Superior de la Judicatura? *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/que-hacer-consejo-superior-judicatura/121667-3>
- La Rota, M. E. (2009). El Consejo Superior de la Judicatura: ni democrático ni independiente. *Revista de Derecho Público. Universidad de Los Andes* (23), 1-17.
- La Rota, M. E. (2011). Independencia judicial: democrática y corporativa. *La Silla Vacía*. Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/27078/independencia-judicial-democratica-o-corporativa>
- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012). Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas. Propuestas acerca de la reforma de la cúpula del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.273.pdf
- Pásara, L. (2014). *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Washington, Bogotá, Lima: Fundación para el Debido Proceso; Centro de Estudios

una estructura de toma de decisiones que resulta poco apta para un órgano encargado de formular políticas públicas y gestionar recursos.

- de Derecho, Justicia y Sociedad; Instituto de Defensa Legal. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.635.pdf
- Revelo Rebolledo, J. E. (2009). El Consejo Superior de la Judicatura: entre la eliminación y la cooptación. En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- Uprimny, R. (2001). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. (2013). Independencia judicial, ¿democrática o corporativa? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/independencia-judicial-democratica-o-corporativa-columna-429433>
- Uprimny, R. (2014). ¿Un DANE independiente? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/un-dane-independiente-columna-525421>
- Uprimny, R. (2015). Justicia, política y corporativismo. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/justicia-politica-y-corporativismo>
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015). Gobierno y administración de la Rama Judicial. Análisis de las propuestas de cambio en el proyecto de equilibrio de poderes. *KAS Papers* (25). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.701.pdf
- Villadiego Burbano, C. (2015) ¿Cómo queda la justicia en el equilibrio de poderes? *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/como-queda-la-justicia-en-el-equilibrio-de-poderes>

D. Independencia orgánica de la Rama Judicial y nominación de los magistrados de las altas Cortes

Sebastián Lalinde Ordóñez (2014)

Extractos tomados de:

Lalinde Ordóñez, S. (2014). Hacia un diseño que garantice en grado adecuado la independencia de la Rama Judicial y la mejor fórmula de selección de magistrados de altas Cortes. En VV.AA. *Reforma del equilibrio de poderes y reajuste institucional en Colombia. Memorias* (pp. 171-190). Medellín: Ministerio del Interior-República de Colombia, Universidad de Antioquia-Instituto de Estudios Políticos.

[En este texto] abordaré dos temas que creo no han sido lo suficientemente debatidos por la opinión pública cuando se discute acerca de la reforma de equilibrio de poderes y que, a mi juicio, son de gran relevancia.¹ De una parte, a propósito de las modificaciones a la manera como deben estar integrados los órganos de gobierno y gerencia de la rama, me pregunto cuánta independencia orgánica debe tener la Rama Judicial y, de otra parte, cuál es la fórmula más ponderada para elegir a magistrados de altas Cortes.

Mi tesis es que la independencia de la Rama Judicial es una garantía de la sociedad que sin lugar a dudas se debe preservar pero que no es absoluta y, por tanto, admite matices a favor de una mayor transparencia y rendición de cuentas de la rama y a favor de su articulación con otros sectores estatales que también están asociados a la administración de justicia, supuesto que debe guiar la decisión sobre quiénes deben estar representados en el órgano de gobierno de la Rama Judicial. Con respecto a la selección de magistrados de altas Cortes, soy del criterio de que el mecanismo que se diseñe debe armonizar

1 (N. del E.) Las reflexiones de este texto se enmarcan en la discusión de un Proyecto de Acto Legislativo radicado en el segundo semestre de 2014, “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”. Al momento de publicación de este texto, el proyecto había sido ya aprobado en conciliación en el Senado de la República (Congreso Visible, 2015).

varios principios: la independencia, el mérito académico, el buen crédito moral de los magistrados, el balance entre distintas visiones jurídicas en las cortes y la necesaria renovación de la jurisprudencia.

1. Relevancia de la parte orgánica de la Constitución en la maximización del derecho de acceso a la justicia²

El profesor Diego Freedman (2007) ha distinguido dos tipos de reformas judiciales. Unas reformas de “abajo hacia arriba”, que atacan los problemas de acceso a la justicia y que, por ende, tienen una mirada desde la demanda de justicia, y unas reformas de “arriba hacia abajo”, que atacan los problemas de diseño institucional de la administración de justicia y que, por ende, se concentran ya no en la demanda sino en la oferta de justicia.

[Ahora bien, aunque] una reforma a la justicia integral debería combinar reformas de “abajo hacia arriba” con reformas de “arriba hacia abajo”, esto no se opone a que se hagan reformas parciales y puntuales que solo tengan en cuenta una de estas dos perspectivas (Uprimny, 2013b), [...]. Esto se justifica por razones de estrategia política. Tal vez una reforma cuyo objetivo sea mejorar el acceso a la justicia de las personas de a pie no encuentre mayores contradictores y sea aprobada de manera relativamente fácil por el Congreso. En sentido contrario, una reforma que toca las cúpulas del poder, el Consejo Superior de la Judicatura, la definición de quiénes eligen a los magistrados de las altas Cortes y cómo lo hacen, es esperable que tenga una mayor oposición, que pueda llegar a afectar negativamente las reformas de “abajo hacia arriba” que, en principio, no generan mayores posiciones encontradas.

Asimismo, no se puede obviar que las reformas dirigidas a mejorar la institucionalidad de la administración de justicia a la postre impactan los intereses de las personas que más barreras tienen para un efectivo acceso a la justicia, luego una reforma de este estilo difícilmente podría calificarse de elitista.

Ello es así porque si las cabezas del sistema de administración de justicia funcionan mal, toda la institución de justicia funciona mal. En otras palabras, solucionar los problemas de acceso a la justicia pasa por tener los diseños institucionales adecuados para ello. De allí la relevancia de la parte orgánica de la Constitución que en ocasiones ha sido olvidada por la emergencia del discurso de los derechos y de las reformas encaminadas a expandir las libertades.

2 (N. del E.) Sobre los problemas de acceso a la justicia en Colombia, consúltase el capítulo 7 (I) de esta compilación.

El riesgo es que estos discursos y reformas terminen siendo incompletos y se queden en el papel, pues no reparan en modificar esa parte de la Constitución donde está la organización del Estado, la viabilidad presupuestal de los derechos, el proceso de toma de decisiones y las competencias.

2. Premisa básica sobre la que debe descansar cualquier diseño institucional

La concepción liberal supone una desconfianza en el Estado y un reconocimiento de sus eventuales abusos y, por ende, defiende la limitación del poder para así contrarrestar esta desconfianza. Con esta misma lógica, en uno de los artículos de *El federalista*, obra icónica del constitucionalismo norteamericano, en el artículo número 51 (Hamilton, Madison y Jay, 2001, pp. 220-221), Madison argumenta a favor de la fijación de frenos al poder:

Quizás pueda reprochársele a la naturaleza del hombre el que sea necesario todo esto para reprimir los abusos del Gobierno. ¿Pero qué es el Gobierno sino el mayor de los reproches a la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el Gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernaran a los hombres, saldrían sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del Gobierno. [...] El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el Gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares.

En este sentido, el diseño de cualquier institución debe partir de la suposición de que la ausencia de controles puede ser un incentivo para que las personas en el poder abusen de él. Por ejemplo, asumamos que la selección de magistrados de altas Cortes tal como funciona en la actualidad ha dado lugar a que lleguen a estos cargos personas absolutamente independientes, sin ningún cuestionamiento de tipo moral y con el mayor mérito académico. Más allá de si esta premisa fáctica se corresponde o no con la realidad, el hecho cierto es que este modelo no garantiza que a la magistratura lleguen los juristas más preparados académicamente, pues a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura le corresponde elaborar las listas de candidatos para la designación de magistrados y enviarlas a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado para que sean ellos quienes nombren como magistrado a alguna persona de la lista (art. 256 de la Constitución y art. 85 de la Ley 270 de 1996). Dado que el Consejo Superior de la Judicatura no debe realizar ningún concurso ni tener

en cuenta ningún parámetro para la elaboración de estas listas, esto se puede prestar para corporativismos y amiguismos en la selección de las personas que ingresan a las listas.³

3. El grado adecuado de independencia

El grado adecuado de independencia es el título de un artículo que Owen M. Fiss publicó en 1993 y que es bastante útil para desvirtuar la creencia de algunos de que entre mayor independencia, mejor.⁴

Para Fiss, el término independencia está relacionado con tres ideas diferentes que implican distintos grados de intensidad de la autonomía. La primera acepción de independencia judicial está vinculada con la desvinculación del juez con las partes, lo que exige que el juez sea imparcial y no esté relacionado con ninguna de las partes. Acá el principio de independencia es absoluto y se garantiza a través de las causales de impedimento y recusación.

La segunda acepción de independencia judicial está ligada con la autonomía individual del juez con los demás jueces y al poder de un juez sobre otro. En el sistema colombiano, esta independencia está garantizada a través de la imposibilidad de que un juez sea retirado o su salario disminuido por la decisión que tome en un caso particular. Sin embargo, esta autonomía individual admite un nivel moderado de restricción en la medida en que un juez superior puede revocar la sentencia del inferior vía impugnaciones o recursos y en la medida en que el precedente jurisprudencial es vinculante, pero no obligatorio, esto es, el juez está inicialmente atado al precedente pero puede apartarse esgrimiendo razones de peso.⁵

La última acepción de independencia judicial es aquella que Fiss denomina insularidad política, que no es más que independencia orgánica o independencia de la rama judicial frente a las demás ramas del poder público y frente al resto de instituciones públicas. De las tres acepciones de independencia esta es la que más limitaciones admite, puesto que una independencia absoluta en este

3 (N. del E.) Sobre la impermeabilidad del sistema judicial colombiano y las fallas en el diseño institucional del Consejo Superior de la Judicatura, véase el capítulo 8 (C) de esta compilación. Por su parte, en Uprimny y Villadiego Burbano (2015) se evalúan las propuestas sobre gobierno y administración de la Rama Judicial que se discutieron en el marco de la reforma de equilibrio de poderes.

4 Al respecto, véase Uprimny (2014b).

5 (N. del E.) Una crítica a esta verticalidad entre jueces superiores e inferiores se encuentra en Lalinde Ordóñez (2015).

sentido desconoce valores propios de una democracia como la transparencia y la rendición de cuentas. Si la rama solo se mira a sí misma, solo dialoga consigo misma y solo toma decisiones teniendo en cuenta su punto de vista, se pierde la oportunidad para una mayor transparencia de la rama hacia el exterior;⁶ para una superior rendición de cuentas frente a la sociedad y para un mejoramiento de la administración de justicia porque en Colombia no solamente los jueces están encargados de esta función pública.

Además, la idea de independencia orgánica de la rama judicial proviene de un mal entendimiento de la división de poderes. En realidad, la división de poderes no es tajante, sino que se refiere a la división de un único trabajo en tres instituciones diferentes. Para ilustrarlo gráficamente, la división de poderes es como una sola manguera que tiene tres llaves, las cuales deben ser activadas para que la manguera pueda funcionar. Así pues, los tres poderes tienen funciones diferentes pero dirigidas a lograr un mismo fin, luego las políticas públicas judiciales deben articularse con el resto de políticas públicas del Estado, lo que significa que la insularidad política de la rama no debe ser absoluta.

Una insularidad política absoluta puede degenerar entonces en un corporativismo judicial en el que la rama solo se preocupa por los intereses de esa corporación o clase que son los jueces y no por los intereses de la ciudadanía, que sería lo propio de una independencia judicial democrática⁷ donde la independencia es una garantía ciudadana y no una garantía corporativa.

La independencia judicial orgánica debe entenderse como un medio para lograr el fin de tener una mejor administración de justicia y no como un fin en sí mismo. Si esto es cierto, los órganos de gobierno de la rama judicial deben ser más plurales para que la voz de todos los sectores involucrados en la administración de justicia sea escuchada y, por tanto, las políticas judiciales sean más incluyentes y tengan un enfoque más descentralizado y territorial.

Siguiendo este hilo conductor, en el ente que eventualmente reemplace a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura [deberían] tener asiento no solo representantes de las altas Cortes, sino también representantes de los magistrados de tribunales, representantes de los jueces, representantes de los empleados judiciales, representantes de la academia, representantes de

6 Acorde con la búsqueda de transparencia en la rama judicial, Uprimny (2014a) aboga por una institución independiente de la rama judicial que asuma la producción de sus datos estadísticos. Dado que el Consejo Superior de la Judicatura es quien produce las estadísticas de la rama, él no tiene incentivos para mostrar información negativa sobre la rama.

7 Al respecto, véase Uprimny (2013a).

los abogados, representantes del Gobierno y representantes de la Fiscalía General de la Nación. Así se lograrían articular las políticas públicas judiciales con el resto de políticas públicas del Estado.⁸

Pero claro, esta mayor representatividad en la Sala Administrativa del Consejo Superior o en su equivalente no puede significar un desconocimiento absoluto de la independencia judicial que, aunque moderada tratándose de insularidad política, debe conservarse porque ella es una garantía de que los jueces decidirán libres de interferencias. De suerte que los representantes de la Rama Judicial deben superar numéricamente al resto de representantes externos a la rama, de modo que los puedan derrotar con argumentos y, si votan conjuntamente, los puedan vencer.

Esta mayor pluralidad, a su vez, implica una transparencia superior en el sentido de que ojos externos van a controlar y vigilar los arreglos y acuerdos a los que allí se llegan, habida cuenta de que la transparencia no parece ser una gran virtud del Consejo Superior de la Judicatura. En una investigación de Dejusticia sobre el presupuesto de la rama se concluyó [...] que “el que no contemos con datos tan básicos y esenciales acerca del comportamiento presupuestal del SJ [sistema judicial] nos permite concluir que las autoridades judiciales no cuentan con la capacidad institucional de rendir cuentas de forma transparente, y tomar decisiones presupuestales de manera responsable” (La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny, 2012, p. 20).⁹

Un caso más de falta de rendición de cuentas y de transparencia es que el Consejo Superior de la Judicatura dice no tener el dato de cuántos jueces están nombrados en provisionalidad en Colombia. García Villegas y Espinosa (2013, p. 57) tuvieron que obtener esta información enviando solicitudes de información a cada una de las seccionales.

Otro de los argumentos que se suelen esgrimir para defender la independencia judicial orgánica absoluta es que la rama no tiene una autonomía presupuestal que vaya más allá de preparar el presupuesto y ejecutar el gasto. Esta dependencia de la rama frente a los recursos que el Legislativo y el Ejecutivo le quieran apropiar ha sido resuelta a nivel comparado con la fijación de un

8 (N. del E.) Esta propuesta, que tanta resistencia ha generado —véase por ejemplo Uprimny (2015)— no tiene otro objetivo que asegurar la transparencia del órgano de gobierno judicial. Así se garantizaría que la independencia judicial sea realmente una garantía para los ciudadanos, y no un privilegio para los jueces y magistrados.

9 (N. del E.) Sobre los problemas de gestión y de rendición de cuentas de la Rama Judicial, consúltese el capítulo 8 (A y B) de esta compilación.

mínimo presupuestal anual para la Rama Judicial, es decir, con un porcentaje del presupuesto que siempre debe concederse a la rama, sin perjuicio de que se puedan negociar partidas mayores.¹⁰

En Dejusticia hemos defendido un presupuesto fijo mínimo a favor de la rama para evitar manipulaciones de las otras ramas del poder público, pero [...] que, de todas maneras, exija argumentación empírica por parte del Consejo Superior de la Judicatura acerca de sus necesidades y que se pueda inaplicar en situaciones específicas con unas mayorías en el Congreso más exigentes que las ordinarias.¹¹

Con respecto a la autonomía presupuestal de la rama, algunas personas han aducido que el traslado de los dineros del presupuesto de la rama por parte del Gobierno no se hace oportunamente, entonces como los recursos llegan tarde, el Consejo Superior no alcanza a ejecutar todo lo apropiado.¹² Esto puede ser cierto, pero se puede corregir de otras maneras y no necesariamente mediante el establecimiento de una autonomía presupuestal absoluta, que tiene más riesgos en términos de opacidad, clientelismo y falta de rendición de cuentas que beneficios.

Más aún, no es muy claro que los gobiernos y el Congreso puedan someter a la rama judicial afectando su presupuesto. Reducir el presupuesto de la rama lo único que logra es bajar el nivel y la calidad de la justicia, pero no someterla. No conozco ninguna experiencia en la que la rama judicial hubiese sido sometida por otra rama a través de manipulaciones en su presupuesto.

Así las cosas, comparto la conclusión de Fiss (1997, p. 62) para quien

un exceso de independencia puede ser inconveniente. Queremos aislar a la judicatura de las instituciones sujetas a control popular y, al mismo tiempo, reconocer que algunos elementos del control político deben permanecer. Debemos acomodar dos valores —no solo la legitimidad del poder judicial, sino también la soberanía popular— y esto requiere optimizar, más que maximizar, esta forma de independencia. En contraste con la imparcialidad, no es cierto que en una democracia mientras más insularidad política haya, mejor. Lo que necesitamos es solo el grado correcto de insularidad.

10 Algunos países latinoamericanos que han adoptado la fórmula del mínimo presupuestal para la rama judicial son Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay (Villadiego Burbano, 2013, p. 4).

11 Al respecto, véase La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny (2012).

12 Cuervo (2013, p. 65) afirma que en el 2012 “el total de ejecución del presupuesto de inversión de la Rama Judicial fue de 38,3 %, lo cual implica que dejó de ejecutarse más del 60 % de los recursos asignados”.

4. Fórmulas para la selección de magistrados de altas Cortes¹³

Cualquier modelo que se adopte de selección de magistrados del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia enfrenta varios principios y deseos, entonces resulta imposible sostener que alguno de ellos es perfecto. Lo ideal es que las altas Cortes estén integradas por juristas muy buenos intelectualmente, que no tengan cuestionamientos morales, que sean independientes y que renueven la jurisprudencia cuando el contexto social, económico y jurídico lo aconseje.¹⁴ Ahora, cada uno de estos deseos es realizable de una manera distinta, por eso mi propuesta es adoptar una posición intermedia que mezcle las mayores ventajas de cada modelo, pero aceptando que es imperfecto.

Mi recomendación acerca de la forma de selección de magistrados no cobija la elección de magistrados de la Corte Constitucional, la cual funciona relativamente bien tal como está actualmente prevista, salvo ajustes menores que se podrían hacer, como exigir la realización de convocatorias públicas para la inscripción de aspirantes. La razón por la que el diseño actual no es problemático es que una composición de la Corte que tenga origen en las tres ramas del poder público reduce el grado de intensidad de la objeción contramayoritaria que se predica del control de constitucionalidad.¹⁵

Pues bien, si el deseo es tener magistrados muy buenos académicamente, la solución sería realizar la elección por concurso de méritos, lo cual de paso fortalece su independencia dado que no le deberían su ingreso a las altas Cortes a ninguna persona sino a sus propios méritos académicos. Pero esta fórmula desconoce una cierta discrecionalidad que debería haber en la elección de magistrados para evitar que una persona muy buena académicamente pero con cuestionamientos morales serios ingrese a la magistratura. También impide la renovación de la jurisprudencia y la llegada de personas que balanceen cortes que en un momento determinado están muy inclinadas hacia cierta visión particular del derecho.

Por tanto, un justo medio que combina el esquema de concurso de méritos con el de discrecionalidad política está dado por la realización de un concurso con listas cortas. Este diseño consiste en realizar un concurso de méritos con

13 (N. del E.) También en el capítulo 19 (B) se ofrecen algunas recomendaciones sobre el diseño institucional del Consejo Superior de la Judicatura.

14 Al respecto, véase Uprimny (2012).

15 (N. del E.) Los inconvenientes y las bondades del mecanismo de elección de los magistrados de la Corte Constitucional son estudiados en Rubiano (2009, pp. 85-93). Por su parte, la objeción contramayoritaria es explicada con detalle en el capítulo 3 (A) de esta compilación.

convocatoria pública que no termine con la elección de quien resulte primero en la lista de elegibles, sino con una lista corta de las personas que obtuvieron los mejores puntajes. Dentro de esta lista corta puede darse un ejercicio de discrecionalidad política pensando en los equilibrios dentro de las Cortes en la manera de leer el derecho, en la renovación de la jurisprudencia, en balances en la procedencia u origen de los magistrados (si vienen de la academia, de la rama, del litigio, etc.) y en su buen crédito desde el punto de vista moral.

Obviamente, la discrecionalidad dentro de las listas cortas debe estar mediada por un control social y democrático vigoroso, en el que se prevea la realización de audiencias públicas y en el que las hojas de vida de los aspirantes estén abiertas al escrutinio público. Además, este diseño de selección de magistrados presupone una mayor representatividad y pluralidad en el Consejo Superior de la Judicatura o en quien haga sus veces, como lo sugiero más arriba, dado que es él quien ejerce la discrecionalidad dentro de los integrantes de las listas cortas. Esta pluralidad del Consejo Superior, por lo demás, puede servir de garantía para un adecuado equilibrio en la integración de las altas Cortes entre quienes provienen de la academia, del ejercicio profesional y de la Rama Judicial.

A su turno, mientras se renuevan los miembros actuales de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o su equivalente, cuya manera de selección parece no ser la más apropiada por cuanto promueve el corporativismo, el amiguismo, la endogamia y el paso de una corte a otra,¹⁶ podría ser viable un régimen de transición que contemple un mecanismo de sorteo para elegir a una persona entre aquellas incluidas en las listas cortas.

Simultáneamente, la aspiración de tener cortes muy profesionales debe acompañarse de un aumento en el requisito de experiencia de los aspirantes a magistrados, de suerte que el ingreso a las altas Cortes se entienda como la culminación de una carrera profesional exitosa y no el inicio, lo cual también maximiza su independencia. Asimismo, este aumento en la experiencia debe compensarse con un incremento en la edad de retiro forzoso a fin de que los magistrados alcancen a concluir sus periodos.

16 Un caso ilustrativo es el de Francisco Ricaurte y Pedro Munar, exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia, que cuando terminaron sus periodos en esta corporación fueron elegidos magistrados del Consejo Superior de la Judicatura por quienes ellos en su momento habían elegido como magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Este modo de operar es lo que mediáticamente se conoce como “tú me eliges, yo te elijo” o la puerta giratoria entre las altas Cortes. Estas elecciones fueron demandadas por Dejusticia y anuladas por el Consejo de Estado. [Véase Uprimny y Rangel Garzón (2013)].

Referencias

- Congreso Visible (2015). Proyectos de ley. Equilibrio de poderes. Recuperado de <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-medio-de-la-cual-se/7791/#tab=2>
- Cuervo, J. I. (2013). Análisis y seguimiento a las políticas del sector justicia. Periodo 2011-2013. En *Seguimiento y análisis de políticas públicas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fiss, O. M. (1997). El grado adecuado de independencia. *Derecho y Humanidades* (5), 53-72.
- Freedman, D. (2007). *La relevancia de las investigaciones de Necesidades Jurídicas Insatisfechas* (No. 45). Buenos Aires: Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (Cippec). Recuperado de <http://www.cippec.org/documents/10179/51825/45+DPP+A+Justicia%2C%20Investigaciones+de+NJI%2C%20Freedman%2C%202007.pdf/243d4605-c6de-4a1d-be-fe-137054a94ce9>
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2001). *El federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lalinde Ordóñez, S. (2015). Rama Judicial: no solo mejores salarios, sino una justicia más horizontal. Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/rama-judicial-no-solo-mejores-salarios-sino-una-justicia-mas-horizontal>
- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012). Autonomía presupuestal responsable y transparente. Propuesta para reformar el presupuesto del Sistema Judicial. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.263.pdf
- Rubiano, S. (2009). La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 84-145). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- Uprimny, R. (2012). Reforma a la justicia y cooptación. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/reforma-justicia-y-cooptacion>
- Uprimny, R. (2013a). Independencia judicial, ¿democrática o corporativa? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/independencia-judicial-democratica-o-corporativa-columna-429433>
- Uprimny, R. (2013b). ¿Una reforma judicial pero quirúrgica? *El Espectador*. Recuperado

de <http://www.elespectador.com/opinion/una-reforma-judicial-quirurgica-columna-456287>

Uprimny, R. (2014a). ¿Un DANE independiente? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/un-dane-independiente-columna-525421>

Uprimny, R. (2014b). El grado adecuado de independencia judicial. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/el-grado-adecuado-de-independencia-judicial-columna-530505>

Uprimny, R. (2015). ¿Una monstruosidad jurídica? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/una-monstruosidad-juridica>

Uprimny, R. y Rangel Garzón, P. (2013). *Demanda contra la elección del Dr. Pedro Munar Cadena como magistrado del Consejo Superior de la Judicatura por violación del artículo 126 de la Constitución*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/1895>

Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015). Gobierno y administración de la Rama Judicial. Análisis de las propuestas de cambio en el proyecto de equilibrio de poderes. *KAS Papers* (25). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.701.pdf

Villadiego Burbano, C. (2013). *La autonomía presupuestal de la Rama Judicial en el derecho comparado*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

Capítulo 9

AMENAZAS A LA JUSTICIA

I. CAPTURA DE LA JUSTICIA

A. Amenazas a la independencia del Consejo Superior de la Judicatura durante el Gobierno Uribe Vélez

Javier Eduardo Revelo Rebolledo (2009)

Extractos tomados de:

Revelo Rebolledo, J. E. (2009). El Consejo Superior de la Judicatura: entre la eliminación y la cooptación. En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf

La Asamblea Nacional Constituyente asignó las funciones administrativas y disciplinarias de la Rama Judicial a una institución ubicada al interior del Poder Judicial que denominó Consejo Superior de la Judicatura (CSJ).¹ De esta manera quiso garantizar la independencia de la justicia y dar solución a sus graves problemas. Sin embargo, este texto muestra cómo el presidente Uribe y la coalición de Gobierno han incrementado su poder en el CSJ, y, con ello, han afectado su autonomía e independencia. Para tal efecto, el capítulo se divide en [tres] partes: [...] en la [primera y segunda] parte se [estudian], para cada sala, las relaciones del CSJ con el presidente Uribe y la coalición, [y en la tercera] parte se presentan algunas conclusiones del argumento planteado.²

1 (N. del E.) Hay que advertir, en cualquier caso, que este diseño del órgano de gobierno y administración de la Rama Judicial fue modificado por la reforma de equilibrio de poderes aprobada por el Congreso de la República en junio de 2015 —acta sesión de comisión de mediación al Proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado (acumulado con los números 02, 04, 05, 06 y 12 de 2014), “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste constitucional y se dictan otras disposiciones”—. En efecto, en el artículo 15 de la reforma se modifica el artículo 254 constitucional, estipulando, entre otras cosas, que el gobierno y la administración de la rama quedarían a cargo del Consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial. Para conocer más sobre los cambios que en materia de justicia introdujo esta reforma constitucional, véase Villadiego Burbano (2015).

2 (N. del E.) En esta selección de extractos hemos omitido una sección del texto original, en la cual se explica cuáles son la estructura orgánica, las funciones y el método de elección

1. Las relaciones entre la Sala Administrativa y el Gobierno-coalición de Gobierno

Las relaciones de la Sala Administrativa con el Gobierno y la coalición de Gobierno han sido tensas en dos temas: las sucesivas propuestas de eliminación y reforma de la entidad, y el gobierno de la Rama Judicial.

1.1. Propuestas de eliminación y reforma

En varias oportunidades, el presidente Uribe y la coalición de Gobierno han propuesto la eliminación o reestructuración del CSJ y, en específico, de la Sala Administrativa. Las propuestas coinciden en el interés del Ejecutivo por mejorar la eficiencia de la justicia y por incrementar su participación en la administración de la Rama Judicial.

La primera propuesta se discutió tan solo meses después de la posesión presidencial. El ministro del Interior de aquel entonces (Fernando Londoño) afirmó que el Gobierno estaba interesado en eliminar la institución e incluyó este punto en la primera propuesta de reforma a la justicia (*El Tiempo*, 2002). La propuesta fue duramente criticada por varios magistrados del CSJ. Salvo la Corte Suprema de Justicia, las altas Cortes (el Consejo de Estado y la Corte Constitucional) se sumaron a las críticas del CSJ y plantearon que Londoño quería un Estado monárquico alejado de todo tipo de controles (Amat, 2003). En el 2004, el nuevo ministro del Interior y de Justicia (Sabas Pretelt) retomó el reto de impulsar una reforma a la justicia. La nueva propuesta incluyó, entre otras, la eliminación del CSJ, pero asignó sus funciones a un órgano diferente al del 2003. Esta propuesta nuevamente fue criticada por la Corte Constitucional y la Sala Administrativa del CSJ.

Con el fin de reducir la polarización en el tema, la Corte Suprema solicitó al Ejecutivo que las propuestas de reforma a la justicia [contaran] con el consenso previo de las altas Cortes (Amat, 2005; *El Tiempo*, 2004). A comienzos del 2005, la tensión entre las Cortes y el Gobierno por la propuesta de reforma a la justicia disminuyó, aunque el tema no perdió centralidad. A mediados de 2006, el tema continuó en la agenda, y Uribe volvió a insistir en la necesidad de eliminar la Sala Administrativa del CSJ y designar a un gerente en su lugar. Una vez

de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura. Para un análisis de los problemas de ese diseño institucional, véase el capítulo 8 (C) de esta compilación, así como Espinosa (2013); La Rota (2011), y La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny (2012).

reelegido el presidente, decidió visitar las Cortes y ambientar el camino para una reforma a la justicia (*El Tiempo*, 2006a). En la visita, el presidente prefirió hablar de la reestructuración del CSJ y no de su eliminación. El tema pasó a un segundo plano rápidamente.

La última propuesta de eliminar al CSJ se discutió en el 2008 en medio del inicio de los procesos de la parapolítica. El presidente presentó una propuesta conjunta de reforma política y de reforma a la justicia, que incluyó la eliminación del CSJ. La Corte Suprema de Justicia, exmagistrados y magistrados criticaron la iniciativa porque desplazaba la atención del debate central que era la infiltración de la política por parte de los paramilitares. Finalmente, el Gobierno retiró la iniciativa pero no descartó seguir discutiendo el tema en un futuro.

1.2. Administración y gobierno de la Rama Judicial

Una de las funciones de la Sala Administrativa es elaborar el proyecto de presupuesto sectorial de la Rama Judicial y remitirlo al Gobierno nacional, quien finalmente elabora el proyecto de Presupuesto General de la Nación y lo somete a aprobación del Congreso. Esto implica que el CSJ es autónomo para ejecutar el presupuesto de la justicia, pero no para definirlo. En varias oportunidades, la Sala Administrativa ha solicitado al presidente mayores recursos y un desembolso oportuno de los mismos. No obstante, el Gobierno siempre ha respondido de manera negativa.³

Además de estas tensiones en la elaboración del presupuesto, las relaciones entre el presidente, la coalición de Gobierno y la Sala Administrativa han variado en relación con los paros judiciales. En el 2006, los presidentes de las altas Cortes (incluido el CSJ) solicitaron al Gobierno nacional idear fórmulas de acercamiento con los trabajadores en paro porque consideraron que muchas de las solicitudes del sindicato eran justas (*El Tiempo*, 2006b). Ante un reclamo similar de los trabajadores, en 2008 la posición de la Sala Administrativa del CSJ fue muy diferente. Al día siguiente del inicio del paro, el presidente de esta Sala (Jesael Giraldo) y el ministro del Interior (Fabio Valencia Cossio) afirmaron que el paro era ilegal y tomaron fuertes medidas para superarlo.

Aceptando la recomendación del banquero Luis Carlos Sarmiento, el presidente declaró el estado de conmoción interior para superar el paro judicial.

3 (N. del E.) En el capítulo 8 (B) y (C), respectivamente, se evalúa la situación presupuestal de la Rama Judicial, y se cuestiona la posibilidad de que el sistema judicial sea sometido por el Ejecutivo a través del presupuesto.

La declaratoria fue muy criticada, no obstante, los diarios registraron que en el CSJ “[...] la medida fue vista como una oportunidad de oro, especialmente en la Sala Administrativa, que ha estado en la mira para ser eliminada en varias ocasiones” (*El Tiempo*, 2008).⁴

2. Las relaciones entre la Sala Disciplinaria, el Gobierno y la coalición

El presidente Uribe ejerció la mayor parte de su Gobierno con una Sala Disciplinaria elegida durante el Gobierno del expresidente Andrés Pastrana. En el 2001, se llevaron a cabo los siete nombramientos y, según consta en las gacetas del Congreso de la época, los nombramientos no fueron muy discutidos. Algo muy diferente ocurrió en el 2007 y el 2008 cuando seis de los siete magistrados fueron elegidos. Al parecer, los nuevos nombramientos fueron el resultado de un acuerdo entre los partidos políticos de la coalición de Gobierno y el Ejecutivo, para trasladar sus mayorías del Legislativo a la justicia. A muchos preocupa que la mayoría de los nuevos magistrados sean o hayan sido dirigentes políticos y que, justamente por eso, puedan tener lealtades partidistas. [De hecho], seis de los siete magistrados pertenecen a uno de los partidos de la coalición de Gobierno.⁵

[Estos] nombramientos de magistrados pertenecientes a uno de los partidos políticos de la coalición han estrechado las relaciones de la Sala Disciplinaria con el Gobierno y la coalición. Adicionalmente, esta cercanía parece manifestarse en algunas cuestionadas decisiones de relevancia política que la nueva sala ha tomado. A continuación se presentan las decisiones judiciales de la Sala Disciplinaria relacionadas con congresistas, excongresistas o miembros del Gobierno nacional.

2.1. Las decisiones de la Sala Disciplinaria que postuló Andrés Pastrana (2000-2007)

Antes de finalizar su periodo presidencial, Andrés Pastrana y el Congreso de la época renovaron en su totalidad la Sala Disciplinaria. Esta sala fue la que

4 Efectivamente, el estado de excepción sirvió para terminar con el paro judicial, sin embargo, la Corte Constitucional —un mes después— determinó que era inconstitucional porque el presidente tenía otras herramientas para solucionar la situación.

5 (*N. del E.*) Es importante advertir que en el texto original se estudian, uno a uno, los perfiles de estos magistrados de la Sala Disciplinaria, así como las críticas más importantes que surgieron frente a sus nombramientos y respectivos procesos de elección.

acompañó al presidente Uribe durante todo su primer periodo y la mayoría del segundo. En dos oportunidades reafirmó su independencia frente al Gobierno y la coalición.

En el 2003, la Sala Disciplinaria concedió una tutela a Pedro José Suárez Vacca (juez de Ejecución de Penas de Tunja) quien por dejar en libertad a Gilberto Rodríguez Orejuela (un capo del narcotráfico), recibió fuertes señalamientos del ministro Fernando Londoño. Según el ministro, el juez había prevaricado y favorecido al Cartel de Cali. El proceso llegó hasta la Sala Disciplinaria, que finalmente tuteló el derecho a la honra y buen nombre del juez, y obligó al ministro [a] rectificar sus afirmaciones. A pesar de [su] reticencia, el ministro Londoño reconoció finalmente que no tenía pruebas para sustentar lo que afirmó y se retractó públicamente.

Igualmente, en agosto de 2007, se afirmó que la Sala Disciplinaria “cerró el boquete” para la excarcelación de los congresistas investigados por parapolítica. El excongresista Luis Eduardo Vives solicitó a la Sala Disciplinaria que tutelara su derecho al debido proceso porque, a su juicio, la medida de aseguramiento que le impuso la Corte Suprema se basó en un delito inexistente: el concierto para delinquir agravado. El asunto tenía gran trascendencia porque este es el delito por el cual se están tramitando todos los casos de parapolítica. Si la Sala Disciplinaria determinaba que era un delito inexistente, como mínimo, los excongresistas en prisión que no habían sido condenados podían instaurar tutelas para quedar inmediatamente en libertad. En esta decisión la Sala Disciplinaria se dividió fuertemente, pero la tutela fue negada.⁶

2.2. Las decisiones de la Sala Disciplinaria que postuló Álvaro Uribe (2007-2009)

La nueva Sala Disciplinaria —la nombrada por Uribe— ha tomado cuatro decisiones relacionadas con miembros del Gobierno nacional o la coalición de Gobierno en el Congreso. Veamos brevemente cada una de ellas.

El primer caso llevó al excongresista Miguel de la Espriella (condenado por parapolítica) a la libertad. La esposa del excongresista solicitó su libertad condicional y para lograrlo interpuso un recurso de hábeas corpus fundamentado en que había cumplido con las tres quintas partes de la condena. En decisión de segunda instancia, la Sala Disciplinaria decidió concederle el beneficio. La revista *Semana* relató que “[...] el juez de primera instancia le había negado

6 (N. del E.) Sobre las presiones que recaen en los jueces a la hora de decidir sobre las medidas de aseguramiento, puede verse el capítulo 11 (F) de esta compilación.

ese beneficio porque apenas llevaba 18 meses en prisión en una condena de 45 meses. Al magistrado Claros, por el contrario, sí le dieron las cuentas” (Revista *Semana*, 2009a).

La segunda decisión cuestionada fue la tutela que la Sala Disciplinaria le concedió al ministro de la Protección Social Diego Palacio por el caso de la yidis-política. Para muchos este fue “un fallo cantado”. La Sala Disciplinaria concedió una tutela al ministro y consideró que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que condenó a la excongresista Yidis Medina violó sus derechos fundamentales.⁷

El 24 de marzo de 2009, la Sala Disciplinaria tomó dos decisiones contrarias a los intereses de miembros de la coalición de Gobierno en el Congreso. En la primera de ellas revocó una tutela concedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Florencia, que revertía una orden de la Corte Suprema de trasladar el proceso judicial que se sigue contra el exrepresentante Luis Fernando Almario, de Caquetá a Bogotá. Gracias a la intervención de la Sala Disciplinaria el proceso contra Almario se seguirá en la ciudad de Bogotá como inicialmente ordenó la Corte Suprema.

En la última decisión, la Sala Disciplinaria negó una tutela interpuesta por el exsenador Mauricio Pimiento quien fue condenado por la Corte Suprema a siete años de cárcel. El excongresista consideró que la Corte Suprema vulneró su derecho al debido proceso porque no consideró varias pruebas a favor suyo. “No obstante el Consejo Superior de la Judicatura argumentó que la Corte falló en derecho y que no violó los derechos de Pimiento” (Revista *Semana*, 2009b).

De esta forma, de las cuatro decisiones que la Sala Disciplinaria eligió en el periodo de Uribe ha tomado, dos de ellas han sido favorables a los intereses de miembros del Gobierno o de la coalición. Este hecho, por sí mismo, no dice mucho. Por ello, me concentro en el caso del ministro Palacio para determinar sus particularidades jurídicas.

Los hechos de la controversia, al parecer, ocurrieron en junio de 2004, cuando en la Cámara de Representantes se discutía la aprobación de la reelección presidencial. Al parecer, el ministro de la Protección Social (Diego Palacio) y el entonces ministro del Interior (Sabas Pretelt) ofrecieron a la excongresista Yidis Medina una serie de dádivas a cambio de su voto por la reelección. Ciertamente, no, la excongresista cambió repentinamente su voto y el representante Germán

7 (N. del E.) Este caso es también estudiado en García Villegas y Revelo Rebolledo (2009, pp. 351 y ss), y Revelo Rebolledo (2009).

Navas Talero (Polo Democrático Alternativo) la denunció penalmente. La excongresista aceptó finalmente su responsabilidad penal y fue condenada por el delito de cohecho propio en sentencia anticipada por la Corte Suprema de Justicia (Ley 599 de 2000, art. 405).

La decisión de la Corte generó fuertes debates, uno de ellos en relación con la presunta participación del ministro Palacio. El problema con el ministro Palacio fue que la Corte Suprema incluyó su nombre y no lo escuchó en la sentencia condenatoria de Yidis Medina. El ministro interpuso acción de tutela contra la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, argumentando que se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, presunción de inocencia, honra, buen nombre, igualdad y acceso a la administración de justicia.

Inicialmente, la tutela fue inadmitida por la Sala Civil de la Corte Suprema, que consideró que las tutelas contra las sentencias de la Corte Suprema son improcedentes. Posteriormente, el ministro acudió a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca e interpuso la misma acción, corporación esta que igualmente inadmitió su solicitud. El ministro apeló la decisión del tribunal y fue así como el asunto llegó a la Sala Disciplinaria del CSJ; esta sala no solo admitió la tutela del ministro, sino que también se la concedió. Que la Sala Disciplinaria tutelara la decisión de la Corte Suprema enemistó a estas instituciones durante unos meses, hasta que la Corte Constitucional revisó la tutela y le dio la razón a la Corte Suprema.⁸

Además del origen político de los magistrados, la decisión es cuestionable desde tres puntos de vista. Primero, porque cuatro altas corporaciones judiciales tomaron decisiones contrarias a la de la Sala Disciplinaria. Segundo, porque en Colombia no existían precedentes en los cuales se hubiese tutelado la “argumentación” de una sentencia judicial. Que no exista una decisión previa quiere decir que la Sala Disciplinaria se movió en terrenos de mayor discrecionalidad (política). Tercero, porque los apartes tutelados fueron analizados fuera de su contexto o hacían referencias genéricas a lo probado dentro del proceso. Por ejemplo, la Sala Disciplinaria consideró que la Corte Suprema hacía imputaciones en contra del ministro cuando esta parafraseaba lo afirmado por Medina.

8 (N. del E.) Sobre las disputas en torno a la tutela contra sentencias, véanse los capítulos 10 (II-A) y 20 (A) de esta compilación.

3. Conclusiones

La Asamblea Nacional Constituyente creó al CSJ como una garantía para la independencia de la justicia. Sin embargo, en los últimos años, estas aspiraciones constitucionales han sido negadas en la práctica. Actualmente, la independencia del CSJ está en peligro, y, por tanto, la independencia de la justicia también.

La imposibilidad del Ejecutivo y el Legislativo para influir en los nombramientos de la Sala Administrativa podría explicar las tensiones existentes. El sistema de elección ha evitado que en el organismo se conformen mayorías con afinidad política hacia el Ejecutivo. Así, las relaciones entre la Sala Administrativa, el Gobierno y la coalición se han dado principalmente por la intención del Ejecutivo de eliminarla o reformarla. La constante propuesta de eliminar el CSJ estaría dificultando una actuación plenamente independiente según los magistrados de las altas Cortes. Así, cuando en el 2008, el CSJ solicitó mayores recursos al Gobierno nacional, este respondió recordándoles que su existencia era inconveniente para el presupuesto.⁹

La situación de la Sala Disciplinaria es bien diferente. En buena medida esto se explica porque el sistema de elección permite una influencia importante del presidente y el Legislativo. El presidente Uribe gobernó la mayor parte del tiempo con una Sala Disciplinaria postulada y elegida en el periodo del expresidente Pastrana. No obstante, entre el 2007 y el 2008 la conformación de la Sala cambió casi en su totalidad. Todo parece indicar que el principal criterio para elegir a los nuevos miembros fue su adscripción partidista: cada partido de la coalición de Gobierno conformó una o dos ternas, y, por tanto, eligió a su magistrado.

El perfil político de los magistrados, el criterio partidista de su elección y las importantes funciones que la Sala Disciplinaria desempeña, han llamado

9 (N. del E.) Es necesario enfatizar, como se hace en el texto original y en buena parte de la producción de Dejusticia, en que no todo intento de reforma al Consejo Superior de la Judicatura necesariamente iba en desmedro de su independencia y autonomía. Al contrario, cada vez parecía más prudente introducir reformas a su arquitectura institucional que permitieran convertirlo en un órgano más representativo y transparente, y que al mismo tiempo facilitaran su coordinación con los demás poderes del Estado. En este sentido, en Dejusticia se ha sostenido la urgencia de reivindicar una independencia democrática de la Rama Judicial, que no una independencia judicial corporativa. Al respecto puede verse el estudio preliminar de esta compilación, así como García Villegas (2015), La Rota (2011) La Rota *et al.* (2012) y Uprimny (2014). El tema de los tipos de independencia judicial y las tensiones entre independencia judicial y *accountability* se abordan asimismo en el capítulo 8 (D) de esta compilación y en García Villegas y Revelo Rebolledo (2010, p. 111 y ss.).

la atención de la opinión pública. El control de la Sala Disciplinaria permite al campo político influir en la resolución de los conflictos de competencia entre jurisdicciones; en la actuación de los funcionarios judiciales y abogados (por la función disciplinaria); en la toma de las principales decisiones de representación política, planeación y rendición de cuentas de la Rama Judicial (por su presencia mayoritaria en la Sala Plena del CSJ); y, finalmente, en las tutelas contra sentencias judiciales que provienen del campo político. En el difícil contexto político que vive el país, esta última función es la que más preocupa, porque en la Sala Disciplinaria se podría abrir la puerta para la impunidad de los dirigentes políticos investigados por corrupción, o por su cercanía con los actores armados ilegales.¹⁰

Referencias

- Amat, Y. (2003). Londoño quiere un Estado monárquico y sin controles. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1038668>
- Amat, Y. (2005). Justicia está patas arriba. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1689273>
- El Tiempo (2002). Lista reforma a la justicia. *El Tiempo*. Recuperado de <http://m.eltiempo.com/buscador/MAM-1373537/1>
- El Tiempo (2004). Piden frenar proyecto de reforma a la justicia. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1537991>
- El Tiempo (2006a). Uribe presentará el 20 de julio un proyecto para reformar la tutela. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1994631>
- El Tiempo (2006b). Levantan paro de la Rama Judicial. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2051914>
- El Tiempo (2008). Sigue polémica por decisión del Gobierno de decretar conmoción interior para enfrentar paro judicial. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4597709>

10 (N. del E.) Sobre cómo mejorar la arquitectura institucional del Consejo Superior de la Judicatura, véanse Jaramillo (2010) y el capítulo 19 (B) de esta compilación. Por su parte, en Uprimny y Villadiego Burbano (2015) se ofrece un análisis de las propuestas que a comienzos del 2015 estaban siendo discutidas para modificar el Consejo Superior de la Judicatura en el marco del Proyecto de Acto Legislativo sobre equilibrio de poderes. Los problemas y las potencialidades de este proyecto son asimismo estudiados en el capítulo 17 (A) de esta compilación, en Uprimny y Villadiego Burbano (2015) y en múltiples columnas de prensa como Rodríguez Garavito (2015) y Uprimny (2015a, 2015b, 2015c, 2015d).

- Espinosa, J. R. (2013). El Consejo Superior de la Judicatura: un mal diseño de papaya-zo. *Razón Pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3733-el-consejo-superior-de-la-judicatura-un-mal-diseno-de-papayazo.html>
- García Villegas, M. (2015). Independencia judicial democrática. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/independencia-judicial-democratica-columna-546669>
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. (2009). La concentración del poder en Colombia. En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf
- Jaramillo, J. F. (2010). ¿Qué hacer con el Consejo Superior de la Judicatura? Revista *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/que-hacer-consejo-superior-judicatura/121667-3>
- La Rota, M. E. (2011). Independencia judicial: democrática y corporativa. *La Silla Vacía*. Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/27078/independencia-judicial-democratica-o-corporativa>
- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012). Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas. Propuestas acerca de la reforma de la cúpula del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.273.pdf
- Revelo Rebolledo, J. E. (2009). El Consejo Superior de la Judicatura: entre la eliminación y la cooptación. En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- Revista Semana (2009a). Los parias de la justicia. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-parias-justicia/100371-3>
- Revista Semana (2009b). Almarío y Pimiento pierden tutelas contra la Corte. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/almario-pimiento-pierden-tutelas-contra-corte/101372-3>
- Rodríguez Garavito, C. (2015). Reformas revolucionarias. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/reformas-revolucionarias>
- Uprimny, R. (2014). El grado adecuado de independencia judicial. *El Espectador*. Recu-

- perado de <http://www.elspectador.com/opinion/el-grado-adecuado-de-independencia-judicial-columna-530505>
- Uprimny, R. (2015a). Justicia, política y corporativismo. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elspectador.com/opinion/justicia-politica-y-corporativismo>
- Uprimny, R. (2015b). ¿Ganaron las cortes? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elspectador.com/opinion/ganaron-cortes>
- Uprimny, R. (2015c). Corporativismo judicial. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elspectador.com/opinion/corporativismo-judicial>
- Uprimny, R. (2015d). ¿Una monstruosidad jurídica? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elspectador.com/opinion/una-monstruosidad-juridica>
- Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015). Gobierno y administración de la Rama Judicial. Análisis de las propuestas de cambio en el proyecto de equilibrio de poderes. *KAS Papers* (25). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.701.pdf
- Villadiego Burbano, C. (2015). ¿Cómo queda la justicia en el equilibrio de poderes? *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/como-queda-la-justicia-en-el-equilibrio-de-poderes>

B. Captura y resistencia en la Rama Judicial¹

Javier Eduardo Revelo Rebolledo (2009)

Extractos tomados de:

Revelo Rebolledo, J. E. (2009). El Consejo Superior de la Judicatura: entre la eliminación y la cooptación. En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 107-160). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf

En Colombia, como consecuencia de los juicios que adelantan la Corte Suprema y la justicia en contra de los congresistas y funcionarios del Estado acusados de tener vínculos con actores ilegales (principalmente paramilitares), la Rama Judicial está en el centro de la vida política nacional. Hoy es evidente que para enfrentar eficazmente a la delincuencia organizada se necesita más justicia que fuerza pública. Si algo puede reducir las estructuras mafiosas enquistadas en los poderes políticos locales y nacionales es una justicia capaz, y la condición fundamental para que eso suceda es la independencia judicial.²

Este capítulo está destinado al análisis de la justicia en la coyuntura actual de criminalización de buena parte de la vida política nacional. Aquí proponemos un marco analítico para comprender las relaciones entre sistema judicial, corrupción, CdE [captura del Estado] y RCdE [reconfiguración cooptada del Estado]. La RCdE es una forma avanzada de CdE, y esta última es una forma

1 Este capítulo también fue publicado en el libro de López (2010). Algunas ideas fueron presentadas previamente en García Villegas (2008), García Villegas y Revelo Rebolledo (2009), y García Villegas y Uprimny (s. f.).

2 (N. del E.) El texto original incluye una reflexión sobre las relaciones entre justicia y corrupción, y evalúa igualmente las posibles acepciones o aristas de la independencia judicial. En estrecha relación con lo anterior, en el estudio preliminar y en el capítulo 8 de esta compilación se plantea qué debemos entender por independencia judicial en el marco de una democracia.

de corrupción a gran escala. Así pues, la CdE y la RCdE representan distintos grados de corrupción.³

En lo que sigue abordamos el tema [del] comportamiento variable de los jueces frente a los intentos de CdE y de RCdE. Aquí no diferenciaremos entre captura y reconfiguración —esto nos llevaría a una complejidad inmanejable en el marco teórico que intentamos diseñar—, sino que nos referiremos, en general, a ambos desafíos institucionales. Para tal efecto, hablaremos de intentos de captura y de reconfiguración cooptada del Estado (en adelante ICRCE).

[Para esos efectos,] diferenciamos tres tipos de comportamiento o de actitud judicial frente a los ICRCE. En primer lugar, los jueces pueden ceder (someterse) y comportarse en sintonía con los intereses que la intentan controlar; lo opuesto es resistir (resistencia) el embate de estos intentos, en cuyo caso tenemos una justicia resistente. Finalmente, puede haber una justicia acomodada (acomodamiento), que decide adaptando el derecho a las circunstancias.

Al cruzar los tres comportamientos de la justicia frente a los ICRCE —ceder, resistir y acomodarse— con los dos tipos de justicia según su visibilidad —protagónica y rutinaria— se obtienen seis tipos de justicia. La tabla 1 muestra gráficamente esta tipología.⁴

Hechas estas aclaraciones, a continuación presentamos una posible clasificación de actuaciones de la justicia con el fin de ilustrar los tipos ideales aquí

Tabla 1. Actitudes frente a los ICRCE y tipos de justicia según su visibilidad

Tipos de justicia	Actitudes de la justicia frente a ICRCE		
	Ceder (sometimiento)	Resistir (resistencia)	Acomodarse (acomodamiento)
Protagónica	(A)	(B)	(C)
Rutinaria	(D)	(E)	(F)

3 (N. del E.) Estos conceptos se encuentran también explicados en la introducción y el capítulo segundo del libro del que provienen estos extractos. Por su parte, en García Villegas (2009) y el capítulo primero de García Villegas y Revelo Rebolledo (2010) puede hallarse una aproximación al desarrollo histórico del clientelismo en Colombia. En la misma línea, en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006, p. 275 y ss.) se resalta la captura como un fenómeno fundamental para la híbrida caracterización que por décadas se ha hecho del Estado colombiano. Sobre la captura de las instituciones locales en general, véase García Villegas *et al.* (2011).

4 (N. del E.) Esta distinción entre justicia rutinaria y justicia protagónica se encuentra desarrollada en el estudio preliminar y en la introducción a la Parte dos de esta compilación.

propuestos y de ayudar a comprender el papel de la justicia colombiana frente a los ICRCE.

1. La justicia protagónica frente a los ICRCE

1.1. La justicia protagónica cede (Tipo A)

Los partidos políticos o los otros poderes del Estado (Ejecutivo y Legislativo) son, por lo general, los actores que logran que la justicia ceda, es decir, que se someta a sus propósitos. Esto también lo logran los actores armados ilegales, pero en menor medida. Algunas instituciones de la justicia protagónica han cedido ante los ICRCE por parte de actores legales. Este hecho ha estado favorecido por factores tales como: el diseño institucional para elegir a los altos funcionarios de la justicia (en donde participan el Ejecutivo y el Legislativo); el incremento del poder nominador del presidente —que supuso la reelección presidencial inmediata— y la captura de buena parte del Congreso por parte de los actores armados ilegales (principalmente paramilitares).⁵ La tabla 2 sintetiza el diseño constitucional en este tema.

Del diseño constitucional se infiere que el Congreso y el Ejecutivo pueden influir en la elección de algunos de los altos funcionarios de la justicia. Las instituciones más expuestas a estos peligros son la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (SD), la Fiscalía General y la Corte Constitucional. El ejemplo más claro de sometimiento es el de la SD. Seis de los siete magistrados que actualmente componen la sala pertenecen a uno de los partidos políticos de la coalición.⁶

Entre 2007 y 2010, la nueva SD ha tomado nueve decisiones relacionadas con miembros del Gobierno nacional o la coalición: [...]. De las nueve decisiones que ha tomado la SD elegida en el periodo de Uribe, cinco de ellas han sido favorables a los intereses de miembros del Gobierno o de la coalición. Estas decisiones han llamado la atención de la opinión pública porque, aunque no todas se relacionan con casos de parapolítica, algunas de ellas sí, y por eso, en esta sala se podría frenar todo el esfuerzo investigativo y sancionatorio de la Corte Suprema.

5 (N. del E.) Sobre esta concentración de poderes generada a partir de la reelección presidencial puede consultarse García Villegas y Revelo Rebolledo (2010).

6 (N. del E.) Para una breve reflexión sobre las virtudes e inconvenientes del diseño institucional de la Corte Constitucional, véase Rubiano (2009). Por su parte, en el capítulo 9 (I-A) de esta compilación, se estudian los intentos de captura del Consejo Superior de la Judicatura a los que se hace referencia aquí.

Tabla 2. Sistema de elección / nombramiento de los altos funcionarios de la justicia

Institución	Sistema de elección	Nominación	Elección
Corte Suprema de Justicia	Cooptación ampliada. La Corte Suprema elige a sus miembros de listas que elabora el Consejo de la Judicatura (CP, art. 231)	Consejo Superior de la Judicatura	Corte Suprema
Consejo de Estado	Cooptación ampliada. El Consejo de Estado elige a sus miembros de listas que elabora el Consejo de la Judicatura (CP, art. 231)	Consejo Superior de la Judicatura	Consejo de Estado
Corte Constitucional	Nominación mixta y elección política. El Senado elige a los nueve magistrados de ternas que elaboran el presidente, el Consejo de Estado y la Corte Suprema (CP, art. 239)	Presidente (3), Consejo de Estado (3) y Corte Suprema (3)	Senado
Sala Administrativa Consejo Superior de la Judicatura	Elección compartida. El Consejo de Estado, la Corte Suprema y la Corte Constitucional eligen a tres, dos y un magistrado respectivamente (CP, art. 254, núm. 1)	No aplica	Consejo de Estado (3), Corte Suprema (2), y Corte Constitucional (1)
Sala Disciplinaria Consejo Superior de la Judicatura	Nominación y elección política. El Congreso elige a los siete magistrados de ternas presidenciales (CP, art. 254, núm. 2)	Presidente	Congreso
Fiscalía General de la Nación	Nominación política y elección judicial. La Corte Suprema elige al fiscal de una terna presidencial (CP, art. 249)	Presidente	Corte Suprema

Fuente: elaboración de los autores con base en la CP.

En este caso hablamos de un sometimiento legal, que se origina en los otros poderes del Estado. Sin embargo, no ignoramos el hecho de que los mismos congresistas y partidos políticos que están siendo cuestionados por sus nexos con actores ilegales —principalmente paramilitares— fueron quienes eligieron a estos siete magistrados.

El caso de la SD no sería el único ejemplo de sometimiento en la justicia protagonista. Al parecer, actores ilegales también han influido en este tipo de justicia. En 2006, el magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, José Alfredo Escobar Araújo, tuvo que reconocer públicamente su amistad con el presunto capo italiano Giorgio Sale. No obstante, el magistrado

afirmó que desconocía las acciones ilícitas de Sale (*El Tiempo*, 2006). Dos magistrados de la Corte Suprema de Justicia también han sido cuestionados por esos mismos hechos.

1.2. La justicia protagonista resiste (Tipo B)

En la Corte Constitucional y la Corte Suprema se observan actuaciones que ilustran una actitud de resistencia a los ICRCE.

1.2.1. El control de constitucionalidad y la revisión de tutelas

Las decisiones de la Corte Constitucional no solo dependen del derecho sino también del contexto social y político en el cual decide. Dos variables caracterizan este contexto: la fortaleza del proceso de reconfiguración institucional —evidente en la fuerza de las mayorías que lo impulsan— y el tipo de reconfiguración, cooptada o no.

Las relaciones entre tribunales constitucionales —como la Corte Constitucional colombiana— y los distintos tipos de reconfiguración institucional pueden darse bajo la modalidad de desarrollo armónico o de tensión. En el primer caso —el desarrollo armónico—, los tribunales constitucionales catalizan y dinamizan el proceso de reconfiguración. El tribunal constitucional en estos casos es un aliado de las mayorías. En el segundo caso —de tensión—, los tribunales constitucionales resisten el proceso de reconfiguración institucional. Los tribunales cumplen aquí un papel esencialmente contra-mayoritario.

¿Cuál ha sido entonces el rol de la Corte Constitucional ante la reconfiguración institucional del Estado colombiano? Lo primero que hay que decir es que las relaciones entre la Corte y el proceso de reconfiguración institucional han sido de desarrollo armónico y de tensión a la vez. La Corte Constitucional ha permitido el desarrollo de normas importantes. Los ejemplos podrían ser los Actos Legislativos 01 de 2003 (reforma política) y 02 de 2004 (reelección presidencial inmediata).

A pesar de ello, en importantes decisiones esta Corte también ha resistido la reconfiguración institucional. En primer lugar, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de varios artículos —Ley de Justicia y Paz y Ley de biocombustibles— y de normas completas —Estatuto Antiterrorista, Ley General Forestal, Estatuto de Desarrollo Rural y Ley que convocaba al referendo de la segunda reelección— que eran centrales para el proyecto de reconfiguración institucional. En todos ellos las mayorías reaccionaron fuertemente en contra de la Corte. Haber declarado inconstitucional la ley del referendo reeleccionista

es quizá la sentencia más importante en toda la historia de la Corte Constitucional. Esto es así, entre otras razones, porque fue una decisión valiente; para ninguna corte es fácil declarar la inconstitucionalidad de una norma defendida por un presidente que, como el colombiano, gozaba de una enorme popularidad, controlaba el Legislativo y poseía una actitud intolerante y un talante autoritario.⁷

En segundo lugar, la Corte Constitucional ha tomado importantes decisiones de tutela tanto para proteger los derechos de las víctimas en el proceso de desmovilización como para ayudar a evitar parte del despojo de la tierra que ha tenido lugar durante los últimos años en Colombia a manos de los actores armados ilegales.⁸

1.2.2. Parapolítica y FARC-política

La Corte Suprema de Justicia ha mostrado una actitud de resistencia a los ICRC investigando y juzgando las alianzas de varios congresistas y políticos con los actores armados ilegales (principalmente paramilitares). Antes de 1991, la Corte Suprema solo investigaba y juzgaba a los miembros del Congreso si la cámara a la cual pertenecían lo autorizaba —en eso consistía la inmunidad parlamentaria—. La Constitución Política modificó sustancialmente el escenario, eliminó la inmunidad parlamentaria y edificó en su lugar un fuero constitucional en cabeza de la Corte Suprema. Según este fuero, la Corte Suprema investiga y juzga en única instancia los delitos de los congresistas.

En varias ocasiones, los políticos procesados por sus alianzas con los paramilitares han cuestionado esta competencia de la Corte Suprema y han defendido que la renuncia a la curul en el Congreso implica la renuncia al fuero. Cuando los congresistas renuncian al fuero, la Fiscalía asume la investigación y los jueces penales ordinarios el juicio. Pues bien, en un principio, la Corte Suprema aceptó la tesis de los políticos.

¿Por qué algunos congresistas renuncian a la curul y al fuero? Los congresistas afirman que lo hacen para aumentar sus garantías procesales. Para algunos, detrás de este debate público existe una estrategia deliberada de los

7 Para un análisis de la independencia de la Corte Constitucional véase Rubiano (2009).

8 (*N. del E.*) Al respecto puede consultarse Rodríguez Garavito y Rodríguez (2010), donde se evalúan los efectos de la sentencia T-025 de 2004, la cual declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado en Colombia. Un estudio del impacto de esta y otras sentencias estructurales se ofrece también en el capítulo 10 (II) de esta compilación.

congresistas para evitar la acción de la justicia. Radicar la competencia de sus procesos en órganos de inferior jerarquía les permitiría aprovechar las debilidades estructurales de la justicia (morosidad, congestión, ineficiencia, insuficiencias investigativas, etc.) y su poder político en las regiones (López y Sevillano, 2008). Los riesgos de la renuncia al fuero eran entonces inminentes. De hecho, algunos casos sugieren que estos riesgos se materializaron. Actualmente, la Corte Suprema está revisando algunas de las decisiones que tomaron los jueces y fiscales de inferior jerarquía; por ejemplo, está revisando dos sentencias absolutorias (excongresistas William Montes y Jairo Merlano) y reabrió un proceso que había sido precluido (excongresista Luis Humberto Gómez Gallo). Por eso, no es aventurado decir que la resistencia de la justicia protagonista ahora es, al menos en parte, consecuencia del acomodamiento o sometimiento de la justicia rutinaria.

En septiembre de 2009, la Corte Suprema cambió su postura inicial y planteó que la renuncia a la curul no implica necesariamente una renuncia al fuero constitucional. [Esta] demora de la Corte para captar los riesgos de la renuncia al fuero y el tardío cambio de jurisprudencia, pueden tener buenas intenciones y sólidas razones jurídicas, pero no son fáciles de justificar ante la opinión pública.

Todavía es apresurado hacer un balance definitivo de la actividad de la Corte Suprema. No obstante, las investigaciones y los juicios adelantados han contribuido a contener —con ciertas limitaciones— los ICRCE.

1.3. La justicia protagonista se acomoda (Tipo C)

Acomodarse no es una expresión necesariamente peyorativa. En muchas ocasiones eso es lo único que pueden hacer los jueces fuera, claro, de asumir una actitud heroica que los conduzca al suicidio propio o de la institución en la cual trabajan. Por eso, en la práctica, el sopesamiento del riesgo político de la decisión es algo que hace parte de las razones para decidir.

En la sección anterior mostramos cómo la Corte Suprema ha tomado decisiones que resisten los ICRCE. No obstante, en muchas de esas decisiones la Corte incluyó condicionamientos y advertencias porque era consciente de los riesgos que generaba. Solo con el paso del tiempo fue que la Corte fortaleció su postura, entró a jugar un rol de resistencia y asumió los riesgos directamente. Este cambio de actitud la hizo víctima de una serie de señalamientos y seguimientos ilegales por parte del Gobierno. Clasificar las actuaciones de la Corte Suprema en uno u otro de los tipos ideales que hemos definido previamente

depende, entonces, del periodo que se seleccione. Si se tienen en cuenta los dos últimos años, las decisiones de la Corte mostrarían una actitud de resistencia. Por el contrario, si se incluyen en el análisis los cuatro años anteriores a esos dos (considerando los cambios jurisprudenciales) sus decisiones parecerían ilustrar una actitud de acomodamiento.

En la Corte Constitucional también habría muestras de una actitud de acomodamiento. De un lado, no declaró la inconstitucionalidad total de la Ley de Justicia y Paz. Declarar inconstitucional la ley era una opción jurídicamente viable y eso debido a que, como ley ordinaria, no era claro que pudiera regular temas de derechos humanos (eran temas propios de una ley estatutaria). Sin embargo, los magistrados de la Corte no se atrevieron a tomar esa decisión, en parte por las graves consecuencias políticas que ello habría implicado en ese momento (Uprimny y Saffon, 2006).

De otro lado, la Corte evitó declarar inconstitucional la reforma que permitió la primera reelección presidencial. De nuevo, la Corte tenía argumentos jurídicos muy fuertes para tomar esa decisión pero el momento político, la enorme popularidad del presidente y los riesgos que traía un enfrentamiento con el Ejecutivo, parecen haber pesado en algunos magistrados (Rubiano, 2009). En 2010 la Corte, por el contrario, declaró inconstitucional la Ley 1354 de 2009 que convocaba al pueblo a un referendo constitucional para permitir la segunda reelección del expresidente Uribe.⁹

Dos aspectos diferencian este proceso constitucional del anterior. Primero, los argumentos jurídicos para declarar la inconstitucionalidad en 2010 eran mucho más sólidos que en 2004 [...]. Segundo, la Corte encontró un importante respaldo en organizaciones sociales, ciudadanos, columnistas, empresarios y medios de comunicación.

2. La justicia rutinaria frente a los ICRC

2.1. La justicia rutinaria cede (Tipo D)

A diferencia de la justicia protagónica, la justicia rutinaria debe soportar con mayor fuerza, y con mayor indefensión, la influencia de los actores armados ilegales. Pero, es poca la información que se tiene sobre casos de sometimiento de la justicia rutinaria (Carrillo-Flórez, 2007; Garay, 2007; ILSA, 2009). A pesar

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2010, M. P. Humberto Sierra Porto (comunicado de prensa No. 9).

de ello, a continuación presentamos dos estudios de caso, relacionados con la Fiscalía, en los que se presentaría esta situación.

En varias ocasiones la Fiscalía ha sido cuestionada por su reducida capacidad para investigar tanto los delitos de gran impacto, como la criminalidad organizada y la corrupción. Sin embargo, solo ha sido a partir del 2001 que se ha planteado la posibilidad de la infiltración de la Fiscalía por parte de los grupos narco-paramilitares.¹⁰ En la actualidad, se conocen dos casos en los cuales las investigaciones sobre probable infiltración regional de los paramilitares en la Fiscalía parecen tener mayores posibilidades de producir condenas.

El primer caso ocurrió en Medellín. En esta ciudad se conoce que los contactos ilegales entre los actores armados y la justicia penal vienen de tiempo atrás, pero de este pasado solamente se conocen hechos violentos en contra de los funcionarios judiciales. En los últimos años hay indicios de infiltración del narcotráfico y de los paramilitares en la Dirección Seccional de Fiscalías. Veamos.

Luego de la desmovilización de las AUC, Daniel Rendón Herrera, alias “Don Mario”, se convirtió en uno de los hombres más poderosos del narco paramilitarismo. Los hechos que muestran la aparente infiltración de la Fiscalía involucran a Guillermo Valencia Cossio, hermano del exministro del Interior y de Justicia, Fabio Valencia. Luego de su frustrada candidatura a la Cámara de Representantes en 2002, Guillermo Valencia Cossio fue nombrado por el exfiscal [Luis Camilo] Osorio como fiscal delegado ante el Tribunal, y a su vez, durante cuatro años se desempeñó como director seccional encargado. En septiembre de 2010 —cuando finalizábamos este capítulo— la Fiscalía había solicitado a la Corte Suprema que condenara a Valencia Cossio por los delitos de concierto para delinquir agravado, destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, revelación de secreto, enriquecimiento ilícito y utilización de asuntos reservados.¹¹

10 (N. del E.) Al respecto, en García Villegas, Espinosa y Jiménez Ángel (2013, p. 55 y ss.) se encuentra que las organizaciones de narcotraficantes consiguen capturar el sistema penal incluso en territorios institucionalmente fuertes. Con esa captura consiguen, antes que nada, invisibilizar el eslabón más fuerte y quizá socialmente más dañoso de la cadena de narcotráfico: el lavado de activos.

11 (N. del E.) A comienzos del 2011, Valencia Cossio fue efectivamente condenado a trece años de prisión por concierto para delinquir y a dos años más por los delitos de enriquecimiento ilícito y ocultamiento de documento público, debiendo además pagar una multa que superaba los seis mil millones de pesos (*El Tiempo*, 2011). Posteriormente, en 2014, fue de nuevo condenado por la Corte Suprema de Justicia, esta vez por sus vínculos con el narcotraficante Juan Carlos Ramírez, alias Chupeta. En esta segunda ocasión, la Corte declaró que Valencia, también en su calidad de jefe de Fiscalías de Medellín, había sido responsable de los delitos de prevaricato por omisión, y ocultamiento y alteración u obstrucción de elementos

El segundo caso ocurrió en Cúcuta. Se conoce que la casa Castaño ingresó a la región del Catatumbo en 1999. A partir de entonces, en la ciudad de Cúcuta operaron las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá, el bloque Catatumbo —comandado por Salvatore Mancuso—, y el frente Fronteras —comandado por Iván Laverde, alias la Iguana—. Fue precisamente esta estructura la que infiltró la Dirección Seccional de Fiscalías de Cúcuta.

Todo indica que la infiltración de la Fiscalía en Cúcuta comenzó cuando el exfiscal Osorio nombró a Ana María Flórez, alias la Batichica, como fiscal especializada en 2001. En 2003, [...] el exfiscal Osorio nombró a Flórez como directora seccional, quien pasó a tener funciones administrativas y continuó favoreciendo a los paramilitares. Según la Corte Suprema, Flórez aprovechó su posición privilegiada para acceder a los expedientes e informar a los paramilitares de las actuaciones de la justicia. En marzo de 2007, la Corte Suprema condenó a Flórez por los delitos de concierto para delinquir y utilización de información privilegiada; la exdirectora seccional es hoy prófuga de la justicia.¹²

Los casos de Cúcuta y Medellín son los ejemplos más claros de justicia sometida por narcotraficantes y grupos paramilitares. Pero es muy posible que estos casos no sean los únicos. Algunos exjefes paramilitares y varios medios de comunicación han afirmado que otros funcionarios de la justicia, al parecer, tenían nexos con los paras. Lastimosamente, aún falta mucho por conocer. Es por eso que uno de los retos de la justicia frente a los ICRCE es investigar y sancionar la corrupción en la Rama Judicial.

2.2. La justicia rutinaria resiste (Tipo E)

A continuación mostramos de qué manera la justicia rutinaria habría resistido a los ICRCE.

2.2.1. La investigación y el juzgamiento de actores armados ilegales desmovilizados

Aquí buscamos determinar hasta qué punto la Rama Judicial había investigado y sancionado a los actores armados ilegales que finalmente se desmovilizaron. Dejamos por fuera aquellas condenas que la justicia ha impuesto luego de la desmovilización, porque nuestro objetivo era comparar los delitos sancionados efectivamente por la justicia sin el proceso de desmovilización, con los hechos susceptibles de ser sancionados que los desmovilizados han confesado. Esta

procesales (*El Tiempo*, 2014).

12 (N. del E.) Flórez fue incluso llamada a juicio en 2013 por delitos de lesa humanidad (Durán Núñez, 2014). En 2015 seguía siendo prófuga de la justicia.

comparación brinda una imagen global de las acciones y los resultados de la justicia antes de que los grupos paramilitares dejaran las armas. Veamos los resultados.

Primero, según la Fiscalía, de los desmovilizados incluidos en los listados entregados por el Gobierno (3.637), tan solo 307 tenían antecedentes: solo el 8,5% de los desmovilizados había sido sancionado por la justicia antes de la desmovilización. Segundo, los 307 desmovilizados con antecedentes habían sido condenados por 517 delitos. Esto quiere decir que los desmovilizados con antecedentes —ese 8,5%— fueron sancionados en promedio por 1,7 delitos. Si se considera que los desmovilizados hacían parte de un actor armado ilegal con un abultado historial delictivo, es presumible que esos 307 desmovilizados con antecedentes hubiesen cometido más de dos delitos. De hecho, los mismos desmovilizados postulados a la Ley de Justicia y Paz han enunciado 62.723 y confesado 30.267 delitos. Esto implica que la justicia había sancionado el 0,8% de los delitos enunciados y el 1,7% de los confesados (Oficina del Alto Comisionado

Gráfica 1. Antecedentes de los desmovilizados. Ley 975 de 2005 (Colombia, 1987-2005)



Fuente: Fiscalía General de la Nación (2009) y cálculos de los autores.

para la Paz y la Reintegración, 2010). Pero ¿por cuáles delitos fueron condenados los hoy desmovilizados antes de su desmovilización? (gráfica 1).

Llama la atención que los paramilitares habían sido condenados —en su mayoría— por portar armas o hurtar bienes. Las condenas por delitos contra la vida, la integridad o la libertad de las personas eran muy escasas. [De la clase] de delitos también se puede inferir que la justicia tampoco había enfrentado el problema como un asunto de criminalidad organizada. El delito de concierto para delinquir podría ser un indicador aproximado —un proxy— para medir las actuaciones de la justicia frente a la criminalidad organizada (Uprimny, Guzmán y Revelo Rebolledo, 2008).

2.2.2. La investigación y el juzgamiento de los funcionarios del Estado que favorecen a los actores armados ilegales

La justicia rutinaria también ha mostrado actitudes de resistencia a los ICRC investigando y juzgando a varios funcionarios públicos cercanos a los grupos ilegales. Los congresistas no son los únicos funcionarios del Estado que se han aliado con los actores armados ilegales (con los grupos paramilitares principalmente). Frente a este tipo de funcionarios —que carecen de fuero constitucional— la justicia penal también ha reaccionado aunque con resultados limitados.

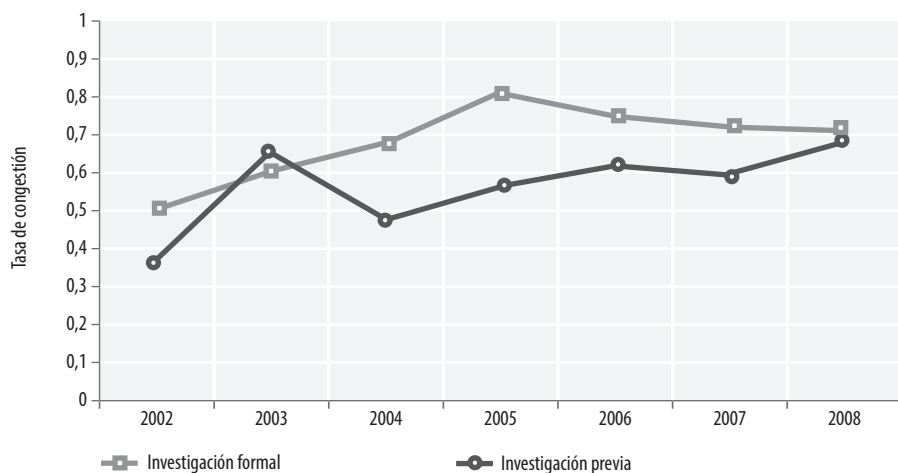
La Fiscalía habría investigado al menos a 885 empleados del Estado. Que la Fiscalía investigue es muy importante, no obstante, hasta el mes de abril de 2009 este organismo informó de la existencia de solo 25 condenas por alianzas con los grupos paramilitares. Igualmente, es muy poco lo que la justicia conoce de las alianzas entre políticos y guerrilleros: solo 12 casos estaban siendo investigados (López, 2010).

2.2.3. Investigación y juzgamiento de hechos de corrupción pública

Infelizmente, los resultados en este tema tampoco son los mejores. Las gráficas 2 y 3 muestran la capacidad de la Fiscalía para responder a la demanda de justicia en temas de corrupción. Los delitos contra la administración pública y contra la administración de justicia generalmente —no siempre— son cometidos por servidores públicos. Para determinarlo calculamos la tasa de congestión¹³ diferenciando el momento procesal —investigación previa o

13 La tasa de congestión es uno de los indicadores más utilizados para medir el flujo de procesos en la justicia. Esta tasa es la medida inversa a la tasa de resolución. Aquí, entonces, se comparan la demanda y la oferta de justicia para determinar la cantidad de procesos que anualmente deja sin resolver. En la demanda de justicia contabilizamos los casos que ingresan en un año determinado y los que quedaron sin resolver del año anterior.

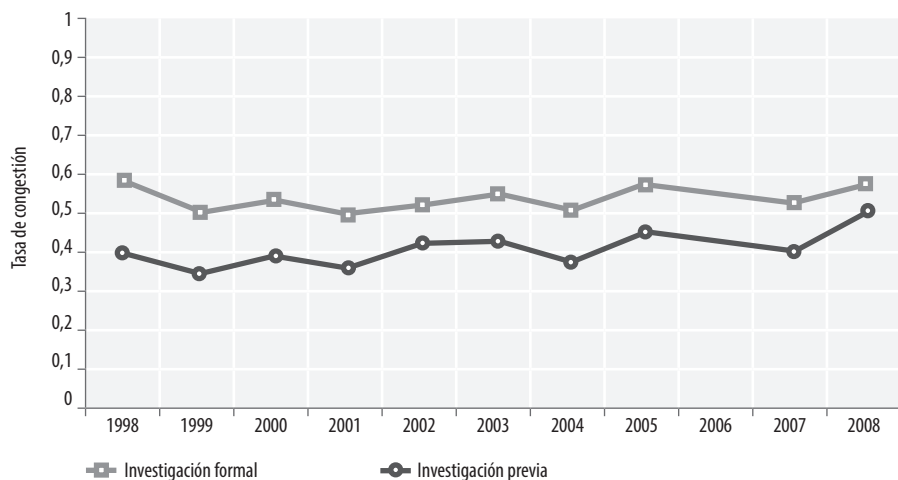
Gráfica 2. Congestión en la Unidad Nacional de Fiscalía Especializada en Delitos contra la Administración Pública (Colombia, 2002-2008)



Fuente: Fiscalía General de la Nación (2009) con cálculos de los autores.

instrucción— y la autoridad en la Fiscalía que toma las decisiones —Unidad Nacional Especializada o Unidades en general—. Cuando el indicador se acerca a 0, se supone que la demanda de justicia es atendida.

Gráfica 3. Congestión Unidades de Administración Pública y Administración de Justicia (Colombia, 1998-2008)



Fuente: Fiscalía General de la Nación (2009) con cálculos de los autores.

La gráfica 2 muestra que [la Unidad Nacional de Fiscalías Especializada en Delitos contra la Administración Pública] tiene serios problemas para atender toda la demanda de justicia que recibe. En 2008, por ejemplo, esta Unidad Especializada dejó sin resolver aproximadamente 7 de cada 10 casos. Adicionalmente, las Unidades de Administración Pública y Administración de Justicia también tienen un comportamiento estable en materia de congestión (gráfica 3). A pesar de ello, la tasa de congestión sigue siendo muy alta. En la etapa de investigación previa, aproximadamente 5 de cada 10 casos se quedan sin resolver, y en la etapa de investigación formal son 4 de cada 10.

Esta aproximación global a la congestión judicial en los delitos contra la administración pública mostraría que si bien la justicia reacciona contra los hechos de corrupción (resiste los ICRCE), tiene grandes limitaciones para lograr resultados.

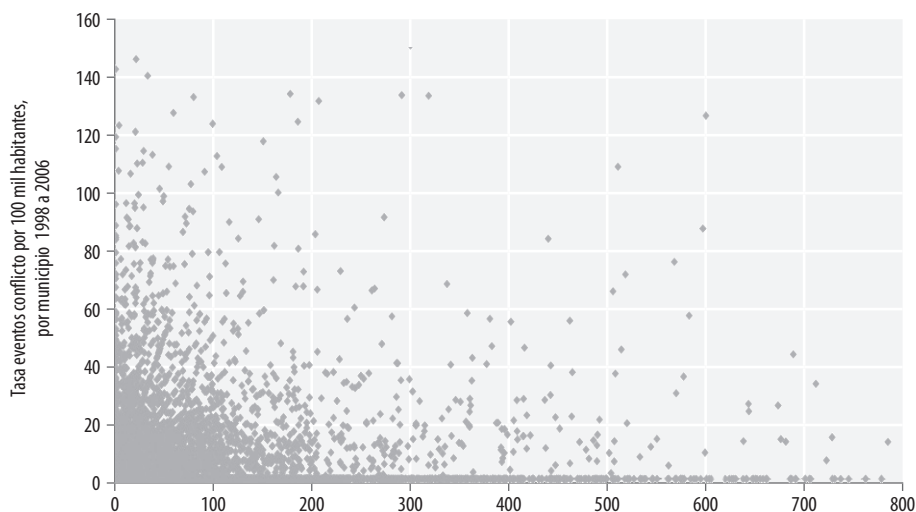
2.3. La justicia rutinaria se acomoda (Tipo F)

Lo más frecuente es que los jueces y fiscales asuman una posición intermedia entre ceder y resistir a los ICRCE. Muchos jueces y fiscales trabajan en sitios en donde las instituciones municipales operan con un aire de normalidad: todos los funcionarios están presentes y deciden utilizando las formas del derecho. Sin embargo, en la práctica, sus decisiones suelen ser el resultado de presiones o de intimidaciones por parte de grupos armados. Por lo general, los funcionarios judiciales no son héroes, ni tienen por qué serlo, y por eso es natural que se adapten a las circunstancias y adecuen las normas y los procedimientos a lo que “buenamente pueden hacer”. Así pues, de los tres tipos de justicia anotados —sometida, resistente y acomodada— este es el más frecuente y quizás el más difícil de detectar.¹⁴

La gráfica 4 relaciona los niveles de violencia con la provisión de justicia. Cada punto de la gráfica representa la combinación del valor de la tasa de eventos de conflicto con la tasa de entradas de casos para cada municipio y cada año de la muestra (1998-2006). De esta manera, los puntos que están cerca del origen —parte inferior izquierda— mostrarían un bajo nivel de violencia del conflicto y un bajo nivel de entradas a la justicia penal. En un mundo ideal

14 (N. del E.) Sobre las relaciones entre las instituciones de la justicia y el conflicto armado puede consultarse el capítulo 5 de esta compilación. En concreto, sobre cómo la presencia de los actores armados ilegales puede llegar a afectar la independencia y la eficacia judiciales, véanse García Villegas y Espinosa (2013, p. 80 y ss), Guzmán, La Rota y Uprimny (2011), La Rota y Bernal Uribe (2013, pp. 95 y ss.).

Gráfica 4. Tasa de eventos de conflicto vs. tasas de entradas de casos por materia penal por cada 100 mil habitantes (jueces promiscuos) (Colombia, 1998-2006)



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura - Base de datos sobre movimiento de procesos por tipo de proceso y entrada y salida. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) - Censos 93-05. Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos (Cerac) - Base de datos sobre conflicto armado. Datos procesados por: Cerac.

uno esperaría que, en presencia de conflicto armado, la justicia conociera de un gran número de estos casos de violencia. Lo que se encuentra es precisamente lo contrario: la mayor parte de los puntos están ubicados sobre los ejes, lo cual indica que a mayores niveles de riesgo de violencia de conflicto hay una menor provisión de justicia penal. Esta prueba no dice nada acerca de la relación de causalidad entre las entradas/salidas y los eventos de conflicto, pero sí sugiere que efectivamente existe una relación negativa entre las variables de interés, entradas/salidas de casos y eventos de conflicto.

En síntesis, esta investigación de Dejusticia mostró la capacidad enorme que tienen los actores armados en las zonas donde operan para lograr el acomodo de los jueces municipales a los propósitos ilegales de esos actores.¹⁵

3. Consideraciones finales

El rol de resistencia que ha cumplido la justicia ha sido mucho más claro en la justicia protagonista que en la rutinaria. En términos generales, mientras

¹⁵ (N. del E.) Estos resultados de investigación fueron publicados en García Villegas (2008).

que la justicia protagónica se debate entre actitudes de resistencia y de sometimiento, la justicia rutinaria lo hace entre actitudes de sometimiento y de acomodamiento.

Infortunadamente, ciertas parcelas de la justicia protagónica también han sido sometidas por actores legales e ilegales. En este capítulo presentamos las implicaciones que para la justicia tiene el proceso de concentración del poder que ha ocurrido en los últimos años. El Gobierno y la coalición de Gobierno han incrementado su influencia en la SD del Consejo Superior de la Judicatura y han generado importantes riesgos para la impunidad de los políticos investigados y sancionados por sus nexos con los actores ilegales. Pero este sometimiento —aunque indeseable y perjudicial para enfrentar los ICRCE— fue llevado a cabo por actores legales. En algunas regiones, además, la justicia rutinaria —en especial la Fiscalía— ha sido sometida por los actores armados ilegales, principalmente por los grupos paramilitares.¹⁶

Cuando los sectores progresistas, o simplemente honestos, de la justicia no cuentan con el apoyo de la ciudadanía y de las otras ramas del poder público para llevar a cabo sus tareas, la justicia queda en manos de los sectores más retardatarios. Es por eso que el fortalecimiento de la independencia judicial es una de las principales tareas de los gobernantes y de la sociedad para enfrentar los ICRCE en Colombia.¹⁷

Referencias

- Carrillo-Flórez, F. (2007). *Corrupción en las cortes colombianas*. Bogotá: Editores del Puerto.
- Durán Núñez, D. C. (2014). Un plan para enlodar al coronel Montezuma. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elspectador.com/noticias/investigacion/un-plan-enlodar-al-coronel-montezuma-articulo-493143>
- El Tiempo (2006). El supuesto narcotraficante italiano Giorgio Sale hizo 23 visitas al Palacio de Justicia. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3355395>

16 (N. del E.) Existe, ciertamente, una estrecha relación entre los fenómenos de captura, impunidad e incluso congestión en materia penal (García Villegas y Revelo Rebolledo, 2010, pp. 146-159, 214-215). Sobre estos últimos dos fenómenos pueden verse, respectivamente, los capítulos 11 (A y B) y 11 (C).

17 (N. del E.) En García Villegas y Revelo Rebolledo (2010c) se ofrecen algunas recomendaciones para evitar o minimizar la captura de las instituciones de la justicia.

- El Tiempo (2011). Corte condenó a 15 años de cárcel a Guillermo León Valencia Cossio. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-8995020>
- El Tiempo (2014). Exfiscal Valencia Cossio podría terminar pagando solo primera condena. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/condena-a-exfiscal-guillermo-leon-valencia-cossio/14576216>
- Garay, L. J. (2007). *Conflicto armado y delincuencia organizada. Escenarios de corrupción a propósito del caso de Colombia*. Bogotá: Transparencia por Colombia.
- García Villegas, M. (ed.) (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. (2009). Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008). En García Villegas, M. y J. E. Revelo Rebolledo (eds.). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 16-83). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M., Espinosa, J. R. y Jiménez Ángel, F. (2013). *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia*. Documentos 5. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.590.pdf
- García Villegas, M., García Sánchez, M., Rodríguez Raga, J. C., Revelo Rebolledo, J. E. y Espinosa, J. R. (2011). *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.246.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010c). ¿Qué hacer para evitar la captura del Estado colombiano? En *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia* (pp. 204-219). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.). (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (s. f.). Corrupción y sistema judicial en Colombia: un

- balance de la bibliografía existente y algunas hipótesis de trabajo. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Guzmán, D. E., La Rota, M. E. y Uprimny, R. (2011). Factores de impunidad frente a violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) (2009). *Justicia bajo presión. Construcciones institucionales y atentados contra la independencia judicial en Colombia, 2005-2008*. Bogotá: Gente Nueva.
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2013). Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Informe Colombia. En VV.AA., *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú* (pp. 65-113). Washington: Due Process of Law Foundation. Recuperado de <http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>
- López, C. (2010). *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Corporación Nuevo Arcoiris, Congreso Visible, Dejusticia, Grupo Método y MOE.
- López, C. y Sevillano, O. (2008). Balance político de la parapolítica. *Revista Arcanos* (14).
- Oficina del Alto Comisionado para la Paz y la Reintegración (2010). Informe ejecutivo. Oficina del Alto Comisionado para la Paz y la Reintegración (sin publicar).
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Rubiano, S. (2009). La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 16- 83). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Revelo Rebolledo, J. E. (2008). Diagnóstico general del Sistema Penal Acusatorio. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006). ¿Al fin Ley de Justicia y Paz? La Ley 975 de 2005 tras el fallo de la Corte Constitucional. En Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf

II. PRESENCIA DISPAR DEL ESTADO EN EL TERRITORIO

El desempeño de la justicia local y el *apartheid* institucional¹

Mauricio García Villegas y Jose Rafael Espinosa (2013)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia* (pp. 41-94, 119-121). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf

Las dificultades del Estado colombiano —como las de muchos otros en América Latina— empiezan por su incapacidad para controlar el territorio nacional. Aún hoy en día, después de más de dos siglos de independencia, Colombia es un país con fronteras abiertas, por las cuales entran y salen, casi a su antojo, los delincuentes y enemigos del Estado. La territorialidad difusa hace imposible la soberanía del Estado sobre su territorio y es una garantía para que los intermediarios operen en la frontera entre lo legal y lo ilegal según sus conveniencias. La entronización de las estructuras mafiosas y guerrilleras en las regiones y

1 (N. del E.) Como explican los autores en el texto original: “La palabra *apartheid* tiene un fuerte significado discriminatorio y esto se debe a que con ella se designaba una política de segregación racial que tuvo lugar en Sudáfrica hasta los primeros años de la década de los noventa del siglo pasado. Mediante esta política, implantada por los colonizadores ingleses y holandeses, se dividió a la población en categorías raciales y se crearon regímenes separados de garantía de derechos en función de esas categorías, siempre bajo el predominio de la raza blanca sobre las demás. Aquí se utiliza esa misma palabra para designar un fenómeno muy diferente pero con resultados discriminatorios similares. El fenómeno es el abandono institucional de grandes porciones del territorio nacional, [...]. El resultado es la segregación de las poblaciones que allí viven por la falta de instituciones. Si en Suráfrica existía una segregación fundada en la prevalencia de una raza, en Colombia existe una segregación fundada en la prevalencia de unos territorios sobre otros” (García Villegas y Espinosa, 2013, p. 12). Es de anotar, además, que en el capítulo 18 de esta compilación se ofrecen algunas recomendaciones más concretas y prácticas para el fortalecimiento de la justicia local en estos territorios de *apartheid*.

localidades del país durante las últimas décadas es solo el último capítulo de una larga historia de ausencia y debilidad institucional en estos territorios.²

Este capítulo ilustra la gran disparidad institucional que existe en Colombia entre el centro del país y la periferia o, en términos más generales, la presencia dispar del Estado a lo largo del territorio nacional. [Con ese fin], medimos el desempeño de la justicia y lo hacemos de dos formas: en primer lugar, por medio de la presencia de funcionarios judiciales en el territorio y, en segundo lugar, a partir de la eficacia del sistema en la persecución de homicidios. Luego agregamos estas dos mediciones y presentamos un indicador global del desempeño de la justicia local (IDJL).³

1. Presencia de funcionarios judiciales

En esta primera parte se evalúa la presencia de funcionarios judiciales en el territorio colombiano. Se trata de una medición formal, que solo tiene en cuenta la presencia de dichos funcionarios y que da una idea de la distribución geográfica de los jueces en Colombia pero, por supuesto, no dice nada sobre qué tan eficaz o eficiente es su presencia.

Para enfrentar la dispersión de los datos agrupamos los municipios en función de su diferencia con respecto al promedio nacional. Así, los municipios con presencia muy baja de jueces son aquellos que se encuentran más al extremo negativo del promedio nacional, mientras los municipios con presencia muy alta son los que se encuentran más al extremo positivo de este promedio.

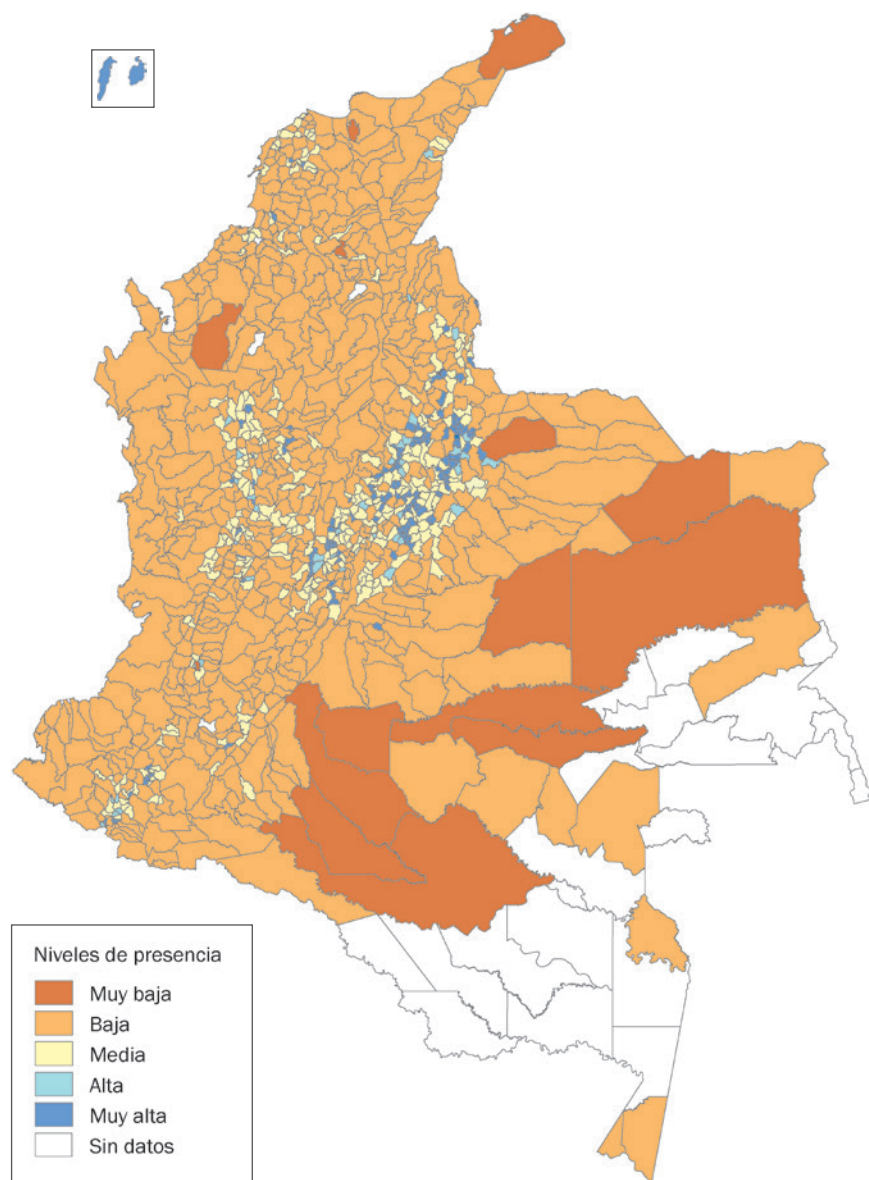
Como muestra el mapa 1, la presencia de jueces se concentra en el centro del país. A esto se le podrían sumar dos pequeños nichos al norte, alrededor de Cartagena y Barranquilla, y al sur, en Pasto y sus alrededores.

El mapa 2 muestra la existencia de unidades locales de la Fiscalía en los municipios. Los municipios en [naranja] son aquellos que no tienen unidad local con operaciones fijas en el territorio. En estos municipios, [los fiscales competentes] son funcionarios con sede en otros municipios que se deben trasladar

2 Sobre la relación entre debilidad institucional y geografía en Colombia ver la investigación hecha en Dejusticia sobre el tema y publicada bajo el título de “Los Estados del país” (García Villegas, García Sánchez, Rodríguez Raga, Revelo Rebolledo y Espinosa, 2011).

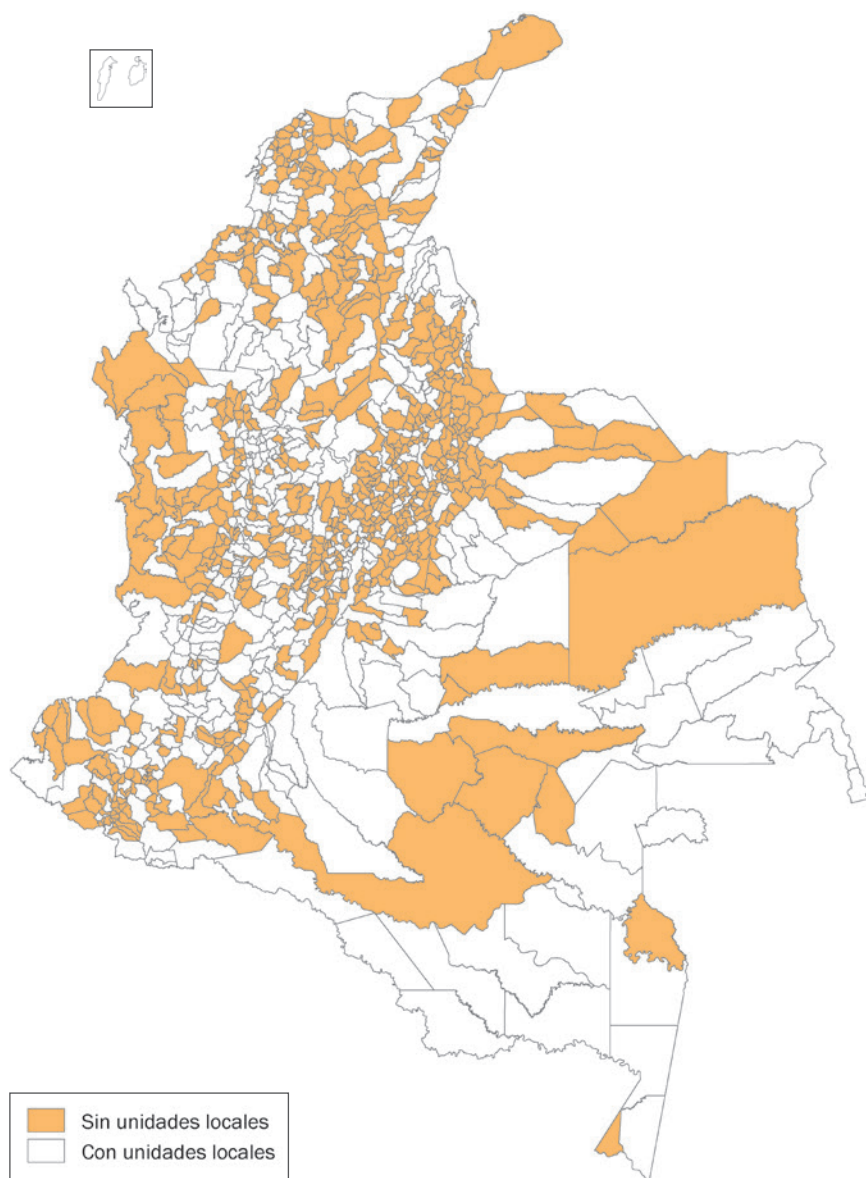
3 (N. del E.) Es preciso anotar que en la versión original de este texto, además de la provisión de justicia, se evalúa la gestión administrativa o capacidad “ejecutiva” de los distintos municipios; y, a partir de la unión de estas dos dimensiones, se evalúa el desempeño institucional general del Estado colombiano. Ahora bien, sobre la visión constructivista que inspira este análisis y los caminos que teóricamente se pueden tomar para integrar las zonas de *apartheid* institucional, véase el capítulo 6 (B) de esta compilación.

Mapa 1. Presencia de jueces 2012 (controlado por población y territorio)
N° de jueces/100 mil hab./km²



Fuente: Consejo Superior de la Judicatura (CSJ), Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC), (2012).

Mapa 2. Existencia de unidades locales de la Fiscalía 2012



Fuente: Fiscalía General de la Nación (2012).

hasta allí para investigar y, si es el caso, para actuar judicialmente. Sin embargo, como hemos podido comprobar en diferentes entrevistas y visitas, la falta de operaciones fijas en un territorio significa en la práctica, con mucha frecuencia, la inoperancia de la Fiscalía en ese municipio.

[De este modo], si bien los contrastes son aquí menos fuertes, el mapa 2 muestra un patrón similar al mapa de presencia de jueces. Las zonas sin presencia de unidades locales tienden a coincidir con algunos municipios del oriente de Boyacá y Norte de Santander en el oriente; el sur de Bolívar, Magdalena y parte de Cesar en el Caribe; Caquetá, Vichada y Guaviare en el suroriente; Putumayo, Nariño y Cauca en el suroccidente, y Chocó en el Pacífico.

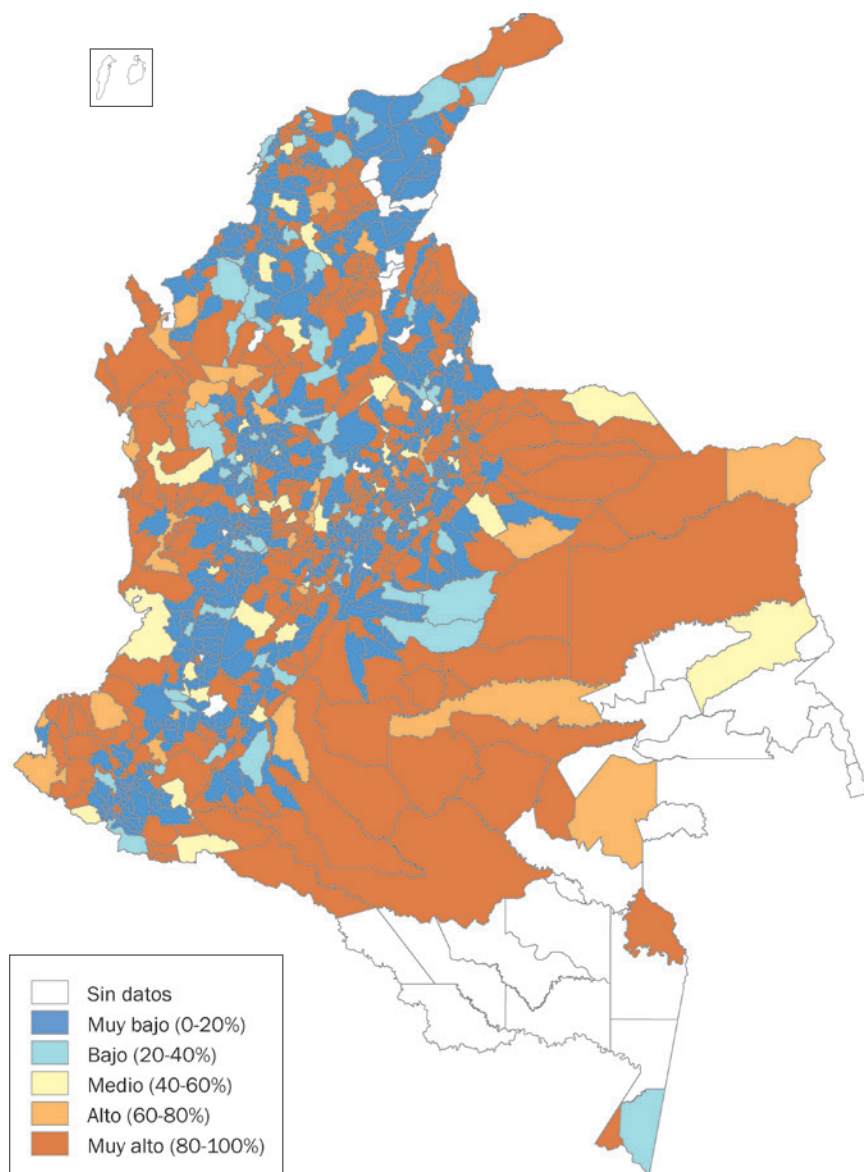
De otra parte, la presencia de funcionarios judiciales no solo debe ser analizada a partir de la cantidad, sino también de su calidad. Para garantizar la calidad de los funcionarios judiciales, el Estado colombiano ha diseñado la carrera judicial, mediante la cual se busca garantizar el mérito en la administración de justicia.⁴ La carrera judicial es un mecanismo que, además, sirve para garantizar la independencia de los jueces respecto de personajes políticos y de otros jueces, y ello debido a que los funcionarios provisionales son nombrados directamente por los magistrados del respectivo tribunal superior jerárquico.⁵

El mapa 3 ilustra cómo está distribuida la provisionalidad a lo largo del país. Este mapa muestra dos aspectos llamativos de la forma como opera la carrera judicial en Colombia. Primero, la carrera judicial es inoperante en una buena parte del territorio. De acuerdo con la información suministrada por los consejos seccionales de la judicatura, el 31 % de los despachos judiciales están ocupados por jueces en provisionalidad. En términos de territorio, en 425 municipios el porcentaje de jueces en provisionalidad respecto del total de jueces es igual o mayor al 80 %. Segundo, el mapa muestra que la provisionalidad no está distribuida aleatoriamente a lo largo del país. Como en los mapas anteriores, la provisionalidad —asociada tanto a la falta de mérito como a los riesgos del clientelismo— tiende a concentrarse en municipios periféricos del país.

4 (N. del E.) De hecho, ya en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006a, pp. 310-313) se destacaba la creación de la carrera judicial como una de las transformaciones administrativas más relevantes de los últimos años, en tanto contribuía de manera esencial a la autonomía y profesionalización de la Rama Judicial.

5 El sistema de elección de magistrados favorece, además de la falta de rendición de cuentas, la formación de “roscas” en la Rama Judicial. Los magistrados de los tribunales son elegidos por los magistrados de las respectivas altas Cortes de listas elaboradas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (cuyos miembros son elegidos, a su vez, por las altas Cortes). Este “roscograma” se reproduce a nivel local y ello se debe, en parte, a la provisionalidad.

Mapa 3. Niveles de provisionalidad promedio de los despachos judiciales 2013



Fuente: Consejos seccionales de la judicatura (2013). Cálculos propios.

2. Eficacia del sistema judicial [en la persecución de homicidios]

En segundo lugar, medimos la eficacia del sistema judicial en el territorio entendida como la capacidad del sistema para alcanzar los objetivos esperados. Nos limitamos a la eficacia del sistema penal, y [en concreto a] la eficacia del sistema judicial para sancionar los homicidios ocurridos en cada municipio.⁶

Para medir la eficacia del sistema judicial dividimos el proceso judicial penal en dos partes: la investigación, que va desde el ingreso del caso al sistema hasta la formulación de imputación, y el juzgamiento, que va desde la formulación de la imputación hasta la sentencia. Para cada una de estas dos partes se desarrolla una medida de eficacia en la cual se evalúa qué tanto se alcanzan los resultados esperados de esa etapa, y luego se construye un indicador general que abarca todo el proceso penal.

El primer indicador (tasa de imputaciones) mide qué tan eficaz es el sistema judicial —específicamente la Fiscalía y los órganos de investigación— en adelantar la investigación necesaria para formular una imputación. Lo que este primer indicador mide es la capacidad investigativa del sistema judicial penal. [Mientras que] el segundo indicador (tasa de condenas) mide la capacidad del aparato de justicia penal —Fiscalía y juez— para producir condenas en relación con el número de imputaciones. Esta medición, por tanto, se concentra en mostrar la capacidad del sistema para traducir lo investigado en una condena efectiva.

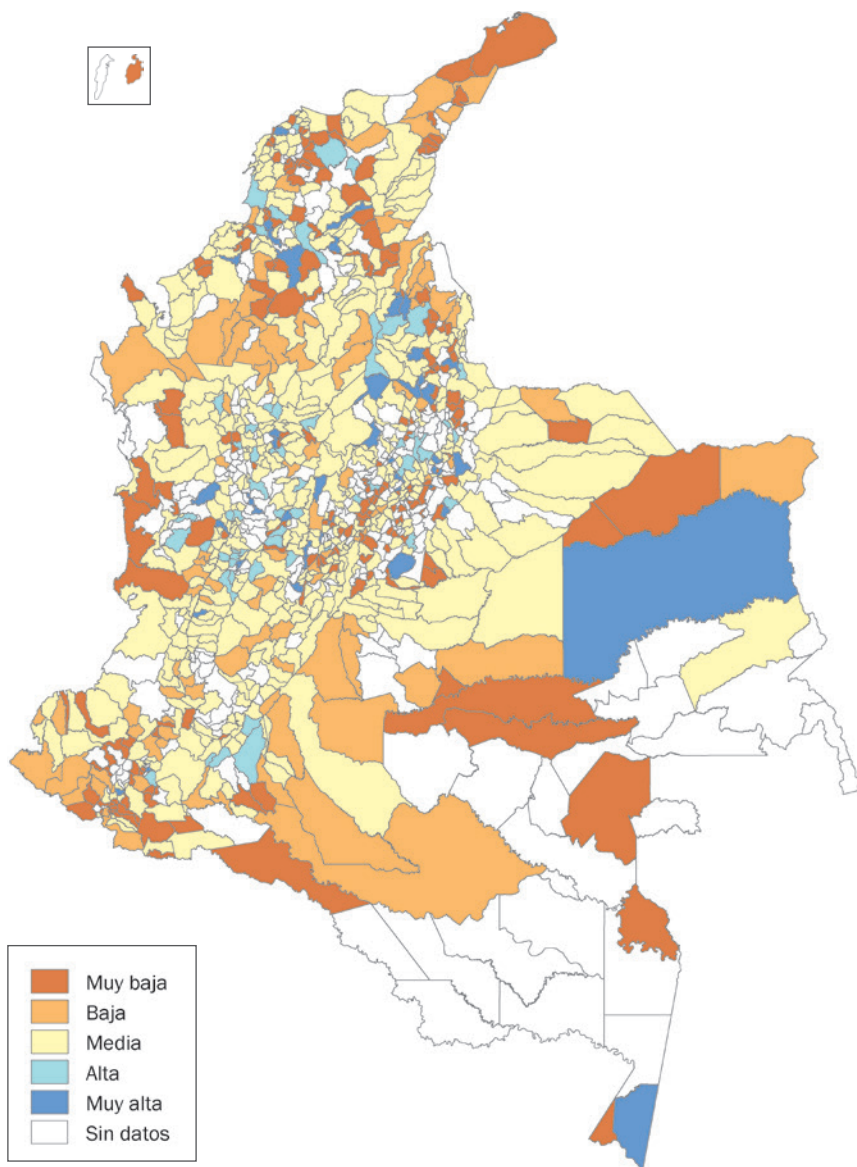
Estos son indicadores para cada una de las etapas (investigación y juzgamiento). Pues bien, a estos dos indicadores se suma un tercero, que agrega estas dos etapas y que por esa razón puede entenderse como una medida de todo el proceso judicial. Este tercer indicador lo llamamos “tasa de eficacia general”, dado que evalúa para cuántos de los homicidios que ingresaron al sistema se produjo una condena penal (condenas de homicidios/ingresos de homicidios). Este indicador es el reverso de lo que usualmente se entiende como tasa de impunidad: mientras que la tasa de eficacia indica cuánto se condenó del total de ingresos, la tasa de impunidad indica cuánto se dejó de condenar.

En cuarto lugar se incluye un indicador que hemos llamado “tasa de eficacia corregida”, el cual mide también la eficacia general del sistema pero tiene una precisión adicional: al valorar el número de condenas respecto del total de ingresos, tiene en cuenta la magnitud de la demanda de justicia del municipio.⁷

6 (N. del E.) Una evaluación de la puesta en marcha y funcionamiento en el territorio del sistema penal acusatorio se encuentra en Uprimny, Guzmán y Revelo Rebolledo (2008).

7 (N. del E.) Es necesario advertir aquí, tal como hacen los autores de este texto y como

Mapa 4. Tasa de imputaciones (imputaciones por homicidios/ingresos de homicidios)
2005-2011



Fuente: FGN. Cálculos propios.

2.1. Tasa de imputaciones

El mapa 4 muestra un patrón geográfico de eficacia en la investigación a lo largo del país. Los municipios con eficacia “muy alta” tienden a concentrarse en el centro del país, específicamente en Cundinamarca, Boyacá, Santander, Norte de Santander y Tolima. Algunos municipios de la periferia geográfica se destacan por su buena eficacia: Cumaribo, en Vichada (al oriente del país, en azul), y Leticia, en Amazonas. Los municipios con eficacia “muy baja” coinciden en su mayoría con la periferia geográfica del país [...]. Sin embargo, también en el centro del país hay municipios con eficacia “muy baja”, especialmente en algunos municipios pequeños de Cundinamarca y Boyacá.

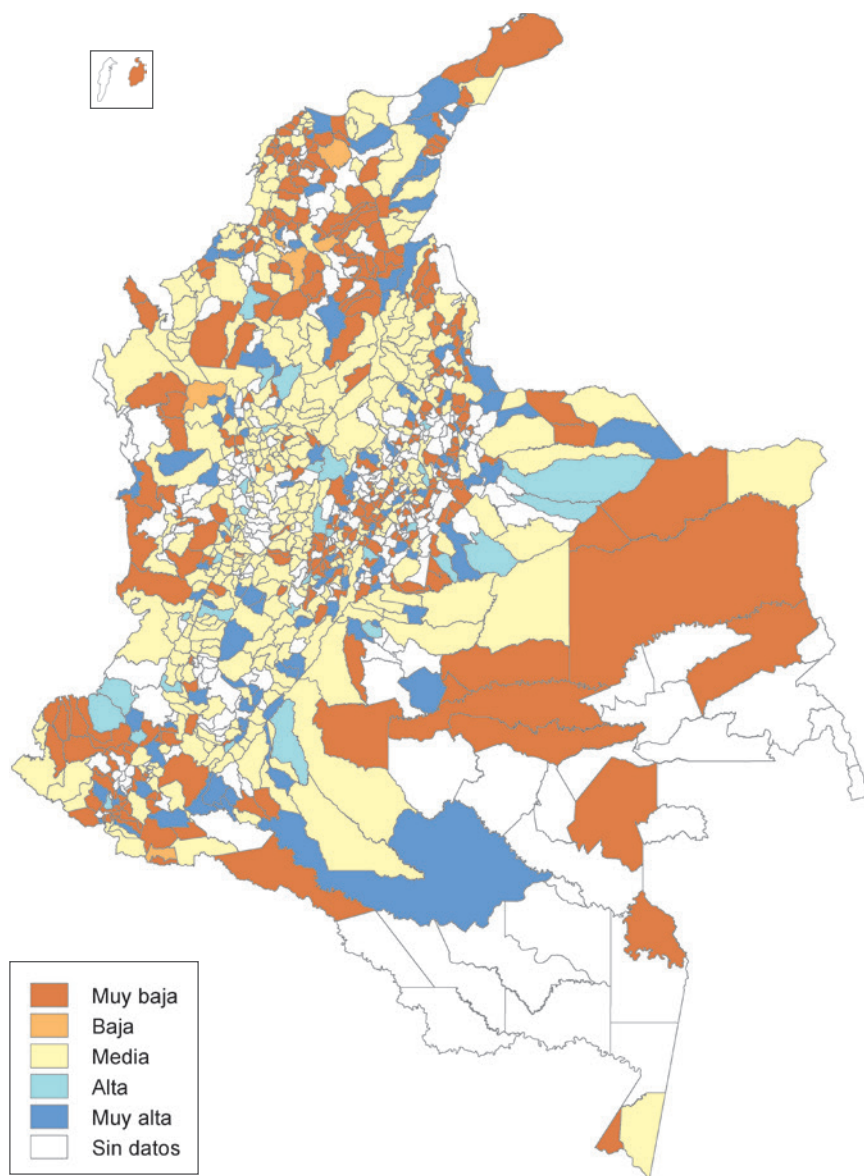
2.2. Tasa de condenas

El mapa 5 muestra la distribución de la tasa de condenas (condenas por homicidios/imputaciones por homicidios) en el territorio colombiano. [Este mapa] muestra resultados que en parte se alejan del patrón anterior y en parte lo confirman. Por un lado, se alejan, pues los municipios con una tasa “muy alta” de condenas no se concentran en el centro del país; parecieran estar dispersos a lo largo de todo el territorio, tal vez con excepción de la región ubicada en el extremo suroriental. Pero por el otro los confirman, pues el patrón de distribución de los municipios con tasa “muy baja” de condenas se ajusta al de los mapas anteriores: el peor desempeño se concentra en algunos municipios en el centro del país (algunos municipios del norte de Cundinamarca y de Boyacá) y, de resto, en la periferia geográfica del mismo.

La diferencia de este mapa con respecto al anterior parece sugerir que entre los municipios existe una mayor disparidad en materia de investigación que en materia de juzgamiento. En ese sentido, en los municipios habría un mayor cuello de botella en materia de capacidad de investigación que en capacidad de juzgamiento.

se repite de manera insistente a lo largo de esta compilación (por ejemplo, en los capítulos 7-I, 8 y 11-G), que los sistemas de información de la Rama Judicial son sumamente precarios a la hora de adelantar este tipo de investigaciones; de allí que, en pos del fortalecimiento institucional, sea urgente la consolidación de una base de datos fiable y completa. Sigue vigente entonces el problema de las cifras que se denunciaba en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006b). Al respecto, en otros lugares Uprimny (2014) ha propuesto la creación de un instituto público de estadística, que sea independiente de los poderes del Estado. El objeto de este instituto sería garantizar la provisión de información veraz, imparcial y accesible, que permita controlar y vigilar a dichos poderes; entre ellos, por supuesto, el judicial.

Mapa 5. Tasa de condenas (condenas por homicidios/imputaciones por homicidios)
2005-2011



Fuente: FGN. Cálculos propios.

2.3. *Tasa de eficacia general*

En tercer lugar, medimos la eficacia para todo el proceso penal, y no solo por etapas, a partir de la relación entre el número de condenas por homicidios y el número total de homicidios ingresados al sistema (noticia *criminis*).

Antes de mostrar los resultados municipales miremos los datos nacionales para tener una idea general del fenómeno. De acuerdo con la información suministrada por la FGN [Fiscalía General de la Nación], solo el 5,1% de los homicidios dolosos que han ingresado al sistema entre 2005 y 2011 han tenido como resultado una condena, que es la salida esperada.⁸ Este 5,1% de eficacia total del sistema para sancionar homicidios, sin embargo, no está distribuido de forma homogénea a lo largo del territorio. El mapa 6 muestra esa disparidad.

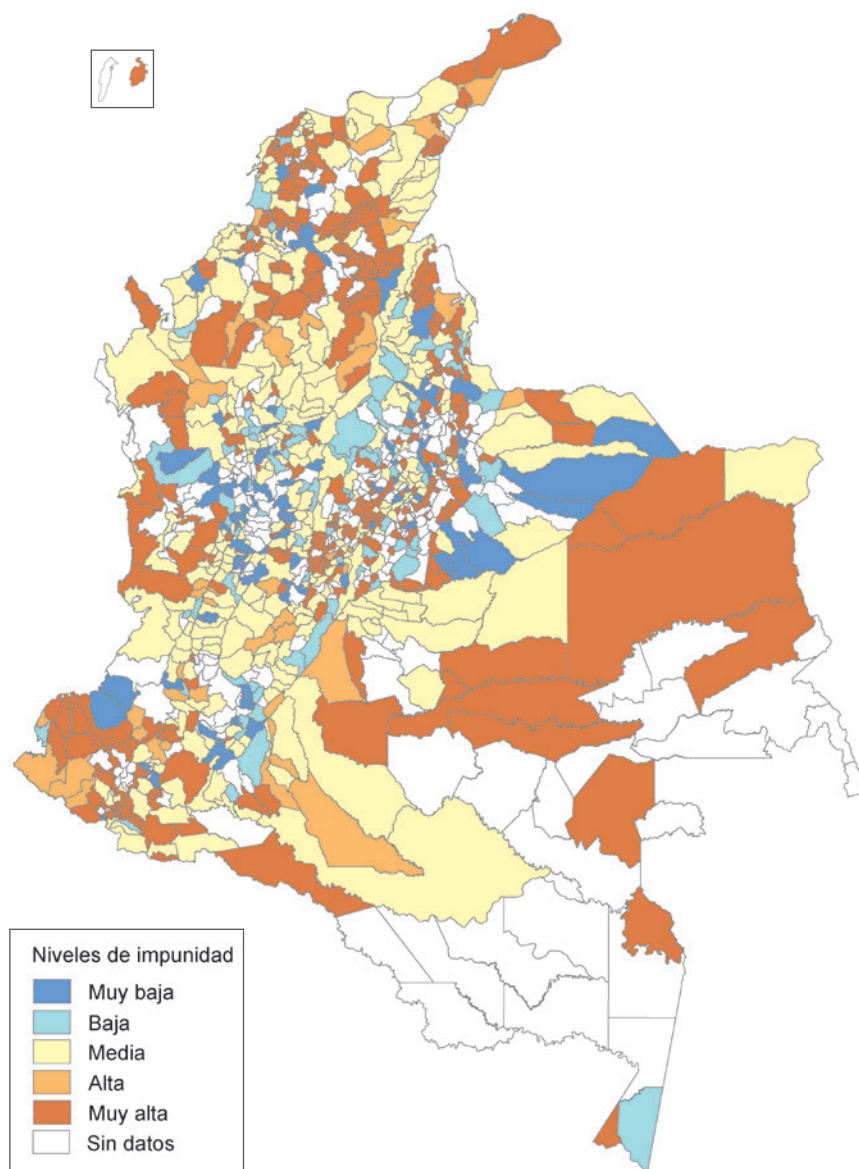
Este mapa muestra una distribución de la impunidad que se ajusta al patrón que hemos venido describiendo. Los 326 municipios con impunidad “muy alta” se concentran, en términos generales, en la periferia geográfica del país y en algunas partes de los departamentos de Cundinamarca y Boyacá en el centro. Por el contrario, la impunidad “baja” y “muy baja” tiende a estar concentrada en el centro del país, salvo algunas pocas excepciones que se destacan: Casanare, en el oriente del país, Guapi y Timbiquí, en el Cauca, y algunos municipios del Caribe, como Magangué, en Bolívar, tienen indicadores muy positivos en materia de impunidad.

2.4. *Tasa de eficacia corregida*

El mapa 7 muestra la distribución espacial del indicador que aquí hemos llamado “tasa de eficacia corregida”. Este mapa, que muestra el indicador agregado y corregido de eficacia, es el más preciso para evaluar la distribución de la eficacia del sistema judicial en el territorio.

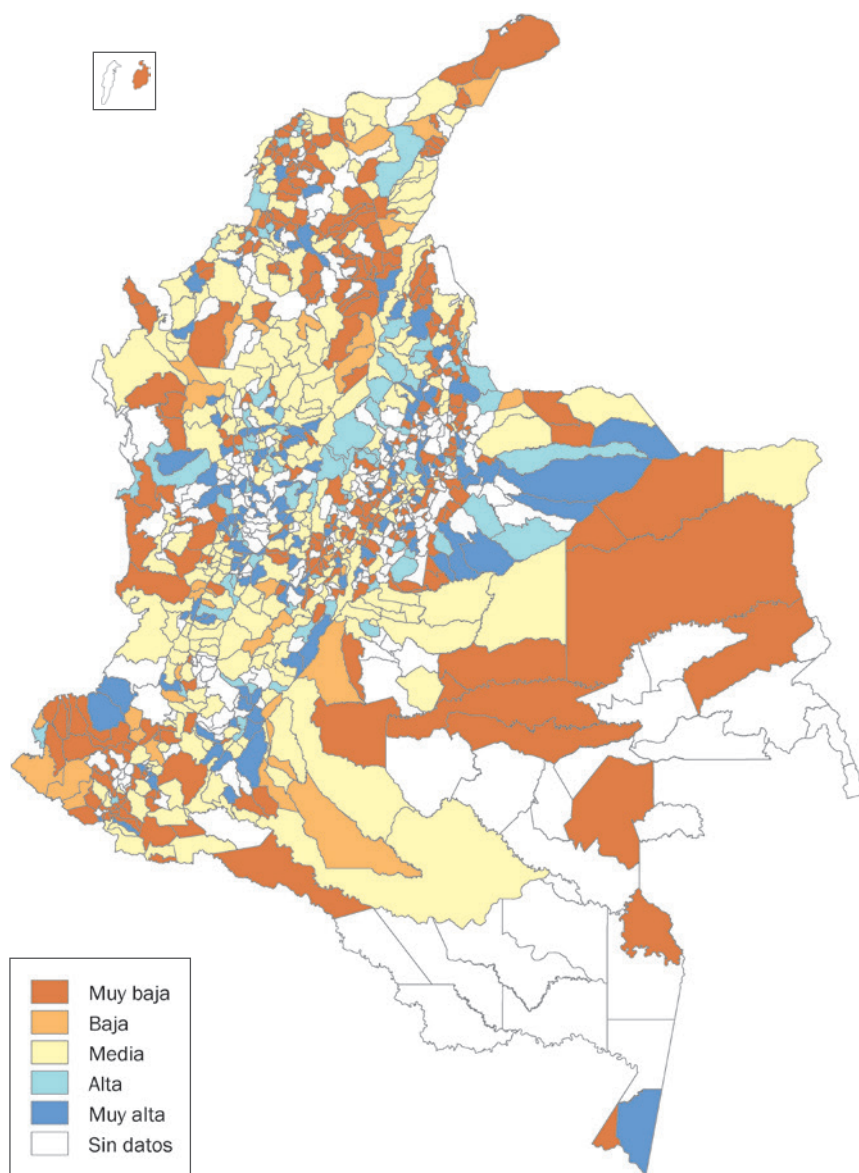
8 (N. del E.) Estas tasas, según indican los autores, coinciden con otras evaluaciones históricas sobre impunidad en Colombia, como la que se encuentra en Rubio (2001); si bien es necesario tener siempre presentes, como se advierte en el capítulo 11 (A) de esta compilación, los múltiples problemas conceptuales y metodológicos a los que se enfrenta una medición de la impunidad. Asimismo, una aproximación a la definición de impunidad y sus efectos perversos puede encontrarse en Guzmán, La Rota y Uprimny (2011). Por otro lado, es preciso señalar que cada delito cuenta con algunas particularidades (relativas, por ejemplo, a su gravedad, frecuencia o complejidad en la investigación) que en buena parte determinan sus niveles de investigación y sanción. Sobre esta diferencia en la persecución de los distintos delitos en Colombia y, en específico, sobre la investigación de delitos difíciles de resolver como el homicidio doloso, consúltese el capítulo 11 (G) de esta compilación.

Mapa 6. Tasa de eficacia general (impunidad)
(condenas por homicidios/ingresos de homicidios) 2005-2011



Fuente: FGN. Cálculos propios.

Mapa 7. Tasa de eficacia corregida 2005-2011



Fuente: FGN, cálculos propios.

La mayoría de municipios con eficacia baja y muy baja se sitúan en corredores que comparten varios fenómenos tales como: i) presencia de grupos armados, ii) zonas de cultivos de uso ilícito, iii) zonas de transporte de insumos para la producción de coca, iv) presencia de minería ilegal y v) baja calidad en las instituciones. Lo llamativo de este mapa es precisamente que estos factores operan bajo un escenario de ineficacia judicial a nivel local, lo que permite la ejecución de estas actividades a un muy bajo costo en materia de exposición penal.

Ahora bien, estos mapas no siempre permiten hacer juicios definitivos sobre la capacidad institucional de un municipio. Hay situaciones en las cuales los indicadores de justicia y de gobierno municipal son muy buenos; sin embargo, un análisis más detallado del contexto, de la historia del municipio y de sus relaciones internas de poder muestra que el poder institucional solo es fuerte en apariencia.

Esta es la sospecha que se tiene al observar, por ejemplo, lo que ocurre en el departamento de Casanare. A pesar de los escándalos de corrupción y de la infiltración demostrada de poderes ilegales en los asuntos públicos, este departamento obtiene resultados muy positivos en los indicadores estudiados. ¿Qué explica esa disonancia? ¿Es problema de los indicadores o la realidad de los municipios, a pesar de la corrupción y la captura, es así de positiva? Esto, sin duda, hace necesario que se hagan análisis regionales más detallados, con un enfoque cuantitativo y cualitativo, que permitan evaluar tanto la calidad de los indicadores como la situación concreta del municipio.

3. Índice de desempeño de la justicia local

Hasta el momento se ha visto cómo están distribuidas espacialmente la presencia del sistema judicial y la eficacia en la persecución de homicidios. Pues bien, a partir de allí construimos un indicador global de desempeño de la justicia local que tiene en cuenta estas dos dimensiones. El indicador está compuesto por dos variables: la presencia de jueces controlada por población y territorio y la tasa de eficacia general para cada municipio.

El indicador consiste en una escala de 0 a 100, en donde 100 corresponde al puntaje más alto y el 0 al más bajo. Este puntaje se obtuvo a partir de la ponderación de las calificaciones obtenidas en los dos componentes del índice asignándole un peso del 60 % a la eficacia y del 40 % a la presencia. Tomamos esta decisión metodológica pues si bien creemos que la presencia es una dimensión importante de la justicia, en muchos municipios esta presencia es más nominal que real: que haya un juez en un municipio no significa que efectivamente ese

juez imparta justicia. Esta fue, precisamente, una de las conclusiones de *Jueces sin Estado* (García Villegas, 2008).

Como muestra la tabla 1, la mayoría de los municipios (356) se ubican en el nivel medio de desempeño de la justicia local. La tabla también muestra un resultado llamativo: en relación con el promedio nacional, más de un tercio de los municipios del país (375 de 848) tiene un desempeño bajo o muy bajo.

Tabla 1. Municipios por niveles de desempeño de la justicia local

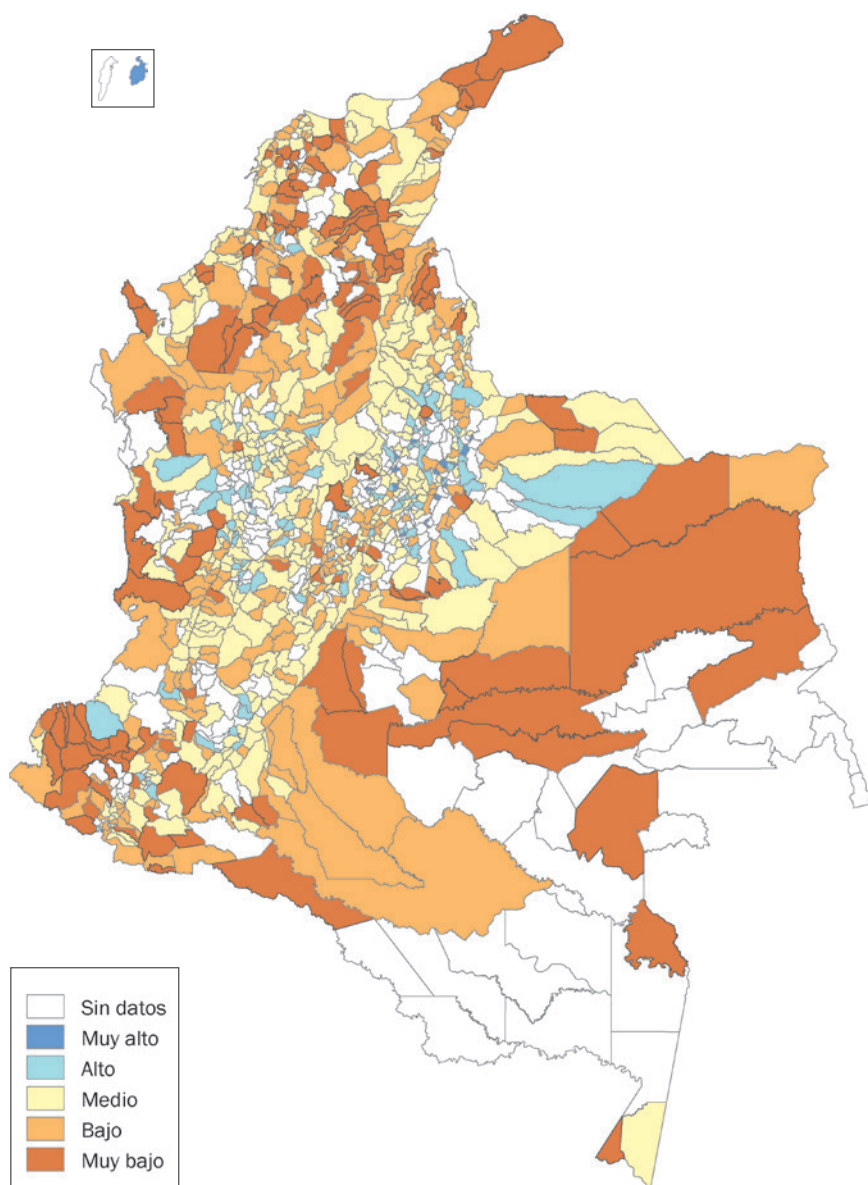
Nivel	Nº municipios	Porcentaje municipios
Muy bajo	136	16
Bajo	239	28
Medio	356	42
Alto	97	11
Muy alto	20	2
Total	848	100

Por su parte, el mapa 8 muestra estos municipios por categorías pero distribuidos espacialmente. Este mapa cristaliza un poco más los patrones vistos en los mapas anteriores. Los municipios con un desempeño de justicia medio, alto y muy alto se encuentran principalmente en el centro del país y en menor medida en la costa Caribe, en el Valle del Cauca y en los departamentos de Meta y Casanare. Por otro lado, los municipios con un desempeño de justicia bajo o muy bajo tienden a localizarse en las periferias, especialmente en los departamentos de Nariño, Chocó, Putumayo, Caquetá y Vichada.

4. Las diferentes expresiones del desempeño de la justicia local en el territorio

La justicia no opera de forma aislada en un municipio. Por el contrario, su desempeño está relacionado con el contexto en el que ocurren las cotidianidades del sistema judicial. Nos interesa identificar las diferencias que resultan cuando se compara el indicador de justicia con estas otras variables en las distintas categorías de municipios. De esta manera, se observa si los municipios con un bajo o muy bajo desempeño de la justicia a nivel local presentan comportamientos

Mapa 8. Índice de desempeño de la justicia local 2005-2011



Fuente: CSJ/FGN, cálculos propios.

similares en otras dimensiones de la institucionalidad. Para tal fin, el indicador de justicia se comparó con 13 variables agrupadas en tres categorías: i) electoral (nivel de participación electoral, votaciones atípicas en alcaldías, riesgos electorales identificados por la Misión de Observación Electoral - MOE), ii) conflicto (presencia de grupos ilegales, cultivos de coca, minería ilegal, desplazamiento forzado), y iii) socioeconómica (dependencia socioeconómica de los municipios frente a la nación, porcentaje de la población municipal afrocolombiana, porcentaje de la población municipal indígena, estado de la actualización catastral a nivel municipal y porcentaje de necesidades básicas insatisfechas a nivel municipal).

Los cruces entre estas variables arrojan tres tipos de resultados. Primero, las variables relacionadas con el proceso electoral (participación electoral, votaciones atípicas y riesgos electorales) y con dependencia económica del municipio presentan una distribución homogénea en cada una de las cinco categorías del indicador de justicia. Dicho de otra manera, no existen diferencias significativas entre las categorías del indicador de justicia en materia de dependencia económica y participación electoral, riesgos electorales y votaciones atípicas.

Segundo, las variables de cultivos de coca, desplazamiento forzado, presencia de grupos armados, y porcentaje de afrocolombianos y de indígenas en el municipio presentan diferencias significativas entre las categorías del indicador de justicia y, más específicamente, en la categoría de *muy bajo desempeño de la justicia*. Veamos.

[En relación con los cultivos de coca, se encontró que] los municipios catalogados con un desempeño bajo y muy bajo en materia de justicia local cuentan, en promedio, con una densidad de cultivos de 12 y 13 % respectivamente (es decir, en promedio, el 12 y 13 % de cada kilómetro cuadrado de esos municipios está dedicado a cultivos de coca), mientras que en los demás municipios la densidad no supera el 2 %. Allí donde el desempeño de la justicia local es muy débil, la densidad de cultivos de coca es mayor. Esto no necesariamente significa que en los municipios con desempeño muy bajo haya más “narcotráfico” que en los demás municipios. Hay, simplemente, más cultivos.⁹

9 (N. del E.) Aquí vale anotar que existe una clara disparidad de la capacidad institucional en materia de persecución del narcotráfico, y esa disparidad se manifiesta tanto en términos geográficos como de los eslabones de la cadena de narcotráfico que son más duramente perseguidos. Al respecto véanse García Villegas, Espinosa y Jiménez Ángel (2013), así como el capítulo 12 de esta compilación.

[En cuanto al desplazamiento forzado, se halló que] los municipios con un muy bajo desempeño en materia de justicia local cuentan con más del doble de tasa de desplazados frente a los municipios clasificados en las otras cuatro categorías. Los resultados estadísticos permiten concluir que a menor desempeño de la justicia local es esperable una mayor cantidad de desplazados.

[Por su parte], los municipios con desempeño alto y muy alto en materia de justicia tuvieron una menor presencia de grupos armados en general. En efecto, en los municipios con desempeño muy alto no hubo presencia paramilitar y de Bacrim entre 2000 y 2012, y la presencia de guerrillas fue casi la cuarta parte de la de los municipios del medio y casi la quinta parte de la de los municipios con desempeño bajo y muy bajo. En materia de presencia guerrillera hay una clara relación negativa: a mayor desempeño de la justicia local, menor número de años de presencia guerrillera. En materia de presencia paramilitar y de Bacrim el resultado es distinto, pues aquí los municipios con justicia más débil no son los que tuvieron mayor número de años de presencia. Salvo para los municipios con justicia muy alta, los paramilitares y las Bacrim lograron hacer presencia sin distinciones de capacidad institucional en materia de justicia: su presencia fue relativamente similar en los diferentes tipos de municipios.¹⁰

En materia de composición étnica, específicamente, existen diferencias importantes entre las cinco categorías del índice de justicia local. Los municipios con un muy bajo desempeño en justicia cuentan con una mayor proporción de indígenas y afros. [Los] municipios ubicados en la categoría más baja de justicia tienen en promedio un 16 y 13 % de su población afro e indígena, mientras que en las otras categorías de justicia la población no supera el 9 y el 6 %, respectivamente.

Finalmente, en tercer lugar, se hicieron cruces similares con variables sobre el estado de la actualización catastral, la ocurrencia de minería ilegal y el porcentaje de necesidades básicas insatisfechas. En lo relacionado con minería ilegal, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo existen en Colombia 308

10 (N. del E.) En García Villegas (2008) se evidencia cómo a mayor violencia en un territorio, menor provisión de justicia, y de qué manera los grupos paramilitares consiguen establecerse incluso en territorios institucionalmente fuertes, instrumentalizando la justicia a su favor. Lo anterior es dicente de dos cosas: en primer lugar, de la clara relación entre sistema judicial y guerra (al respecto, véanse los capítulos 5 y 9-III de esta compilación). Y, en segundo lugar, de que los índices de desempeño judicial deben ser evaluados con cautela pues, a pesar de que en algunos municipios el funcionamiento de la justicia aparezca como normal, esta puede encontrarse capturada políticamente. Sobre este último punto pueden verse el capítulo 9 (I-B) de esta compilación y García Villegas y Espinosa (2013, pp. 78-81).

municipios con reportes de minas ilegales. De estos, el 30 % cuenta con niveles bajo o muy bajo de desempeño de la justicia local. Si bien este porcentaje no es alto en comparación con los de los demás municipios, sí debe ser motivo de alarma, pues allí la capacidad institucional para responder a la minería ilegal sería menor.

En cuanto a la actualización catastral, el 51 y 54 % de los municipios con desempeño muy bajo en justicia cuenta con un catastro no actualizado o sin formar en las zonas urbana y rural, respectivamente. Estos porcentajes no difieren mucho respecto de las otras categorías del indicador de justicia. Sin embargo, aquellos municipios con desempeño muy bajo en la justicia y con serios atrasos en la construcción catastral podrían estar afrontando procesos de captura relacionados con el mercado y la adjudicación de tierras.

5. Conclusión: un *apartheid* institucional

Hemos identificado 229 municipios (el 62 % del territorio nacional) en los cuales habitan más de seis millones de personas, es decir, casi el 14 % de la población total del país. Son esas personas, ubicadas en esos territorios, las que, a nuestro juicio, tendrían derecho a reclamar el amparo institucional que los saque del estado de abandono y vulnerabilidad en el cual se encuentran. Este diagnóstico muestra la existencia de una especie de *apartheid* institucional: una fuerte disparidad en materia de debilidad institucional que resulta discriminatoria para los habitantes de esos territorios institucionalmente débiles, dado que no cuentan con unas instituciones lo suficientemente fuertes que protejan sus derechos frente a terceros ilegales que intentan sustituir al Estado en la prestación de sus funciones, frente a poderes sociales y económicos que actúan sin ningún límite, frente a la corrupción y al clientelismo rampantes o simplemente frente al abandono institucional.

¿Qué implicaciones se pueden derivar de semejante situación de desamparo institucional? En primer lugar, implicaciones políticas, por supuesto. Las élites dirigentes de este país tienen una deuda histórica con la(s) periferia(s); deuda social, por supuesto, pero también una deuda enorme representada en el déficit de construcción de instituciones sólidas en estos territorios. Hoy es más evidente que nunca que el desarrollo económico no se consigue a espaldas de una institucionalidad fuerte.¹¹ La minería es una buena ilustración de cómo

11 No es exagerado decir que este es un consenso entre las diferentes disciplinas. En la literatura nacional ver García Villegas y Espinosa (2011), Gutiérrez (2010), Portes y Rodríguez

la riqueza producto de la explotación de recursos naturales se puede esfumar, peor aún, se puede pervertir, si no se encausa, se regula y se controla por medio de una institucionalidad fuerte.¹²

En segundo lugar, están las implicaciones jurídicas [...]. En un país en donde se supone, por mandato constitucional, que la protección de los derechos debe inspirar la acción de los gobernantes y el sentido de las políticas públicas, ¿qué implicaciones puede tener el hecho de que más de seis millones y medio de personas vivan sin un andamiaje institucional que ampare sus derechos?¹³

Referencias

- Chaparro Hernández, S. (2012). Y a la minería, ¿quién podrá ponerla a tributar? *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/mineria-quien-podra-ponerla-tributar/267471-3>
- García Villegas, M. (ed.) (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2011). Estado, municipio y geografía. En García Villegas, M., Rodríguez Raga, J. C., García Sánchez, M., Revelo Rebolledo, J. E. y Espinosa, J. R. *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales* (pp. 52-104). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.246.pdf
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf

Garavito (2011), Sánchez y Chacón (2006), Sánchez y Núñez (2000), entre otros.

12 (N. del E.) En repetidas ocasiones y en relación con diferentes coyunturas, los miembros de Dejusticia se han pronunciado justamente sobre la debilidad estatal para regular y controlar los proyectos mineros en el territorio colombiano. Al respecto véanse, entre muchos otros, Chaparro Hernández (2012), Rangel (2013) y Rodríguez Garavito (2013, 2014a, 2014b).

13 (N. del E.) Para responder esta pregunta, los autores argumentan que las poblaciones que viven en los territorios de *apartheid* institucional bien podrían invocar la violación de lo que ellos llaman el “derecho al amparo institucional”. En efecto, según plantean los autores, los pobladores de estos territorios “[...] carecen de aquello que Hannah Arendt llamaba el ‘derecho a tener derechos’, es decir, del derecho a vivir en una comunidad política en donde se reconozcan y protejan tales derechos. Arendt tenía en mente la situación en la cual se encuentran las víctimas de los Estados totalitarios. Sin embargo, la vulnerabilidad que caracteriza la ausencia del derecho a tener derechos también ocurre cuando no hay institucionalidad o esta es capturada por actores ilegales. La dignidad y los demás derechos están en peligro cuando el Estado es demasiado fuerte o demasiado débil; cuando el Estado adquiere visos totalitarios o cuando pierde su capacidad para hacer valer los derechos” (pp. 11 y 12).

- García Villegas, M., Espinosa, J. R. y Jiménez Ángel, F. (2013). *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia*. Documentos 5. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.590.pdf
- García Villegas, M., García Sánchez, M., Rodríguez Raga, J. C., Revelo Rebolledo, J. E. y Espinosa, J. R. (2011). *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.246.pdf
- Gutiérrez, F. (2010). Instituciones y territorio: la descentralización en Colombia. En *25 años de la descentralización en Colombia*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Guzmán, D. E., La Rota, M. E. y Uprimny, R. (2011). Factores de impunidad frente a violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Portes, A. y Rodríguez Garavito, C. (2011). Una nueva mirada a las instituciones colombianas: el contexto, el diseño y la metodología de estudio. En Portes, A. y Rodríguez Garavito, C. (eds.). *Instituciones y desarrollo en Colombia: un análisis sociológico*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Rangel, P. (2013). Locomotoras y pobreza rural. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/locomotoras-pobreza-rural/337984-3>
- Rodríguez Garavito, C. (2013). Democracia ambiental. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/democracia-ambiental-columna-464559>
- Rodríguez Garavito, C. (2014a). ¿Quién decide sobre la minería? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/quien-decide-sobre-mineria-columna-479969>
- Rodríguez Garavito, C. (2014b). Momento memorable en medicamentos y minería. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/momento-memorable-medicamentos-y-mineria-columna-518255>
- Rubio, M. (2001). La justicia penal. Juicio sin sumario. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 485-546). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Sánchez, F. y Chacón, M. (2006). Conflicto, Estado y descentralización: del progreso social a la disputa armada por el control local, 1974-2002. En *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Sánchez, F. y Núñez, J. (2000). *Geography and Economic Development in Colombia: A Municipal Approach*. Washington: Inter-American Development Bank Research Department.
- Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Revelo Rebolledo, J. E. (2008). Diagnóstico general del Sistema Penal Acusatorio. Proyecto: Observatorio del Sistema Penal Acusatorio. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006a). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006b). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 319-402). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R. (2014). ¿Un DANE independiente? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/un-dane-independiente-columna-525421>

III. IMPACTOS DE LA GUERRA SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA

A. Relato: “Y yo con esas ganas de ser juez”¹

Mauricio García Villegas (2008)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. (2008). Relatos de jueces. En García Villegas, M. (ed.). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado* (pp. 93-106). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.

En 1973 me dieron el cartón de abogado en la Universidad de Antioquia. Yo soy de esa generación de estudiantes que se graduaron con el triunfo de la revolución cubana. Por eso siempre he sido un idealista. Una persona que cree que este país no sale adelante si no se producen ciertas transformaciones sociales.

Unos meses después de salir de la Universidad, el Tribunal Superior de Medellín me nombró juez en el municipio de Murindó, en el Urabá. A ese sitio tan lejano ningún juez quería ir. Pero a mí no me importaba que estuviera lejos. Yo siempre había querido ser juez y estaba feliz de que me hubieran nombrado. Administrar justicia era lo que siempre había soñado desde que entré a la de Antioquia.

El municipio de Murindó queda entre Turbo y Quibdó. Durante el viaje, viendo esa inmensidad de territorios vírgenes, yo pensaba que el presidente López tenía razón cuando hablaba de “la otra Colombia”. La que no tiene Estado, ni infraestructura. Así era Murindó. No había policía, no había administración municipal, nada; solo unos caseríos miserables. El despacho judicial era un cuartico con un par de estantes para poner papeles y una mesa con una máquina de escribir.

1 (N. del E.) Sobre las relaciones entre justicia y conflicto armado, véanse también los capítulos 5 y 6 de esta compilación.

—¿Y este es el juzgado? —pregunté yo cuando llegué.

—Pues sí —me respondió mi asistente, un joven inválido de una pierna que habían nombrado a última hora para que yo no me sintiera tan abandonado.

Para los empleados del municipio estar en ese sitio era como una especie de castigo. Todos esperaban que los nombraran en otra parte. Pero yo no estaba preocupado. Era el primer juez que llegaba a Murindó y eso me hacía sentir orgulloso y con muchas ganas de trabajar.

En Murindó el Estado era la Fábrica de Licores de Antioquia y el colegio público. El colegio me llamó mucho la atención, porque los profesores no eran del pueblo. Venían de otras partes cada mes o cada dos meses a hacer acto de presencia y a cobrar.

La población del municipio era flotante; muchos de ellos eran delincuentes que venían de otras partes, expulsados por la violencia de la década del cincuenta y por el bandolerismo. Ellos fueron los pioneros de la colonización del Urabá antioqueño. Por eso la cosa empezó mal desde el principio.

En la población existía una fuerte discriminación hacia los negros por parte de los blancos y hacia los indios por parte de los negros. El que era paisa estaba salvado. Los antioqueños podían ser pobres y negros, pero si eran antioqueños estaban hechos.

Cuando empecé a ejercer como juez me enteré de que el secretario del despacho era del Frente 35 de las FARC. En esa época las FARC todavía no tenían mucha presencia en esa zona. Creo que eran los frentes 35, 37 y el 53 los que estaban allí. La guerrilla no tenía mayor interés estratégico en este municipio. En realidad, solo iban a Murindó para descansar, después de los combates que tenían en Abriaquí, Buriticá o Cañas Gordas.

Cuando llegué hice un inventario de los procesos del juzgado. Eran como 25, todos sin terminar, y lo peor, sin nada que me permitiera hacerlos avanzar aunque fuera un poquito. ¡Ah!, y yo con esas ganas de administrar justicia. Entonces me puse a la tarea de seleccionar aquellos que tenían mayores posibilidades de terminar en una sentencia. Pero ¡qué va! Era muy difícil. En una ocasión, tratando de armar uno —a ver si yo sí había aprendido algo de derecho en la Universidad de Antioquia—, conseguí por allá a unos colonos paisas que estaban vinculados a un proceso civil y les propuse que fueran al juzgado para que me rindieran una declaracioncita.

—Oiga fulano —le dije a uno de ellos—, pásese por el juzgado para que hablemos del proceso que tiene pendiente.

—¿Que vaya dónde? —me contestó todo altanero— ¡Lléveme si es verraco!

—Hermano, ¿sabe qué? Vaya cuando quiera —le dije—. Yo no me voy a poner a pelear con usted.

—Nosotros qué vamos a ir por allá —me respondió—. Aquí nadie va a los juzgados. Si aquí la ley somos nosotros.

Y era verdad. La ley la hacían y la aplicaban los colonos antioqueños en alianza con los concejales, que eran de la Unión Nacional de Oposición (UNO) y los de las FARC. Mejor dicho, el problema que yo tenía era que al juzgado no iba nadie. Yo iniciaba algunos procesos de oficio cuando me enteraba de vainas que pasaban en el pueblo, pero después de abiertos nunca se podía hacer algo porque nadie colaboraba con la justicia. Ni siquiera los indígenas, que eran los más pobres y desvalidos de la población. A ninguno le interesa la justicia blanca, y por eso era imposible conseguir testigos o algo de información para encontrar al culpable.

Lo único que hacía yo era cobrar el sueldo y rendir unos informes con estadísticas llenas de ceros. ¿Que cuántos procesos tiene? Tantos. ¿Que cuántos ha evacuado? Ninguno. ¿Que por qué? Pues porque no hay gente para conseguir las pruebas. Si esos informes dijeran la verdad deberían decir algo así como: “se avocó el conocimiento, se bajó del estante, se pasó para el escritorio, se miró, se volvió a pasar al estante y listo”.

Un día empecé a tener problemas con el señor del estanco. Era un tipo del Chocó. Resulta que los indios desplazados por los colonos bajaban de las cabeceras de los ríos y venían a dar al pueblo con la india y con todos los hijitos. Al llegar, lo primero que hacían era emborracharse. Tomaban trago hombres y mujeres por parejo. Yo veía a esas indiecitas tiradas en las calles, todas vomitadas, y me daba mucha lástima. Entonces, como yo tenía ese idealismo de la de Antioquia por dentro, le decía al estanquero:

—Oíste hombre, ¿vos por qué les vendés alcohol a esos pobres indios? Vos sabés que el Aguardiente Antioqueño es mortal; eso es alcohol puro.

Claro, eso era antes, ahora el aguardiente es suavecito.

—¿Qué necesidad tenés vos de venderle a esa pobre gente siendo tan pobres y sabiendo que les hace tanto daño? —le preguntaba yo.

—No, lo que pasa es que yo tengo que vender —me decía.

Con tanta preguntadera, un día se me enverracó y me mandó pa'l carajo. Yo sabía que el tipo tenía otros intereses. Él era moreno y a los morenos les gustaba emborrachar a los indígenas. Cuando el indio está borracho, el negro se

aprovecha de la mujer india. Pasaron los días y la pelea con el estanquero se fue saliendo de lo personal y todo el pueblo se enteró. Entonces llegaron las FARC y le dijeron al tipo que no siguiera vendiéndoles trago a los indios porque estaba produciendo muchos estragos en la comunidad. El tipo no se quedó callado. Me denunció, dizque porque yo lo tenía amenazado y no sé qué cosas más. Lo peor fue que los concejales tomaron partido a favor del estanquero. Claro, ellos recibían regalos de la Fábrica de Licores. La denuncia no paró en nada porque el tipo se fue de Murindó; tenía otros líos malucos con otra gente y nunca lo volvimos a ver.

En otra ocasión me tocó presenciar una masacre en pleno pueblo. Todo empezó un día que llegaron unos tipos y me dijeron:

—Óigame juez, hágame el favor y se retira, que nosotros vinimos aquí a arreglar cuentas con unos concejales.

—¿Váyase? —les dije yo—. ¿Y yo por qué me voy a ir?

—¡Se va o lleva! —me dijeron.

—No, pues si la cosa es así, yo me voy —les dije.

Me escondí como a tres o cuatro locales del juzgado y presencié todo el crimen. Era por la nochecita. Yo miraba cómo mataban a la gente. ¿Será que salgo a ver si pido ayuda? —me preguntaba yo—. ¿Pero a quién puedo ir a buscar? Finalmente no hice nada y me quedé ahí calladito y con los ojos cerrados, esperando a que terminara la masacre. Esos minutos se me hicieron eternos.

Me dio muy duro esa experiencia. ¿Uno con todos esos sueños de la universidad y que vengan y le digan que van a matar a alguien en su presencia? ¡Eh Avemaría! Eso es muy verraco; al fin y al cabo, uno se cree todo ese cuento que le enseñan en la universidad de la dignidad del juez, de la supremacía del derecho, del imperio de la ley.

En la justicia, para que lo trasladen a uno, hay que conversar con un magistrado amigo y esperar que salga una vacante. Eso hice yo. Y al cabo de unos meses logré que me mandaran para San Pedro de Urabá. Para serle franco, salí contento de Murindó.

Al entrar a San Pedro me recibió la comisaría política del EPL.

—Mire, yo soy el juez y vengo a posesionarme —le dije. Entonces se me quedó mirando y me dijo:

—¿Sabe qué? No hay problema en que se quede en el pueblo. Pero eso sí, sepa y entienda que aquí los que administramos justicia somos nosotros.

Yo me quedé callado un momentito, como pensando a ver qué respondía.

—¡Listo! No se preocupe —le dije yo—. En todo caso, vea, si le sobra un casito por ahí, le agradezco si me lo manda; o si necesita alguna asesoría me dice, que yo con mucho gusto...

Es que venía con unas ganas las machas de ejercer.

Como los que mandaban eran los del EPL, yo me limitaba a hacer trámites formales: sacar oficios, hacer informes, pero nada sustancial. En todo caso, nada que me condujera a conocer a los violadores de la ley, que los había, y mucho menos a ordenar su captura.

Al principio me ilusioné cuando me enteré de que, a diferencia de Murindó, en San Pedro había un comando de policía. Pero ¡qué va! La policía solo mandaba en la estación, que quedaba en una de las calles principales del pueblo. No mandaba en las demás calles. Más allá del pedacito de calle que ocupaba la policía, era territorio del EPL, y en él se aplicaba la justicia revolucionaria.

El conflicto armado estaba por todas partes. Cuando mataban a alguien, por ejemplo en la salida hacia Valencia, o en Mata de Maíz, yo me iba a hacer el levantamiento. Entonces contactaba al comandante de la policía.

—Sírvase acompañarnos a hacer un levantamiento —le mandaba yo decir por medio de un oficio.

—Señor juez —me respondía—. Nosotros tenemos órdenes expresas del Gobierno de no salir a zonas rojas.

—Entonces me dan una copia del telegrama donde dice que ustedes no están autorizados para salir. Así yo la anexo al expediente —le decía yo.

No se levantaba el cadáver, y así todos nos lavábamos las manos.

Los únicos procesos que se movían eran los que beneficiaban a los ricos del pueblo. Por ejemplo los cobros, las letras de cambio y el gota a gota diario, que es un préstamo en el que todos los días hay que pagar un interés.

Yo fallaba pendejadas. O me limitaba a llenar papeles en un proceso o a redactar informes, mientras las cosas graves pasaban saliendo del despacho. Esas cosas graves eran resueltas por la comisaría política del EPL: por ellos pasaba todo. Desde problemas de infidelidad hasta homicidios, pasando por peleas de linderos. Y yo con unas ganas de que me llegaran esos casos. Mejor dicho, en el juzgado éramos como la Corte Penal Internacional, subsidiarios, trabajábamos por encargo.

En 1985 me propusieron traslado de San Pedro a Buriticá, en el occidente de Antioquia.

—¡Bueno, listo! —dije yo, con la esperanza de que las cosas mejoraran.

Cuando llegué, justo en la mitad del parque del pueblo, me encuentro semejante ametralladora M-60 del ejército. Resulta que por fuera del perímetro urbano estaba el EPL, y de vez en cuando entraba al pueblo.

Con los procesos pasaba lo mismo que en San Pedro. Solo que aquí la mayoría eran por lesiones personales, por violencia intrafamiliar o por problemas de alcohol.

También había procesos gordos, pero los hechos sucedían en las veredas controladas por el EPL, y por eso no se podía actuar. Cuando, por ejemplo, ocurría un homicidio en Tabacal, una vereda del municipio, yo le decía al secretario:

—Nos vamos para Tabacal.

—No, ¿pero cómo así doctor? —me respondía él—; por allá no se puede ir; esa zona es del EPL.

—Entonces pidámosles a los militares una constancia —le decía yo al secretario—. Una constancia que diga que por razones de orden público no es posible ir a ese lugar para practicar una inspección judicial.

De todos modos yo redactaba un oficio pidiéndole una declaración al inspector de Tabacal. El oficio se manda con el bus, uno de esos de escalera que viajan por Antioquia. Se le entregaba al ayudante de la escalera, el ayudante llegaba a Tabacal y se lo daba al comisario político del EPL.

—Aguárdese un momentito —decía el comandante del EPL.

Entonces iba al despacho del corregidor y le pedía al secretario que respondiera que no se había podido localizar a los testigos, y que bla bla. Yo recibía la respuesta y listo, pa'l archivo. Y así se hacía justicia.

En 1987 me trasladaron a Cisneros. Cisneros era un municipio bueno para el turismo porque tenía el ferrocarril de Antioquia, unos charcos famosos y el túnel de la quiebra. Pero también había mucha descomposición social: mucha prostitución, mucho trago, mucho delincuente menor. Pero bueno, por lo menos no había guerrilla, ni paramilitares. Eso sí, había un grupo de limpieza ciudadana.

A Cisneros venían, sobre todo, gentes de estrato medio bajo. Algunos se emborrachaban. Entonces no faltaba quién les robara todo lo que tenían puesto. La policía más o menos sabía quiénes eran los ladrones. Pero no podían hacer casi nada contra ellos, porque se les escapaban, o cuando cogían a alguno lo tenían que soltar por falta de pruebas. Entonces empezaron a aparecer muertos por todas partes. Y yo me puse a atar cabos. En ese tiempo teníamos que hacer

visitas a las cárceles. Así me hice amigo de los delincuentes, de las putas más malas, de los bandidos más tenebrosos. Por la información que ellos me daban, me enteré de que la Policía, el F-2 y la Sijin hacían operaciones de limpieza social. Claro, como la Policía no podía resolver ese problema, trajeron a 3 o 4 de la Sijin.

Pero, ¿qué podía hacer yo? Entonces decidí hacerle una inspección judicial al comando. Yo toda la vida he sido muy bravo para enfrentar las cosas; sobre todo en el trabajo, cuando me toca investigar algo. Allá me metí. Pero ¡qué va! Pasaba lo mismo de siempre. No había ningún rastro de nada, ni en el libro de población, ni en el libro de ingresos. Nada. ¿Qué podía investigar? Pues nada. Otra vez el aspecto formal de la justicia y los trámites sin contenido. Entonces me fui para el Ministerio Público a ver si me ayudaban con esa investigación.

—Yo con esa gente no me meto —fue lo primero que me dijo el encargado.

—Pero vea que están matando esa pobre gente —les decía yo.

—¿Dónde están las pruebas? —me respondían.

Y con eso me callaron. Cuando el escándalo de militares con los grupos de “limpieza” se volvía muy grande, entonces aparecía la última clave de la impunidad: el fuero.

De Cisneros me mandaron para Fredonia, [suroeste] antioqueño. ¡Eh Avemaría! ¡Qué ascenso tan bueno! Pues sí, muy bueno el pueblo, pero la justicia igual de maniatada. Lo único que me llegó al despacho fueron un par de homicidios pasionales en donde los acusados eran enfermos o, como decimos en derecho, inimputables. Óigame, ¡qué frustración! En este país de ladrones, corruptos y violentos, y a los juzgados ni siquiera llega un peculado por ahí chiquito, ni nada.

Lo peor fue que me sacaron del juzgado que dizque porque había empezado a regir la carrera judicial:

—Necesitamos el puesto —me dijeron unos magistrados del tribunal.

—¿Cómo así que necesitan el puesto? ¿Ustedes no me nombraron aquí pues?

—Sí. Lo que pasa es que vamos a nombrar a otra persona. Y así terminaron mis días en Fredonia.

De Fredonia fui a dar al juzgado Tercero Penal Municipal de Medellín. Estaba contento con ese nuevo cambio. Mi despacho quedaba en el piso 14 de la Alpujarra en instalaciones modernas y cómodas. Además, en Medellín estaba mi familia y yo estaba de regreso a casa después de tantos años rodando.

Al despacho me llegaban, sobre todo, procesos de alimentos. Cada proceso traía detrás un problema social más grande que el edificio de la Alpujarra. En nuestra sociedad muchos hombres son unos atarvanes con las mujeres; sobre todo cuando son pobres. Lo primero que había que hacer, porque había que hacer algo, era llamar al agresor y a la mujer y ponerlos frente a frente.

—¿Usted por qué no le paga alimentos a esta señora sabiendo que tiene un hijo con ella? —le preguntaba yo.

—Lo que pasa, doctor, es que no tengo plata para darle —respondía el tipo.

—¡Ah! ¿pero para darle a la otra sí tenés, no cierto? —respondía la otra—. ¡Si yo ya supe que le llevaste hasta colorete y todo! ¡Sinvergüenza!

Y como un juez puede hacer muy poquito en estos casos, me convertí en un trabajador social, en un conciliador.

—Vamos a hacer esto —les decía yo—. O ustedes hacen las paces o se agarran definitivamente, pero a mí me resuelven este asunto ya mismo.

A veces funcionaba, pero a veces la botadera de corriente era muy brava.

Otros delitos que llegaban eran los hurtos de los almacenes de cadena. Estos casos venían por docenas. Yo intentaba absolver al mayor número posible de esa pobre gente. Desenterraba teorías que me habían enseñado en la Universidad, como la del “desplazamiento de la cosa” o la de “la órbita de vigilancia”, o la del “hurto imposible”, para ponerlos en libertad. Pero esas teorías no convenían a mis superiores.

—¿Cómo así que eso no es un hurto? —me decía el juez de circuito—. ¡Cómo se le ocurre absolver a una persona que se mete al Éxito a robar! ¿A usted quién le enseñó eso? No señor, mande a esa gente a la cárcel.

A los pobres siempre les va mal con la justicia. Si usted se viste bien elegante, a usted no lo paran, no lo requisan, no lo empapelan, no lo llaman. Nada. Eso sí, viva desarrapado y maneje negocios de los almacenes de cadena o de los “cosquilleros” en los buses, y ahí es cuando lleva.

Con la introducción de la carrera judicial logramos un poco de independencia, pero no la suficiente; porque si a uno los superiores le revocaban mucho de lo que decidía, lo calificaban mal y lo sacaban. Mejor dicho, o se somete o se somete. Había pues que condenar a unos cuantos, para que no se pusieran mosca con uno.

Aunque eso no siempre era malo. Una vez le dije a un pobre diablo que había sido sindicado por hurto:

—Te voy a dejar en libertad.

—No juez. No me diga eso. Mire que yo vivo allá. A mí me va mejor en la cárcel que en la calle.

Me gustan los casos grandes y peliagudos, y ya estaba cansado de tanta chichigua; por eso propuse mi nombre para hacer reemplazos en la justicia regional, en la época en la que el cartel de Medellín estaba en pleno furor. Como yo había leído algo de las guerras preventivas, de las zonas de orden público, del estado de sitio y de esas cosas, me escogieron. Me llamaban en vacaciones, cuando alguien estaba bien enchicharronado con un proceso delicado. Entonces yo pedía licencia y me iba a trabajar con ellos.

En la justicia regional estuve diez años. En esa época el cartel tenía prácticamente sometidas a las autoridades políticas y militares de la ciudad. Mejor dicho, Pablo Escobar le dijo al Estado algo así como esto: “Nosotros tenemos más poder que ustedes. Si quiere coma con nosotros, que hay plata para todos. Si no, nos vamos a la guerra”. Y como no hubo acuerdo, Pablo mandó matar al ministro Lara Bonilla, a Luis Carlos Galán y a muchos más. ¡Que lío tan macho para el Estado! Pero como para todo hay solución en esta vida, aparecieron los Pepes, que eran una organización ilegal enemiga del cartel de Medellín, financiada por los del Cartel de Cali. Los Pepes empezaron a perseguir a todos los amigos de Pablo Escobar; a torturarlos y a desaparecerlos; hasta que los doblegaron.

Pero el asunto también había que solucionarlo en el papel; es decir, en el derecho. Y la solución se encontró en un pacto que hicieron el Estado y los abogados del Cartel. De allí surgió una legislación llamada “Ley de sometimiento a la justicia”, en la que se contemplaban una serie de gabelas para los narcos: terminación del proceso por la vía de la sentencia anticipada, negociación de penas, rebaja por confesión, rebaja por delación, etc.

Después de un tiempo dejé de ser encargado y me nombraron juez regional, es decir, juez sin rostro. Eso se lo inventó el Gobierno para proteger a los jueces que investigaban a los miembros del cartel. Y ahí sí me tocó lidiar con los grandes, con los más malos de este país, como yo siempre había querido.

Nosotros no firmábamos las providencias, sino que las firmaba el coordinador. Por eso no teníamos rostro para el público. Pero los únicos que se creían ese cuento eran mis compañeros. Los abogados del cartel terminaron descubriendo quiénes éramos, con nombres completos y todo, y con los reos de cada uno. Una vez en la cárcel me encontré con una lista pegada en un muro en la que estaba mi nombre y el de todos mis compañeros.

A mí me tocó juzgar a el Arete, el lugarteniente de Pablo Escobar.

—Señor Arete, ¿cuántos homicidios tiene usted? —le pregunté una vez.

—Unos mil —me dijo.

Parece mucho, pero para la justicia no era nada. Había que ver los procesos contra ese delincuente. Los errores que hubo eran incontables. Todo estaba hecho para que hubiera impunidad. Ni la misma policía se preocupó por anexas al proceso los certificados de defunción. Todo estaba hecho a los machetazos, como decimos en Antioquia. La unidad procesal estaba en mil pedazos. De un proceso salían veinte procesos u ochenta procesos o cien procesos. Y todo eso se hacía para diluir responsabilidades y evadir las investigaciones de fondo.

Los resultados que podíamos mostrar contra los miembros del cartel dependían más de ellos, de los malos, que de nosotros. Las investigaciones no daban para condenar a nadie; así que todo dependía de que colaboraran y confesaran. En esa época los delitos de homicidio y los de terrorismo tenían penas de hasta sesenta años. Pero ¿qué podíamos hacer con todos estos procesos? ¿Acumularlos? ¿Dictar una sentencia anticipada? Pero ¿cómo? Si no había ninguna investigación, ninguna prueba. Si ellos no confesaban, no se llegaba a ninguna parte, solo al archivo.

Como no había investigación, la justicia que aplicábamos era una mera formalidad. Tenía muchas arandelas: debates, providencias, acusados, códigos, normas por miles, todo, menos jueces e investigaciones judiciales.

Llegó un momento en que el Arete sabía que yo lo iba a condenar. Entonces le dije:

—Vea, señor Arete. Yo no le puedo reconocer todos los beneficios consagrados en la ley, porque si lo hago me voy más fácil para la cárcel que usted.

Nosotros estábamos muy molestos porque Pablo nos había matado a una compañera juez. Sabíamos que el Arete no había sido el asesino, sino que la había matado Boliqueso, uno de los Pepes. A Boliqueso ya lo habían capturado. Pero, como siempre, no había pruebas firmes, contundentes. De otro lado, no se podía dictar la preclusión del caso, porque eso iba a consulta y a segunda instancia, y allí la orden era que había que condenar. Ni pa' qué le digo el lío que se armó con eso.

Ahí fue cuando el Arete me dijo:

—Échemela a mí. No hay problema.

Y así fue. Yo acusé a el Arete de ese homicidio, y de esa manera se “esclareció” el asesinato de nuestra compañera. Con ese asesinato y todo, y solo lo pude condenar a 14 años, que con todas las rebajas quedaron en seis.

También me tocó el proceso de otras personas del cartel, entre ellos el de el Osito, o sea de Roberto Escobar, el hermano de Pablo. Varios de ellos estaban

asesorados por exmagistrados de la sala penal y por los profesores y penalistas más prestigiosos del país. Los mismos que yo había leído en la Universidad de Antioquia para aprender derecho penal. Como maestros del derecho eran unos verracos. Por ejemplo Carrasquilla, Saavedra Rojas. Pero como abogados le estaban haciendo el juego a la mafia. Desde que estuve en Murindó, nada me dio tan duro como ver a mis ídolos, a mis profesores del derecho penal, defendiendo a la mafia.

Cuando se acabó la justicia regional se volvieron a barajar las cartas de los puestos y los traslados. Los que tenían rosca lograron que los dejaran en Medellín trabajando como jueces de ejecución de penas o como jueces de familia. Los demás, es decir tres, que tenían algunas palancas, se quedaron en municipios de Antioquia. A mí me mandaron para Barranquilla. Eso fue en julio de 1999.

Desde entonces estoy en Barranquilla como juez especial del circuito. Tengo algunos casos de paramilitares, pero nunca he podido condenar a un pez gordo.

B. Relato: La justicia en medio de la guerra¹

Mauricio García Villegas (2008)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. (2008). Relatos de jueces. En García Villegas, M. (ed.). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado* (pp. 157-163). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.

Soy un fiscal que trabaja en el Distrito Judicial de Pasto, el cual comprende los departamentos de Nariño y Putumayo. Tengo una larga experiencia en la justicia y en la Fiscalía. Por razones de seguridad, y sobre todo para poder hablarle con toda franqueza y sin rodeos, no le voy a dar mi nombre, ni mis datos personales.

La zona donde yo trabajo ha estado muy afectada por el conflicto armado, y eso desde hace por lo menos quince años. Es que aquí se concentra todo: la coca, la amapola, la pobreza, el narcotráfico, el clientelismo, la corrupción, la guerrilla, el paramilitarismo. Esto es como toda Colombia metida en un frasquito.

Pero antes de hablar de esos males, déjeme le cuento un poco sobre la historia social de estos departamentos. Salvo sus capitales y uno que otro pueblo, Nariño y Putumayo siempre fueron territorios abandonados por el Estado. Aquí siempre hubo más iglesia que Estado. O mejor dicho, lo que había de Estado eran los alcaldes. De pronto encontraba uno algún policía que controlaba a los borrachos del pueblo, o a las parejas que se peleaban. Eso era todo. Pero los alcaldes encarnan una institucionalidad muy precaria, eso debido a que, en esta zona, los alcaldes han estado más cerca de las comunidades que del Estado y, en todo caso, más cerca de los partidos políticos que del Estado.

1 (N. del E.) Sobre la relaciones entre sistema judicial y conflicto armado, véanse también los capítulos 5 y 6 de esta compilación.

Esto que le digo tiene mucho que ver con la tradición de protesta del ciudadano nariñense. Vea le explico. El pueblo de Nariño ha sido un pueblo luchador. Aquí no existe servicio público que no haya sido producto de una lucha cívica. Tal vez el colegio INEM fue el único regalo. De resto, todo ha sido conseguido a la brava: carreteras, pavimentos, acueductos, colegios, la Universidad de Nariño, las escuelas, la electricidad, todo ha sido el resultado de paros y protestas. En esas protestas los alcaldes se han aliado con la población para pedirle plata al Estado central. Por eso es que para los campesinos de Nariño, el Estado son los policías —no los policías de vigilancia, sino los de ahora, los militarizados— y el ejército, no los alcaldes; y por eso desconfía de aquellos y no de los otros.

El Gobierno y el país se consuelan pensando que en todos los municipios hay un alcalde elegido popularmente, y que eso garantiza la presencia institucional del Estado. Pero no; le aseguro que esas elecciones no significan mucho en términos de presencia del Estado. Lo que hace falta aquí es policía que respalde a esos alcaldes y a los demás funcionarios, entre ellos a los jueces. De nada sirve que los alcaldes sean elegidos popularmente cuando no hay fuerza pública para controlar los hechos delictivos. Por eso es que aquí el Estado es visto de manera ambivalente: por un lado se desconfía de su capacidad para imponer el orden por medio de la fuerza, pero, por el otro, no se dejan de demandar beneficios sociales y burocráticos para mejorar las condiciones de vida. El Estado que la gente quiere es el Estado social, no el Estado que impone orden. Pero, el problema es que ¿cómo puede existir el uno sin el otro?

La tradición luchadora del pueblo nariñense fue aprovechada por la guerrilla, desde el Gobierno de Belisario, para implantarse en las zonas rurales. Pero, como se sabe, la presencia de la subversión creó aquí, y en muchos otros lugares del país, la reacción paramilitar de los años noventa. Pero el paramilitarismo en Nariño no solo es el resultado de una reacción contra la guerrilla. También es el producto del narcotráfico y de un contexto institucional que lo favorece gracias a la simpatía, o por lo menos al disimulo, de las Fuerzas Armadas, y de otros entes como la Policía y el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Sea como fuere, el caso es que desde que llegaron los paramilitares vivimos en esta guerra terrible entre los dos grupos armados ilegales; esa guerra es la que hace que nuestro oficio se limite esencialmente a levantar muertos.

Este es, pues, el sitio donde yo trabajo. ¿Qué le parece? ¿Nada fácil verdad? Ahora bien, ¿qué puede hacer la justicia en todo este despelote? No mucho; empezando porque con los recursos que tenemos es muy difícil enfrentar problemas tan grandes como el narcotráfico, la guerrilla o el paramilitarismo. No

tenemos suficientes fiscales, y menos aún tenemos suficiente policía judicial. De los 64 municipios de Nariño, solo 16 tienen fiscal. De esos municipios con fiscal, solo 6 tienen policía judicial, Sijin o CTI, aunque 58 municipios sí tienen juez. En el resto solo está la policía de vigilancia, que actúa, en la mayor parte de municipios, en condiciones muy precarias. El ejército, por su parte, está solo en las carreteras. Mire por ejemplo lo que pasa en el norte del departamento de Nariño, en municipios como Taminango, El Tablón, Policarpo, Sotomayor, El Rosario y Leiva: allá encuentra usted toda la violencia que quiera, paramilitares, guerrilla, delincuencia común. Sin embargo, a pesar de todo eso, solo hay un fiscal y no hay policía judicial. ¿Qué carajo puede hacer un pobre juez en esas zonas sin fiscal y sin policía judicial que le ayude? Nada. Ocuparse de casos de menor cuantía, pasar agachado frente a lo importante, escribir memoriales y archivarlos.

Pero hay otro problema, y es que en las zonas rurales de Nariño el juez es visto como un joven respetable, un joven que viene de la ciudad, un intelectual del pueblo, pero no como alguien que tiene el monopolio de la solución de los conflictos. Se le respeta, claro, pero porque se cree que sabe mucho y que ha estudiado mucho, que es un doctor; pero no porque tenga autoridad para resolver los conflictos. Esta es la razón por la cual, en esta zona, a muchos jueces les va mejor como conciliadores o como mediadores, que como jueces.

El Gobierno insiste en que aquí se acabó el paramilitarismo y que hubo una gran desmovilización de “paras”. Pero aquí nadie come cuento con eso. En esta zona todavía tenemos violencia para dar y convidar: tenemos a la ONG, a los Rastrojos, a las Águilas Negras. Otros tan malos o peores se están organizando en este momento. Ninguno de ellos tuvo inconveniente para pasar de paramilitares a banda emergente. Lo cierto es que estas bandas hacen la labor que antes hacían los “paras”. A pesar de todos esos criminales, solo tenemos unos 18 capturados y condenados, casi todos por delación y por peleas entre ellos, y ninguno de los grandes entre los que agarramos.

Con la llegada del conflicto armado, el juez terminó siendo un personaje completamente pasivo frente a la delincuencia organizada. Algo parecido pasó con los fiscales, que no tienen ni la capacidad, ni el respaldo para enfrentar los conflictos que surgen de la guerra. El fiscal investiga con la policía de vigilancia, es decir, con el policía de toda la vida del pueblo —ese que le dije que cuidaba a los borrachitos—, pero no puede hacer mayor cosa. A ambos, al juez y al fiscal, el conflicto armado los sorprendió, los apabulló y los neutralizó. Eso es grave. Los jueces y fiscales deberían romper la cadena que va del narcotráfico

al desplazamiento forzado, a la masacre, a la ejecución extrajudicial, pasando por el porte ilegal de armas, las lesiones, el homicidio, las amenazas y las minas [antipersonal]. Pero no pueden.

En el 2006 hubo un paro, de esos que llaman reivindicativo, en el municipio de Taminango, corregimiento de Remolino, al norte de Nariño. Luego vinieron las ejecuciones extrajudiciales, una cantidad de muertos, y no pasó nada. Los cadáveres aparecían flotando en el río Patía. ¿Quién los mataba? Los “paras” de la ONG, dicen muchos. El ejército y la policía sabían dónde estaban los asesinos, pero no hacían nada. Para nosotros esta situación es muy complicada; porque mire: de un lado, dependemos de ellos, de las Fuerzas Armadas, para adelantar las investigaciones; pero, del otro, sabemos que ellos están en su cuento de la guerra, y con tal de ganarla hacen casi cualquier cosa. Nosotros, en cambio, estamos en otro cuento: en el de los derechos, en el de las garantías; pero también en el de la no impunidad, en el de la dignidad humana y los derechos humanos, y por eso tenemos que controlarlos. ¿Pero quién se atreve, pues?

En la carretera al mar ha habido desapariciones forzadas por cantidades; desplazamiento ni se diga; ejecuciones sumarias. Los organismos de seguridad quieren que uno, como fiscal, legalice los allanamientos que dieron lugar a las masacres y las ejecuciones extrajudiciales. Entonces, claro, en el ejército y la policía a uno lo ven como un obstáculo.

Todo esto pasa al lado de los carnavales y de las fiestas y de la vida relativamente normal de la población. Parece que los problemas no existieran, ¿cierto?

Usted me dirá que todo esto ha cambiado hoy en día con la política de seguridad democrática. No lo creo; o por lo menos no en la dimensión que pretende el Gobierno. Mire, ahora se ve mucho ejército y policía, eso hay que reconocerlo; pero la justicia no ha mejorado sustancialmente. El Estado está presente, pero para hacer la guerra. Pero no es fácil que la justicia funcione en un ambiente de guerra. Los jueces y fiscales no tienen ni los medios, ni la capacidad para investigar y juzgar. Como le digo, aquí los acontecimientos sobrepasan a la justicia. A veces se investiga lo que se puede, pero en los pueblos, donde los funcionarios judiciales están desamparados, casi siempre el que investiga se muere.

En una época había mucho atraco y delincuencia común, a veces con la participación de la policía; eso desapareció con la seguridad democrática. Pero la tradición de ilegalidad institucional que siempre ha tenido esta zona sigue intacta. Solo ha cambiado de nombres: antes, era la policía la que cometía o

permitía los crímenes; hoy, es el ejército. La policía se iba de las carreteras para dejar que los atracos tuvieran lugar. El ejército hace algo parecido hoy en día. Con la política de seguridad democrática se logró que la policía se autodisciplinara y que hiciera presencia como Estado. Pero de esa manera se acabó la policía cívica, próxima a la población. La policía de hoy no resuelve los problemas de la comunidad, sino los problemas del Estado. La otra policía, la que resolvía esos pequeños problemas, desapareció.

Hace cinco años, en Barbacoas, por ejemplo, el pueblo estaba invadido por la guerrilla. Entonces, el ejército y la policía se hicieron presentes. Estuvieron quince días y luego se fueron. Ocho días después, la guerrilla regresó y ajustició a todos los que prestaron colaboración durante el tiempo de permanencia de la fuerza pública: al que prestó el hotel, al que les hizo un almuerzo, a los que dieron información, a los que conversaron largo con ellos, a todos los mataron. La policía y el ejército habían hecho algo similar con los líderes comunales: los habían perseguido, amenazado, muchos debieron salir de esas poblaciones. Entonces, ¿qué le dijo la gente de Barbacoas al ejército?: “Miren, señores, si no se van a quedar, mejor no vengán”.

En medio de esta situación tan difícil, la justicia no puede hacer gran cosa. Tampoco la Fiscalía. Desde aquí, en Pasto, es muy sencillo decirle a un fiscal de, digamos, Samaniego, en donde hay coca y paramilitares “a la lata”, que consiga pruebas, o que llame a declarar a tal o cual testigo. Yo lo he hecho muchas veces con fiscales y siempre tengo la misma respuesta:

—Mire, hermano, si hago eso me muero —me dicen con lágrimas en los ojos.

Aquí en Nariño la sociedad y el Estado convivieron con el narcotráfico durante décadas. Había trabajo, y todo el mundo estaba contento; pero nadie pensó en las consecuencias que iba a traer esa economía ilegal en el largo plazo. En Llorente, por ejemplo, un pueblo que queda por la carretera que va al mar, aparecieron, de un momento a otro, ferreterías inmensas, supermercados, peluquerías, iglesias de todas las tendencias, carnicerías, bares multicolores, putiaderos. Todos sabíamos que el dinero del narcotráfico estaba detrás de esos negocios, pero no hicimos nada. Luego vinieron los homicidios, el desplazamiento, el porte de armas, las masacres, la desaparición forzada, las minas [antipersonal], etc. ¿Dónde estuvo la justicia cuando pasó todo eso? Pues en los pueblos, en todas partes, pero los jueces no podían hacer nada. Simplemente se quedaron callados, gastando papel y tinta en memoriales que no conducían a ninguna parte.

Otro problema es que, en estas situaciones tan difíciles, los jueces y los fiscales no siempre tienen claro lo que deben hacer. Hay un sector de jueces y fiscales, principalmente fiscales especializados, que siempre legalizan lo que hacen las Fuerzas Armadas en el marco de la seguridad democrática. Otro sector, en cambio, ve su trabajo con más independencia frente a la fuerza pública y los imperativos de la guerra.

Como ve, la situación no es fácil en esta parte del país. A pesar de eso, la justicia sigue funcionando como si estuviera en situación de normalidad. Nadie habla de la capacidad de los actores armados para neutralizar la labor de la justicia. Es como si ese problema, es decir, el de las amenazas a los jueces, el de las dificultades para investigar, el del archivo de los procesos, fuera algo normal, algo natural. Como se cree eso, los jueces y los fiscales se acomodan a la situación, se acostumbran a no producir resultados; y todos nos lavamos las manos, con tal de que tengamos trabajo y de que los sueldos sigan siendo girados a nuestras cuentas. ¡Es triste!

PARTE 3

REFLEXIONES EN TEMAS ESPECIALIZADOS DE JUSTICIA

Capítulo 10	EL CONSTITUCIONALISMO EN LA JUSTICIA	376
	I. REFLEXIONES CONSTITUCIONALES EN COLOMBIA Y EL MUNDO	377
	A. La relación entre tribunales constitucionales y procesos de paz. Análisis comparado Rodrigo Uprimny Yepes y Nathalia Sandoval Rojas	378
	B. Los cambios constitucionales en América Latina Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque	393
	C. El constitucionalismo en Colombia y la revolución de los derechos Juan Fernando Jaramillo Pérez	409
	D. Control judicial a los estados de excepción Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes	422
	II. DERECHOS, ACCIÓN DE TUTELA Y ACTIVISMO JUDICIAL	435
	A. Controversias en torno a la acción de tutela Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes	436
	B. Necesidad, conveniencia y aspectos por reformar de la tutela contra sentencias Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes	455
	C. La judicialización de los derechos: el caso de la salud César Rodríguez Garavito	461
	D. Los efectos de los fallos estructurales sobre derechos sociales: la sentencia T-025 de 2004 César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco	477
	E. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales César Rodríguez Garavito	489
	III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PUEBLOS ÉTNICOS	503
	A. Constitucionalismo multicultural, etnicidad.gov y el derecho a la consulta previa César Rodríguez Garavito y Carlos Andrés Baquero Díaz	504
	B. Las comunidades negras y la consulta previa Carlos Andrés Baquero Díaz	521
	C. La protección constitucional de los pueblos étnicos Carlos Andrés Baquero Díaz	525
	D. La Corte Constitucional y los efectos desproporcionados	

del desplazamiento forzado sobre los pueblos indígenas Carlos Andrés Baquero Díaz	529
IV. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MEDIO AMBIENTE	533
A. Las consultas populares en los casos de extracción de recursos naturales no renovables Diana Rodríguez Franco	534
B. La locomotora minera y el principio de precaución Diana Rodríguez Franco y Celeste Kauffman	538
Capítulo 11 JUSTICIA PENAL	542
A. Debate metodológico sobre el concepto de impunidad Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	543
B. Buenas prácticas de lucha contra la impunidad Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Esther Guzmán	552
C. Funcionamiento del sistema penal mixto de corte inquisitivo (Ley 600 de 2000) Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	564
D. Los funcionamientos diferenciados del sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004) Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Javier Eduardo Revelo Rebolledo	571
E. La defensa pública penal en Colombia Carolina Bernal Uribe	583
F. Los funcionarios judiciales ante la prisión preventiva Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal Uribe	597
G. La irracionalidad de la persecución de los delitos complejos en Colombia Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal Uribe	609
H. La inconveniente ampliación del fuero penal militar Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque	621
Capítulo 12 LA DESPROPORCIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON DROGAS	632
I. DESPROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ABSTRACTO	633
Los excesos en los delitos y en las penas relacionados con drogas Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	634
II. DESPROPORCIONALIDAD EN SENTIDO CONCRETO: IMPACTOS DE LA JUDICIALIZACIÓN	

DE LOS DELITOS DE DROGA	641
A. Presión sobre el sistema judicial Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	642
B. Presión sobre el sistema carcelario e impacto de la criminalización sobre la población carcelaria Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	648
C. Eficacia selectiva según territorio, delito y eslabón de la cadena de narcotráfico Mauricio García Villegas, José Rafael Espinosa y Felipe Jiménez Ángel	653
D. Feminización de los delitos de drogas Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	661
III. DESPROPORCIONALIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA UTILITARIA	667
Costos y beneficios de la judicialización de los delitos de drogas Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	668
IV. DESPROPORCIONALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL	677
El test de proporcionalidad aplicado a los delitos de drogas Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato	678
Capítulo 13 JUSTICIA TRANSICIONAL	686
A. Potencialidades y limitaciones del enfoque restaurativo en el marco de la justicia transicional Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffon	687
B. La reparación integral desde una perspectiva de género Diana Esther Guzmán	699
C. La restitución de tierras, los imperativos de la justicia transicional y los principios del derecho privado Rodrigo Uprimny Yepes y Nelson Camilo Sánchez León	711
D. Justicia étnica colectiva y justicia transicional César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam	728
E. Reparaciones transformadoras: un mecanismo para aliviar las tensiones entre justicia correctiva y justicia distributiva Rodrigo Uprimny Yepes	741

Capítulo 14 JUSTICIA CIVIL	756
Congestión, tipos de procesos frecuentes y formas de terminación de los procesos civiles	757
Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	
Capítulo 15 JUSTICIA INTERNACIONAL	764
El retraso procesal en el sistema interamericano de derechos humanos	765
Nelson Camilo Sánchez León y Laura Lyons Cerón	
Capítulo 16 OTRAS FORMAS O EXPERIENCIAS DE JUSTICIA	782
A. Los mecanismos de informalización de la justicia en la Constitución de 1991	783
Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas	
B. Los riesgos y las potencialidades de la justicia informal	786
Rodrigo Uprimny Yepes	
C. Características y funcionamiento de las casas de justicia	797
Mauricio García Villegas y Carolina Villadiego Burbano	
D. La justicia penal comunitaria en cuatro barrios de Bogotá y los tipos de justicia privada	801
Mauricio García Villegas	

Capítulo 10

EL CONSTITUCIONALISMO EN LA JUSTICIA

I. REFLEXIONES CONSTITUCIONALES EN COLOMBIA Y EL MUNDO

A. La relación entre tribunales constitucionales y procesos de paz. Análisis comparado¹

Rodrigo Uprimny Yepes y Nathalia Sandoval Rojas (2014)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. y Sandoval, N. (2014). Los tribunales constitucionales en los procesos de paz. En *Memorias del conversatorio de la Jurisdicción constitucional "Diálogo constitucional para la paz"*. Bogotá: Corte Constitucional de Colombia, Fundación Konrad Adenauer KAS.

Los tribunales constitucionales, tal y como los conocemos hoy en día, son en buena medida resultado de un proceso de transición hacia la paz. Fue luego de las reflexiones éticas, políticas y jurídicas que sucedieron a la Segunda Guerra Mundial, que un número creciente de países adoptó constituciones democráticas con catálogos de derechos humanos y cortes con amplias facultades para exigir su aplicación (Carbonell, 2007; Fioravanti, 2001). Desde entonces, en muchos de los países que se enfrentan a la finalización de la guerra es posible rastrear la presencia de un tribunal constitucional. Sin embargo, se ha reparado muy poco en la relación que existe entre las cortes constitucionales y estos procesos, o sobre el papel que han tenido o que se espera que tengan las cortes luego de las guerras civiles.

Muestra de la escasa atención que se ha prestado a esta relación entre cortes y procesos de paz es el reducido número de estudios sobre el tema. A nivel empírico, excepto por el texto de Jon Elster (2004) que examina el papel de varios tribunales constitucionales en las transiciones, sobre todo a la democracia,² no se han estudiado a profundidad los países que han creado o modificado

1 (N. del E.) Se recomienda leer estos extractos en sintonía con los textos seleccionados para el capítulo 13, especialmente dedicado a la justicia transicional.

2 Existen buenas razones para no equiparar mecánicamente las transiciones de dictaduras estables a regímenes democráticos con las transiciones de guerras civiles hacia la paz. Hay

sus tribunales constitucionales luego de hacer una transición a la paz. A nivel teórico, hay abundante literatura sobre la relación entre la justicia constitucional y la democracia en regímenes con democracias consolidadas (Ely, 2001; Habermas, 2000; Nino, 2013); y los estudios sobre el papel de los tribunales constitucionales en democracias precarias y en construcción van en aumento (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010). Pero salvo algunas excepciones, como el trabajo de Ruti Teitel (1997), no se han hecho muchas reflexiones teóricas sobre los tribunales constitucionales en las transiciones hacia la paz.

En este escenario de vacío empírico e incipiente discusión teórica, el presente texto propone algunas reflexiones sobre el papel que cumplen los tribunales y las cortes constitucionales en los países que han llevado a cabo transiciones a la paz. Con este fin, partiendo de experiencias comparadas, empezamos por caracterizar las transformaciones de la actuación de los tribunales constitucionales en los procesos de transición, que han pasado de tener una participación mínima y solo para la implementación de los pactos fruto de la transición, a ostentar un lugar protagónico en la validación del proceso mismo. A continuación hacemos un balance de las razones que explican este cambio, así como de sus bondades y limitaciones. Finalmente, discutimos las especificidades y lecciones de las experiencias estudiadas para la coyuntura colombiana.

1. La participación de los tribunales constitucionales en los procesos de paz

De acuerdo con una caracterización general de las fases de una negociación de paz, un tribunal constitucional podría intervenir: i) en la fase previa a la negociación; ii) durante el proceso de negociación propiamente dicho, el cual culmina con la suscripción de un acuerdo; o iii) de forma posterior, en las fases de implementación y consolidación de la paz. En parte, esto tiene que ver con el momento de creación de la corte: la posibilidad de participar desde la primera o segunda fase depende de que la corte haya sido conformada desde antes de

diferencias entre la violencia que se busca superar. En las dictaduras, se trata de una violencia asimétrica o vertical, pues el Estado no enfrenta la resistencia de un actor armado. En las guerras internas, en cambio, la violencia es más simétrica u horizontal, y la distinción entre víctimas y victimarios es mucho menos clara. Atendiendo a estas divergencias, las lógicas y expectativas en materia de verdad, justicia y reparación pueden variar (De Greiff, 2012; Orozco, 2005; Uprimny, 2006). Hecha esta aclaración, debido a la escasez de estudios sistemáticos sobre el tema específico que pretendemos explorar, y solo para efectos de examinar el papel cumplido por los tribunales constitucionales, en lo que sigue trataremos como semejantes o análogos —para emplear la expresión propuesta por De Greiff (2012)— los dos tipos de procesos transicionales.

que inicie el proceso de paz, de modo que en los casos en los que la creación de la corte hace parte del acuerdo, por regla general solo actuaría en el tercer momento. Pero el momento y el tipo de intervención también obedecen a las facultades otorgadas a la corte y a otras decisiones políticas, las cuales legitiman o no el control constitucional durante las distintas etapas de la transición a la paz.

Siguiendo este esquema, es posible detectar un cambio en la actuación de los tribunales constitucionales. Hasta 1990, su papel era muy limitado. No participaban en los procesos de transición o su labor se restringía a implementar y garantizar los pactos de paz, que generalmente quedaban plasmados en nuevas constituciones. En cambio, a partir de la década de los noventa, las labores asignadas a los tribunales constitucionales en los procesos de paz aumentaron hasta el punto de convertirse en actores protagónicos durante la negociación e, incluso, antes de ella. Así, hoy en día no es inusual encontrar casos en los que un tribunal constitucional intervenga durante las tres fases de la negociación —como ocurre hoy con la Corte Constitucional colombiana—. Varios procesos transicionales ilustran esta transformación.

1.1. Los tribunales constitucionales hasta los años noventa

Los casos de Italia y España representan de forma paradigmática el tipo de actuación de los tribunales constitucionales en Europa continental creados en las transiciones ocurridas antes de 1990. El primero es el de Italia luego de la Segunda Guerra Mundial. En 1947, se adoptó la Constitución italiana y, en ella, un Tribunal Constitucional al que se le encomendó principalmente el juicio “sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones”.³ Conforme a esto, en los años cincuenta, el Tribunal Italiano empezó a examinar, adecuar y anular, cuando fuera necesario, todas las disposiciones legales que contrariaran el modelo de Estado social de derecho que se pactó en esta Constitución. El papel del Tribunal Constitucional Italiano en la transición fue entonces el de hacer realidad en la posguerra las disposiciones constitucionales y, en esa medida, implementar el pacto político transicional que esa Constitución encarnaba.

Otro caso es la transición democrática española. En 1978, luego de la caída del régimen franquista, España adoptó una nueva Constitución que ordenó la creación del Tribunal Constitucional Español. A este Tribunal de posguerra se

3 Artículo 134 de la Constitución Italiana.

le asignó jurisdicción en todo el territorio español y se le atribuyeron funciones dirigidas a garantizar el cumplimiento de las cláusulas constitucionales: ejercer control de constitucionalidad de normas con rango de ley; fallar el recurso de amparo interpuesto por los ciudadanos por la violación de los derechos y las libertades consagrados en la Carta; y resolver los conflictos constitucionales relativos a las comunidades autónomas, garantizando la autonomía local, entre las funciones más importantes.⁴ De este modo, el Tribunal Constitucional Español también se dedicó a garantizar el cumplimiento de las disposiciones que hicieron parte de los acuerdos de la transición.

Estos dos ejemplos suscitan un interrogante: ¿por qué se pacta la creación de tribunales constitucionales para garantizar los procesos postransicionales? Ginsburg propone una explicación (2002, 2003). Cuando en una transición los actores experimentan un nivel muy elevado de incertidumbre, optan por delegar gran poder en un tribunal constitucional independiente de los órganos involucrados en las elecciones, para que garantice la estabilidad y el cumplimiento de los pactos.

Para demostrar esta teoría, Ginsburg compara la formación de las cortes constitucionales en Taiwán, Mongolia y Corea. En un extremo de su explicación se encuentra Taiwán, cuyo tránsito gradual hacia la democracia a finales de los años ochenta y principios de los noventa gozaba de un nivel muy bajo de incertidumbre porque el partido que controló el proceso, el Koumintang (KMT), tenía una altísima probabilidad de imponerse en las primeras elecciones. Esta circunstancia condujo a que el régimen no estuviera interesado en crear un tribunal constitucional fuerte luego de la transición. Era suficiente con garantizar la permanencia del Consejo de Grandes Jueces creado en 1947 y permitirle continuar ejerciendo su reducida función de control constitucional. Su papel pasivo cambiaría posteriormente.

En el otro extremo se ubica Corea. Aunque treinta años antes ya había previsto algunas formas de control constitucional, solo hasta 1987, después de masivas protestas, el Gobierno dictatorial anunció que abriría paso a elecciones democráticas y restableció la Corte Constitucional del país (Ginsburg, 2002). Contrario a lo que ocurrió en Taiwán, el escenario político electoral previo a esta transición era supremamente inestable y lleno de incertidumbre puesto que estaban en contienda por lo menos tres fuerzas políticas cuya popularidad era de un porcentaje equivalente.

4 Artículos 159 al 165 de la Constitución Española de 1978.

Por último, en la mitad de estos dos países está Mongolia, que creó un tribunal constitucional para garantizar los pactos establecidos en la transición, pero sin suficiente independencia. En efecto, en 1990, Mongolia decidió promulgar una Constitución democrática y un tribunal constitucional denominado *Tsets*. El régimen democrático implicaba para el Partido Revolucionario Leninista del Pueblo Mongol (MPRP) que gobernaba de manera ininterrumpida hasta este año, la alternancia en el poder con otros partidos democráticos crecientes. De esta manera, Ginsburg muestra cómo la Corte ejerció una tarea de garantía en materia de derechos, pero también de qué manera la Corte sirvió a los intereses del MPRP cuando su derrota en las urnas por parte de los grupos opositores fue arrolladora (2003).

De esta manera, los tribunales constitucionales han cumplido en los procesos transicionales modernos una función significativa a la hora de garantizar e implementar los pactos consignados en una constitución. Sus facultades para ejercer el control de constitucionalidad abstracto sobre las leyes adoptadas por el nuevo cuerpo legislativo y algunas decisiones de los nuevos gobernantes, han sido útiles para reducir la incertidumbre política que surge luego de un proceso transicional y para proteger la transición de dar pasos hacia los regímenes anteriores.

1.2. Los tribunales constitucionales después de los años noventa

A partir de los años noventa, los tribunales constitucionales creados a propósito de la transición y los tribunales constitucionales existentes para ese momento, dejaron de ser solo garantes e implementadores de los pactos adoptados. En adelante, empezaron a intervenir de forma más activa en la determinación de la validez y la legitimidad de los acuerdos de la transición, así como en la definición de algunos de los problemas e interrogantes propiamente transicionales. Esto no significó en todo caso que dejaran de cumplir una labor significativa en materia de implementación y consolidación de los pactos celebrados.

Una buena ilustración de lo primero son las cortes constitucionales en América Latina luego de las dictaduras militares. En este caso, las cortes no intervinieron en la adopción de los pactos para la democracia, pero sí cumplieron un papel importante en la evaluación de su conformidad con la constitución, para concluir que algunas de las disposiciones pactadas eran válidas y otras no. La Corte Suprema Argentina, máximo tribunal de justicia del país desde 1863, sirve como ejemplo.

Esta Corte no tuvo una participación relevante durante la adopción de los pactos de transición hacia la democracia puesto que su actuación fue prácticamente eliminada durante la dictadura (1976-1983). Solo hasta 1983, retomó sus funciones en la transición democrática, especialmente aquella relativa al ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes. Pese a esto, en el 2005 la Corte Suprema Argentina tomó una decisión histórica: invalidó las leyes de punto final y de obediencia debida que impedían el procesamiento y castigo de los responsables de la comisión de crímenes de lesa humanidad y graves violaciones de derechos humanos en la última dictadura militar.⁵

En un sentido contrario, el Supremo Tribunal Federal de Brasil decidió validar la interpretación existente de Ley de Amnistía de 1979, que evitó el juzgamiento de los militares que cometieron violaciones de derechos humanos durante el periodo dictatorial que ocurrió entre 1964 y 1985 (Lessa y Payne, 2012). Así, este Tribunal de finales del siglo XIX, desatendió la solicitud de las organizaciones brasileras de reinterpretar la ley para excluir a los graves violadores de derechos humanos, y desconoció la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Guerrilla de Araguaia que dijo que esa amnistía era contraria a la Convención Americana (2010). En todo caso, su decisión también muestra un Tribunal que tiene la potestad de estudiar la validez de los pactos transicionales después de ser adoptados.

Pero las cortes no solo controlan y validan o invalidan los pactos *ex-post*. Otros ejemplos de tribunales constitucionales fuertes en la validación de los procesos de justicia transicional se dieron en el paso de socialismos autoritarios a democracias de mercado en los países de Europa Central y del Este. Para algunos autores, este papel de las cortes constitucionales fue de gran importancia en transiciones muy controversiales, puesto que contribuyó a la transformación de debates políticos en asuntos de derecho constitucional decididos por una especie de “árbitro imparcial”, que las nuevas clases políticas y los ciudadanos pudieran aceptar con mayor facilidad (Sólyum, 2003).

La Corte Constitucional de Hungría es un ejemplo emblemático de este tipo de actuación. Fue creada en la Constitución de 1989 y empezó a funcionar en 1990. En esta coyuntura, le correspondió ejercer el control abstracto de constitucionalidad y fijar la interpretación constitucional en temas tan controversiales

5 (N. del E.) Esta decisión de la Corte Suprema argentina es también exaltada en el capítulo 11 (B) de esta compilación, a propósito de las estrategias exitosas que algunos países han empleado para luchar contra las figuras jurídicas propicias a la impunidad.

como la reinterpretación del sistema de bienestar, el desempleo, la desaparición del Estado benefactor y la reconstrucción de la propiedad privada (Sólyum, 2003).

La particularidad de este caso y el de las cortes constitucionales de otros países como Lituania, Eslovaquia y República Checa, es que al inicio de sus labores tuvieron que preguntarse cómo afectaban las circunstancias propias de la transición democrática la función de control constitucional que les habían asignado. ¿Existe algo como un parámetro de “constitucionalidad transicional” diferente del “normal”? Este interrogante es de la mayor importancia porque estas cortes tuvieron que decidir asuntos propios de la agenda de la transición, tales como la identificación de las actividades y los agentes de los servicios comunistas secretos, su exclusión de las funciones públicas, y la retroactividad de la ley penal como condición para castigar los crímenes del pasado, entre otros.

Por último, los tribunales constitucionales pueden jugar un papel importante *durante* los procesos de transición. Es decir, no como jueces que validan los pactos transicionales *ex-post* ni en los primeros años de tránsito hacia la paz o la democracia, sino durante las negociaciones mismas para la transición. Quizá los dos ejemplos más significativos de esto son el caso colombiano que se tratará adelante, y el caso sudafricano, en donde el tribunal constitucional permitió que se concretara un acuerdo entre el Gobierno de De Klerk, Mandela y el Congreso Nacional Africano sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.

De Klerk —último presidente del régimen del *apartheid*—, y en general todos los blancos, temían que la democracia surgida con la caída del régimen permitiera la consolidación de una mayoría negra que los discriminara. Por eso querían una constitución redactada entre los negociadores. Pero para el Congreso Nacional Africano era indispensable que la constitución fuera soberana y fruto de una elección popular, porque eso estaba ligado al principio de autodeterminación que ellos siempre habían defendido. El acuerdo al que llegaron entonces fue crear una constitución provisoria que contenía una serie de principios fundamentales de derechos humanos y una Corte Constitucional fuerte. Luego, la nueva y definitiva constitución sería redactada por una Asamblea Constituyente electa y soberana que debería respetar los derechos establecidos en la primera. Por su parte, la función de la Corte sería la de certificar si la nueva constitución respetaba o no esos principios (Lollini, 2011).

Como puede observarse, estos tribunales constitucionales de América Latina, de Europa Central y del Este, y el tribunal constitucional de Sudáfrica, cumplieron unas funciones mucho más amplias que las que desempeñaban cortes como las de Italia y España. El papel de los tribunales constitucionales como

actores relevantes solo después de pactada la transición y la entonces impensable tarea de evaluar estos pactos, excedió estos límites: los tribunales constitucionales cumplieron un papel más parecido al de un “árbitro”, que aunque no actúa directamente en la negociación entre los actores políticos, se pronuncia sobre la validez de algunas de las decisiones que allí se han tomado.

2. Balance teórico-crítico de la transformación

Los anteriores casos no solo ejemplifican la modificación de las facultades de una institución como el tribunal constitucional. Sobre todo, sugieren una tendencia de cambio en todo el modelo transicional, en el que se pasa de unos procesos de paz y de transiciones asumidos como asuntos políticos que excluyen cualquier consideración jurídica a un modelo en el que la negociación política de la paz y la transición está enmarcada por unos principios que sirven como ruta y como límite.

En el modelo inicial, los procesos de paz y las transiciones en general eran vistos como procesos políticos y no jurídicos. Con esta distinción se pretendía reivindicar que los Estados ejercieran plenamente la soberanía nacional y, en virtud de ella, tomaran cualquier tipo de decisión en relación con el nuevo régimen, con los actores del conflicto y con las víctimas, siempre y cuando se realizara efectivamente la transición. Como consecuencia, lo máximo que se esperaba de los jueces era que garantizaran el cumplimiento de la forma jurídica que adquirirían esos procesos políticos.

En el nuevo modelo la situación es distinta. No se niega que el proceso de paz es un asunto político en el que la soberanía nacional justifica el margen de maniobra de los gobiernos a la hora de pactar la transición con los demás actores del conflicto. Sin embargo, se entiende que la paz está enmarcada dentro de unos parámetros jurídicos que están asociados principalmente al derecho internacional de los derechos humanos y más específicamente a los derechos de las víctimas. Por consiguiente, el papel de los jueces se modifica, y al tiempo que tienen que garantizar el cumplimiento de los pactos, deben controlar que lo pactado respete ese marco de principios jurídicos.

Es posible formular dos preguntas en relación con esta transformación. ¿Por qué se dio ese cambio? y ¿qué tan bueno o malo es?

2.1. ¿Qué razones explican este cambio?

La combinación de dos procesos jurídico-políticos, si se quiere globales, que han impactado la configuración actual de los Estados, puede explicar este cambio.

De un lado, debe mencionarse la tendencia surgida después de la Segunda Guerra Mundial a adoptar regímenes internos caracterizados por un constitucionalismo fuerte o “neoconstitucionalismo”.⁶ Es decir, ordenamientos jurídicos densos en derechos y en principios, en donde hay tribunales constitucionales fuertes encargados de aplicarlos (Epp, 1998). Antes, o existían tribunales constitucionales pero las constituciones eran más bien de un escueto contenido (como la Constitución de Estados Unidos), o la constitución consagraba muchos derechos pero no existían tribunales que pudieran exigirlos directamente. Este paso al neoconstitucionalismo convierte a la constitución en un parámetro ineludible para el ejercicio de la política e inevitablemente incrementa la participación de los tribunales constitucionales en la vida política del país.

De otro lado, la tendencia a nivel internacional es el fortalecimiento de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En los últimos veinte años se ha fortalecido el derecho penal internacional, no solo por la creación de la Corte Penal Internacional, sino también por otras figuras como la jurisdicción universal, que faculta a las autoridades judiciales de países distintos a aquellos en los que se han cometido los delitos para que juzguen, en nombre de la comunidad internacional, ciertos tipos de conductas como los crímenes de lesa humanidad. También se han incrementado las competencias y la actividad de los órganos jurisdiccionales y semijurisdiccionales que permiten que los individuos acudan al sistema internacional a exigir la aplicación de los derechos. Todo ello se ha traducido en una mayor capacidad de exigencia ciudadana de los parámetros previstos en el sistema internacional, y un replanteamiento de las facultades de las Cortes nacionales para exigirlos y aplicarlos.

En estrecha relación con esta tendencia en el ámbito internacional, debe resaltarse el fortalecimiento del cuerpo normativo de los derechos de las víctimas, no tanto por la vía de los tratados como por la vía de la jurisprudencia y la doctrina internacional. Hoy las víctimas están en el corazón de los debates sobre la justicia transicional y han logrado permear el debate general sobre la teoría de la justicia.

2.2. *¿Es positivo este proceso de transformación?*

El balance sobre lo bueno y lo malo de este cambio en el papel de los tribunales constitucionales exige una remisión a la discusión general sobre las

6 (N. del E.) Sobre el arraigo del neoconstitucionalismo en América Latina, véase el capítulo 10 (I-B y C) de esta compilación.

potencialidades y los límites de la justicia constitucional, con la particularidad de su aplicación a contextos difíciles como lo son los contextos transicionales. Desde esta perspectiva, resaltamos tres ventajas y tres desventajas de este nuevo escenario de expansión de las tareas de los tribunales constitucionales en los procesos de paz.

La primera ventaja es que en las negociaciones de paz que se adelantan en este nuevo marco de actuación de los tribunales constitucionales no solo se discutan los intereses de las partes en la mesa, sino también la aplicación de principios constitucionales y derechos. Esto es importante puesto que si una transición considera únicamente los intereses de los guerreros, la negociación giraría sobre todo en torno a la nueva repartición del poder político y a los límites para evitar el desbordamiento de los actores, pero no se fijaría en las necesidades y los derechos de las personas que no participaron directamente en el conflicto. La amenaza de un control por parte de tribunales constitucionales contribuye a que las negociaciones tengan más en cuenta estos principios, que no son distintos que los mínimos del Estado social de derecho.

Estrechamente ligada a la anterior, la segunda ventaja es que la actuación amplia de los tribunales constitucionales concede voz y carácter vinculante a derechos y poblaciones que no solo son difícilmente ubicados dentro de las partes en la negociación, sino que históricamente han sido ignorados en los procesos sociales. Esto ocurre con poblaciones en situación de vulnerabilidad o poblaciones discriminadas como las mujeres, los niños y las niñas, y los pueblos indígenas, cuyos derechos no suelen ser reflejados en los acuerdos de paz. El eventual control constitucional y las decisiones de los tribunales constitucionales son determinantes a la hora de reivindicar estos grupos que reciben impactos diferenciados en los contextos de graves violaciones de derechos humanos.

En tercer lugar, el nuevo modelo transicional relacionado con una actuación expansiva de los tribunales constitucionales es positivo en la medida en que favorece la construcción de valores con vocación universal, aplicables a las transiciones en diferentes países. Lo significativo aquí no es la búsqueda de iguales salidas políticas a muy distintos tipos de guerras, pues cada transición tiene sus propias particularidades, sino una defensa de ciertos valores universales, vinculados a los derechos de las víctimas.

Pero al lado de estas potencialidades, el cambio operado en el modelo transicional también trae consigo tres grandes riesgos, que podrían englobarse en el peligro de la “tiranía de los conceptos jurídicos abstractos”.⁷ Esos riesgos

7 Esta expresión de tiranía de los conceptos jurídicos abstractos coquetea con la cono-

ponen en peligro tanto los procesos de transición hacia la paz como las transiciones hacia la democracia.

El primer riesgo de la intervención amplia de los tribunales constitucionales en los procesos de paz es la aplicación de principios o derechos formulados en categorías abstractas y rígidas que los hagan absolutamente insensibles a las particularidades de los contextos. Si esto es problemático en situaciones de normalidad, es mucho más grave en situaciones de extrema incertidumbre como son las transiciones.

El segundo riesgo tiene que ver con la usurpación judicial de la deliberación democrática y el margen de autonomía de los Estados. Las negociaciones de paz en un país son un tema que toca tan profundamente las fibras de la sociedad, que al menos una buena parte de los asuntos relacionados con ellas demanda amplios espacios de debate ciudadano. Hemos mostrado hasta aquí que el nuevo modelo transicional impone restricciones del derecho y de los tribunales constitucionales a las negociaciones de paz, pero las negociaciones continúan siendo un proceso político lleno de incertidumbres que requiere de la refrendación de los ciudadanos. Por eso, cuando los tribunales constitucionales intentan hacer un rápido cierre judicial de temas extremadamente controversiales, lejos de pacificar un país pueden agravar su situación o dificultar la consolidación de la paz.

El tercer riesgo es, finalmente, una derivación de los dos anteriores. En un escenario de desbordada intervención del tribunal constitucional durante las negociaciones de paz, las rígidas constricciones jurídicas de neutralidad ideológica cuestionable, pero impuestas bajo la bandera de la protección irrestricta del sistema de derechos y principios, pueden convertirse en un obstáculo insalvable para la paz. Si Ginsburg sostenía que a mayor incertidumbre de los procesos transicionales mayor probabilidad de pactar la creación de tribunales constitucionales fuertes, una exagerada judicialización de los procesos transicionales podría dar lugar a situaciones en las cuales a mayor fortaleza de los tribunales constitucionales menor probabilidad de transición.

Por eso, aunque experiencias como las estudiadas aquí hacen recomendable la judicialización relativa de los procesos transicionales y la intervención de los tribunales constitucionales, los riesgos anotados deben conducir a la adopción de al menos dos cautelas en el proceder de las cortes. Primero, un extremo

cida expresión de un texto de Carl Schmitt sobre la "tiranía de los valores", pero nuestro planteamiento no sigue las reflexiones de ese autor.

de prudencia para respetar el margen de configuración política que cabe en los procesos de paz y para no pronunciar reglas extremadamente estrictas que hagan imposible el proceso de transición. Y segundo, un ejercicio riguroso de ponderación entre principios y derechos encontrados para cada una de las decisiones que le corresponda tomar al tribunal constitucional, como pueden ser el principio de la búsqueda de los derechos de las víctimas y determinadas concesiones requeridas para lograr la paz.

3. Reflexiones sobre el caso colombiano

La Corte Constitucional colombiana ha cumplido una función muy importante en la consolidación del Estado social de derecho y en la vigencia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de 1991.⁸ Además, tuvo un papel muy significativo en la garantía de los derechos de las víctimas en el proceso que dio lugar al desarme de los grupos paramilitares. Por eso, en la actual coyuntura del proceso de paz con la guerrilla de las FARC, los riesgos y las potencialidades de su intervención dentro de este nuevo modelo transicional se encuentran a la orden del día.

Para responder a estas eventualidades, la Corte debe tener en cuenta por lo menos dos rasgos de la transición colombiana y del proceso de paz con las guerrillas. Primero, que las negociaciones de paz que se adelantan actualmente se están desarrollando en un marco de amplia deliberación política y democrática sobre la paz. La Corte debe tomar en consideración esas discusiones y dar un margen de apertura a la discusión social, y por ello debe evitar intentar cerrar, con argumentos jurídicos discutibles, temas extremadamente sensibles.

Segundo, sus discusiones deben tener en cuenta que somos una democracia particularmente imperfecta debido a la presencia del conflicto armado. No es cierto que solo hasta que tengamos justicia social, sistemas más eficientes de justicia o determinadas condiciones sociales, cesará el conflicto armado.⁹ La duración y persistencia de las confrontaciones armadas demuestran que es necesario que cese el conflicto armado para que se produzcan mayores garantías para la movilización por la justicia social, y que los ingentes recursos que

8 (N. del E.) Para saber más acerca de la forma en que la Corte Constitucional ha contribuido al fortalecimiento de los controles y las garantías constitucionales, consúltese Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006, p. 299 y ss.), así como las demás secciones del capítulo 10 de esta compilación.

9 (N. del E.) Esta afirmación es desarrollada con mayor profundidad en los capítulos 5 y 6 (B) de esta compilación.

actualmente se desvían al gasto militar y a la seguridad, se destinen a las exigencias de la igualdad. Por eso, los derechos de las víctimas deben pensarse de forma sensible a la paz, de la misma manera en que debe pensarse la paz de forma sensible a los derechos de las víctimas.

Dentro de este contexto, el balance general de la actuación de la Corte colombiana en los procesos mencionados es positivo porque es sensible a las dos situaciones que hemos mencionado. La Corte ha defendido la recepción de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y se ha preocupado por hacer efectivos los derechos de las víctimas en el ordenamiento interno. Sin embargo, otras decisiones prenden las alarmas sobre los riesgos de una inadecuada intervención. Por ejemplo, la sentencia C-579 de 2013, que decidió pronunciarse en relación con la prohibición de la suspensión total de pena a los máximos responsables de violaciones de derechos humanos.

En el caso que resolvió la Corte en la sentencia C-579, se discutía si sustituía la actual Constitución una reforma introducida a su texto que permitía aplicar criterios de selección y priorización en la investigación de los máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra y la renuncia condicionada a la persecución penal. Para tomar la decisión, la Corte citó a audiencia pública a diferentes sectores de la sociedad, entre ellos a Dejusticia, y allí cada uno expuso sus consideraciones sobre este asunto.¹⁰ Lo extraño fue que nada se preguntó sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento de las penas impuestas a los máximos responsables sometidos a juicio. No obstante, la Corte fijó una regla según la cual la suspensión de la pena para los máximos responsables de los crímenes más atroces no era permitida en el ordenamiento constitucional colombiano.

Hemos defendido en otros lugares que en este proceso de paz los máximos líderes de las FARC y de los crímenes de Estado y de los paramilitares deberían tener unos mínimos de pena privativa de la libertad. Pero esta es la opinión entre jurídica y ético-política de un ciudadano.¹¹ El cierre de la Corte en un tema tan controversial, poniendo en vilo el proceso de paz, es inconveniente. Lo que recomendaba la prudencia judicial dentro de un proceso transicional

10 Véase al respecto el Auto de la Corte Constitucional del 24 de julio de 2013 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en el que se convocaba a la audiencia pública mencionada.

11 (*N. del E.*) Consúltase, por ejemplo, el capítulo 20 (E) de esta compilación, en el cual se ofrecen algunos criterios para el diseño de una fórmula de investigación y sanción de estos crímenes en la transición colombiana de la guerra a la paz.

era permitir que ese punto se decantara en el proceso democrático o, al menos, esperar a que los ciudadanos elevaran una demanda de constitucionalidad que dirigiera específicamente cargos en este sentido, sin atribuirse *motu proprio* el derecho a revisar dicha disposición.

Para terminar, vale la pena recordar dos decisiones judiciales que muestran los riesgos y las virtudes de la intervención judicial en procesos complejos de transición. La primera, que es un ejemplo de los riesgos, es el fallo adoptado en 1857 por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Dred Scott vs Sandford. Tratando de cerrar jurídicamente el debate político en relación con la posibilidad de que algunos estados abolieran la esclavitud, al tiempo que otros conservaran el régimen esclavista, la Corte Suprema dijo que ningún estado en Estados Unidos podía prohibir la esclavitud. Es posible que aun sin ese fallo la guerra civil se hubiera desencadenado, pero lo que casi ningún analista niega es que después del fallo Dred Scott, la guerra civil en los Estados Unidos era inevitable, porque la Corte Suprema había cerrado con un *fiat* judicial una discusión política (Lasser, 1988). El ejemplo de decisión judicial virtuosa es el de Sudáfrica, que ya se ha comentado un poco. Una Corte Constitucional que expresamente decidió contribuir a configurar el marco jurídico que permitiera pasar del régimen de *apartheid* a un régimen democrático amplio, pese a las imperfecciones que esta transición ha tenido.

Dentro de este marco, el desafío general de todos los tribunales constitucionales en periodos transicionales y el de la Corte Constitucional colombiana en particular es, entonces, decidir si seguirán el modelo Dred Scott o el modelo de la Corte Constitucional de Sudáfrica.

Referencias

- Carbonell, M. (ed.) (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, UNAM.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Caso Gomes Lund y Otros ("Guerrilha Do Araguaia") vs. Brasil. Sentencia de fondo*.
- De Greiff, P. (2012). Theorizing transitional justice. En Williams, M., Nagy, R. y Elster, J. (eds.). *Transitional Justice*. New York: NYU Press.
- Elster, J. (2004). *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*. New York: Cambridge University Press.
- Ely, J. H. (2001). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Epp, C. R. (1998). *The Rights Revolution*. Chicago: University of Chicago Press.

- Fioravanti, M. (2001). *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- Ginsburg, T. (2002). Confucian Constitutionalism? The Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan. *Law & Social Inquiry*, 27 (4), 763-799.
- Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press.
- Habermas, J. (2000). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Lasser, W. (1988). The Dred Scott Case. En *The Limits of Judicial Power: The Supreme Court in American Politics*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.
- Lessa, F. y Payne, L. (2012). *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspective*. New York: Cambridge University Press.
- Lollini, A. (2011). *Constitutionalism and Transitional Justice in South Africa*. New York-Oxford: Berghahn Books, HRC Series.
- Nino, C. S. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia*. Bogotá: Siglo XXI.
- Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Temis.
- Rodríguez Garavito, C. A. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Sólyum, L. (2003). The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy: With Special Reference to Hungary. *International Sociology*, (18), 133-161.
- Teitel, R. (1997). Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation. *The Yale Law Journal*, 106 (7), 2009-2080.
- Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 17-44). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

B. Los cambios constitucionales en América Latina¹

Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque (2013)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. y Sánchez, L. M. (2013). Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: balance y perspectivas. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

América Latina ha experimentado un intenso periodo de cambios constitucionales en las tres últimas décadas. Desde los años ochenta, y en especial a partir de los noventa, prácticamente la totalidad de los países de la región han adoptado nuevas constituciones o han introducido reformas muy importantes a sus constituciones vigentes.

Como lo han destacado algunos autores, existen algunos rasgos comunes a esta oleada de cambios constitucionales. Estos puntos comunes sugieren la existencia de una suerte de constitucionalismo latinoamericano que podría caracterizar las apuestas constitucionales durante las tres últimas décadas y que además marcaría un punto de inflexión respecto al pasado constitucional de la región. Sin embargo, también existen diferencias significativas tanto en lo que respecta al origen y la naturaleza del proceso constitucional, como a la intensidad y a la orientación de los cambios.

1. Rasgos comunes de las constituciones latinoamericanas contemporáneas

Existen cuatro aspectos que comparten todos los países sin excepción: la apuesta por el fortalecimiento de los procesos de descentralización, el establecimiento

1 (N. del E.) Este texto se basa parcialmente en Uprimny (2011).

de alguna modalidad de control constitucional por vía judicial, la creación de órganos orientados a incrementar la transparencia en el acceso y el ejercicio de la función pública y la ampliación del catálogo de derechos más allá de una agenda estrictamente liberal. Este conjunto de rasgos constituiría, entonces, el núcleo duro de los puntos de coincidencia entre los textos constitucionales.

1.1. *Un constitucionalismo aspiracional, igualitario y pluralista*

Si uno intenta [...] captar los patrones que subyacen a los puntos de coincidencia entre las distintas constituciones latinoamericanas de las últimas décadas, es posible obtener un tipo ideal que tendría las siguientes características. Primero, y aunque suene obvio, todos los ordenamientos muestran una adhesión a los gobiernos civiles y una apuesta por la consolidación del Estado de derecho. Esta característica resulta aún más relevante en aquellos países de la región en los cuales las nuevas constituciones marcaron el tránsito de un régimen autoritario a uno democrático.

Pero esta adhesión al Estado de derecho no es solo teórica, sino práctica. En las últimas décadas, con excepción de la tentativa fracasada contra Chávez y el golpe en Honduras, no ha habido levantamientos militares. Han caído varios presidentes, como sucedió en algunas ocasiones en Ecuador y en Bolivia, pero no como consecuencia de intervenciones militares, como ocurría en el pasado, sino por otros factores, como levantamientos populares. Y es posible que la consolidación de gobiernos civiles pueda parecer una conquista menor pero implica un cambio profundo en la realidad política e institucional latinoamericana, si se tiene en cuenta la frecuencia de las dictaduras militares en la región durante los siglos XIX y XX. En cierta medida, América Latina vive hoy su primera verdadera oleada constitucional.

Segundo, las constituciones recientes tienen un carácter aspiracional con una fuerte matriz igualitaria y pluralista.² En efecto, parece claro que la mayor parte de las reformas tenían como propósito la superación de ciertas tradiciones de autoritarismo y de arbitrariedad en América Latina, buscando una mayor consolidación del Estado de derecho y un incremento de la eficacia del Estado, gracias al reforzamiento de la capacidad e independencia de la justicia y de los organismos de control. Sin embargo, parece igualmente evidente que los procesos constitucionales tuvieron propósitos más amplios pues buscaron

2 (N. del E.) Para una explicación detallada del concepto de constitucionalismo aspiracional puede consultarse el capítulo 2 (C) de esta compilación.

también profundizar la democracia y combatir las exclusiones e inequidades sociales, étnicas y de género.

1.2. Una democracia fuerte: los esfuerzos de reinversión democrática

Muchas de las reformas constitucionales recientes en América Latina, sin rechazar la democracia representativa, han intentado ir un poco más allá, previendo nuevos espacios e instituciones de participación democrática. Los ciudadanos, además de elegir y revocar representantes, tienen también la posibilidad de decidir por medios directos, como referendos, plebiscitos o iniciativas populares. Hay pues un verdadero esfuerzo de reinversión democrática que podría ser teorizado como una ambiciosa tentativa por articular formas más clásicas de democracia representativa, que suelen enfatizar la dimensión deliberativa de la democracia, con visiones más radicales de democracia participativa. El constitucionalismo reciente en América Latina [...] no solo amplía los espacios de ciudadanía y de participación sino que fortalece o incluso exige la deliberación pública transparente para la toma de ciertas decisiones.

1.3. Un constitucionalismo fuerte: el neoconstitucionalismo

De otro lado, las reformas constitucionales recientes en América Latina han intentado reforzar la fuerza normativa de la constitución. La mayor parte de estas constituciones aspiran a ser textos que efectivamente gobiernen la vida en sociedad, por lo que incluyen mecanismos de justicia constitucional que aseguren que sus promesas de derechos y bienestar no sean meramente retóricas sino mandatos normativos con eficacia práctica.³

En ese sentido, las reformas constitucionales de los años noventa hacen entrar a América Latina en lo que algunos autores llaman “neoconstitucionalismo” (Carbonell, 2003; Carbonell y García, 2010), o conforme a otras terminologías, como las usadas por Ferrajoli, Estados de derecho constitucionales y no puramente legales (2001). Todas estas expresiones indican que estamos frente a ordenamientos que no se limitan a establecer límites al Estado o a diseñar las instituciones, sino que reconocen una amplia gama de derechos y principios, y le imponen metas al Estado, pero también establecen formas de justicia constitucional más o menos fuertes para que esos mandatos se cumplan.⁴

3 (N. del E.) En este punto, retomando a Rodríguez Garavito y Uprimny (2007), los autores de este texto exponen una tipología de las constituciones que resulta útil para la caracterización del neoconstitucionalismo.

4 (N. del E.) En el capítulo 10 (II-C) de esta compilación, se plantea que existe un cierto

El modelo paradigmático de este constitucionalismo fuerte está representado por las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, que además de ser constituciones muy densas en derechos y de establecer distintos mecanismos para su protección, tienen los sistemas de justicia constitucional más accesibles de la región, y tal vez del mundo, pues consagran acciones públicas a través de las cuales cualquier ciudadano puede controvertir la constitucionalidad de las leyes, dando como resultado un pronunciamiento judicial con efectos *erga omnes*.

1.4. La persistencia del presidencialismo

Un último rasgo muy importante del constitucionalismo latinoamericano reciente es que ni siquiera en el plano normativo logró separarse de esa tradición de hiperpresidencialismo, pues la figura presidencial conserva una preeminencia en la estructura del poder público, pese a los limitados intentos por reducir algunas facultades presidenciales y por fortalecer las asambleas legislativas, la rama judicial y los poderes locales. En este sentido, para bien o para mal, la vocación presidencialista de los regímenes políticos latinoamericanos continúa siendo parte del acervo constitucional característico de la región.

2. Una valoración del nuevo constitucionalismo latinoamericano

2.1. Un constitucionalismo relevante y original

Los países latinoamericanos comparten, en mayor o menor medida, una historia y un legado coloniales y por ello están atravesados por ciertos [desafíos] semejantes, a pesar de las obvias diferencias nacionales.⁵ Estos [...] desafíos no son para nada menores pues implican la adopción de regímenes constitucionales capaces de desarrollar tareas disímiles y muchas veces en tensión. En efecto, nuestras sociedades necesitan incorporar mecanismos eficaces de garantía de los derechos humanos e instaurar diseños constitucionales que permitan la estabilidad institucional; pero, al mismo tiempo, los países de América Latina

neoconstitucionalismo progresista en el Sur Global, el cual se ha manifestado de forma clara a través de las decisiones judiciales sobre casos estructurales en los que existen violaciones generalizadas de los derechos económicos, sociales y culturales.

5 (N. del E.) Concretamente, en el texto original se destaca la existencia de al menos nueve problemas compartidos, tales como los altos niveles de inequidad y pobreza, las prácticas de subyugación cultural, la debilidad e inestabilidad institucionales y el fuerte predominio del poder ejecutivo.

parecen requerir Estados fuertes, capaces de remover las persistentes y agudas desigualdades y esto corre el riesgo de acentuar tendencias autoritarias y caudillistas pues se puede pensar que solo con líderes fuertes y carismáticos es posible promover cambios sociales profundos, que deben enfrentar fuertes resistencias de élites económicas.

Un constitucionalismo democrático transformador en América Latina es entonces difícil y complejo pues debe ser muy creativo para poder abordar estos desafíos. Ahora bien, el balance realizado en los puntos anteriores muestra que las constituciones adoptadas en la mayor parte de la región durante las últimas tres décadas aspiran, con distintos niveles de intensidad, a superar esos problemas, y en este sentido, las apuestas de la última oleada de cambios constitucionales resultan pertinentes y relevantes (Uprimny, 2011).

Además, las reformas constitucionales recientes en la región, aunque obviamente han aprovechado las experiencias de otras partes del mundo, no se han limitado a copiar instituciones y normas foráneas, sino que ha habido esfuerzos de innovación institucional nada despreciables. Por ejemplo, a nivel normativo, la fuerte apertura al derecho internacional de los derechos humanos o la previsión de justicias constitucionales muy abiertas, incluso con acciones públicas de inconstitucionalidad, son elementos distintivos del constitucionalismo latinoamericano, que han vigorizado la protección constitucional de los derechos.

Igualmente, a nivel institucional, el constitucionalismo latinoamericano reciente ha innovado para lograr una mejor articulación de la diversidad étnica y cultural, por ejemplo, con [...] la constitucionalización de la consulta previa, que ha llevado a desarrollos impensables hace algunos años, como la posibilidad de que ciertos tribunales constitucionales, como la Corte Constitucional colombiana, anulen leyes, por cuanto impactaban a los pueblos indígenas y no les fueron previamente consultadas, o paren represas o explotaciones mineras por falta de consulta previa, o incluso de consentimiento previo, en aquellos eventos en que el proyecto extractivo tuviera un impacto profundo y grave sobre el pueblo originario.⁶

6 (N. del E.) A partir del caso de la represa de Urrá, Rodríguez Garavito y Orduz Salinas (2012) evalúan las disputas que se han desarrollado con ocasión de las consultas previas y la manera en que las cortes han intervenido en tales disputas. Por su parte, en Rodríguez Garavito (2012) se plantea además cómo el ascenso del mecanismo de consulta previa se enmarca en un proceso de juridización global de la diferencia. Al respecto véase en esta compilación el capítulo 10 (III).

2.2. *El riesgo de incoherencia ideológica: las tensiones internas entre principios de justicia y formas de democracia*

Como se mostró, varias constituciones recientes incorporan distintas formas de democracia, como la representativa, la directa y la propia de las comunidades indígenas, que es comunal y autonómica. A su vez, conforme a la conocida distinción de Nancy Fraser (2000), las constituciones que reconocen derechos especiales a las comunidades indígenas, consagran principios distintos de justicia pues buscan la igualdad social y una mayor justicia distributiva, en especial al consagrar los derechos sociales, pero también están inspiradas por una justicia de reconocimiento en relación con los pueblos indígenas.

Estas distintas formas de democracia y estos diversos principios de justicia pueden eventualmente entrar en fuerte tensión, como lo han mostrado, por ejemplo, los enfrentamientos en Ecuador entre el presidente Correa y los pueblos indígenas en relación con la explotación de recursos mineros en territorios indígenas. Estas tensiones obligan a una suerte de reinversión teórica y práctica de la democracia constitucional, al menos como la hemos entendido hasta ahora.

Ahora bien, en la práctica ya existen experiencias que muestran que la articulación entre democracia representativa y democracia comunal es posible y fecunda. Un ejemplo fue la consulta del Gobierno Santos en Colombia en 2011, con los pueblos indígenas a fin de adoptar las medidas con fuerza de ley para reparar y restituir territorios a las comunidades afectadas por el conflicto armado, que fue una consulta eficaz y genuina, que permitió adoptar concertadamente entre los representantes de los pueblos indígenas y el Gobierno esas normas (Rodríguez Garavito y Orduz, 2012). Estas experiencias brindan lecciones sobre cómo enfrentar a nivel teórico y práctico estos dilemas.

2.3. *El riesgo de incoherencia instrumental: la tensión entre constitucionalismo fuerte y democracia fuerte*

Otro punto en el que pueden surgir tensiones importantes es en el esfuerzo de las reformas recientes en América Latina por articular simultáneamente una forma de neoconstitucionalismo con un estímulo a la participación democrática, pues parecen ejercicios en dirección contraria. Así, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una protección judicial reforzada de una carta constitucional muy densa de derechos, por lo cual tiende a la judicialización, ya que los jueces, en especial los constitucionales, comienzan a decidir asuntos que anteriormente eran debatidos en espacios democráticos.

Ahora bien, la combinación de estos dos factores es teóricamente posible pero no es fácil por cuanto un modelo fuerte de protección de derechos impone límites al debate democrático en tanto sustrae ciertos asuntos —precisamente los relacionados con los derechos fundamentales— a la lógica de las mayorías. Sin embargo, desde el punto de vista teórico, existen perspectivas que buscan hacer compatible una justicia constitucional fuerte con la vigorización de la democracia. La idea, que es teóricamente sólida y que compartimos, es la siguiente: los derechos constitucionales son en cierta medida presupuestos de la democracia, puesto que su respeto es condición necesaria para que la democracia perdure y opere en forma apropiada e imparcial.

Por ello, los jueces constitucionales, al proteger los derechos fundamentales, lo que hacen es preservar las bases de la democracia, evitando dos riesgos graves del principio de mayoría. El primer riesgo es que el principio de mayoría se anule a sí mismo, pues un gobernante ocasional puede aprovechar sus mayorías para modificar a su favor las reglas electorales o para introducir leyes que silencien a sus oponentes. El segundo riesgo es que las mayorías gobiernen a favor de sí mismas y discriminen sistemáticamente a ciertas minorías, que no pueden hacerse representar adecuadamente en el espacio político, precisamente por ser minorías.⁷

2.4. *Los riesgos de ineficacia: la desconexión entre las promesas y los diseños institucionales*

La vocación normativa y el contenido aspiracional de las constituciones latinoamericanas no han significado que sus promesas se hayan realizado. Por el contrario, a pesar de dicha vocación, la distancia entre lo proclamado por los textos constitucionales y la realidad social y política de nuestros países es grande. En ese sentido, América Latina sigue manteniendo esa tradición de adherir teóricamente a las formas constitucionales, pero suele tener muchas dificultades para realizarlas prácticamente.

Por el contrario, en ciertos casos, los reformadores acertaron en armonizar los propósitos de cambio previstos en la parte dogmática con la instauración de dispositivos instrumentales apropiados en la parte orgánica [...]. Un ejemplo

7 (N. del E.) Los autores también destacan cómo la actividad de las cortes puede generar un efecto de desbloqueo institucional, especialmente en democracias precarias como las latinoamericanas. Sobre este punto remitimos al lector a la consulta del capítulo 10 (II. D y E) de esta compilación.

significativo fue la previsión de la llamada acción de tutela en la Constitución de 1991 en Colombia, que es una suerte de amparo que permite a cualquier persona solicitar a cualquier juez la protección de sus derechos fundamentales.⁸

2.5. *El riesgo de caudillismo y autoritarismo: la tensión entre la democracia participativa, el presidencialismo y el Estado de derecho*

A veces, este divorcio relativo entre los principios ideológicos de las reformas y sus diseños institucionales puede tener efectos más graves, pues no solo podría implicar una cierta ineficacia de las promesas constitucionales, sino que podría acarrear consecuencias autoritarias y antidemocráticas. Y esto sería no solo muy negativo, sino también paradójico, pues una de las grandes tareas de este nuevo constitucionalismo era precisamente superar el autoritarismo y el caudillismo en América Latina. Sin embargo, muchos diseños constitucionales se han caracterizado por la ampliación de la democracia participativa sin reducir significativamente el poder presidencial, o incluso en ocasiones reforzándolo de manera explícita, ampliando sus competencias, como en Ecuador, o previniendo la reelección presidencial inmediata, tal como ha sucedido en varios países.

2.6. *Los riesgos de la inercia: la tensión entre lo viejo y lo nuevo*

El constitucionalismo latinoamericano que hemos caracterizado en este texto contiene algunas apuestas novedosas que se distancian o riñen abiertamente con el pasado constitucional de la región. Tal vez dos de los aspectos que mejor pueden representar esta tensión entre lo viejo y lo nuevo son, por un lado, la vocación pluralista de buena parte de los nuevos textos constitucionales que se expresa en el reconocimiento y la valorización de una ciudadanía diversa en las dimensiones étnica, cultural y política; y, por el otro lado, la diversificación de las fuentes jurídicas, tanto por el reconocimiento de las formas de justicia de las comunidades indígenas, como por la incorporación de estándares internacionales de derechos humanos y la atribución de estatus normativo a las cláusulas constitucionales. Los dos aspectos implican renovaciones sociales y culturales profundas que resultan difíciles de conciliar con visiones tradicionales del derecho que están arraigadas en las mentalidades o que tienden a mantenerse en virtud de la lógica inercial de las instituciones.

8 (N. del E.) Sobre los alcances, las virtudes y los logros de la acción de tutela puede ser útil consultar el capítulo 10 (II) de esta compilación.

3. Excurso. Desafíos y riesgos de las distintas vías de transformación constitucional: los casos de Venezuela y Colombia

Como lo hemos mostrado a lo largo de este texto, el nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene propósitos e innovaciones relevantes e importantes, pero está también atravesado por complejas tensiones, que podrían limitar sus potencialidades democráticas o incluso tener efectos negativos. Al respecto, surge una pregunta: ¿cómo se han desenvuelto en la práctica estos nuevos regímenes constitucionales? Como nos resultaba imposible desarrollar un examen detallado de las evoluciones de los distintos países, preferimos centrarnos en el estudio comparado de dos casos que, por contraste, podrían brindar lecciones importantes. La selección parte de la tensión que constatamos entre constitucionalismo fuerte y democracia fuerte, que implica que las constituciones latinoamericanas abren diferentes vías para la realización de sus postulados.

Siguiendo una tipología propuesta por Mauricio García Villegas, es posible identificar dos modelos de constitucionalismo aspiracional que se distinguen en función de los mecanismos que se utilizan para realizar en la práctica los postulados constitucionales: uno es el aspiracional-judicial y el otro el aspiracional-político, que corresponde globalmente a la distinción que hicimos precedentemente entre democracia fuerte y constitucionalismo fuerte. Según García Villegas, “el primero se vale de los jueces y en particular de los tribunales constitucionales, para cumplir con sus cometidos”, mientras que “el segundo se vale sobre todo de la ley y de las mayorías políticas para lograrlo” (2012, p. 99).

3.1. *El caso colombiano: neoconstitucionalismo fuerte, democracia débil*⁹

A dos décadas de su aprobación, la apuesta por la garantía judicial de los derechos ha tenido en Colombia resultados positivos significativos,¹⁰ mientras que los resultados en materia de fortalecimiento de la democracia participativa y representativa han sido precarios. Así, mientras la acción de tutela se convirtió en un mecanismo de uso recurrente para la protección de los derechos y la Corte Constitucional alcanzó un alto protagonismo político y social, a tal punto que se puede hablar con acierto de un fenómeno de judicialización de la política

9 Este apartado está parcialmente basado en Uprimny (2012) y Uprimny y Sánchez Duque (2013).

10 (N. del E.) Los avances en esta materia son expuestos en Jaramillo (2012). Algunos extractos de la versión inédita en español de este texto se encuentran en el capítulo 10 (I-C) de esta compilación.

(Uprimny, 2008), la efectividad de los mecanismos de participación ciudadana ha sido limitada, así como los intentos por fortalecer la democracia en las instancias de representación.¹¹

De otro lado, la Corte Constitucional también ha adoptado decisiones de alto impacto por vía del control de constitucionalidad abstracto de la legislación. Por solo citar algunos ejemplos, la Corte Constitucional ha controlado los excesos gubernamentales, en especial en los estados de excepción, con lo cual ha disminuido el uso desproporcionado del estado de sitio que caracterizó a Colombia antes de la Constitución de 1991.¹² Igualmente, ha protegido la autonomía individual, por medio de decisiones como la despenalización del consumo de drogas (sentencia C-221/94)¹³ y de la eutanasia (sentencia C-239/97); ha favorecido la igualdad entre las religiones, mediante la anulación del concordato y de los privilegios de la religión católica (sentencia C-027/93); y ha reconocido derechos que han confrontado extendidos y arraigados patrones culturales, como los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, con fundamento en los cuales la Corte despenalizó el aborto en tres circunstancias (sentencia C-355/06).¹⁴

En contraste con los avances en la vía de la justicia constitucional, la innovación democrática ha tenido un resultado bastante pobre. Aunque en los últimos veinte años se rompió el bipartidismo, que era visto con razón por los constituyentes como uno de los signos del carácter excluyente del régimen político colombiano, la democratización de las instancias representativas está aún lejos de materializarse. Por el contrario, la democracia representativa tendió más bien a deteriorarse, en especial debido a la manera como las organizaciones criminales, y en especial los grupos paramilitares, lograron no solo interferir el sistema electoral sino incluso cooptar, por vías electorales, parcelas importantes del Estado colombiano, en especial a nivel local. De otro lado, el panorama tampoco resulta muy alentador en términos de la apuesta por la democracia participativa. A pesar de que el impulso constitucional desató un desarrollo

11 (N. del E.) Sobre la distinción entre justicia protagónica y justicia rutinaria pueden verse el estudio preliminar, la introducción a la Parte dos y el capítulo 9 (I-B) de esta compilación.

12 (N. del E.) Para una aproximación al impacto del control judicial sobre las declaratorias de estado de excepción, véase el capítulo 10 (I-D) de esta compilación.

13 (N. del E.) Sobre la desproporción de las políticas frente a las drogas en el ordenamiento colombiano, véase el capítulo 12 de esta compilación.

14 (N. del E.) Sobre la regulación e implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia, consúltese Chaparro y Dalén (2015); Chaparro, García, Guzmán, Rojas y Sandoval (2013); Dalén (2013); Dalén, Guzmán y Molano (2013).

legislativo importante en materia de mecanismos institucionales para permitir la participación ciudadana, su efectividad ha sido en general muy limitada.

Lo anterior constata entonces la idea de que las aspiraciones de cambio constitucional han sido conducidas preferentemente por la vía judicial. Ahora bien, este modelo aspiracional-judicial ha tenido aspectos positivos, pero también tiene importantes limitaciones y entraña riesgos en términos de la realización efectiva de las promesas constitucionales. En cuanto a los aspectos positivos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho realidad el postulado de la eficacia normativa de la Constitución y, con ello, ha velado de manera amplia por la protección de los derechos civiles, sociales y colectivos, y además ha promovido la constitucionalización del derecho ordinario, impulsando de este modo la transformación de la cultura jurídica nacional. Adicionalmente, las decisiones de la Corte han tendido, en muchos casos, a fortalecer y no a debilitar la democracia colombiana.¹⁵

Sin embargo, pese a las bondades de la justicia constitucional como vía para la materialización de las aspiraciones constitucionales, la fuerte inclinación de la balanza hacia el lado de la judicialización comporta, a nuestro juicio, al menos dos grandes riesgos. El primero es la debilidad intrínseca de la justicia constitucional para sostener un proyecto de transformación de gran envergadura. La jurisprudencia constitucional puede abrir escenarios para la democratización y el respeto de los derechos, pero parece impensable una garantía amplia y efectiva de los derechos sin una transformación profunda de las instituciones democráticas de tal modo que en estas se encuentren representados de manera efectiva los intereses de quienes han sido históricamente excluidos de los beneficios económicos y de las instancias políticas. El segundo riesgo se deriva del hecho de que así como la justicia constitucional puede jugar un papel importante en la preservación o la ampliación de la democracia, tal como lo demuestra el caso colombiano, una democracia vigorosa también es necesaria para contener los potenciales desmanes de una justicia constitucional robustecida.

15 (N. del E.) Un buen ejemplo de este fortalecimiento democrático es, al decir de los autores, el proceso de seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004, ideado por la Corte Constitucional de Colombia. Sobre el carácter innovador y dialógico de este proceso consúltese Rodríguez Garavito y Rodríguez (2010) y el capítulo 10 (II-D y E) de esta compilación.

3.2. *El caso venezolano: democracia desde abajo, fortalecimiento presidencialista y erosión del Estado de derecho*

El caso venezolano ilustra bien las diferencias de balance entre las tres tradiciones constitucionales que nutren a la mayoría de las constituciones latinoamericanas —la liberal, la democrática y la social—. El actor protagónico en el proceso de materialización de las aspiraciones constitucionales ha sido el Gobierno encabezado por Chávez que, de la mano de sus bases populares, ha puesto el foco en la realización de las promesas de bienestar social y en la promoción y exaltación de la democracia participativa. El énfasis en estos dos aspectos ha inclinado la balanza a favor de las dimensiones democrática y social de la Constitución. Sin embargo, esta centralidad del Gobierno chavista, aunada al carisma personal y al estilo populista de Chávez, ha hecho gravitar el proyecto de transformación prefigurado en la Constitución en torno a la figura presidencial, con lo cual no solo se ha fortalecido el presidencialismo, sino que se han puesto en entredicho dos de los principios medulares del Estado de derecho y del constitucionalismo liberal: la alternación en el poder y la independencia de las ramas del Estado.

Sin entrar a valorar los medios utilizados, los resultados en materia social alcanzados por Venezuela en la última década son destacables. Puede decirse que Venezuela es uno de los países de la región que más ha avanzado en términos sociales justo en el periodo posterior a un cambio constitucional. Por ejemplo, si se toma la clásica medida del coeficiente de Gini, que varía entre 0 (total igualdad) y 1 (total desigualdad), Venezuela ha tenido resultados notables desde la aprobación de la Constitución y durante los Gobiernos de Chávez: ha logrado una reducción de más de diez puntos, llegando a 0,38, que hace a Venezuela el país más igualitario a nivel de la distribución de ingresos en América Latina, incluso con un mejor resultado que el tradicionalmente igualitario Uruguay (Cepal, 2010, p. 82; 2012, p. 21).

La otra particularidad del caso venezolano es el lugar destacado que ha adquirido el principio de soberanía popular. Este fenómeno está ligado a la noción de democracia radical, que cuestiona los límites del modelo representativo liberal, aboga por la profundización de la participación directa de la ciudadanía y reivindica al sujeto popular como fundamento primordial del derecho y como depositario de la última palabra a nivel constitucional. Así, quienes defienden la reelección indefinida en Venezuela señalan que la incorporación de la figura fue decidida por la mayoría del pueblo venezolano a través de un mecanismo de democracia participativa y que, además, la permanencia de Chávez en el poder

ha sido también el resultado de un proceso electoral con amplia participación ciudadana. Desde esta perspectiva, la justificación de la reelección presidencial indefinida en casos como el venezolano radicaría en que este sería el mejor modo de asegurar la vigencia efectiva de la voluntad popular que vendría a estar encarnada en el presidente.

Estas posiciones tienen un punto de partida valioso, que es la crítica a la reducción de la noción de democracia a los postulados liberales, de conformidad con los cuales el carácter democrático de un régimen se determina exclusivamente en función de la alternancia en el poder, la separación de poderes y las garantías para los opositores, [...]. Sin embargo, a pesar de la importancia del esfuerzo por pensar la democracia en América Latina más allá del liberalismo, a nuestro modo de ver el error de estas perspectivas es olvidar qué tiene para decir este en nuestra región.

La modificación de las reglas electorales para permitir la reelección presidencial indefinida del propio presidente Chávez, precisamente animada por esta idea de que sin él la transformación prometida en la Constitución no puede continuar, pone también en riesgo la separación de poderes pues a las pretensiones de perpetuación en el poder van aparejadas las prácticas de su concentración. Y esto se ha traducido en una grave afectación a la independencia judicial, pues el Gobierno Chávez prácticamente cooptó, desde 2004, a la Corte Suprema de Justicia, que quedó alineada al proyecto chavista, lo cual a su vez debilitó las garantías judiciales de los opositores a Chávez, lo cual ha permitido afectaciones graves de derechos fundamentales, como la libertad de expresión (Human Rights Watch, 2012).

Dado el fuerte vínculo que históricamente ha existido en nuestros países entre presidencialismo y autoritarismo, no parece ser que la mejor alternativa para democratizar el poder sea reforzando este presidencialismo y desechando de tajo los aportes del Estado de derecho, sin el cual, como lo señaló insistentemente y con razón Bobbio, no parece que puedan existir democracias genuinas (1985).

4. Conclusiones: los desafíos académicos y políticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano

A pesar de las diferencias respecto al origen y a la intensidad de las transformaciones constitucionales que se han dado en América Latina a lo largo de las tres últimas décadas, es posible identificar un conjunto de rasgos compartidos por la mayoría de las constituciones de la región, tanto en lo que tiene que

ver con la definición de los principios y derechos, como en la regulación del ejercicio del poder público. Este conjunto de líneas comunes da cuenta de un neoconstitucionalismo aspiracional, de corte igualitario, entusiasta de la diversidad y orientado a la democratización. Sin embargo, en todo caso, existe un reto común, independiente del camino adoptado, y que parece ser el gran reto del constitucionalismo regional: el de encontrar la mejor manera para que las aspiraciones de cambio no queden petrificadas en las constituciones como falsas promesas.

Ahora bien, este reto es tanto político como académico. Las recientes transformaciones constitucionales han estado acompañadas de cambios políticos positivos para nada despreciables en la región, como: i) una cierta estabilización de la democracia política, o al menos de la existencia de gobiernos civiles electos popularmente, ii) un cierto giro progresista de la política latinoamericana, con la llegada al poder en algunos países de movimientos que parecen más genuinamente preocupados por enfrentar la exclusión y la desigualdad, y iii) el ascenso de movimientos sociales que han transformado la dinámica política en ciertos países, como el movimiento indígena. Y si bien no es clara la relación entre las reformas constitucionales y esos cambios políticos, esa concomitancia de los fenómenos sugiere que entre ellos podría haber vínculos importantes, que muestran la relevancia del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Referencias

- Bobbio, N. (1985). *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza y Janés.
- Carbonell, M. (Ed.). (2003). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, M., y García, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cepal (2010). *América Latina frente al espejo. Dimensiones objetivas y subjetivas de la inequidad social y el bienestar en la región*. Naciones Unidas.
- Cepal (2012). *Panorama social de América Latina*. Naciones Unidas.
- Chaparro González, N. y Dalén, A. (2015). *No interrumpir el derecho. Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud en materia de IVE*. Documentos 19. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.686.pdf
- Chaparro González, N., García, C., Guzmán, D. E., Rojas Castro, S. y Sandoval, N. (2013). *Lejos del derecho. La interrupción voluntaria del embarazo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.340.pdf

- Dalén, A. (2013). *La implementación de la despenalización parcial del aborto en Colombia*. Documentos 11. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.362.pdf
- Dalén, A., Guzmán, D. E. y Molano Ayala, P. (2013). *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*. Documentos 8. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.339.pdf
- Ferrajoli, L. (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fraser, N. (2000). ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era postsocialista. *New Left Review*, (0), 126-155.
- García Villegas, M. (2012). Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina. *Análisis Político*, (75), 89-110. Recuperado de <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/rt/printerFriendly/43508/44797>
- Human Rights Watch. (2012). *Concentración y abuso de poder en la Venezuela de Chávez*. Washington: HRW.
- Jaramillo, J. F. (2012). Colombia's 1991 Constitution. A Rights Revolution. En Detlef, N. y Almut, S.-V. (eds.). *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*. England: Ashgate Publishing Limited.
- Rodríguez Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.261.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Orduz Salinas, N. (2012). *Adiós río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.290.pdf
- Rodríguez Garavito, C., y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Rodríguez Garavito, C., y Uprimny, R. (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. En Pérez Murcia, L. E. y Uprimny, R. (eds.). *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (pp. 23-70). Bogotá: Dejusticia, IDEP. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.163.pdf
- Uprimny, R. (2008). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades

- y riesgos. En VV. AA. *Los jueces: entre el derecho y la política* (pp. 81-99). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Uprimny, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En Rodríguez Garavito, C. (ed.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI. Recuperado de http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf
- Uprimny, R. (2012). La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil? En Jost, S. (ed.). *20 años de la Constitución colombiana: logros, retrocesos y agenda pendiente* (pp. 39-53). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung. Recuperado de <http://www.kas.de/wf/doc/18838-1442-4-30.pdf>
- Uprimny, R., y Sánchez Duque, L. M. (2013). Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después. *Les Cahiers Des Amériques Latines* (71), 33-53. Recuperado de <https://cal.revues.org/2663?lang=en>

C. El constitucionalismo en Colombia y la revolución de los derechos¹

Juan Fernando Jaramillo Pérez (2012)

Extractos tomados de:

Jaramillo, J. F. (2012). La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos (sin publicar).

Colombia es un país particular en muchos sentidos en Latinoamérica. Mientras muchos países latinoamericanos han conocido largas dictaduras personales, Colombia casi no ha tenido la experiencia de gobernantes que se perpetúan en el poder. De la misma manera, a diferencia de lo que ocurre en muchos países del área, en Colombia ha existido una importante tradición de independencia judicial y de libertad de prensa.

Pero, al mismo tiempo, la historia de Colombia ha estado marcada por la violencia política. En el siglo XIX, el país fue azotado por ocho guerras civiles nacionales y por decenas de rebeliones regionales (Tirado Mejía, 2007, pp. 63 y ss.), entre los partidos Liberal y Conservador. Luego, en el siglo XX, experimentó distintos sucesos de violencia política en los años treinta y cuarenta, y después la denominada época de la Violencia —siempre entre liberales y conservadores— que se extendió desde 1948 hasta 1958, y que causó cientos de miles de muertes. Y finalmente, a partir de los años sesenta, el país vio surgir distintos grupos guerrilleros, paramilitares y narcotraficantes, que han sumergido al país en una aterradora ola de violencia.

1 (N. del E.) La versión en inglés de este artículo fue publicada en Jaramillo (2012). Se recomienda además que este texto sea leído en el marco de las reflexiones que se plantean en el capítulo 10 (I-A) de esta compilación, dedicado al constitucionalismo latinoamericano.

Precisamente, la violencia imperante y el descreimiento en las instituciones condujeron a que desde finales de los años setenta se planteara la necesidad de modificar la Constitución Política de 1886, vigente hasta entonces. Varios intentos fracasaron, hasta que en 1991 se convocó una Asamblea Nacional Constituyente [...], y ese mismo año se expidió la actual Constitución. Uno de los propósitos fundamentales de la Constitución de 1991 fue el de asegurar una paz duradera en el país. Evidentemente, ese objetivo no se ha alcanzado. Incluso se puede afirmar que luego de 1991, han existido periodos de grave agudización del conflicto armado interno, con graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

A pesar de lo anterior, la nueva Constitución ha significado un cambio fundamental en cuanto a los derechos de las personas. De allí que se pueda afirmar que con la Constitución de 1991 se ha producido una verdadera revolución de los derechos en Colombia. Este escrito se propone presentar las transformaciones producidas en esta materia a partir de la entrada en vigencia de dicha Carta.

1. Los derechos en la Constitución de 1991

La Constitución de 1886 dedicaba su Título III a los derechos civiles y las garantías sociales. Sin embargo, en esa época no existían acciones judiciales ágiles para reclamar la vigencia de los derechos de las personas. Además, imperaba el concepto de que los jueces no podían aplicar directamente la constitución, sino la ley, razón por la cual esos derechos solamente regían en la medida en que los regulara la ley.

En contraposición a la Constitución de 1886, la Carta de 1991 tomó distintas medidas para garantizar la vigencia de los derechos de las personas. Así, en su texto contempló una amplia gama de derechos, que divide entre los derechos fundamentales, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos y del medioambiente.

Pero, además, en la misma Constitución se establecieron una serie de acciones constitucionales, destinadas a garantizar los derechos fundamentales (la acción de tutela o amparo), los derechos e intereses colectivos (la acción popular), el cumplimiento de las leyes y los actos administrativos (la acción de cumplimiento) y el resarcimiento de los daños a colectivos de personas (la acción de grupo).

Finalmente, la Constitución creó la Corte Constitucional, a la cual se le asignó, entre otras atribuciones, la función de conocer de las demandas de

inconstitucionalidad presentadas contra las leyes y la de fallar sobre las sentencias de tutela que ella misma seleccionara.

2. La revolución de los derechos

El resultado de los casi veinte años de vigencia de la Constitución es que, si bien no se ha logrado la paz, sí se ha presentado una revolución en el campo de los derechos, la cual ha sido fundamentalmente jalonada por los organismos judiciales, especialmente la Corte Constitucional.² Esta revolución se puede concretar en dos hechos. El primero consiste en el reconocimiento jurídico de los derechos de las personas y la aplicación práctica y el desarrollo de los mismos, en contraposición a la tradición colombiana y de muchos países latinoamericanos de que se queden en el papel. De acuerdo con el segundo, la revolución se evidencia en la convicción de las personas acerca de que son titulares de una serie de derechos y de que pueden exigirlos judicialmente. A continuación se describe brevemente cómo este cambio fundamental en materia de los derechos ha beneficiado a algunos grupos sociales específicos, cómo se ha materializado en el campo de los derechos sociales y cómo se ha expresado en relación con algunos derechos de libertad y de participación.

2.1. Cambios en la situación de grupos sociales específicos

- a. Las comunidades indígenas. La Constitución determinó que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 8). A continuación se resaltaré el papel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la garantía de la eficacia de las normas constitucionales sobre dos puntos: la jurisdicción indígena (art. 246) y el deber de consulta a las comunidades indígenas (art. 330).

En la Carta se estableció que la jurisdicción indígena debía actuar de conformidad con la Constitución y las leyes colombianas. Esto condujo a que inicialmente la Corte Constitucional anulara decisiones de las autoridades judiciales indígenas, por no estar de acuerdo con los dos parámetros señalados (sentencia T-254/94). Sin embargo, a partir de la sentencia T-349/96, la Corte modificó su posición y señaló que el principio de la pluralidad étnica y cultural exigía garantizarle a la jurisdicción indígena un campo amplio de aplicación de los usos y

2 (N. del E.) Al respecto véase Jaramillo (2007).

las costumbres. Por tanto, estableció que, desde la perspectiva constitucional, la jurisdicción indígena solamente tenía que someterse a un número reducido de límites, a saber: la prohibición de la pena de muerte, de la tortura y la servidumbre, y la aplicación del derecho al debido proceso, según el entendimiento de la comunidad indígena respectiva. Además, en distintas ocasiones la Corte ha destacado el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a que las autoridades de su comunidad decidan sobre sus litigios (sentencias T-266/99 y T-606/01).

Por otro lado, con base en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT, la Corte ha reiterado en distintas sentencias que las comunidades indígenas deben ser consultadas sobre los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales que se hallan en su territorio. Ello ha conducido a que la Corte haya ordenado la suspensión de distintos proyectos en territorios indígenas hasta realizar la consulta previa debida (sentencias SU-039/97, T-656/98 y T-880/06).

Además, en sentencias recientes (T-769/09 y T-129/11), [...] la Corte Constitucional estableció que en aquellos casos en los que el proyecto de exploración o explotación de los recursos naturales amenace el entorno vital de las comunidades indígenas o los grupos tribales no solamente se requerirá la celebración de la consulta previa, sino que se debe lograr el consentimiento previo de las comunidades para poder llevar a cabo el proyecto.

De otra parte, después de algunas vacilaciones iniciales (sentencia C-169/01), la Corte Constitucional ha establecido que la consulta previa no se reduce únicamente a la explotación de recursos naturales, sino que también se aplica a las decisiones que tienen la capacidad de afectar la vida de las comunidades. Por ello, en los últimos años la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la ley que reglamentaba el uso de los bosques, de la que regulaba el sector agrario colombiano y de la que reformaba el Código de Minas, por cuanto los proyectos no fueron consultados con las comunidades (sentencias C-030/08, C-175/09 y C-366/11).³

- b. Las comunidades afrocolombianas. La Constitución solamente se refirió a las comunidades afrocolombianas en el artículo transitorio 55.

3 (N. del E.) Sobre el tema de constitucionalismo y pueblos étnicos, consúltense el capítulo 10 (III) de esta compilación.

Allí se estableció que el Congreso expediría una ley con el objeto de reconocerles a las comunidades negras el derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras baldías que ocupaban en la cuenca del Pacífico.

Mediante la Ley 70 de 1993, se dio cumplimiento a lo ordenado en el artículo 55 transitorio de la Constitución. La aplicación de la Ley ha conducido a que en estos años se hayan entregado títulos colectivos de propiedad a las comunidades negras por más de 5 millones de hectáreas. Este proceso ha sido considerado como una de las reformas agrarias más importantes de América Latina en los últimos años (Rodríguez Garavito y Lam, 2011, p. 6).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional también se ha referido a las comunidades afrocolombianas, aunque el número de sentencias sobre ellas es muy inferior a las dictadas sobre las comunidades indígenas. En sus providencias, la Corte Constitucional ha detectado casos de discriminación racial y ha ordenado las sanciones pertinentes (sentencias T-1090/05 y T-131/06). También ha establecido que a las comunidades negras se les aplican las mismas normas sobre territorios colectivos, autoridades propias y consulta previa que a las comunidades indígenas (sentencias C-461/08, T-769/09 y T-1045-A/10). Igualmente, la Corte ha tomado medidas para la protección de las comunidades negras desplazadas o en situación de confinamiento (A-005/09) y para impedir que los territorios de las comunidades negras sean usurpados por empresas y grupos paramilitares (A-222/09).⁴

- c. Las personas desplazadas por la violencia. El conflicto armado que padece Colombia ha generado un proceso masivo de desplazamiento forzado interno. Para contrarrestar el fenómeno del desplazamiento se dictó la Ley 387 de 1997. De acuerdo con analistas internacionales, esta Ley es una de las más avanzadas del mundo en materia de reconocimiento de los derechos de las personas desplazadas por la violencia. Sin embargo, como en tantos otros campos, la ley se quedó en el papel. Fue a través de la Corte Constitucional que los derechos de los desplazados empezaron a hacerse realidad (Rodríguez Garavito y Rodríguez, 2010). En el año 2004, la Corte dictó la sentencia T-025, en la cual declaró que la violación de los derechos de los desplazados

4 (N. del E.) Sobre la importancia de incluir una perspectiva de justicia étnica colectiva en las discusiones sobre justicia transicional, véase el capítulo 13 (D) de esta compilación.

por la violencia era de tal magnitud que constituía un estado de cosas inconstitucional. La Corte observó que, a pesar de lo establecido en la Ley 387 de 1997, no existían políticas públicas destinadas a garantizar los derechos fundamentales de las personas desplazadas. Por eso, dictó una serie de órdenes a las más distintas autoridades públicas con el objeto de ir corrigiendo las falencias detectadas.

En la sentencia también se estableció que la misma Corte se encargaría de supervisar el cumplimiento de sus órdenes. La decisión anterior ha generado un interesante proceso de comunicación entre la Corte, las autoridades gubernamentales, las organizaciones de personas desplazadas y las organizaciones no gubernamentales o internacionales que trabajan en la materia. El proceso de diálogo se ha prolongado ya por seis años.⁵

2.2. Cambios en relación con los derechos sociales

La Corte Constitucional ha generado una amplia jurisprudencia sobre los derechos sociales; en ella ha establecido que tales derechos pueden ser justiciables tanto a través de la acción popular de inconstitucionalidad como de la acción de tutela.

Precisamente, en respuesta a acciones populares de inconstitucionalidad, la Corte ha decidido que la educación básica primaria en los colegios oficiales debe ser gratuita (C-376/10), ha declarado la inconstitucionalidad de un impuesto sobre los productos de la canasta básica (C-776/03), ha fijado reglas sobre el incremento mínimo de los salarios de los empleados públicos (C-1433/00, C-1064/01 y C-1017/03), etc.⁶

Por otra parte, la Corte ha establecido que la justiciabilidad de los derechos sociales a través de la acción de tutela se puede dar, bien sea porque en una situación específica esos derechos constituyen en sí mismos derechos fundamentales, o porque se encuentran en conexidad con estos.

Así, la Corte estableció la existencia del derecho fundamental al mínimo vital de las personas, que no se encuentra contemplado directamente en la Constitución, pero que se deriva del conjunto de los principios, valores y

5 (N. del E.) Para una evaluación de los efectos de la sentencia T-025/04, véase el capítulo 10 (II-D y E) de esta compilación.

6 (N. del E.) Para una defensa de la gratuidad de la educación primaria, véase Rodríguez Garavito y Uprimny (2007). En cuanto al debate sobre los límites de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia económica, consúltese el capítulo 3 de esta compilación.

derechos contenidos en la Carta Política (Arango y Lemaitre, 2002). Por otra parte, la Corte ha dispuesto que cuando los derechos sociales se encuentran en conexidad con los derechos fundamentales también pueden ser exigidos a través de la acción de tutela. Así ocurrió mucho tiempo con el derecho a la salud,⁷ y sigue sucediendo con los derechos a la educación y la seguridad social.

2.3. Cambios en materia de protección de los derechos de libertad y de participación

- a. Los estados de excepción. En Colombia, durante muchas décadas se gobernó a través de las facultades propias de los estados de emergencia; por eso, en la Constitución se decidió imponerle estrictos límites a los estados de excepción. Para ello se establecieron tres tipos, a saber: el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior y el estado de emergencia económica, social o ecológica.

Adicionalmente, la Carta dispuso una serie de limitaciones sobre los distintos estados. Así, en el caso de los estados de guerra exterior y de conmoción interior se determinó que durante su vigencia no podían suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales, y que en ellos regirían todas las reglas del derecho internacional humanitario. Igualmente, al estado de conmoción interior se le fijó un límite temporal anual, al establecerse que no podrá regir por un término mayor de 270 días. Finalmente, para los tres estados se estableció que el Gobierno debía enviar a la Corte Constitucional todos los decretos que dictara en uso de las facultades extraordinarias, para el control de constitucionalidad respectivo.

Precisamente, a partir de la última limitación, la Corte Constitucional dispuso, en la sentencia C-004/92, que ella también estaba autorizada para juzgar la constitucionalidad de los decretos que declaran los estados de excepción. Con base en esta facultad, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de seis decretos que declaraban el estado de conmoción interior o el estado de emergencia económica o social.⁸

7 (N. del E.) Sobre las causas y consecuencias de la judicialización de la salud en Colombia, consúltese el capítulo 10 (II-C) de esta compilación.

8 (N. del E.) Sobre los impactos del abuso de esta figura y la importancia que ha tenido en Colombia el control judicial sobre las declaratorias de estado de excepción, consúltese el capítulo 10 (I-D) de esta compilación.

- b. La reelección presidencial. En la reforma constitucional de 1910, se prohibió en Colombia la reelección presidencial inmediata. Esta norma mantuvo su vigencia hasta la Constitución de 1991, cuando se prohibió de manera absoluta la reelección. Posteriormente, en el año 2004, siguiendo la tendencia que se veía en otros países de la región, el Congreso de la República autorizó una única reelección presidencial inmediata. La Corte Constitucional, mediante su sentencia C-1040/05, declaró que esta se encontraba en armonía con la Constitución. Luego, en el año 2009, el Congreso dictó una ley mediante la cual se convocaba a la ciudadanía a un referendo para que determinara si deseaba reformar la Carta para autorizar una segunda reelección inmediata. En su sentencia C-141/10, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley, por vicios de forma y sustanciales. En relación con los últimos, se manifestó que la segunda reelección y el tercer periodo consiguiente implicaban una vulneración de la Constitución, por cuanto alteraban varios de los ejes definitorios de la Constitución de 1991.⁹

3. ¿Cómo se explica este proceso de revolución de los derechos?

Como se ha indicado, la Constitución de 1991 incluyó una amplia gama de derechos de las personas. Sin embargo, ese solo hecho no significaba para ningún colombiano que esos derechos se materializaran. Por eso, surge la pregunta acerca de cómo se puede explicar que muchas de las innovaciones introducidas por esta Constitución no se hubieran quedado en el papel. Esta pregunta es aún más importante si se tiene en cuenta que las nuevas fuerzas políticas que impulsaron los cambios constitucionales en 1991 desaparecieron con el tiempo.

No existe una respuesta clara a la pregunta. Sin embargo, sí se pueden adelantar algunas hipótesis. Lo que es claro es que no existe una única explicación, sino que fue la conjunción de varios factores la que produjo que las normas de la Constitución no se quedaran como simples programas o promesas.

Un primer factor que se debe considerar está atado precisamente al objetivo que inspiró la Constitución de lograr la paz. Es claro que la pacificación del país no se ha obtenido. Sin embargo, para muchas personas, las normas de

9 (N. del E.) Sobre la sentencia C-141/10, véase también el capítulo 9 (I-B) de esta compilación, donde se estudian las actitudes que ha asumido intentos de captura y reconfiguración cooptada del Estado.

la Constitución se han convertido en una guía de acción política, que señala la necesidad de generar cambios efectivos en las instituciones y la sociedad para poder generar un clima de convivencia pacífica en el país (Jaramillo, 2006).

Un segundo factor lo constituye la tradición de independencia judicial existente en el país. La Constitución estableció una amplia serie de derechos y de acciones judiciales para garantizarlos. Pero un sistema judicial muy débil y dependiente de las otras ramas del poder no ofrece ninguna garantía de que los procesos que se adelanten ante ella van a ser analizados y fallados de acuerdo con las normas jurídicas, y no según los intereses políticos predominantes. Precisamente, el reconocimiento general de esa tradición de independencia de la justicia colombiana genera credibilidad y esperanzas en las acciones judiciales que se instauran con el objeto de lograr el cumplimiento de las normas constitucionales.

El tercer factor está representado en la creación de la acción de tutela y de la Corte Constitucional. La informalidad, gratuidad y agilidad de la acción de tutela han favorecido que las personas lleven ante los jueces sus problemas y conflictos, con el objeto de que sean resueltos institucionalmente. Entre otras razones, ello explica que en el país, actualmente, todos los grandes problemas y las decisiones políticas fundamentales lleguen en algún momento a la Corte Constitucional, bien sea a través de la acción de tutela o de las sentencias de constitucionalidad. Ello ha conducido a que esta Corporación haya adquirido un destacado papel dentro del sistema político. También le ha permitido ser audaz en ciertos temas. Así, la Corte ha creado tipos de sentencias desconocidas en la historia colombiana, intervenido en la formulación de políticas públicas que afectan los derechos fundamentales e incursionado en asuntos considerados fuera de su competencia. Esto ha generado fuertes controversias con las otras altas Cortes, con los economistas y con distintos Gobiernos. Varios proyectos de reforma constitucional han sido tramitados para limitar la acción de tutela y la acción de la Corte Constitucional, pero hasta ahora todos han fracasado.¹⁰

Un cuarto factor que debe ser tenido en cuenta es el de la facilidad para acceder a la justicia constitucional (Uprimny, 2008, p. 92; Wilson, 2009). La acción de tutela puede ser instaurada ante cualquier juez de la república, es gratuita, no requiere de abogado ni exige ninguna formalidad y debe ser decidida

10 (N. del E.) En el capítulo 10 (II-A) de esta compilación se controvierten las principales críticas que se han esgrimido en contra de la acción de tutela, con base en las cuales con frecuencia se ha promovido su reforma o desmonte.

con rapidez. También la acción de inconstitucionalidad es muy fácil de entablar. Cualquier ciudadano, sin necesidad de un abogado, puede presentar una demanda de inconstitucionalidad contra una norma legal.

Un quinto factor que merece tenerse en cuenta, y que está relacionado con el primero, es la disposición de muchas personas y organizaciones para hacer uso de las acciones constitucionales, con el fin de lograr que la justicia se pronuncie sobre sus conflictos. En este punto, es importante observar que las organizaciones sociales y los movimientos de derechos humanos incluyen ya dentro sus planes de acción la instauración de acciones jurídicas para la reivindicación de sus intereses.

Finalmente, un sexto factor que debe considerarse es el de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano. En la misma Carta se previó que estos tratados prevalecen en el orden interno (art. 93). Luego, la Corte Constitucional decidió que ellos conformaban con la Constitución un bloque de constitucionalidad, lo cual significa que los tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados por el Congreso de la República constituyen también un parámetro para juzgar la constitucionalidad de las normas examinadas (Uprimny, 2001). Esta situación ha impulsado la incorporación de muchos estándares internacionales de derechos humanos en la jurisprudencia constitucional. También ha llevado a la Corte a establecer la obligación del Estado de cumplir diferentes decisiones de distintos organismos internacionales de derechos humanos referidas a Colombia, y en otros casos, la obligación de considerar esas decisiones como criterios relevantes para la decisión de los procesos (Jaramillo y Castro, 2008).

4. Reflexiones finales

La Constitución de 1991 en Colombia puso los derechos de las personas en el centro de las obligaciones del Estado. De allí que hubiera contemplado en su texto un amplio abanico de derechos y distintas acciones constitucionales destinadas a protegerlos —la más importante de ellas la tutela—. También creó la Corte Constitucional, como tribunal encargado de defender la Constitución y de proteger los derechos fundamentales de las personas.

Sin duda alguna, las normas y los instrumentos creados en la Constitución de 1991 han posibilitado una revolución de los derechos en Colombia. Las personas saben que tienen a su alcance acciones e instituciones a las que pueden acudir para lograr la protección de sus derechos, y hacen un amplio uso de esa posibilidad. Este es un resultado muy positivo para un Estado que

tradicionalmente ha generado mucho descreimiento entre los ciudadanos y cuya legitimidad ha sido puesta en duda en muchas ocasiones.

Además, en los veinte años de vigencia de la Constitución se ha generado un importante proceso de constitucionalización del derecho, de tal manera que la Carta, los derechos establecidos en ella y la jurisprudencia constitucional se han convertido en referencia obligada para todos los actores políticos y sociales.¹¹ Ello ha aparejado la profundización de la independencia de la Rama Judicial y ha impulsado que esta se convierta en un actor muy importante dentro del sistema político colombiano.

Sin embargo, este proceso de revolución de los derechos tiene importantes límites que no se pueden negar. Si bien uno de los resultados fundamentales de la Constitución ha sido el de lograr que los derechos y las normas constitucionales no constituyan letra muerta, lo cierto es que para muchas personas y lugares del país todavía suenan lejanas y ajenas estas promesas. En medio del conflicto armado y de la debilidad de las instituciones, muchas personas todavía se encuentran a la merced del capricho y la arbitrariedad de los grupos armados —y en distintas ocasiones, de las Fuerzas Armadas colombianas—.¹²

Incluso, la administración de justicia, de la cual hemos dicho que ha experimentado un importante fortalecimiento, ha sido fuertemente afectada por la violencia o por las amenazas o persecuciones.¹³ A manera de ejemplo, en el informe de la Relatora Especial sobre la independencia Judicial en su visita a Colombia, en el año 2009, se relata que, según datos de la Policía Nacional, entre 2003 y 2009 fueron asesinados un magistrado, seis jueces, doce fiscales y 334 abogados.

Por otro lado, es claro que para que un proceso de revolución de los derechos pueda desarrollarse a plenitud es necesario que también se involucren en él las demás ramas del poder. Sin embargo, no ha sido esta la situación de Colombia. Después de la expedición de la Constitución de 1991, el Poder Ejecutivo ha desarrollado muchas políticas de corte neoliberal, que obviamente han repercutido sobre los derechos sociales y económicos de las personas. Incluso,

11 (N. del E.) Véase al respecto Jaramillo (2007).

12 (N. del E.) El abandono institucional de enormes porciones del territorio nacional ha sido estudiado con profundidad en García Villegas y Espinosa (2013) y García Villegas, García Sánchez, Rodríguez Raga, Revelo Rebolledo y Espinosa (2011). Dentro de esta compilación, véanse los capítulos 5, 6, 9 (II) y 18.

13 (N. del E.) Sobre los impactos que el conflicto armado ha tenido sobre la justicia colombiana, véase el capítulo 9 (III) de esta compilación o, más extensamente, García Villegas (2008).

cabe decir que en este momento Colombia es uno de los países latinoamericanos con mayor inequidad en la distribución de la riqueza.

De todo lo anterior, surge la conclusión de que la revolución de los derechos que se ha desarrollado a partir de 1991 se ajusta a las grandes contradicciones y paradojas del sistema político colombiano. La revolución de los derechos desencadenada a partir de la Constitución de 1991, que ha beneficiado a sectores sociales tradicionalmente marginados, también pierde algo de su lustre cuando se observa que en sus años de vigencia, el conflicto armado y la debilidad —o las contradicciones internas— del Estado han propiciado la violación masiva de los derechos de millones de colombianos. En realidad, en muchos casos, las importantes decisiones tomadas en la Constitución y en las sentencias judiciales de las dos últimas décadas en materia de derechos de las personas han tenido obstáculos muy importantes para su cumplimiento práctico. Por eso, cabe reiterar que en Colombia la lucha por el derecho no termina en el momento de expedición de una ley o de una sentencia, sino que se extiende hasta lograr el cumplimiento real de sus mandatos.

Referencias

- Arango, R. y Lemaitre, J. (2002). *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. Estudios ocasionales*. Bogotá: CIJUS, Universidad de los Andes.
- García Villegas, M. (ed.) (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M., García Sánchez, M., Rodríguez Raga, J. C., Revelo Rebolledo, J. E. y Espinosa, J. R. (2011). *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.246.pdf
- Jaramillo, J. F. (2006). La Constitución de 1991 y la paz. Un balance después de doce años de vigencia. En Helfrich, L. y Kurtenbach, S. (eds.). *Colombia. Caminos para salir de la violencia* (pp. 233-263). Madrid/Frankfurt am Main: Iberoamericana/Vervuert.
- Jaramillo, J. F. (2007). La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica. *Pensamiento Jurídico* (20), 61-90. Recuperado de http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38626/pdf_237

- Jaramillo, J. F. (2012). Colombia's 1991 Constitution. A Rights Revolution. En Detlef, N. y Almut, S.-V. (eds.). *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*. England: Ashgate Publishing Limited.
- Jaramillo, J. F. y Castro, L. (2008). La ejecución interna de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. El caso colombiano. En *Derecho internacional de los derechos humanos y sistemas internos de protección y reparación* (pp. 407-472). Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores, Universidad Nacional de Colombia.
- Rodríguez Garavito, C. y Lam, Y. (2011). *Etnorreparaciones: la justicia colectiva y la reparación a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Documentos 1. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.199.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. En Pérez Murcia, L. E. y Uprimny, R. (eds.). *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (pp. 23-70). Bogotá: Dejusticia, IDEP. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.163.pdf
- Tirado Mejía, A. (2007). *El Estado y la política en el siglo XIX*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Uprimny, R. (2001). El bloque de constitucionalidad en Colombia. En VV.AA. *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional* (pp. 97-154). Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Uprimny, R. (2008). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En VV. AA. *Los jueces: entre el derecho y la política* (pp. 81-99). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Wilson, B. (2009). Institutional Reform and Rights Revolution in Latin America: The Cases of Costa Rica and Colombia. *Journal of Politics in Latin America*. German Institute of Global and Area Studies, 1(2), 59-85.

D. Control judicial a los estados de excepción¹

Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes (2006)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). El control judicial de los estados de excepción en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 531-538, 554-567). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

En Colombia, la Constitución pocas veces ha regido en forma plena. Una prueba de ello es el recurso permanente que los Gobiernos han hecho a los mecanismos de excepción. Así, en la época de la llamada Regeneración (1886-1910), el país fue gobernado durante 24 años con base en una norma “transitoria” —la disposición K— y en una ley muy represiva —la Ley 61 de 1888 o Ley de los Caballos—, que autorizaban al Ejecutivo a reprimir administrativamente “los abusos de prensa”, “los delitos contra el orden público”, las conspiraciones, etc. Luego, durante el Gobierno de Miguel Abadía Méndez (1926-1930), se expidió la Ley Heroica, que dio tratamiento policial a las protestas sociales que surgían por el inicio de la industrialización.

Igualmente, desde el cierre del Congreso —en noviembre de 1949, durante el Gobierno de Mariano Ospina Pérez (1946-1950)— hasta la expedición de la Constitución de 1991, Colombia vivió prácticamente en un régimen de excepción permanente. Al amparo de ese régimen de excepción, no solo expidió el Gobierno normas relativas a todos los aspectos de la vida social —sustituyendo así de facto al Congreso como legislador—, sino que su vigencia posibilitó la

¹ (N. del E.) Los extractos aquí seleccionados son complemento o continuación de otros artículos que los autores han producido en la misma línea, como García Villegas (2001), García Villegas y Uprimny (2005a, 2005b) y Uprimny (2004).

violación de numerosos derechos ciudadanos. De esa manera, un régimen que debía ser de excepción y de duración transitoria, conforme a lo preceptuado por el artículo 121 de la Carta de 1886, en la práctica se convirtió en un elemento normal y cotidiano de ejercicio del poder político, con lo cual el régimen constitucional se desfiguró.

Estos antecedentes históricos muestran que Colombia ha vivido una suerte de excepcionalidad jurídica permanente.² También explican la importancia del debate en torno a si debe o no existir un control judicial de la declaratoria de un estado de excepción por parte del presidente.

1. El dilema de los estados de excepción: Estado de derecho, crisis, poderes de emergencia y control judicial

Las situaciones de grave crisis que llegan a amenazar la existencia misma del Estado y de la vida organizada en la sociedad plantean un difícil dilema a las democracias constitucionales. Ese dilema, que no por clásico deja de ser actual, lo podemos formular así: si no se autorizan poderes excepcionales a las autoridades durante tales crisis, se corre el riesgo de que el Estado sucumba o, más probable aún, de que los gobernantes —desprovistos de la posibilidad de invocar poderes extraordinarios— decidan romper en forma abierta el orden constitucional. De allí surge la idea de admitir en los textos constitucionales la existencia de “estados de excepción”, que permitan transitoriamente una mayor concentración de poderes en el ejecutivo y la limitación de ciertos derechos, en principio con el objeto de restablecer la situación de normalidad y proteger los derechos humanos más fundamentales.

Sin embargo, el abuso de los poderes de excepción, materializados en verdaderas “dictaduras constitucionales”, presenta graves riesgos. En efecto, la historia ha demostrado que en la mayoría de los casos, en especial en América Latina, los estados de excepción no se han utilizado para limitar transitoriamente los derechos menos fundamentales y proteger la democracia y la futura vigencia integral de los derechos ciudadanos, sino que “han servido más bien como pretexto de violaciones sistemáticas de los derechos humanos por regímenes inconstitucionales y antidemocráticos” (O’Donnell, 1988, p. 396).

Este dilema constitucional sobre los estados de excepción tiene obvias implicaciones sobre el eventual control judicial de las decisiones gubernamentales

2 (N. del E.) Sobre este contexto de excepcionalidad permanente, consúltese también García Villegas y Uprimny (2006, pp. 538-544).

en crisis agudas. Algunos consideran que el control judicial en este tipo de crisis es imposible, por cuanto el uso de los poderes de emergencia es una cuestión política que cae en el reino de la pura necesidad y, por consiguiente, escapa a cualquier escrutinio judicial. Los jueces sienten que no pueden evitar la expansión de las competencias gubernamentales, pues ellos mismos se sienten incapaces de responder exitosamente a las crisis graves. Por el contrario, algunos académicos argumentan que las crisis constitucionales, sin importar su intensidad, deben ser controladas judicialmente como cualquier otro evento político.

Recientemente, algunos estudiosos, como Robert Burt (2002), han tratado de desarrollar una [tercera] vía entre esas posiciones antagónicas, para lo cual hacen hincapié en la labor pedagógica de los jueces, como una especie de paradigma alternativo que permitiría justificar el control judicial de los poderes de emergencia. De acuerdo con el enfoque de Burt, el hecho de que el control judicial en las épocas de crisis no tenga la última palabra sobre las medidas de emergencia tiene el efecto paradójico de fortalecer su papel en estas situaciones. En efecto, los jueces sienten que pueden actuar más libremente, por cuanto saben que el pronunciamiento judicial puede tener alguna influencia dependiendo del propio prestigio del sistema judicial, pero igualmente saben que no tienen la última palabra en problemas vitales de seguridad.

Las discusiones sobre el papel del sistema judicial en el control del uso de los poderes de emergencia en épocas de crisis son, al tiempo, difíciles e importantes, por cuanto están ligadas a problemas esenciales relativos a la consolidación de las democracias. En democracias precarias —como Colombia—, esa discusión es aún más significativa, al menos por dos razones: i) estos regímenes son usualmente muy vulnerables en términos políticos y económicos, lo cual significa que son propensos a enfrentar crisis graves, donde parecería necesario recurrir a los estados de excepción. ii) A la vez, los peligros de abuso de los poderes de emergencia son mayores en estos países, debido precisamente a la precariedad del Estado de derecho. Por consiguiente, en estos regímenes, los estados de excepción parecen ser tanto más necesarios como más riesgosos que en las democracias consolidadas.³

3 (N. del E.) La experiencia colombiana en materia de estados de excepción puede brindar elementos de juicio interesantes para debatir sobre este dilema. En tal sentido, para un abordaje histórico y panorámico de los regímenes de excepción en Colombia puede consultarse García Villegas (2001). Asimismo, el texto del cual provienen estos extractos evalúa la incidencia social e institucional que tuvieron los estados de excepción en distintos periodos de la historia colombiana, revelando entonces el complejo contexto en que se enmarca la evo-

2. El impacto de la excepcionalidad: los efectos del abuso de los estados de excepción

El uso recurrente de la excepción ha impedido la configuración de un Estado de derecho pleno en Colombia. Sin embargo, dicho uso recurrente tampoco debe ser entendido como la instauración velada de un régimen militar. La excepción no ha impedido el funcionamiento relativamente normal de las instituciones de control del Estado, de la libertad de prensa y de la oposición política. Las limitaciones a los derechos instauradas a través de la excepción en Colombia distan mucho de aquellas aplicadas por regímenes militares en el sur del continente durante los años setenta y ochenta.

¿Significa esto que la violencia y los atropellos contra las personas han sido más moderados en Colombia? De ninguna manera. Las principales violaciones de los derechos humanos las llevan a cabo particulares o agentes del Estado que actúan por fuera del Estado de derecho. El drama humanitario que vive Colombia es menos el producto de un poderoso Estado dictatorial, que de la incapacidad del Estado para defender a la población de la criminalidad en todas sus manifestaciones y del consecuente enfrentamiento de esa incapacidad a través de medidas autoritarias. No obstante, lo que queremos señalar es que el estado de excepción no es ajeno a esta incapacidad institucional del Estado colombiano. Su uso recurrente ha reproducido la violencia que intenta remediar, y de esta manera ha ahondado la debilidad institucional a la cual intenta hacer frente [...].

El estado de excepción ha dado lugar a, por lo menos, tres consecuencias perjudiciales para la instauración de una democracia constitucional efectiva en Colombia. En primer lugar, la excepción ha propiciado el desvanecimiento de la frontera entre lo legal y lo ilegal y, por esta vía, ha facilitado el salto hacia el no derecho tanto de funcionarios del Estado como de particulares. La ineficacia de los objetivos de paz y orden trazados por las medidas de excepción —a pesar de su casi permanencia durante ciertos periodos de la historia nacional— ha producido desengaños respecto de las vías institucionales y una consecuente cultura antijurídica, que es en parte responsable de la búsqueda institucional y social de mecanismos alternativos e ilegales destinados a conseguir tales objetivos.

La ineficacia de las medidas de excepción, por un lado, y la búsqueda de un proyecto de régimen político-jurídico plenamente democrático a finales de

lución del control judicial a los estados de excepción (pp. 538-554).

la década de los ochenta, por el otro, condujeron a la implantación de controles judiciales frente a las facultades de excepción. Pero quizás ellos llegaron demasiado tarde. Tales controles hicieron atractiva la búsqueda de soluciones extralegales entre agentes del Estado, lo cual aumentó el fragor de la guerra, así como disminuyó y fragmentó el poder institucional. Así las cosas, de una situación inicial en la cual las élites nacionales pretendían consolidar un régimen político en la zona de frontera entre el constitucionalismo y el autoritarismo, se fue pasando a una situación en la cual el poder del Estado era incapaz de controlar la pugna entre poderes armados en la que participaban sus propios agentes.

En segundo lugar, la excepción constitucional ha sido nefasta para configurar una oposición política fuerte e institucionalizada en Colombia. En efecto, el estado de excepción fue la fórmula que las élites políticas colombianas idearon para enfrentar las protestas populares, muy frecuentes durante los años sesenta y setenta. Con esta fórmula se quiso evitar tanto la caída en el régimen militar como la democracia plena.

Mientras en otros países del continente los regímenes militares y populistas favorecieron las alianzas entre el Estado y las clases subalternas, en Colombia la historia de las luchas sociales ha sido la historia de los desencuentros entre los actores sociales que lideran tales luchas y las instituciones del Estado. La naturaleza híbrida del régimen bloqueó tanto la alternativa democrática plena como la alternativa militar plena. Así como la subversión fue interpretada por la izquierda como la salida ilegal necesaria a una democracia bloqueada, la guerra sucia fue interpretada por sus promotores como la salida ilegal necesaria a un régimen militar bloqueado.

En tercer lugar, el estado de excepción configuró una institucionalidad híbrida entre el adentro y el afuera del contrato social. El cumplimiento del contrato social en Colombia siempre ha sido muy precario. En términos de Hobbes, nunca se ha cumplido a cabalidad el *pactus subiectionis*, esto es, el sometimiento de los ciudadanos al poder central. Sin embargo, el fracaso del contrato social en Colombia es relativo si se tiene en cuenta que, por un lado, el Estado sigue cumpliendo funciones esenciales de regulación en todos los ámbitos sociales y, por el otro, muchos de los ciudadanos [...] cumplen el derecho y ven en el Estado la única fuente posible de poder legítimo y de ejercicio legal de la violencia.

La vida social e institucional en el país no puede ser vista como algo homogéneo. Es, en cambio, una especie de archipiélago de sociabilidades, con algunos espacios hipercontractualizados que conviven con algunos espacios

hiperdescontractualizados, todos ellos en medio de muchos espacios sociales híbridos en los cuales el contrato social opera en los límites entre el afuera y el adentro de lo social, entre el afuera y el adentro de lo legal.⁴

La existencia de espacios sociales híbridos siempre ha sido un fenómeno amplio e importante en la vida de Colombia, pero en las últimas dos décadas ha crecido significativamente como consecuencia del fortalecimiento de los grupos armados que controlan extensas partes del territorio nacional. En estas zonas, el Estado está presente, pero de manera desnaturalizada. Existen jueces, pero estos no siempre se comportan como tales; con frecuencia acuden a los grupos armados para resolver conflictos, o son objeto de la imposición de aquellos. También hay policías y otros funcionarios del Estado que se confunden con los demás actores sociales. No es que el Estado no exista —no estamos en unas zonas salvajes—, es que existe despojado de su condición de superioridad y degradado a una condición de actor social que negocia y pacta con otras fuerzas sociales.⁵

Pero no solo la sociedad tiene en Colombia esta configuración híbrida. El Estado, en ciertas épocas y con diferentes intensidades, también ha adquirido esta condición. Y el uso normalizado de la facultad gubernamental de declarar estados de excepción ha sido una de las expresiones más nítidas de esta dimensión híbrida del Estado colombiano, propia de la frontera que separa el adentro y el afuera del contrato social o, si se quiere, el adentro y el afuera del Estado de derecho. Por ello, las tentativas por controlar judicialmente su abuso tienen una importancia decisiva para consolidar la democracia colombiana, razón por la cual conviene evaluarla.

3. El impacto del control judicial: una evaluación de la labor de la Corte Constitucional

El punto esencial para evaluar el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional es el siguiente: ¿la introducción del control material de la declaratoria de los estados de excepción ha implicado una reducción importante del abuso gubernamental de los instrumentos de emergencia? Un indicador válido para

4 (N. del E.) Los planteamientos en torno a la crisis del contrato social y la heterogeneidad de la vida social e institucional en Colombia son de larga data en la historia de Dejusticia. Ellos se remontan a Santos y García Villegas (2001), y son retomados luego, por ejemplo, en García Villegas (2008) y García Villegas y Espinosa (2013).

5 (N. del E.) Para una mayor comprensión de las complejas relaciones entre conflicto armado y sistema judicial en Colombia, consúltense los capítulos 5, 6, 9 (III) y 18 (A) de esta compilación.

responder a esta pregunta es el tiempo transcurrido bajo estados de excepción, por lo cual calculamos cuántos meses de los distintos periodos presidenciales los colombianos hemos estado sujetos a los rigores de los poderes de emergencia. Restringimos el análisis al estado de sitio (durante la Constitución de 1886) y al estado de conmoción interior (a partir de 1991), dado que son los dos regímenes de excepción que han provocado los mayores abusos y amenazas a las libertades constitucionales y al Estado de derecho.

La tabla 1 muestra una evolución significativa, desde un uso relativamente moderado del estado de sitio a comienzos de los años sesenta, a un abuso abierto en las décadas de los setenta y los ochenta, periodo en el cual los colombianos vivíamos literalmente bajo regímenes de emergencia. Estos resultados se resumen en la tabla 2 [...], que muestra el tiempo que Colombia vivió en estado de excepción en esas cuatro décadas, lo cual permite identificar tres

Tabla 1. Estados de emergencia por orden público en distintos periodos presidenciales*

Presidente	Número de meses en estado de excepción	Porcentaje del periodo en estado de excepción
Lleras Camargo (1958-1962)	4,0	8,3
Valencia (1962-1966)	14,5	30,2
Lleras Restrepo (1966-1970)	30,0	62,5
Pastrana (1970-1974)	39,0	81,3
López (1974-1978)	34,0	70,8
Turbay (1978-1982)	47,0	97,9
Betancur (1982-1986)	27,0	56,3
Barco (1986-1990)	48,0	100
Gaviria I (1990-1991)**	11,0	100
Gaviria II (1991-1994)	14,6	39,5
Samper (1994-1998)	9,0	18,8
Pastrana (1998-2002)	0,0	0,0

* Tiempo bajo estado de sitio total o estado de conmoción interior total.

** El periodo presidencial de Gaviria está dividido en dos, debido a la promulgación de la Constitución de 1991.

Fuente: basado en el análisis de los decretos declaratorios de estados de excepción.

Tabla 2. Excepcionalidad según décadas

Décadas	Número de meses en estado de excepción	Porcentaje del periodo en estado de excepción
1958-1970 o “emergencia moderada”	48,5	33,7
1970-1991 o “emergencia total”	206	82,1
1991-2002 o “normalización relativa”	23,6	17,5

Fuente: basado en el análisis de los decretos declaratorios de estados de excepción.

periodos. Una primera fase, de “emergencia moderada” (1958-1970), en la que en uno de cada tres días había de estado de sitio; una segunda fase, de “emergencia total” (1970-1991), en la que ocho de cada diez días transcurrían en estado de sitio, y, finalmente, una tercera fase, de “normalización relativa”, a partir de 1991, en la que, por el contrario, cuatro de cada cinco días eran de normalidad constitucional.⁶

Ahora bien, si se tiene en cuenta que en este último periodo la situación de violencia no ha disminuido, sino que ha tendido a agravarse, el menor empleo de los instrumentos de emergencia puede atribuirse esencialmente a la introducción del control material por parte de la Corte Constitucional, que hizo caer el tiempo vivido en anormalidad de un 80 % en los años ochenta, a menos de un 20 %, a partir de la entrada en vigor de la Carta de 1991.

Esta no es una opinión compartida por todos los analistas. Hay algunos críticos del control material efectuado por la Corte que consideran, muy por el contrario, que la intervención de la Corte ha contribuido a la prolongación —e incluso al mayor deterioro— del problema de orden público en Colombia, en la medida en que ha privado a los Gobiernos del uso de un instrumento jurídico y político excepcional. No obstante, por ahora faltan datos que permitan establecer un vínculo claro entre el control material de los estados de excepción y el agravamiento de la violencia en el país.

6 (N. del E.) En el capítulo 10 (I-B y C) se destaca que el control a los estados de excepción en Colombia es una de las más claras evidencias tanto de la apuesta por la garantía judicial de los derechos, como de la revolución que en materia de derechos de libertad se produjo a partir de la Constitución de 1991.

Una conclusión es clara: el control material de las declaratorias de estados de excepción parece haber sido eficaz en la reducción de los periodos de anormalidad constitucional en Colombia. Y esto es importante, por cuanto [...] el abuso de la emergencia ha distorsionado el Estado de derecho en nuestro país. Pero este punto, indudablemente positivo, tiene que ser ponderado frente a los costos y riesgos de esa intervención judicial, que son también importantes.

Por un lado, estas decisiones han implicado altos costos políticos e institucionales para la Corte Constitucional misma. Ha habido numerosas tentativas por limitar drásticamente sus competencias; incluso algunos han planteado la posibilidad de suprimir esta institución. Por otro lado, incluso académicos que simpatizan con los esfuerzos de la Corte la han criticado, porque consideran que ha sido incapaz de desarrollar una jurisprudencia clara y consistente en la materia (Ariza y Barreto, 2001; García Villegas, 2001). El resultado es que no es fácil prever, con argumentos estrictamente jurídicos, los resultados del control judicial en este campo. La pregunta que algunos plantean es si esa inconsistencia doctrinal podría ser corregida o si está inevitablemente ligada a la naturaleza incierta —y entonces esencialmente política— del control judicial de los regímenes de emergencia.

En tercer lugar, y directamente ligado a los anteriores elementos, el control material ha implicado una cierta judicialización de las políticas de preservación del orden público, con las virtudes y los riesgos de estas formas de judicialización. Virtudes, pues se establecen controles a la arbitrariedad gubernamental, a fin de asegurar los derechos constitucionales y la continuidad del Estado de derecho. Pero igualmente riesgos, pues la judicialización puede comportar una sobrecarga de la justicia constitucional, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden totalmente.

La judicialización puede también generar un contraste entre una justicia visible y protagónica —que decide pocos casos pero en forma espectacular— y una justicia invisible y con tendencia a la rutinización —que tramita la gran mayoría de los asuntos en forma ineficiente e inequitativa (Rodríguez Garavito, García Villegas y Uprimny, 2003)—.⁷ Protagonismo político, por un lado, y deficiencias funcionales, por el otro, se encuentran conectados: mientras la justicia no resuelva sus problemas funcionales y adquiera fortaleza y capacidad mediante el logro de sus compromisos sociales naturales, su intervención en los

7 (N. del E.) Sobre la distinción entre justicia protagónica y rutinaria, consúltense el estudio preliminar, la introducción a la Parte dos y el capítulo 9 (I-B) de esta compilación.

grandes debates políticos puede ser el pretexto para una desviación de objetivos y para un debilitamiento aún mayor de sus cometidos.

Además, la judicialización de los conflictos políticos tiende casi inevitablemente a politizar —en el mal sentido del término— los conflictos judiciales, ya que los tribunales y los procesos se convierten en escenarios e instrumentos de las estrategias de los actores políticos, lo cual desestabiliza en forma profunda el rol del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas de juego democráticas. La opinión empieza a desconfiar de toda decisión judicial, con lo cual se compromete la legitimidad misma de la administración de justicia.

4. A título de conclusión: una defensa (con ciertas reservas) del control judicial material de los estados de excepción

A pesar de los costos y riesgos del control material, consideramos que esa intervención judicial es adecuada, más aún necesaria, en un contexto institucional en el cual el estado de excepción pierde su condición de recurso extraordinario y pasa a ser parte esencial de la vida institucional ordinaria del país. Sin embargo, es posible que dicho control haya comenzado tardíamente y, por ello, haya sido incapaz de frenar la incontenible cultura institucional del no derecho, de acuerdo con la cual los conflictos sociales son de tal magnitud que requieren una solución extrajudicial.

El hecho es que durante los últimos quince años hemos asistido al desarrollo divergente de dos proyectos institucionales: uno hacia la hipercontractualización y el perfeccionamiento constitucional y otro hacia la hiperdescontractualización y el fortalecimiento de medidas y prácticas extraordinarias por fuera del derecho. El problema parece estar en que la porción social que alcanza a ser regulada por el proceso de perfeccionamiento jurídico es cada vez menor, y que la parte que corresponde al no derecho condiciona cada vez más el éxito de dicho perfeccionamiento.

Con la promulgación de la Constitución de 1991, generosa y aspiracional, se abrió el debate sobre las posibilidades de enfrentar una crisis social e institucional tan profunda como la que vive el país. Algunos han sostenido que es necesario lograr primero la consolidación del Estado, antes de pretender que una Constitución como la actual pueda regir los destinos del país. En este sentido, el estado de excepción sin control material por parte de la Corte sería una fórmula para mantener una constitución restringida hasta tanto se logre consolidar el Estado.

Según este punto de vista, el Estado constitucional democrático hay que construirlo por etapas, así como sucedió en los países centrales [...]. La versión criolla de esta opinión propone utilizar de manera casi permanente el estado de excepción, con el propósito de obtener la satisfacción de las necesidades gubernamentales propias del déficit de poder y de legitimidad. Así, mediante la normalización de la anormalidad constitucional, el Gobierno obtiene la adición de poder que requiere para suplir parcialmente su debilidad institucional y para responder a las demandas crecientes de seguridad, sin que ello implique una renuncia a la retórica legitimadora del discurso constitucional.

Otros, en cambio, sostenemos que el abuso del estado de excepción solo conduce al círculo institucional vicioso del uso de la violencia y de la desnaturalización institucional hacia el afuera del derecho. La estrategia que consiste en remediar la debilidad política del Estado mediante el fortalecimiento militar y policivo solo ha acrecentado tal debilidad y ha fomentado una efímera y engañosa fortaleza institucional.

A partir de este diagnóstico, reiteramos la idea [...] consistente en que, en el caso colombiano —a diferencia de los regímenes europeos que lo hicieron paso por paso—, el problema es que pareciera que debiéramos construir todo el edificio constitucional al tiempo. Aunque vivimos situaciones de agudo conflicto armado y de precariedad del monopolio estatal de la violencia, debemos abordar esos desafíos en concordancia con la imperante cultura de los derechos humanos, las demandas de los movimientos sociales y democráticos, y los principios del Estado social de derecho.⁸

Para lograr este propósito, creemos que se debe aceptar la posibilidad de que exista el estado de excepción, pero restringido por un control constitucional efectivo a partir de la revisión material de los decretos que promulga el Gobierno. Esta postura no solamente tiene un fundamento ético en la defensa de los derechos fundamentales; también tiene un fundamento histórico que se origina en la ineficacia de los regímenes autoritarios concebidos como medios para llegar a la democracia. Si el objetivo fundamental es la consolidación del Estado y del Estado de derecho, ¿por qué no intentar un tipo de consolidación que no se reduzca a la fuerza? Las convicciones éticas y políticas crean Estados más sólidos que las obediencias impuestas por las armas.

8 (N. del E.) Esta idea de los retos de la construcción del edificio constitucional en Colombia ha sido reiterativa y ha adquirido distintos matices en la trayectoria investigativa de Dejusticia. Al respecto pueden contrastarse los capítulos 5 y 6 (B) de esta compilación.

Los defensores del estado de excepción parten de un diagnóstico cierto sobre el colapso del contrato social y de las instituciones en Colombia. Muchas de las violaciones de los derechos en general, y de los derechos humanos en particular, provienen de que los individuos están a merced de múltiples actores armados sin un Estado que los defienda. Muchos Gobiernos en el pasado han hecho este diagnóstico para justificar la declaración del estado de excepción. Sin embargo, la violencia no parece haber disminuido. Por el contrario, parece haber aumentado. Así, luego de tantos años de haber recurrido a esta práctica institucional sin mayores logros en relación con la consolidación institucional del Estado y el destierro de la violencia, no podemos menos que cuestionar su uso. Hay en el estado de excepción —normalizado a la manera colombiana— un vigor demoníaco que impulsa a los actores sociales y al Estado mismo hacia el afuera del contrato social. Los defensores del estado de excepción a ultranza olvidan que el Estado de derecho no solo se construye y consolida a partir de la imposición de sanciones. El Estado de derecho es también una cultura que consiste en jugar el juego institucional a partir de reglas.

En ese sentido, aunque defendemos el control material de las declaratorias de los estados de excepción, lo hacemos con cierto escepticismo y ciertas reservas, por cuanto reconocemos los riesgos y las limitaciones de estas formas de judicialización para la consolidación de nuestras precarias democracias. Y es que la judicialización, cuando se torna excesiva, no solo acentúa la desmovilización ciudadana, sino que incluso pone en tela de juicio los propios principios democráticos, y es a los funcionarios judiciales —no electos— a quienes corresponde defender las eventuales virtudes de la democracia. La sociedad comenzaría a confiar cada vez más en hombres providenciales para la restauración de la virtud. De allí la importancia de recuperar, sin abandonar las virtudes de las intervenciones judiciales, la deliberación democrática y la movilización ciudadana [...].

Referencias

- Ariza, L. y Barreto, A. (2001). La Corte Constitucional frente a la excepcionalidad: diez años de control material laxo y discursivo. En *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*. Bogotá: Observatorio de Justicia Constitucional-Universidad de los Andes.
- Burt, R. (2002). Judicial Supremacy, Judicial Impotence and the Rule of Law in Times of Crisis (sin publicar).

- García Villegas, M. (2001). Constitucionalismo perverso: normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. En Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 317-370). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- García Villegas, M. (ed.) (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2005a). ¿Controlando la excepcionalidad permanente en Colombia? Una defensa prudente del control judicial de los estados de excepción. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2005b). La normalization de l'exception. Sur le contrôle judiciaire des états d'urgence en Colombie. En Bernard, M.-J. y Carraud, M. (eds.). *Justice et démocratie en Amérique latine* (pp. 117-143). Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). El control judicial de los estados de excepción en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 531-571). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- O'Donnell, G. (1988). *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Rodríguez Garavito, C., García Villegas, M. y Uprimny, R. (2003). Justice and Society in Colombia: A Sociolegal Analysis of Colombian Courts. En Friedman, L. M. y Pérez Perdomo, R. (eds.). *Legal Culture in the Age of Globalization: Latin Europe and Latin America* (pp. 134-183). Stanford: Stanford University Press.
- Santos, B. de S. y García Villegas, M. (2001). Colombia: el revés del contrato social de la modernidad. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 11-83). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. (2004). The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia. En Glippen, S., Gargarella, R. y Skaar, E. (eds.). *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass.

II. DERECHOS, ACCIÓN DE TUTELA Y ACTIVISMO JUDICIAL

A. Controversias en torno a la acción de tutela¹

Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes (2006)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte? En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 471-485, 503-526). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Una de las principales innovaciones de la Constitución de 1991 fue la introducción de la tutela, para la protección inmediata de los derechos fundamentales. Pocos niegan el efecto de esta acción judicial. En los últimos trece años, los jueces han resuelto más de un millón de tutelas y han debido pronunciarse sobre temas muy disímiles: situación de los presos, quejas de estudiantes, tragedia de los desplazados, peticiones de pensiones y salud, derechos de los trabajadores, alcance de la libertad de información, etc.²

Por el contrario, la valoración de sus contribuciones genera importantes controversias. Para algunos, la tutela no solo representa un avance democrático indudable, sino que incluso constituye casi una revolución judicial, pues ha permitido materializar los derechos fundamentales en la vida cotidiana de los colombianos. Otros, en cambio, ven en ella un nuevo factor de congestión judicial y de desarticulación institucional, que ha afectado gravemente la eficacia de la justicia y la seguridad jurídica, y que además ha agravado los desequilibrios económicos y fiscales, en razón del ordenamiento de gasto efectuado por los jueces. Esta diversa valoración de la tutela explica que haya habido varias

1 Este texto es una actualización de nuestro artículo García Villegas y Uprimny (2003).

2 (N. del E.) En García Villegas y Rodríguez Garavito (2001), el lector podrá encontrar un minucioso estudio sobre las más frecuentes pretensiones, demandantes y decisiones de tutela, así como sobre las disfuncionalidades que esta acción genera.

propuestas para reformar este mecanismo y, en muchos casos, para restringir su alcance; pero igualmente explica que esas propuestas hayan suscitado también resistencias.³

Según nuestro parecer, la tutela ha provocado tres grandes controversias: i) en qué medida ha sido un factor de congestión, y qué hacer con la posible congestión que ha provocado; ii) en qué medida esa acción judicial ha provocado inseguridad jurídica y ha afectado la cosa juzgada, debido a la existencia de tutelas contra providencias judiciales, y qué se debe hacer frente a ese fenómeno, y iii), finalmente, si debe o no mantenerse la tutela para la protección de los derechos sociales. El artículo analiza esos tres puntos, intentando en cada uno de ellos reseñar la situación y los términos del debate, para luego ofrecer algunas perspectivas de solución.

1. La congestión⁴

La demanda por tutela en estos últimos trece años se ha incrementado vertiginosamente. Hemos pasado de 20.000 tutelas falladas en 1993, primer año completo con esta figura, a 198.000 tutelas falladas en 2004, lo cual significa una multiplicación de aproximadamente diez veces (Colombia, Relatoría de la Corte Constitucional 2005).⁵ Como el número de jueces en ese periodo se ha mantenido estable —aproximadamente 3.250 jueces en el país—, el número de tutelas por juez ha pasado de 6 a 60 aproximadamente, tal y como se puede ver en la tabla 1.

Ciertamente, este crecimiento del número de tutelas ha generado una importante presión sobre el aparato judicial. Ahora bien, la demanda de tutela no es la única que ha aumentado; la demanda judicial, en general, también ha crecido. Sin embargo, la demanda de tutela ha crecido mucho más rápido que la demanda general de justicia, pues mientras el número total de nuevos casos en

3 (N. del E.) Al respecto cabe agregar —como lo destacan en otro lugar Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006a)— que a la acción de tutela se le debe en gran medida la fuerza simbólica de que ha gozado la justicia constitucional. Y aunque la tutela sea percibida favorablemente por la opinión pública, no ha garantizado la adhesión de muchos otros sectores políticos y sociales. Los múltiples intentos en que se ha tratado de reformar la acción de tutela se explican con detalle en la versión completa del texto del que provienen estos extractos.

4 (N. del E.) En Lalinde Ordóñez (2015) se propone una estrategia concreta para prevenir la congestión judicial derivada de la acción de tutela.

5 (N. del E.) Para un análisis cuantitativo del funcionamiento de la tutela, véase Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006b, pp. 354 y ss.).

Tabla 1. Evolución demanda de tutela

Año	Total tutelas falladas	Fallos por juez
1992	10.732	3,3
1993	20.181	6,2
1994	26.715	8,2
1995	29.950	9,2
1996	31.248	9,6
1997	33.663	10,3
1998	38.248	11,7
1999	90.248	27,7
2000	131.765	40,5
2001	133.273	41,0
2002	143.887	44,2
2003	149.454	45,9

Fuente: Colombia, Relatoría de la Corte Constitucional.

la jurisdicción ordinaria casi se ha duplicado, la demanda de tutela ha crecido aproximadamente diez veces. Esto ha hecho que la tutela represente una carga creciente de trabajo para los jueces. Así, la tabla 2 muestra que en 1997 la tutela solo representaba un 2 % de la carga cuantitativa laboral de los jueces en la jurisdicción ordinaria —calculada por el número de casos que ingresan a los despachos judiciales—, y que desde el año 2000 ese porcentaje es superior al 10 % (es más, ha alcanzado casi un 15 % en el 2002).⁶

No hay duda de que la tutela ejerce una importante presión sobre el aparato judicial, teniendo en cuenta que aproximadamente el 15 % de las nuevas demandas son tutelas. No obstante, es posible que esa cifra sobrestime el peso

⁶ (N. del E.) Esta cifra ha seguido creciendo. Según datos del Consejo Superior de la Judicatura, mientras que en el año 2013 ingresaron 634.031 tutelas (22,96 % de la totalidad de demanda de justicia), en el año 2014 los ingresos llegaron 703.679 acciones de tutela, lo cual equivale al 27,49 % del total de procesos ingresados en todo el sistema de justicia para dicho año. Este porcentaje de 2014 es el más alto que se ha registrado al respecto desde 1997 (Consejo Superior de la Judicatura, 2015, p. 136).

Tabla 2. Peso de tutelas frente a demanda de justicia

Años	Total ingresos jurisdicción ordinaria*	Total ingresos tutelas**	Porcentaje de tutelas (total)
1997	1'033.042	23.972	2,3
1998	1'135.637	37.180	3,3
1999	1'438.451	94.099	6,5
2000	1'424.732	184.487	12,9
2001	1'278.831	133.856	10,5
2002	1'027.649	150.365	14,6

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura (2005).

* Es la suma de los casos civiles, penales, laborales y de familia que anualmente han ingresado a la jurisdicción ordinaria.

** Incluye únicamente las tutelas que han ingresado a la justicia ordinaria, año por año.

de la tutela en el sistema judicial, pues se basa en el número de casos y no en un cálculo sobre el tiempo o los recursos dedicados por los jueces a solucionar esas nuevas demandas.

Como se mostrará posteriormente, la mayor parte de las tutelas recae en problemas recurrentes, que se han vuelto en cierta medida rutinarios (como derechos de petición o solicitudes de tratamientos médicos), y ello permite que los jueces los solucionen muy rápido. Por ello, es muy probable que los jueces dediquen menos del 15 % de su tiempo y recursos a examinar tutelas. A pesar de esa precisión, es claro que, de todos modos, la tutela ejerce una presión creciente sobre el aparato judicial. Esta presión todavía no es crítica, pero en algunos años puede volverse dramática si continúan las tendencias actuales; por eso es necesario tomar medidas desde ahora.

En contraste, la situación es realmente dramática en las altas Cortes, en especial en la Corte Suprema de Justicia, y en menor medida en el Consejo de Estado. En 1999 —último año sobre el que contamos con datos consolidados disponibles—, la Corte Suprema de Justicia resolvió aproximadamente 8.500 casos, de los cuales alrededor de 4.400 fueron tutelas (Fuentes y Amaya, 2001, p. 55). Esto significa no solo que más de la mitad de la carga laboral de la Corte Suprema de Justicia estuvo dedicada a la tutela, sino que cada magistrado debió proyectar, en promedio, 190 tutelas, sin contar las salas a las que tuvo que asistir para decidir los casos de sus colegas.

Sin embargo, cualquier reforma destinada a enfrentar el problema de la congestión judicial derivada de la tutela debe ser muy cuidadosa, pues el crecimiento de la demanda de tutela no debe verse solo en términos negativos, como un aumento de la congestión judicial. Estos datos también muestran un incremento del acceso a la justicia, lo cual es muy bueno.⁷ La solución de los problemas de congestión derivados de la tutela debe hacerse sin afectar las virtudes democráticas de esta acción judicial, que son, entre otras, haber facilitado el acceso a la justicia y haber permitido que la Constitución sea realmente aplicada. Dos preguntas surgen de esto: ¿cómo enfrentar la presión creciente de la tutela sobre el conjunto del aparato judicial, pero sin introducir obstáculos al acceso a la justicia? ¿Cómo afrontar la crítica congestión en las altas Cortes, sin que esos tribunales abandonen la aplicación de la Constitución? A continuación intentamos resolver estos interrogantes.

Para enfrentar la presión sobre el sistema judicial en su conjunto, creemos que el punto de partida debe ser repensar el tema de la demanda judicial. Es necesario preguntarse cuáles son los factores que llevan a los ciudadanos a presentar tutelas. En efecto, si los análisis sociojurídicos muestran que una gran parte de las tutelas proviene de cierto tipo de abusos recurrentes, que pueden ser enfrentados con otras medidas estatales, entonces la demanda de tutela podría aminorarse sin vulnerar la eficacia de esta acción constitucional, tratando de incidir en la demanda por medio de políticas públicas destinadas a reducir los abusos que llevan a los ciudadanos a utilizar este mecanismo judicial. Por decirlo coloquialmente, la mejor forma de evitar la congestión judicial derivada de la *tutelitis*, sin afectar el derecho de acceso a la justicia, es reducir la *abusitis*.

Los problemas de congestión de la tutela se deben a su éxito como mecanismo para solucionar toda suerte de conflictos. Intentar remediar las causas que originan tales problemas es una tarea indispensable tanto para descongestionar la tutela como para mejorar los servicios que presta la administración pública. Proponemos esa estrategia porque creemos que la mejor forma de solucionar democráticamente la posible congestión derivada de la tutela es atendiendo, por otras vías, la demanda que la alimenta, y también porque consideramos que —como lo han señalado ciertas reflexiones contemporáneas en sociología jurídica— las acciones judiciales no son únicamente un instrumento para resolver controversias específicas, sino que —por ello mismo— representan igualmente

7 (N. del E.) Sobre la incidencia de la acción de tutela en la expansión del acceso a la justicia, véase el capítulo 7 (I-A) de esta compilación.

un sistema de información muy útil que tiene el Estado para detectar dónde están los problemas sociales que ameritan intervenciones públicas.

Al respecto, las investigaciones indican que, aproximadamente en un 50 % de los casos, las peticiones hechas a través de la tutela podrían solucionarse con medidas distintas de tipo administrativo, las cuales evitarían el recurso a la justicia. En efecto, como lo muestran las tablas 3 y 4, una gran cantidad de peticiones (cerca de un 20 %) son derechos de petición no resueltos, concentrados fundamentalmente en el Seguro Social y en la Caja Nacional de Previsión (Cajanal). Medidas fuertes contra estas entidades, para que cumplan los derechos de petición de los ciudadanos, reducirían de manera significativa la demanda de tutela.

Tabla 3. Derechos invocados en acciones de tutela

Derechos invocados en I-1999*	Porcentajes
Petición	15,3
Vida	14,8
Salud	14,4
Seguridad social	13,8
Igualdad	11,2
Trabajo	8,6
Debido proceso	6,3
Educación	3,3
Pago pensiones-salarios	2,0
Otros	10,3
Total	100

* Este es el último año respecto del cual tenemos datos discriminados y consolidados sobre este tema.

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional (1999, p. 64).

Un segundo factor que congestiona la tutela, como lo indican esas tablas, está relacionado con la crisis del sistema de salud, que requiere soluciones de tipo político y administrativo. Políticas efectivas dirigidas a resolver los problemas estructurales de la salud reducirían considerablemente las tutelas por este concepto.

Tabla 4. Entidades demandadas vía tutela

Entidades demandadas durante I-1999*	Porcentaje
Seguro social	28,3
Alcaldías	10,5
Gobernaciones	7,5
Despachos judiciales	6,5
Cajanal	6,4
Empresas privadas	5,1
Autoridades municipales	4,8
EPS	2,8
Hospitales	2,1
Autoridades departamentales	1,5
Otras	24,5
Total	100

* Este es el último año respecto del cual tenemos datos discriminados y consolidados sobre este tema.

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional (1999, p. 68).

Un tercer factor proviene de los denominados conflictos de convivencia. En la medida en que existan mecanismos adecuados de resolución de conflictos a los cuales las personas acudan antes de optar por una demanda judicial, por abandonar toda esperanza de solución, o por una solución ilegal del problema, no solo se descongestiona la tutela, sino que se contribuye a la paz social.

Un cuarto factor radica en la gran cantidad de tutelas que se originan en las disfunciones de la justicia ordinaria. El mejor ejemplo es la tutela para el pago de acreencias laborales. En efecto, muchos de los casos donde los actores invocan el derecho al trabajo se refieren a la falta de pago de salarios y prestaciones. Si el ejecutivo laboral funcionara adecuadamente, no habría tutela por este concepto. Habría que pensar en reformas profundas a los procedimientos judiciales para que estos adquieran una agilidad semejante, guardadas las proporciones, a la tutela. Por ello, recurriendo nuevamente al lenguaje coloquial, para evitar la *tutelitis*, bien valdría la pena intentar tutelizar el conjunto del ordenamiento procesal colombiano.

Finalmente, un elemento que alimenta la demanda de tutela es la falta de claridad sobre el alcance de los derechos fundamentales y la ausencia de una fuerza vinculante explícita de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia.

Todo lo anterior muestra que una de las primeras medidas para evitar la congestión del aparato judicial consiste en enfrentar los factores estructurales que alimentan la demanda de la acción de tutela. Sin embargo, las medidas mencionadas no resuelven el problema de la congestión en las altas Cortes, que es grave y debe ser enfrentado. Creemos que la propuesta [...] de excluir a las altas Cortes del conocimiento de tutelas es adecuada, pues si la congestión está localizada en esas corporaciones, mientras que en el conjunto del sistema judicial la situación no es crítica, entonces la solución parece ser diluir esa demanda en los otros jueces.

Pero esa estrategia tiene un costo, y es que acentúa la falta de sensibilidad y aprecio de los magistrados de las altas Cortes respecto de la aplicación de las normas constitucionales. En muchos de estos magistrados todavía prevalece una concepción no normativa de la Constitución, sobre todo en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de los procesos ordinarios. Así, excluir a las altas Cortes del conocimiento de la tutela podría estimular la falta de compromiso que allí existe por las normas constitucionales.

En consecuencia, sería deseable preservar la participación de las altas Cortes en la decisión de tutelas; sin embargo, no hay muchas alternativas. Las propuestas que se planteaban en el pasado resultan hoy insuficientes, debido a los índices actuales de congestión. Bajo las circunstancias presentes, parecería necesario aceptar la antigua propuesta del Gobierno de excluir a las altas Cortes del conocimiento de la tutela.

No obstante, creemos que este tipo de reforma es aceptable únicamente bajo dos condiciones: por un lado, convendría que en los procesos ante las altas Cortes, las partes pudieran reclamar directamente la aplicación de las normas constitucionales. Por otro, es indispensable que se preserve la posibilidad de que exista la tutela contra sentencias, cuya necesidad y legitimidad justificaremos en el siguiente punto de este artículo. Dos razones apoyan esta propuesta: en primer lugar, por la vía de la tutela contra sentencias se logra una cierta constitucionalización del derecho que se pierde con la exclusión de la tutela de las altas Cortes. Y, en segundo lugar, de todos modos las altas Cortes tendrían que conocer al menos de la tutela contra sentencias.

En síntesis, frente al tema de la congestión judicial se pueden lograr consensos relativamente razonables: en primer lugar, la tutela conlleva una presión sobre el aparato judicial; esta no es dramática, pero es necesario estar atentos a su evolución en el futuro. En segundo lugar, es fundamental estudiar los factores que alimentan la demanda de tutela para encontrar soluciones a los problemas de la gente, que pasen por la administración y el Gobierno antes de que se conviertan en casos judiciales. Finalmente, frente a las altas Cortes, es básico distribuir la carga de trabajo que actualmente tienen en el conjunto del aparato judicial, pero intentando preservar la vinculación preferente de esas corporaciones a la Constitución y a los derechos fundamentales.

2. Tutela contra sentencias⁸

El Gobierno ha propuesto en diversas ocasiones una reforma que elimina cualquier posibilidad de tutela contra providencias judiciales. En este punto hay un enfrentamiento que toca no solo con la concepción misma del tipo de justicia constitucional consagrado en la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales, sino que además implica una cierta disputa institucional sobre quién es el intérprete último del significado de los derechos fundamentales. Por eso, este tema ha generado múltiples susceptibilidades en las altas esferas del Estado, las cuales han enrarecido el debate y oscurecido los argumentos de fondo que cada parte defiende.

Una reformulación del debate mostrará, sin embargo, que las soluciones a este problema son relativamente simples desde el punto de vista técnico, aunque no por ello más capaces de generar consenso, pues existen conflictos de poder y se oponen visiones distintas del derecho. Mientras en el tema anterior de la congestión los acuerdos políticos pueden ser fáciles, pero las soluciones prácticas y técnicas difíciles, aquí pasa lo contrario: los consensos son difíciles, pero las soluciones técnicas son relativamente fáciles.

¿Cuál es el problema de la tutela contra providencias judiciales y cómo ha sido planteado el tema en Colombia? Desde 1992, el debate sobre la tutela contra sentencias se ha planteado a modo de una polémica entre defensores de la justicia material y defensores de la seguridad jurídica. Así, los defensores de la justicia material estaban llamados a defender la tutela contra sentencias,

8 (N. del E.) Al respecto véase el capítulo 10 (II-B), que también defiende la necesidad y conveniencia de la tutela contra sentencias. Por su parte, para algunas recomendaciones en la materia, consúltese el capítulo 20 (A) de esta compilación.

dado que —según lo dicho por los magistrados de la Corte Constitucional, defensores de esa tesis— solo puede aspirar a la cosa juzgada una sentencia que tenga un mínimo de justicia material. Y ese mínimo de justicia material es precisamente el respeto de los derechos fundamentales.

Por otra parte, los defensores de la seguridad jurídica consideraban que la tutela contra sentencias destruía los principios de la cosa juzgada, la autonomía funcional de los jueces y el principio de especialidad, pues permitía no solo que un juez revocara una sentencia ejecutoriada, sino que ese juez diera órdenes al funcionario que había decidido el caso inicial.

Creemos, sin embargo, que en estos términos el debate está mal planteado. En efecto, como veremos, la tesis inicial de los defensores de la tutela contra sentencias es tan admirable como insostenible. La tesis de los críticos de la tutela contra providencias, por su parte, es simplemente contradictoria.

La primera tesis es insostenible, porque si en toda ocasión se requiere un mínimo de justicia material para que una sentencia haga tránsito a cosa juzgada, entonces siempre se mantendría abierta la posibilidad de impugnar una decisión judicial sin importar el paso del tiempo, lo cual es desde luego inconveniente, pues la función pacificadora del derecho depende, en gran medida, de que las decisiones judiciales adquieran firmeza y hagan tránsito a cosa juzgada, de tal manera que la determinación del juez sea definitiva y el asunto decidido no pueda ser nuevamente discutido. La tesis del mínimo de justicia material como presupuesto de la cosa juzgada elimina toda posibilidad de lograr un mínimo de seguridad jurídica.

Por otra parte, la tesis de que la tutela contra sentencias afecta la seguridad jurídica es contradictoria. Más aún, la tutela contra sentencias tiene justamente por finalidad proteger la seguridad jurídica. Así como la casación es el mecanismo mediante el cual se unifica la interpretación de la ley, la tutela ante el tribunal constitucional es el mecanismo que garantiza uniformidad en la interpretación de la Constitución, teniendo en cuenta que distintas personas razonables pueden llegar a defender interpretaciones diversas sobre el alcance de una disposición constitucional.

Si no se admite la tutela contra sentencias, no existe la posibilidad de unificar la interpretación que los jueces del país hacen de la Constitución. Sin tutela contra sentencias no existe aquello que en todo régimen constitucional se conoce como órgano de cierre. La última palabra sobre el alcance de los textos constitucionales se desdoblaría al menos en cuatro palabras: la de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia), la de la jurisdicción contenciosa

(Consejo de Estado), la de la jurisdicción disciplinaria (Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura) y la de la propia jurisdicción constitucional (Corte Constitucional), que en tal evento dejaría de hacer honor a su nombre.

En consecuencia, en todo régimen constitucional que asuma que la constitución es norma vinculante, es esencial que exista un tribunal judicial que diga la última palabra sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Por ello, como dice Pérez Tremps (1985, pp. 271-272), la supremacía de la interpretación del tribunal constitucional es la consecuencia lógica de la supremacía de la constitución y de la necesidad de unificar su interpretación.

Por todo lo anterior, creemos que el argumento de la seguridad jurídica a través del cual se ataca la tutela contra sentencias es contradictorio. Si uno defiende la seguridad jurídica, debe defender una cierta consistencia en la interpretación de las normas. Quizá no una uniformidad absoluta, pero sí alguna uniformidad en la interpretación jurídica. Y dicha coherencia solo puede ser lograda por medio de la existencia de un órgano de cierre, que asegure una consistencia en la interpretación de las cláusulas esencialmente abiertas del texto constitucional (en el mismo sentido véase Botero, 2002).⁹

Así las cosas, si la tutela contra sentencias no solo no atenta contra la seguridad jurídica, sino que incluso la protege, ¿cuál es la verdadera razón de la oposición de ciertos sectores de la doctrina y de la judicatura a esa figura? Según nuestro criterio, dos pueden ser las motivaciones: por un lado, un distinto entendimiento de la fuerza normativa de la constitución, y, por el otro, una disputa sobre quién tiene la última palabra sobre el alcance de los derechos fundamentales.

El debate conceptual no se desarrolla entre los defensores de la justicia material y los defensores de la seguridad jurídica, sino entre los defensores de la constitucionalización del derecho y sus opositores. Es decir, el verdadero debate se libra entre una visión constitucional del derecho y una visión legal del derecho. Alguien que admita una visión constitucional del derecho de manera razonable admitirá que exista tutela contra providencias judiciales. Alguien que, en cambio, rechace dicha visión, solo aceptará la unificación legal a partir del tribunal de casación. Cerrar la Corte Constitucional y excluir el

9 (N. del E.) Es necesario advertir que, también en defensa de la tutela contra sentencias, en el texto original se explica cómo la revisión de amparos provenientes de la jurisdicción ordinaria es un mecanismo aceptado y acogido por la mayoría de sistemas jurídicos que cuentan con un tribunal constitucional. Sobre la importancia de la tutela contra sentencias en el ámbito comparado, consúltese Botero y Jaramillo (2006, pp. 44 y ss.).

control constitucional —dado que la ley es considerada la única fuente del ordenamiento— es una consecuencia perfectamente consistente con esta visión. Si muchos de los opositores de la tutela contra sentencias no se atreven a llegar a esta conclusión, ello se debe a que quieren lograr los efectos legitimadores y simbólicos del constitucionalismo contemporáneo, sin asumir plenamente sus implicaciones.

Por su parte, la disputa política se da por la resistencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado a admitir que la supremacía de la Constitución implica lógicamente una supremacía hermenéutica del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional. Esto es, esas altas corporaciones no aceptan que, en una democracia constitucional, la interpretación que de la Constitución hace el tribunal constitucional debe ser la interpretación autorizada y vinculante, no tanto porque sea siempre la mejor, sino exclusivamente porque es la única forma de asegurar una cierta consistencia en la interpretación de la norma básica.

Por consiguiente, tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado se resisten a admitir que la Corte Constitucional pueda revocar sus decisiones, porque comprenden que esa posibilidad implica reconocer una supremacía funcional del tribunal constitucional sobre los otros órganos judiciales. El ataque a la tutela contra sentencias desarrollado por esos tribunales es una tentativa por mantener la intangibilidad de sus decisiones. Pero como resulta poco elegante admitir que la crítica a la tutela contra sentencias es simplemente una lucha por mantener la supremacía de esos tribunales, el Consejo de Estado y la Corte Suprema han envuelto su ataque en el argumento de la seguridad jurídica, cuando —como creemos haberlo mostrado— el amparo contra providencias judiciales busca justamente proteger ese trascendental valor.

Fuera de la anterior discusión conceptual, varios ejemplos evidencian que la verdadera razón del ataque a la tutela contra sentencias es la resistencia de los altos tribunales, y en especial de la Corte Suprema, a admitir el valor normativo de la Constitución y la fuerza preferente que debe tener la doctrina del Tribunal Constitucional. Un primer ejemplo es la sentencia T-13.561 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 11 de mayo de 2000. En esta decisión, la Sala de Casación Laboral reconoce que la Corte Constitucional, en la sentencia C-470 de 1997 (una sentencia de control constitucional), concluyó que existe un deber de reintegro en caso de que una mujer embarazada haya sido despedida sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo. Sin embargo, la Sala Laboral no acepta esa doctrina constitucional y adopta su propia interpretación.

Resulta paradójico que los defensores de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada desconozcan, a través de un fallo de casación, una sentencia de control constitucional que había hecho tránsito a cosa juzgada constitucional y que tiene fuerza *erga omnes*. Esto indicaría que el problema no es tanto de seguridad jurídica, como de resistencia a la doctrina constitucional elaborada por la Corte Constitucional, con el fin de defender la supremacía interpretativa de la Corte Suprema.

Otro ejemplo es la propuesta de reforma constitucional presentada en 1997 conjuntamente por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, donde se planteaba sustituir la tutela contra sentencias por una acción o recurso extraordinario por violación de derechos fundamentales. Aparentemente, esta propuesta parece ser simplemente un dispositivo para ajustar la tutela contra sentencias. Sin embargo, la motivación era otra, pues su implícito es que dicho recurso debía ser planteado ante la misma Corte Suprema o ante el Consejo de Estado, con lo cual esas corporaciones quedaban desvinculadas de la doctrina constitucional. Nuevamente es claro que el ataque a la tutela contra sentencias no busca tanto proteger la seguridad jurídica, sino desvincular al Tribunal Supremo de la doctrina sobre derechos fundamentales elaborada por la Corte Constitucional, lo cual obviamente incrementa la inseguridad jurídica.

Por todo lo anterior, estamos convencidos de que si uno cree en la constitucionalización del derecho ordinario y en la seguridad jurídica, debe reconocer la necesidad de que exista un órgano unificador de la jurisprudencia y, por ende, aceptar alguna forma de tutela contra providencias judiciales.

3. La tutela y los derechos sociales

Una de las discusiones más recurrentes, importantes y difíciles del constitucionalismo colombiano contemporáneo se refiere a la posibilidad de que los jueces protejan los derechos sociales a través de decisiones de tutela, de tal manera que, al hacerlo, afecten los presupuestos y el gasto público. La Corte Constitucional ha defendido la posibilidad de que los derechos sociales sean protegidos por los jueces por la vía indirecta. La Corte diferencia entre derechos fundamentales y otros derechos, como los derechos sociales, que solo resultan protegidos por conexidad con aquellos. Para que un derecho social sea protegido se requiere que la desprotección que se invoca ante el juez implique la afectación de otro derecho que se considera fundamental y de aplicación inmediata, como es el caso, por ejemplo, de los derechos a la vida, a la integridad física o a la dignidad humana.

Hasta 1998, la protección de derechos sociales por vía judicial, no obstante el carácter progresista de la jurisprudencia, no trajo mayores conflictos entre jueces y funcionarios de las otras ramas del poder público. El número de decisiones de tutela por derechos sociales en sentido estricto¹⁰ que fueron concedidas no superaba el 2 % (García Villegas, 2001). De tal manera, el activismo judicial solo aparecía como algo inaceptable para los más aguerridos opositores del constitucionalismo social.

Desde 1998, la situación cambia drásticamente, debido al aumento extraordinario de demandas de tutela por derecho a la salud contra el Instituto del Seguro Social-EPS (ISS). De 2.999 demandas contra el Instituto, se pasó a 10.771 en 1998. Y los costos se multiplicaron por tres: mientras que en 1998 se necesitaron 4.793 millones de pesos, en 1999 fueron requeridos 15.878 para responder a la demanda de salud por vía de tutela (véanse Contraloría General de la República, 2000; Sotelo, 2000). El aumento de las demandas de tutela por salud encontró apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual una persona puede instaurar una tutela para proteger su derecho a la salud cuando la prestación médica sea necesaria para llevar una vida digna, el demandante haga parte del sistema de seguridad social contributivo y se encuentre vinculado a una EPS.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia del derecho a la salud desencadenó, a partir de 1999, serias críticas en su contra.¹¹ Del conjunto de críticas lanzadas contra la Corte sobresalen cuatro objeciones íntimamente relacionadas: i) los costosos tratamientos ordenados por vía de tutela para salvar unas pocas vidas drenan recursos que podrían ser utilizados más eficientemente para ampliar la cobertura de la salud a los sectores más pobres de la población. ii) Los jueces, al no tener una visión de conjunto de las necesidades

10 Hay una diferencia entre casos de derecho social, casos de derecho social prestacional y casos de derecho social prestacional, en sentido estricto: los primeros son casos de tutela que se refieren a derechos sociales simplemente; los segundos implican una erogación económica por parte del Estado para proteger el derecho social invocado, y, finalmente, los últimos —es decir los casos de derecho social prestacional en sentido estricto— son los casos prestacionales, salvo los casos que implican el pago de dineros debidos por el Estado, por ejemplo, cuando por medio de la tutela se paga una pensión de jubilación que había sido reconocida anteriormente. Son solo estos últimos los que implican un activismo judicial en sentido estricto. Al respecto, véase García Villegas (2001).

11 (*N. del E*) Los autores acuden aquí al caso de la salud con el propósito de revisar de manera general el debate sobre la judicialización de los derechos sociales. Sin embargo, para una aproximación específica y completa de la evolución, las causas y los efectos de la judicialización de la salud, véase el capítulo 10 (II-C) de esta compilación.

de salud de la población, repartirían los recursos de manera arbitraria. iii) Las sentencias de la Corte Constitucional desconocen la necesidad de llevar a cabo un debate democrático sobre el alcance del derecho a la salud. iv) En una sociedad pobre, como la nuestra, los tratados internacionales sobre la materia solo exigen que los derechos sociales se realicen de manera progresiva.¹²

La Corte y sus defensores han respondido a esas objeciones con una defensa vigorosa de la cláusula de inmunidad de los derechos fundamentales. Según esta cláusula, los derechos fundamentales son derechos subjetivos que la Constitución reconoce, en razón de su enorme importancia para amparar la dignidad de las personas y para proteger incluso el propio procedimiento democrático. Suponer que la realización de esos derechos se encuentra sujeta a una negociación política o a la disponibilidad de recursos es acabar con el sentido normativo que la Constitución le otorga a la protección efectiva de la vida digna.

Una conclusión inicial acerca del debate esbozado consiste en que este ha sido indebidamente radicalizado. Pareciera como si todo se jugara entre quienes defienden la tutela por derechos sociales y quienes se oponen. Sin embargo, en estos términos el debate es insuficiente y equívoco, debido a que supone una claridad del significado de justiciabilidad de los derechos sociales que en realidad no existe. Quienes se oponen a la jurisprudencia de la Corte en esta materia desconocen que están contra un tipo específico de justiciabilidad de derechos sociales y que, en consecuencia, podrían eventualmente estar de acuerdo con otro tipo de protección judicial con el cual se eviten las consecuencias perjudiciales que ellos critican. El debate no parece haber dejado claro que quienes defienden la tutela por derechos sociales no tienen que ser defensores incondicionales de toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esa materia.

Creemos que esta polémica debe ser replanteada. Aquí proponemos una posible manera de hacerlo. En primer lugar, se debe reconocer que ambas partes poseen argumentos de peso. A favor de la tutela por derechos sociales cuentan tanto el énfasis normativo de la Carta de derechos como los pactos internacionales de protección de los derechos sociales. A favor de la desjudicialización de los derechos sociales cuentan algunas preocupaciones bien fundadas sobre las consecuencias inequitativas de las dogmáticas desarrolladas por la Corte Constitucional en el tema. En segundo lugar, creemos que la pregunta que debemos hacernos no es la de si debe o no haber tutela por derechos sociales,

12 (N. del E.) Algunas de estas objeciones se encuentran controvertidas con mayor profundidad en Uprimny (2001), así como en el capítulo 3 (A) de esta compilación.

sino cuál debe ser la dogmática adecuada en materia de derechos sociales y cuáles deben ser los procedimientos para obtener dicha tutela.

Esto supone, desde luego, tomar partido a favor de la judicialización de los derechos sociales. Algunos discutirán este supuesto; sin embargo, creemos que en la medida en que se acepte el carácter normativo de la Constitución colombiana, hay que aceptar alguna forma de protección de estos derechos. Sobre lo que debemos preguntarnos, repetimos, es sobre el tipo de protección de los derechos sociales. Para responder a esta pregunta creemos que se podrían repensar algunos de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte.

No todos aquellos que defienden el carácter normativo de los derechos sociales, y en consecuencia su justiciabilidad, están satisfechos con la manera como la Corte ha elaborado su jurisprudencia de derechos sociales. El problema radica en que, con un acento tal en la dignidad, la Corte desatiende los posibles efectos inequitativos que resultan de la protección del derecho a la salud caso por caso. La protección del derecho a la salud debe intentar construir una teoría capaz de articular la protección del derecho a la vida digna con el respeto de la igualdad. Lo primero que advierte esta posición es que dicha articulación es difícil; hasta el momento no se ha logrado construir una dogmática constitucional satisfactoria al respecto.

El contexto interinstitucional en el que deciden los jueces también parece ser importante. En materia de derechos sociales, tal contexto está marcado por las relaciones entre jueces y gasto público o, mejor aún, entre los jueces y la legislación, entendida esta como la expresión democrática encargada de definir el gasto público. Los derechos sociales deben ser desarrollados prioritariamente a través de las leyes. Los jueces, en cambio, están llamados a cumplir una función remedial en aquellos casos en los cuales la legislación ha sido insuficiente para proteger los derechos.

La Constitución contempla, pues, una situación ideal de división del trabajo, control y complementariedad entre legislador y juez. Pero ¿qué pasa cuando esta situación ideal no se cumple en la práctica? ¿Qué pasa cuando los jueces perciben que la intervención del legislador ha sido deficiente? La brecha entre la situación de desamparo de quienes acuden a la justicia a través de la tutela, por una parte, y la fuerza normativa y protectora de los derechos sociales constitucionales, por la otra, crea en el juez una justificación axiológica de su activismo y de su intervención en las competencias atribuidas a otros funcionarios del Estado. No es fácil asumir una actitud pasiva cuando se es el guardián de una Constitución tan progresista como la colombiana y se vive en medio de

tanta indolencia social e institucional frente al sufrimiento y el ostracismo de una buena parte de la población.

Estas consideraciones sociojurídicas sobre el funcionamiento del sistema político colombiano son importantes. Sin embargo, no creemos que pongan en tela de juicio la solución que aquí hemos planteado y que se funda en un esquema de protección doble: debe haber, por un lado, unas autoridades políticas que mantengan la competencia de definir el sentido y alcance de los derechos sociales, de conformidad con un proceso democrático de deliberación social, y, por el otro, una justicia constitucional que guarde la posibilidad de intervenir en defensa de los derechos cuando se incumplan los mínimos —no negociables en el ámbito político— que consagra la Constitución.¹³ La experiencia que hemos tenido con la Constitución de 1991 en materia de derechos sociales muestra cómo la intervención de los jueces, y de la Corte en particular, ha sido útil para movilizar al Gobierno y a los legisladores en beneficio de políticas sociales que de otro modo no habrían visto la luz pública. Es deseable que eso continúe. Sin embargo, también es deseable que el proceso de deliberación democrático desempeñe un papel más activo e importante en la protección de los derechos sociales.

Es cierto que la aceptación de los derechos sociales plantea problemas agudos de distribución de competencias y de diseño dogmático; sin embargo, estas dificultades no son insuperables, como hemos intentado mostrarlo en este ensayo. Pero los opositores a la tutela social no se interesan en explorar otras vías de solución, por la simple razón de que su desacuerdo fundamental no es tanto con la vulneración de las competencias de las instancias de representación política, sino sobre todo con un tipo de protección de los derechos fundamentales que implica una cierta redistribución económica en beneficio de los pobres, la cual es contraria a los principios neoliberales. Su insistencia en la separación de competencias entre jueces y entidades de representación política es en realidad una manera elegante de esconder una concepción restrictiva del papel del juez de tutela, concepción que encaja mal en el andamiaje normativo ideado por la Constitución de 1991.¹⁴

13 (N. del E.) En el capítulo 10 (II-D y E) de esta compilación se adelanta una defensa de un cierto tipo de activismo en materia de derechos sociales y se propone, asimismo, una evaluación del impacto de los fallos en esta materia. Sobre derechos sociales y activismo judicial, véase también Saffon y García Villegas (2011).

14 (N. del E.) Para conocer otras reflexiones en materia de tutela, consúltense Rodríguez Garavito (2014a, 2014b).

Referencias

- Botero, C. (2002). Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico colombiano. Bogotá (mimeo). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.42.pdf
- Botero, C. y Jaramillo, J. F. (2006). Una visión panorámica: el conflicto de las altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias. En Serie Documentos de discusión 3: Tutela contra sentencias: documentos para el debate. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.187.pdf
- Consejo Superior de la Judicatura (2005). *Banco de datos estadístico*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Consejo Superior de la Judicatura (2015). *Informe al Congreso de la República 2014*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/5597675/Informe+al+Congreso+Rama+Judicial+2014.pdf/dbf7a25d-5698-4d75-af2a-65491c4e66a1>
- Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional (1999). *Estadística sobre la acción de tutela*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Contraloría General de la República (2000). Las tutelas al ISS: un problema por fallas jurídicas. *Revista Economía Colombiana y Coyuntura Política*, (278).
- Fuentes, A. y Amaya, C. (2001). Demanda y oferta judicial: dificultades de ajuste. En *Estudios sobre justicia en Colombia: estudios ocasionales*. Bogotá: CIJUS y Universidad de los Andes.
- García Villegas, M. (2001). Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- García Villegas, M. y Rodríguez Garavito, C. (2001). La acción de tutela. En Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2003). La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte? *Revista de Derecho Público*, (15), 245-286.
- Lalinde Ordóñez, S. (2015, abril 15). Tutela y congestión judicial. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/tutela-congestion-judicial-opinion-sebastian-lalinde/424140-3>
- Pérez Tremps, P. (1985). *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Rodríguez Garavito, C. (2014a). Amigos de la tutela. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/amigos-de-tutela-columna-471251>
- Rodríguez Garavito, C. (2014b). Dos reformas para fortalecer la tutela. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/dos-reformas-fortalecer-tutela-columna-489443>
- Saffon, M. P. y García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 75-107. Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511/1404>
- Sotelo, L. C. (2000). Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones economico-políticas. *Archivos de Macroeconomía. Departamento Nacional de Planeación* (133).
- Uprimny, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía. *Revista de Derecho Público* (12), 145-183. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub203.pdf
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C., y García Villegas, M. (2006a). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C., y García Villegas, M. (2006b). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 319-402). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

B. Necesidad, conveniencia y aspectos por reformar de la tutela contra sentencias

Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes (2006)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). Una discusión conceptual: ¿qué hacer con la tutela contra sentencias? En Serie Documentos de discusión 3: Tutela contra sentencias: documentos para el debate. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.187.pdf

La tutela contra sentencias está en el centro del actual debate político y jurídico, no solo por el llamado “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema, sino también debido a la reforma a la justicia que impulsa el Gobierno. En efecto, tanto el proyecto gubernamental como la Corte Suprema de Justicia y numerosos comentaristas proponen suprimir la tutela contra sentencias, y que esta sea reemplazada por un recurso extraordinario contra las sentencias arbitrarias que sea resuelto dentro de cada jurisdicción.¹ Según estas visiones, no debería haber tutela contra providencias judiciales, y para enfrentar las actuaciones judiciales que afecten derechos fundamentales debería existir un recurso especial que sería resuelto en última instancia por la Corte Suprema, en la jurisdicción ordinaria, y por el Consejo de Estado, en la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que esas decisiones pudieran ser revisadas por la Corte Constitucional. Y en todo caso, plantean estas posiciones, las sentencias de la Corte Suprema y del Consejo de Estado no podrían ser

1 (N. del E.) En Rubiano (2009) se examinan las posiciones cambiantes del Gobierno Uribe frente a la tutela contra sentencias, la particular relevancia que este debate ha cobrado en la elección de los magistrados de la Corte Constitucional y la tensión que dicho tema generó entre esta Corte y la Corte Suprema de Justicia. Para un juicioso recorrido por la evolución del conflicto alrededor de la tutela contra sentencias, véase Botero y Jaramillo (2006).

modificadas por la Corte Constitucional, ni menos aún por un juez municipal o del circuito.

Este documento analiza si esa propuesta es o no adecuada para la protección de los derechos de la persona y la profundización de la democracia en nuestro país, para lo cual comienza por examinar las objeciones que se han planteado a la tutela contra decisiones judiciales, para luego recordar brevemente la finalidad que tiene ese mecanismo en una democracia constitucional.

1. Las objeciones a la tutela contra providencias judiciales

Los defensores de la reforma que propone eliminar la tutela contra sentencias consideran que ella es necesaria no solo para evitar los desestabilizadores choques de trenes entre las altas Cortes, sino además para salvaguardar la seguridad jurídica, el principio del juez natural y la supremacía de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, como órganos de cierre de sus respectivas jurisdicciones. Las bases de esa tesis son entonces las siguientes: i) las decisiones judiciales no pueden quedar sujetas indefinidamente a un ataque por tutela, pues no habría cosa juzgada ni seguridad jurídica; ii) no es razonable que un juez de tutela, que no es experto en una determinada materia, pueda revocar una sentencia del juez especializado en esos asuntos, por lo que, por ejemplo, es ilógico que un juez penal, actuando como juez de tutela, interfiera en la actuación de los jueces civiles, ya que se estaría desplazando al juez natural del caso; iii) finalmente, si la Corte Suprema es el tribunal supremo de la jurisdicción ordinaria y el Consejo de Estado el tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, entonces sus sentencias deben ser inimpugnables, por lo que es extravagante que sus decisiones puedan ser atacadas por tutela ante otros jueces, y menos ante funcionarios judiciales de menor jerarquía, pues se estaría rompiendo la coherencia de la estructura judicial.

Los defensores de la reforma argumentan que la protección frente a eventuales atropellos de los jueces o las posibilidades de error judicial no justifican tampoco la tutela contra providencias judiciales, al menos por las siguientes dos razones: de un lado, por cuanto los propios procesos judiciales son el escenario adecuado para el amparo de los derechos fundamentales, pues en ellos el juez debe tener en cuenta la Constitución y las partes cuentan con los recursos para lograr el respeto de sus derechos y para impugnar las decisiones erróneas.² Y

2 (N. del E.) Sobre este mismo punto, Uprimny (2005) explica que una de las principales críticas que se han esgrimido contra la justicia protagónica de la Corte Constitucional ha

de otro lado, por cuanto nada asegura la infalibilidad de los jueces de tutela, que se pueden equivocar tanto como el juez que conoce del proceso, ya que se trata prácticamente de funcionarios judiciales con la misma formación.

Por consiguiente, si el juez de tutela también puede equivocarse, entonces sus sentencias deberían poder ser impugnadas ante otro juez, con lo cual los procesos no tendrían ningún fin. Por ende, como los procesos deben tener una culminación, después de la cual la sentencia se torna inimpugnable, entonces lo natural es que ese final ocurra en el proceso adelantado por el juez especializado en la materia —el juez civil, laboral o penal— y no ante el juez de tutela. Y por ello, concluyen estos planteamientos, en vez de tutela contra sentencias, debería preverse un recurso especial contra las sentencias arbitrarias pero que sea resuelto en cada jurisdicción.

A primera vista, los anteriores argumentos en contra de la tutela contra sentencias parecen razonables. Además, se fundan en valores caros al Estado democrático, como son la defensa de la seguridad jurídica, del principio del juez natural, de la autonomía judicial y de la necesidad de que toda controversia judicial tenga un fin, para que el derecho cumpla su función pacificadora en la sociedad. Sin embargo, un examen más atento muestra que esas objeciones, aunque tocan puntos pertinentes, no deberían llevar a la eliminación de la tutela contra providencias judiciales sino a una mejor reglamentación de esta figura, debido a que esta juega un papel esencial en la protección de los derechos fundamentales y en la coherencia del sistema jurídico, como lo mostraremos a continuación.

2. Los fundamentos, la legitimidad y la conveniencia de la tutela contra providencias judiciales

La tutela colombiana es tanto un mecanismo de acceso a la justicia como un medio que ha permitido la “constitucionalización” del derecho ordinario y de parcelas importantes de la vida de los colombianos, pues es al mismo tiempo un mecanismo de protección constitucional y una tentativa por lograr una justicia rápida y asequible a los ciudadanos. Estas características de la tutela explican que frente a las actuaciones judiciales ella esté encaminada a cumplir dos finalidades complementarias: de un lado, es necesario evitar la arbitrariedad judicial,

recaído, justamente, en la tutela contra sentencias. En efecto, sus críticos entienden que esta acción es una facultad desproporcionada y una clara expresión del desbordamiento de competencias de la justicia constitucional.

y por ello conviene mantener un mecanismo residual para corregir eventuales errores. Sin lugar a dudas, en un buen sistema judicial, la mayor parte de los errores deben ser corregidos en los procesos ordinarios. Sin embargo, conviene de todos modos mantener abierta una última posibilidad de corrección frente a errores judiciales graves, que vulneren los derechos fundamentales, y por ello [se debe mantener] la teoría de la vía de hecho [...], según la cual la tutela procede contra una decisión judicial cuando esta incurra en un error de tal magnitud, que pueda concluirse que la misma se aparta, de manera tan ostensible, del ordenamiento jurídico, que en el fondo no es realmente una providencia sino una vía de hecho.

De otro lado, en una democracia constitucional es necesario que exista un órgano que asegure la unificación de la interpretación de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que distintas personas razonables pueden llegar a defender interpretaciones diversas sobre el alcance de una disposición constitucional. Y por ello la tutela contra providencias y su eventual revisión por la Corte Constitucional juegan un papel esencial para asegurar la seguridad jurídica y la coherencia del sistema jurídico, puesto que permite que exista una unificación en el entendimiento del alcance de los derechos fundamentales.

Sin tutela contra sentencias no existiría un verdadero órgano de cierre en materia de derechos fundamentales. La última palabra sobre el alcance de los textos constitucionales se desdoblaría, de hecho, al menos en cuatro palabras: la de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema), la de la jurisdicción contenciosa (Consejo de Estado), la de la jurisdicción disciplinaria (Sala Disciplinaria del Consejo de la Judicatura) y la de la propia jurisdicción constitucional. Cada derecho estaría sujeto a interpretaciones diferentes en cada corte sin que hubiese posibilidad de unificar un sentido constitucional. Y dicha coherencia solo puede ser lograda por medio de la existencia de un órgano de cierre que asegure una consistencia en la interpretación de las cláusulas esencialmente abiertas del texto constitucional. Pero si no fuera suficiente lo anotado hasta el momento, podemos agregar que la revisión de amparos o tutelas provenientes de la jurisdicción ordinaria es un mecanismo acogido por casi la totalidad de los sistemas jurídicos dotados de un tribunal constitucional.³

3 (N. del E.) Un análisis de la experiencia comparada en esta materia puede encontrarse en este mismo texto y en Botero y Jaramillo (2006, pp. 46-59).

3. Reexamen de las objeciones a la tutela contra decisiones judiciales

Las anteriores consideraciones permiten reexaminar las objeciones esgrimidas contra la tutela contra sentencias. Así, en primer término, es indudable que tienen toda la razón quienes señalan que las decisiones judiciales no pueden quedar sujetas indefinidamente a un eventual ataque por vía de tutela, pues no solo se vería afectada la cosa juzgada, sino que además se estaría desconociendo la inmediatez que debe caracterizar a la tutela, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado en numerosas ocasiones. Sin embargo, ese defecto puede ser solucionado fácilmente: basta señalar que la tutela contra sentencias debe tener un término de caducidad como cualquier otra acción judicial. Vencido ese término, la sentencia queda en firme por más de que no tenga el mínimo de justicia material.

En segundo término, es indudable que la protección de los derechos fundamentales debe hacerse primariamente dentro del propio proceso, pues el juez ordinario es también juez constitucional. Sin embargo, eso no excluye la conveniencia y necesidad de la tutela, pues subsiste la posibilidad de error judicial, y en especial la necesidad de unificar la interpretación constitucional.

En tercer término, el argumento según el cual la tutela contra providencias judiciales rompe el principio de especialidad, debido a que, por ejemplo, un juez penal estaría decidiendo una tutela laboral, no es tampoco totalmente válido. La tutela está concebida para proteger el derecho fundamental y no para pronunciarse sobre las consideraciones legales en litigio. Es cierto que en ocasiones el juez de tutela indebidamente se inmiscuye en los problemas puramente legales, pero esa situación no debería llevar a la eliminación de la tutela contra providencias judiciales sino a la racionalización de esa figura.

En cuarto término, el argumento según el cual no debería existir tutela contra sentencias pues nada asegura que el juez constitucional incurra también en error judicial se funda en una premisa cierta, pero extrae una conclusión indebida. Así, es indudable que los jueces constitucionales pueden equivocarse tanto como los jueces ordinarios. Por ello, si la tutela contra sentencias tuviera como única finalidad corregir yerros judiciales, la Corte Suprema tendría razón en que tales yerros podrían corregirse dentro de cada jurisdicción, y ojalá dentro de los propios procesos. Y en especial tendría razón en que no parecería existir ningún fundamento para que la Corte Constitucional revise decisiones de la Corte Suprema o del Consejo de Estado, pues estos tribunales están integrados por los mejores jueces, por lo que no parecería haber ningún motivo

para que la Corte Suprema o el Consejo de Estado se equivocaran más que la Corte Constitucional. Sin embargo, esa tesis olvida que la otra función de la tutela contra sentencias es la de unificar la interpretación de los derechos fundamentales. Y por ello, la supremacía funcional del juez constitucional no deriva de una menor posibilidad de error de este juez sino del hecho de que debe existir un órgano de cierre en materia constitucional, que salvaguarde la unificación del entendimiento de la Carta, y ese órgano debe ser el tribunal constitucional.

Con todo, el argumento de la Corte Suprema es importante en el sentido de que en relación con las sentencias de las altas Cortes, la tutela debía limitarse a cumplir esa función de unificación del entendimiento del alcance de los derechos fundamentales, pero la revisión por el juez constitucional no debería recaer sobre problemas de eventuales errores de interpretación legal o de apreciación de pruebas, pues en esos aspectos, debe entenderse que la Corte Suprema o el Consejo de Estado, máximos tribunales de sus respectivas jurisdicciones, han clausurado esos debates.⁴

Referencias

- Botero, C. y Jaramillo, J. F. (2006). Una visión panorámica: el conflicto de las altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias. En Serie Documentos de discusión 3: Tutela contra sentencias: documentos para el debate. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.187.pdf
- Rubiano, S. (2009). La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 84-145). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- Uprimny, R. (2005). Acceso a la justicia: entre la justicia protagónica y rutinaria. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

4 (N. del E.) En el capítulo 20 (A) de esta compilación se ofrecen algunas recomendaciones en torno a la tutela contra sentencias.

C. La judicialización de los derechos: el caso de la salud

César Rodríguez Garavito (2012)

Extractos tomados de:

Rodríguez Garavito, C. (2012). La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones. En Bernal, Ó. y Gutiérrez, C. (eds.). *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones* (pp. 507-560). Bogotá: Universidad de los Andes, Escuela de Gobierno, Ediciones Uniandes.

Quizá más que en cualquier otro país, los jueces colombianos han tenido un papel protagónico en el sistema de salud. Por ello, el funcionamiento del sistema no puede ser entendido sin un estudio de la judicialización de los debates y conflictos sobre el derecho a la salud. Por la misma razón, cualquier intento de recomendar reformas que hagan el sistema más accesible, equitativo y eficiente debe indagar cuál debe ser el papel del Poder Judicial en él.

Esa es la tarea que acometo en este capítulo. El texto no pretende hacer un recorrido detallado de las normas jurídicas y los fallos de las cortes colombianas sobre el derecho a la salud. Aunque da cuenta de las líneas generales de la jurisprudencia, su interés es analizar las intervenciones judiciales como parte de un campo institucional más amplio, en el que los jueces son apenas uno de los actores relevantes e interactúan, a veces colaborando, a veces chocando, con una amplia variedad de actores públicos y privados, desde el Gobierno nacional hasta los médicos, pasando por los aseguradores privados o las empresas promotoras de salud (EPS), las empresas farmacéuticas, los hospitales y demás instituciones prestadoras de servicios (IPS), los movimientos sociales y las organizaciones de derechos humanos, entre muchos otros. Antes que las minucias argumentativas de las sentencias, el centro de atención en este capítulo se encuentra en los determinantes y los efectos de la intervención de los jueces.¹

1 (N. del E.) Un primer acercamiento a esta judicialización del derecho a la salud se

En este texto presento los hallazgos y los argumentos del estudio en tres secciones. En la primera exploro, a la manera médica, los síntomas del fenómeno de la judicialización de la salud; para ello, analizo los datos sobre la evolución y el estado actual del uso de la tutela para resolver disputas sobre el derecho a la salud. En la segunda sección, siguiendo con la analogía médica, ofrezco un diagnóstico de la situación, esto es, un análisis de las causas y los efectos del uso masivo de la tutela. Concluyo el texto y el paralelo médico con una sección de prescripción, en la que delinee recomendaciones de ajustes jurisprudenciales, legislativos y administrativos que, sin descartar la vía de la tutela, eviten las inequidades y la ineficiencia de la judicialización de la salud y promuevan la participación ciudadana en las decisiones complejas sobre el sistema.

1. Los síntomas de la judicialización de la salud

1.1. La trayectoria de la tutela

La evolución de las tutelas sobre salud puede ser dividida en tres periodos: una fase inaugural, en la que se abrió el camino a las acciones individuales de este tipo; una fase de explosión del número y la proporción de las tutelas sobre salud; y una fase más reciente marcada por un intento por racionalizar el uso de la tutela y enfrentar sus determinantes estructurales. Veamos brevemente cada uno de estos periodos y las características que la judicialización de la salud fue adquiriendo a lo largo de ellos.²

a) La fase inaugural (1992-1997)

Aunque no existe información sobre las tutelas de esta fase que sea estrictamente comparable con la de periodos posteriores, los estudios hechos en ese momento permiten hacer una caracterización general, en la que se destacan tres rasgos.

En primer lugar, desde sus primeras sentencias, la Corte acogió tutelas sobre el derecho a la salud y ordenó el suministro de medicamentos, cirugías, citas o tratamientos que fueran necesarios para garantizar el derecho

encontraba ya en Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006, pp. 358 y ss.). De forma más general, sobre las relaciones entre activismo judicial y derechos sociales, véase Saffon y García Villegas (2011).

² (N. del E.) Otros diagnósticos sobre el funcionamiento y las disfuncionalidades de la judicialización de la protección del derecho a la salud se encuentran en García Villegas y Rodríguez Garavito (2001) y Uprimny *et al.* (2006).

constitucional a una vida digna; en otras palabras, interpretando el artículo 49 de la Constitución Política recién expedida, la Corte determinó que, aunque el derecho a la salud no era exigible judicialmente de forma directa por no ser un derecho constitucional fundamental, sí podía ser reclamado ante los jueces cuando quiera que la falta de una prestación (por ejemplo, un medicamento o un tratamiento) pusiera en peligro la vida del demandante o su posibilidad de llevar una vida digna. Fue en esta fase, por tanto, en la que se definió la posibilidad de acudir a la tutela y se estableció el criterio de “conexidad” con el derecho a la vida, que pasaría a dominar la jurisprudencia constitucional hasta el año 1997.

Esta posición jurisprudencial daría lugar al segundo rasgo del periodo inicial, que tendría un impacto profundo en años posteriores. Una vez expedida la Ley 100 de 1993, que creó los Planes Obligatorios de Salud (POS) como mecanismo para racionalizar y fijar prioridades en el sistema, la jurisprudencia naciente de la Corte se vio enfrentada a los casos difíciles en los que un paciente acudía a la tutela para pedir un tratamiento o un medicamento que había sido formulado por su médico pero no estaba incluido en el POS. La decisión de la Corte fue aplicar el criterio de conexidad también a estos casos y ordenar el suministro de lo prescrito por el médico tratante, incluso si no estaba incluido en el POS.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucedería en tiempos posteriores, en esta fase los casos sobre el derecho a la salud no predominaban en el litigio de tutela en el país. En efecto, un estudio basado en una muestra representativa de tutelas instauradas entre 1992 y 1996 muestra que los conflictos sobre salud representaban apenas el 4 % de las tutelas, muy por debajo de otros derechos como el de petición (24 %), el trabajo (16 %) y el debido proceso (13 %) (García Villegas y Rodríguez Garavito, 2001).

b) La explosión de la tutela (1998-2008)

El marcado aumento de los casos sobre salud era ya evidente en 1999, el primer año para el que existen datos comparables con los actuales, recopilados por la Defensoría del Pueblo. De acuerdo con estas cifras, en ese año la participación del derecho a la salud en los litigios de tutela de todo el país había alcanzado un 24 %, es decir, seis veces más que el promedio del periodo anterior. El porcentaje seguiría creciendo a lo largo del periodo, que cerró con un impresionante 41 % en el 2008 (Defensoría del Pueblo, 2004). En este lapso, el derecho a la salud pasó a ser uno de los tres más litigados (junto con el de petición y el derecho a la vida) y, de hecho, superó a estos dos en el 2007.

¿Cómo decidieron los jueces estos litigios? La gran mayoría de casos terminaban (y siguen terminando) con un fallo favorable al paciente, y la tasa de éxito de las tutelas aumentó continuamente, pasando del 72 % en 1999 al 86 % en el 2008 (Defensoría del Pueblo, 2010, 2011).

c) El enfoque estructural y los intentos de desjudicialización (2009-2012)

La fase más reciente está marcada por diversos esfuerzos tanto del Poder judicial como del Ejecutivo y el Legislativo por reducir el flujo de tutelas y atender sus causas estructurales. Para apreciar la magnitud del fenómeno encarado por estas medidas, resulta útil compararlo con el de otros países en los que las cortes han sido activas en la protección de los derechos sociales.

Tabla 1. Número de casos de derechos a la salud *per capita* (datos aproximados, 2008)

País	Demandas	Población (millones)	Casos de salud <i>per capita</i> (demandas por cada millón de habitantes)
Colombia	150.000	45,6	3289
Brasil	40.000	193,7	206
Costa Rica	500	4,6	109
Argentina	1159	40,2	29
Sudáfrica	17	49,3	0,3
India	218	1150,0	0,2

Fuente: Moestad, Rakner y Motta Ferraz (2011).

Como se aprecia en la tabla 1, los niveles colombianos de litigio sobre salud son muy superiores a los de otros países relevantes. De hecho, estas cifras, las más sistemáticas sobre el tema, sugieren que la tasa *per capita* del litigio en salud puede ser la más alta del mundo. Ante esta situación, la misma Corte Constitucional, así como el Congreso y el Gobierno nacional, han emprendido iniciativas para racionalizar el uso de la tutela.

La primera medida de este tipo fue la Ley 1122 del 2007, que buscó disminuir los recobros al crear incentivos para que los comités técnico-científicos (CTC) de las EPS estudiaran rigurosamente las peticiones de medicamentos de alto costo no incluidos en el POS. En los casos en que los CTC no hicieran el estudio y el paciente ganara posteriormente una tutela, la ley (art. 14, lit. j) determinó

que la EPS podría recobrar al Fosyga solo el 50 % del gasto, y debía cubrir con fondos propios la otra mitad. Al mismo tiempo, la Corte Constitucional expidió fallos importantes encaminados en la misma dirección. [En concreto], fue la sentencia T-760 del 2008 la que marcó un punto de quiebre en la jurisprudencia de la Corte. Este fallo implicó el giro de una aproximación casuística a los conflictos de tutela a un *enfoque estructural* que se concentra en resolver las fallas sistémicas que subyacen el alud de litigios individuales.³ Además de declarar el derecho a la salud como fundamental (y, por tanto, susceptible de ser protegido por tutela de forma autónoma), la Corte expidió órdenes dirigidas a todos los actores relevantes del sistema de salud para que atendieran, en plazos perentorios, las fallas estructurales de política que subyacen la judicialización de la salud.

En parte para cumplir con las órdenes de esta sentencia, el Poder Ejecutivo se ha unido a los esfuerzos por racionalizar la tutela. Primero lo hizo el Gobierno Uribe, con un intento de última hora de reformar el funcionamiento de asuntos neurálgicos del sistema de salud (por ejemplo, la actualización de los POS y la financiación del sistema) mediante decretos de emergencia económica y social. Los decretos, sin embargo, quedaron sin piso con la sentencia de inexequibilidad de la declaración de emergencia que dio lugar a ellos, en la que la Corte constató la improvisación de las medidas adoptadas.

Le correspondió al Gobierno Santos, por tanto, tomar la iniciativa de crear un sistema administrativo expedito de resolución de conflictos y atender las demás causas estructurales de la “tutelitis”. El avance más notable en esta dirección ha sido la expedición de la Ley 1438 del 2011, presentada por el Gobierno al Congreso con este fin.

1.2. La tutela hoy

Para entender cabalmente el fenómeno de la judicialización de la salud, es necesario ir más allá de las tendencias generales delineadas en la sección anterior. Se requiere, además, asomarse al interior de los litigios para observar cuáles son los conflictos que dan lugar a ellos, quiénes son sus protagonistas y cuál es su desenlace.

a) Por qué litigan los pacientes: los conflictos de tutela

Las cifras del 2010 muestran que los pacientes que acuden a la tutela lo hacen con mayor frecuencia para pedir que el juez ordene la prestación de un

3 (N. del E.) Sobre casos estructurales y órdenes complejas, véase el capítulo 10 (II-E) de esta compilación.

tratamiento (43 % de los casos) (Defensoría del Pueblo, 2011). El segundo tipo de conflicto más común es el relacionado con *medicamentos*, que equivale al 24 % de las tutelas sobre salud presentadas en el 2010. El tercer conflicto que se destaca involucra a pacientes que acuden a los juzgados para pedir la realización de *cirugías* (22 % de las tutelas sobre salud). Finalmente, también tienen un peso importante las tutelas orientadas al otorgamiento de una *cita médica* (20 %) o una *imagen diagnóstica* (14 %).

Además de la prestación solicitada, para los efectos de los ajustes procedimentales que pueden mejorar la resolución de conflictos sobre salud y evitar su judicialización, interesa saber cuál es la ruta que siguió el conflicto antes de llegar a los juzgados. Para esto, el análisis de expedientes de tutela hecho por el Programa de Justicia Global indagó si los pacientes habían elevado su petición ante los CTC antes de acudir a la tutela. Los resultados muestran que los CTC no han cumplido su función de instancia administrativa de solución de conflictos en la mayoría de los casos (65 %) en los que los pacientes siguen recurriendo directamente a la tutela. Sin embargo, el hecho de que una tercera parte de los casos sí hayan sido conocidos por un CTC representa un comienzo en la dirección deseada por las medidas jurisprudenciales, administrativas y legislativas que, como se vio en la sección anterior, han sido adoptadas desde el 2007 para fortalecer la eficiencia y calidad de los mecanismos de disputas de conflictos dentro del sistema de salud.

Por último, interesa conocer si la prestación objeto del litigio se encuentra contemplada en el POS, o si se trata de una pretensión que va más allá de lo contemplado en el plan de salud. En el 2010, los datos de la Defensoría del Pueblo muestran un claro predominio de los conflictos del primer tipo, esto es, aquellos en los que el tratamiento, el medicamento, la cirugía o las demás prestaciones que se exigen están incluidos en el POS. En efecto, esta es la situación en las dos terceras partes de los litigios. En este sentido, en buena parte de los litigios, el juez cumple la función de cobrador de lo adeudado, antes que de ordenador de un gasto o una prestación extraordinaria.

Sin embargo, el porcentaje de casos en los que se ordena una prestación no incluida en el POS (35 % en el 2010) es también significativo. Su recurrencia indica la necesidad de hacer reformas de política (como la actualización periódica del POS) y administrativas (como el fortalecimiento de los CTC y del sistema de resolución de conflictos) que garanticen el derecho a la salud al interior del mismo sistema y eviten la utilización masiva de la tutela.

b) Quiénes intervienen en los litigios: los actores de la tutela

– Los demandantes y los demandados

¿Cuál es el perfil social de los pacientes que recurren a la tutela? La muestra propia recolectada por el Programa de Justicia Global indica que mujeres y hombres acuden a esta acción en proporciones similares a su presencia en la población nacional: el 54,7 % de las tutelas fueron instauradas por mujeres, mientras que el 45,3 % lo fueron por hombres. En términos de edad, las tutelas más recurrentes fueron presentadas para proteger derechos de adultos mayores.

Una cifra igualmente importante para determinar la equidad de la tutela es la distribución de los demandantes entre afiliados al sistema contributivo y afiliados al sistema subsidiado. Las cifras muestran que en las tutelas predominan las solicitudes de afiliados al sistema subsidiado: 65 % de ellas fueron presentadas por este tipo de demandantes (Defensoría del Pueblo, 2011).

Finalmente, ¿contra quiénes se presentan las acciones de tutela? Los datos muestran que las EPS son los demandados más frecuentes: dos de cada tres tutelas son dirigidas contra ellas. Las EPS del régimen contributivo fueron demandadas en el 35 % de los casos, en tanto que las del régimen subsidiado lo fueron en 20 % de los litigios. A estas cifras hay que agregar un 12 % de tutelas contra EPS en las que los datos disponibles en la Corte Constitucional no permitían determinar de qué tipo de EPS se trataba (Defensoría del Pueblo, 2011).

– Los jueces de tutela

¿Quiénes deciden los litigios sobre salud? Las cifras muestran que los pacientes recurren fundamentalmente a los jueces penales y los jueces civiles. Los primeros deciden cerca de una tercera parte de los litigios en salud: mientras que los de menor jerarquía (los jueces penales municipales) dirimen 21 % de las tutelas, los de mayor rango (los penales del circuito) conocen el 14 % de los casos. Una proporción similar es resuelta por los juzgados civiles: 21 % de los litigios son decididos por jueces civiles municipales y 12 % por jueces civiles del circuito (Defensoría del Pueblo, 2011)

Para los propósitos de las recomendaciones sobre ajustes institucionales, una pregunta relevante es si los jueces conocen y aplican la sentencia T-760 del 2008 de la Corte Constitucional. Este fallo encarna el giro hacia el enfoque estructural de la jurisprudencia que definiendo en este texto (que se contrapone al enfoque casuístico), y ha sido el intento más sistemático de la Corte por mejorar la calidad y racionalizar el uso de las sentencias de tutela. Sin embargo, dado

que las decisiones de la Corte no son precedente estrictamente obligatorio para los jueces que deciden las tutelas en salud, el grado en el que el enfoque estructural y la racionalización de la tutela haya permeado en la práctica los fallos es una pregunta abierta.

c) Los resultados de los litigios: los fallos de tutela

Como se explicó, la tendencia histórica de las sentencias de tutela ha sido claramente favorable a los demandantes, que ganaron entre el 72 % (en 1999) y el 86 % (en el 2008) de los casos. La situación actual se ubica entre estos dos puntos y sigue siendo favorable a los demandantes, que en el 2010 obtuvieron una respuesta positiva a sus pretensiones en el 80 % de los casos (Defensoría del Pueblo, 2011).

El panorama es aún más propicio para los [demandantes] cuando se analizan las razones por las cuales fueron denegadas el 11 % de las acciones. Algo más de la mitad (53 %) de fallos de este tipo terminan con la denegación de la tutela porque el juez encuentra que, durante el trámite de la acción, la EPS u otra entidad demandada cumplió con la prestación buscada por el paciente.

La conclusión que arrojan estos datos es que los jueces tienden claramente a conceder las tutelas, y que solo en casos excepcionales (cerca del 5 %) se niegan a ordenar lo demandado por los pacientes. Las tutelas en salud encajan bien, por tanto, en la categoría de “litigios rutinarios” que son decididos masiva y repetidamente por los jueces en un mismo sentido (Rodríguez Garavito, 2001).

2. El diagnóstico: causas y consecuencias de la judicialización de la tutela

2.1. Las causas

Es preciso distinguir dos momentos de la respuesta de los actores que son los blancos potenciales de los litigios, [...]. De un lado, existe un momento *prejudicial*, en el que los potenciales litigantes (por ejemplo, los usuarios del sistema de salud, las organizaciones de pacientes, etc.) hacen sus peticiones directamente ante los actores del sistema (por ejemplo, a las EPS para el suministro de un tratamiento, a la CRES [Comisión Reguladora de Salud] para la inclusión de un medicamento en el POS, etc.). Si la respuesta es satisfactoria para el peticionario, el trámite termina en esta fase; de lo contrario, la queja puede convertirse en un litigio, dependiendo de [...] otros dos tipos de factores (la demanda y la oferta de soluciones judiciales). Que la petición reciba una respuesta adecuada

depende, a su vez, de factores estructurales (como los arreglos institucionales del sistema de salud y los procedimientos para resolución de conflictos) y actitudinales (como la receptividad de los actores del sistema a las solicitudes de los ciudadanos).

De otro lado, el volumen de tutelas depende también de las respuestas que den los mismos actores en una etapa *posjudicial*. Una vez la queja ha llegado ante los tribunales y los jueces han dictado sentencia, los actores del sistema de salud deben cumplir las órdenes del fallo, so pena de sanciones por desacato. Pero el cumplimiento puede ser de diversos tipos y tener distintos efectos. De hecho, la ejecución de la mayoría de tutelas consiste simplemente en que la EPS suministra el medicamento, el tratamiento o la prestación indicada. Por tanto, salvo en sentencias estructurales como la T-760 del 2008, [...], la reacción posjudicial deja intactos los factores estructurales y actitudinales que están detrás de la insatisfactoria respuesta que desencadenó el litigio.⁴

En suma, existe un círculo de retroalimentación entre las respuestas prejudiciales y posjudiciales de los actores del sistema. Esto sugiere que el ciclo de la judicialización describe una trayectoria de espiral: [...] la judicialización de la salud ha tenido origen en fallas institucionales que dan lugar a reclamos que no son resueltos por el sistema de salud y que, gracias a la accesibilidad del sistema de justicia, terminan generando una alta demanda de soluciones judiciales. El ciclo se repite cuando las respuestas de los actores del sistema o bien dejan intactas las fallas originales, o bien alientan explícitamente la utilización de la tutela.

2.2. Los efectos de la judicialización de la salud

Para apreciar el conjunto de impactos de la tutela y decidir cuáles deben mantenerse y cuáles evitarse, se requiere una visión más amplia y sistemática de las secuelas de las intervenciones judiciales. Con base en una tipología desarrollada para otro estudio (Rodríguez Garavito, 2011),⁵ propongo captar los múltiples efectos de la tutela en salud mediante una clasificación que utiliza distinciones usuales en la sociología jurídica y que está reflejada en la tabla 2.

4 (N. del E.) En otros lugares del texto original, sin embargo, el autor advierte que, puesto que las decisiones de la Corte Constitucional no son precedente estrictamente obligatorio para los jueces, pareciera que el enfoque estructural de la sentencia T-760 de 2008 no ha conseguido permear sistemáticamente la práctica judicial cotidiana (pp. 525 y 538).

5 (N. del E.) Algunos extractos de la versión en español de este texto se encuentran reproducidos en el capítulo 10 (II-E) de esta compilación.

Tabla 2. Clasificación y ejemplos de los efectos de las tutelas

	Directos	Indirectos
Materiales	Suministro de tratamiento, medicamento, etc.	Actualización del POS por tutelas reiterativas; reasignación de fondos públicos hacia cumplimientos de tutelas
Simbólicos	Definición de la crisis de la salud como un problema de derechos	Transformación de la opinión pública sobre la urgencia y la gravedad de la crisis de la salud

Fuente: adaptado de Rodríguez Garavito (2011).

De un lado, las sentencias pueden tener efectos directos e indirectos. Los efectos directos consisten en acciones ordenadas por el juez que afectan a los participantes del caso, ya sean estos litigantes, beneficiarios u organismos estatales destinatarios de las órdenes. Los efectos indirectos son todas las consecuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes del juez, se derivan de la sentencia. Afectan no solo a las partes del caso, sino también a otros actores sociales.

Además, como muestra el eje vertical de la tabla, las decisiones judiciales pueden producir efectos materiales o simbólicos. La primera categoría se refiere a los cambios tangibles en la conducta de grupos o individuos. Los efectos simbólicos son los cambios en las ideas, percepciones y concepciones sociales colectivas relativas a la materia objeto de litigio (García Villegas, 1993).⁶

Los debates sobre la tutela en salud se concentran en los efectos materiales, por ser más tangibles y por implicar elecciones económicas, políticas y jurídicas controvertidas. Los jueces y los defensores de la tutela tienden a concentrarse en los *efectos materiales directos*, esto es, en la atención de necesidades concretas e inmediatas (y en ocasiones imperiosas) de pacientes cuya salud está en juego. En términos de los criterios de justicia para asignar recursos escasos del sistema de salud, se trata de un *razonamiento no consecuencialista*, que atiende el caso inmediato para garantizar la vida en condiciones dignas del demandante, pero sin detenerse en el impacto indirecto y colectivo que pueden tener este tipo de decisiones [...].

Estos *efectos materiales indirectos* son resaltados por los críticos de la tutela, que provienen especialmente de la ciencia económica. Conforme con el criterio de justicia predominante en esta disciplina, los críticos tienden a seguir

6 (N. del E.) Para una versión actualizada de este texto, véase García Villegas (2014).

un *razonamiento utilitarista*, que se concentra en los costos de oportunidad de las tutelas y el impacto de estas en la política económica y social, antes que en la resolución de los casos concretos que llegan a las cortes.⁷

Los efectos directos son relativamente fáciles de medir, como lo muestran las cifras sobre la trayectoria de la tutela expuestas anteriormente. ¿Cuál es la evidencia sobre los efectos *indirectos*? En particular, a pesar de los beneficios que provee en casos concretos, ¿tiene la tutela efectos colectivos inequitativos? Contrario a la visión de los críticos (que responden positivamente la pregunta) y de los jueces y defensores de la tutela (que tienden a ignorarla), los datos muestran que los efectos indirectos son mixtos: algunos hacen más equitativo el sistema, otros profundizan su inequidad, y otros parecen no tener ni uno ni otro impacto.

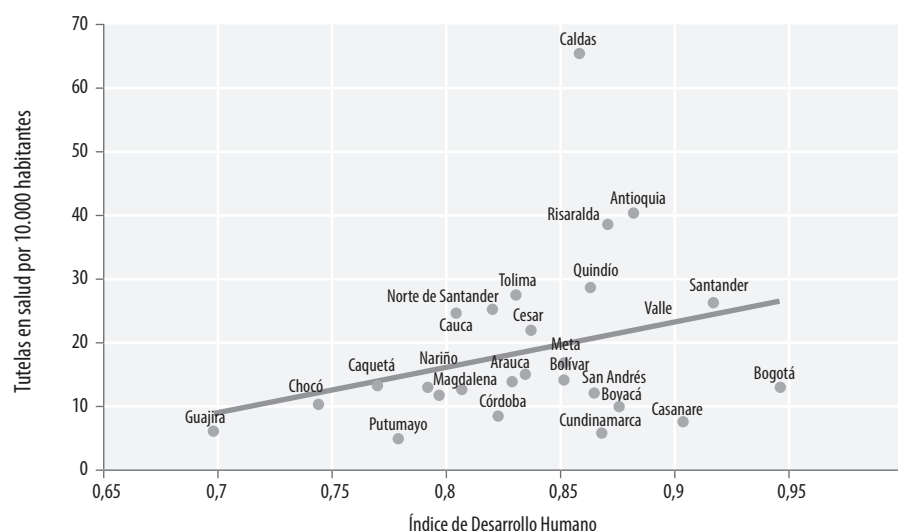
Una primera aproximación a estos efectos son los datos sobre la concentración de las acciones judiciales por zona geográfica y clase social. El cruce de los datos más recientes (2010) sobre número de tutelas por habitante e índice de desarrollo humano (IDH) por departamentos, muestra que no existe una relación significativa entre unos y otros. Aunque el gráfico muestra que algunos de los departamentos con menos tutelas por habitantes (como Chocó y La Guajira) están entre los que tienen IDH más bajo, y que algunos de los que gozan de un IDH más alto tienen mayor concentración de tutelas *per capita* (por ejemplo, Antioquia), existen excepciones igualmente conspicuas (como Bogotá) y la correlación entre una y otra variable no es estadísticamente significativa al 90 %.

En cuanto a la equidad social del uso de la tutela, el dato más relevante es la distribución de las peticiones de tutela entre afiliados al régimen contributivo y afiliados al régimen subsidiado. Las cifras del 2010 muestran que unos y otros hacen solicitudes a los jueces a tasas similares: mientras que en el régimen subsidiario la tasa fue de 3,4 solicitudes por cada 1000 afiliados, en el contributivo fue de 3,2 peticiones por cada 1000 afiliados. No se constata, por tanto, un sesgo del acceso a la tutela que tenga como efecto indirecto profundizar la desigualdad del sistema de salud, como lo sostienen los críticos de este mecanismo judicial. Por el contrario, el sesgo es ligeramente favorable a los usuarios del régimen subsidiado.

Sin embargo, la judicialización de la tutela ha tenido también efectos indirectos claramente negativos, tanto en términos de eficiencia como en términos

7 (N. del E.) La disputa entre estos dos razonamientos se encuentra representada, por ejemplo, en Rodríguez Garavito (2014) y Uprimny Yepes (2014).

Tutelas en salud e IDH departamental



Fuente: elaboración propia, basada en datos sobre IDH de la Encuesta de Hogares del DANE y datos sobre tutelas en salud de la Defensoría del Pueblo (2010).

de equidad. En cuanto a las ineficiencias creadas por los litigios masivos, es evidente que los procesos judiciales son un sustituto imperfecto de trámites que deberían ser hechos por comités interdisciplinarios de especialistas mediante procedimientos expeditos. Al costo de la congestión judicial por este tipo de tutelas, se suma el costo muy considerable de órdenes que generan, caso por caso, recobros con cargo al erario, sin que medie un juicio global de priorización entre diversas prestaciones.⁸

En cuanto a la inequidad, dos efectos indirectos son especialmente importantes. De un lado, desde un punto de vista económico, existe evidencia de los altos costos de oportunidad de la tutela. Por ejemplo, los fondos desembolsados por el Fosyga para cubrir prestaciones no POS habrían tenido un uso alternativo más equitativo en la ampliación de la cobertura del sistema subsidiado o en intervenciones urgentes de salud pública (Pinto y Castellanos, 2004). De otro lado, desde un punto de vista constitucional, la concesión casuística de lo que piden los pacientes puede terminar generando desigualdades de trato contrarias a la Constitución misma.

⁸ (N. del E.) Sobre congestión y tutelas en materia de salud, véase Lalinde Ordóñez (2015).

3. Prescripciones: una aproximación deliberativa, estructural y procedimental a las reformas regulatorias y jurisprudenciales

3.1. *El criterio orientador: razonabilidad con rendición de cuentas*

Cualquier propuesta de reforma institucional en este campo debe seguir dos parámetros básicos. De un lado, debe ser conforme con la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esto implica, entre otras cosas, que debe mantener un lugar para la acción de tutela y tener en cuenta los principios sobre el derecho a la salud que han sido desarrollados tanto por la Corte Constitucional como por el Comité DESC y la Relatoría sobre el derecho a la salud de la ONU, entre otras fuentes. Como lo sintetizó la Corte en el fallo T-760 del 2008, esos principios incluyen la realización progresiva del derecho a la salud, el debido proceso, la participación ciudadana, la transparencia y la rendición de cuentas por parte de los actores del sistema. De otro lado, los ajustes institucionales deben promover la eficiencia administrativa y la equidad global del sistema de salud. Sumado al respeto de la división de poderes, esto acarrea la necesidad de fortalecer los mecanismos administrativos prejudiciales de solución de conflictos, para hacerlos más expeditos, eficaces y justos.

Hacer compatibles estos dos tipos de parámetros implica encontrar una vía intermedia entre las dos posiciones opuestas que fueron descritas en la sección anterior: la postura no consecuencialista que ha dominado en las decisiones judiciales (que se concentran en el primer parámetro y en la solución de los casos inmediatos) y la postura utilitarista que predomina entre los críticos de la tutela (que privilegia el segundo tipo de parámetro y las consecuencias globales de la tutela).

Como he argumentado a lo largo del texto, la espiral de la tutela y el estancamiento de las reformas se deben, en parte, al divorcio entre estas dos posiciones. Por ello, solo una posición que tome en serio los dos parámetros y busque puntos de encuentro entre ellos tiene probabilidad de reformar la dinámica de la judicialización de la salud.

Para hacer compatibles los dos parámetros y tipos de reformas, es necesario comenzar por encontrar un criterio de priorización de necesidades en salud que los comprenda. Una lectura detenida del fallo T-760 sugiere que un candidato particularmente fuerte para cumplir esta función es el criterio de “razonabilidad con rendición de cuentas” de Daniels (2008; Daniels y Sabin, 2002). Desde un punto de vista sustantivo, este criterio se distancia tanto del utilitarista como del no consecuencialista y, por tanto, ofrece un punto intermedio entre

las posiciones opuestas frente a la tutela. Desde un punto de vista procedimental, el énfasis de este criterio en las condiciones de transparencia, participación, rendición de cuentas, razonabilidad y debido proceso encaja bien con el enfoque promisorio, de tipo estructural y procedimental, que ha propuesto la Corte Constitucional con la sentencia T-760.

3.2. Los ajustes a la jurisprudencia y al papel de los jueces

Si los jueces continúan decidiendo caso por caso sin tener en cuenta los efectos globales de su jurisprudencia sobre la equidad y sostenibilidad del sistema, los efectos negativos de la judicialización de la salud pueden perpetuarse. Esta constatación fue el punto de partida de la Corte Constitucional en la sentencia T-760, que inauguró una nueva aproximación al tema y busca atender las causas estructurales de la crisis de la salud. Como en otros fallos estructurales, la Corte ha acompañado la sentencia de un proceso de seguimiento que comprende nuevas decisiones (autos) y audiencias públicas, y que promueve un diálogo con los actores del sistema de salud (respaldado por la presión de órdenes coactivas) para atender las causas de la “tutelitis”. Se trata, entonces, de un enfoque jurisprudencial y una función judicial muy distintos al de las decisiones anteriores de la Corte, y al que siguen utilizando los jueces de rango inferior.⁹

Si este enfoque resulta superior al actual y puede disminuir la oferta de tutelas, ¿qué tipo de medidas permiten avanzar hacia él? No existe una respuesta sencilla a esta pregunta y, de hecho, las estrategias de reforma tendrían que ser múltiples, especialmente si se tiene en cuenta que, por el principio constitucional de la autonomía de los jueces, no es posible imponer una aproximación jurisprudencial a través de reformas legislativas o administrativas. Los ajustes, por tanto, tendrían que operar mediante la colaboración y el diálogo entre jueces, y entre estos y otras ramas del poder público. Para la Corte, esto implicaría hacer un seguimiento riguroso al cumplimiento de la T-760 y, en general, concentrarse en las condiciones estructurales del sistema de salud, antes que en casos concretos. La supervisión de la Corte puede incentivar un mayor cumplimiento de sus órdenes y desencadenar un proceso similar al que ha impulsado con éxito en el tema del desplazamiento forzado.¹⁰

9 (N. del E.) Sobre las ventajas de este tipo de activismo dialógico remitimos al lector al capítulo 10 (II-D y E) de esta compilación.

10 (N. del E.) Sobre el especial proceso de seguimiento y los impactos de la sentencia T-025 de 2004 (mediante la cual se declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional

Pero incluso si la jurisprudencia de la Corte evoluciona en esta dirección, queda la pregunta sobre cómo decidirán los jueces penales, civiles y de otras jurisdicciones que reciben y tramitan la mayor parte de las tutelas. Dado que en Colombia no existe el sistema de precedentes jurisprudenciales, los jueces no tienen la obligación legal de adoptar las doctrinas y el enfoque de la Corte Constitucional. Por ello, los incentivos deben ser pedagógicos y plasmarse en programas de capacitación para funcionarios judiciales que promuevan la discusión sobre los efectos inequitativos de la aproximación casuística y las ventajas de un enfoque estructural centrado en promover la transparencia, el debido proceso y la razonabilidad de las decisiones de los actores del sistema de salud.

Referencias

- Daniels, N. (2008). *Health: Meeting Health Needs Fairly*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Daniels, N. y Sabin, J. E. (2002). *Setting Limits Fairly: Can We Learn to Share Medical Resources?* Oxford: Oxford University Press.
- Defensoría del Pueblo (2004). *La tutela y el derecho a la salud: periodo 1999-2003*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo (2010). *La tutela y el derecho a la salud: periodo 2009*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo (2011). *La tutela y el derecho a la salud: periodo 2010*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho: análisis de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina* (2 ed.). Bogotá: Iepri, Debate.
- García Villegas, M. y Rodríguez Garavito, C. (2001). La acción de tutela. En Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Lalinde Ordóñez, S. (2015). Tutela y congestión judicial. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/tutela-congestion-judicial-opinion-sebastian-lalinde/424140-3>
- Moestad, O., Rakner, L. y Motta Ferraz, O. L. (2011). Assessing the Impact of Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa

en materia de desplazamiento forzado en Colombia), consúltase el capítulo 10 (II-D) de esta compilación.

- Rica, India, and South Africa. En Yamin, A. E. y Gloppen, S. (eds.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* (pp. 273-303). Cambridge: Harvard University Press.
- Pinto, D. y Castellanos, M. I. (2004). Caracterización de los recobros por tutela y medicamentos no incluidos en los planes obligatorios de salud. *Gerencia y políticas de salud* (56), 40-61.
- Rodríguez Garavito, C. (2001). La justicia civil y de familia. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 547-613). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89 (7). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>
- Rodríguez Garavito, C. (2014). ¿Langosta para todos? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/langosta-todos-columna-526306>
- Saffon, M. P. y García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 75-107. Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511/1404>
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 319-402). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny Yepes, R. (2014). Kant y la salud. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/kant-y-salud-columna-527841>

D. Los efectos de los fallos estructurales sobre derechos sociales: la sentencia T-025 de 2004¹

César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco (2015)

Extractos tomados de:

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2015). Los efectos del activismo judicial sobre los derechos sociales en el Sur Global. Un marco analítico. En *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* (pp. 22-25, 39-49). Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.758.pdf

En enero de 2004, [...] la CCC [Corte Constitucional Colombiana] acumuló las acciones de tutela presentadas por mil ciento cincuenta familias desplazadas y dictó su decisión más ambiciosa en dos décadas de existencia: la sentencia T-025 de 2004 (T-025). En esa decisión, la Corte declaró que la emergencia humanitaria resultado del desplazamiento forzado masivo de millones de personas constituía “un estado de cosas inconstitucional” (ECI). Para tratar las causas fundamentales que llevaban a ese estado de cosas, la Corte ordenó varias medidas estructurales que, como se verá, dieron lugar a un largo proceso de implementación y seguimiento que todavía continúa hoy.²

La T-025 no fue la primera decisión estructural de la CCC que declaraba un estado de cosas inconstitucional (Rodríguez Garavito, 2009). Desde 1997, la Corte había dictado varias decisiones judiciales de esa clase, en circunstancias muy diversas, como la relativa a la superpoblación carcelaria (sentencia T-153

1 (N. del E.) La versión en inglés del libro del que proviene este capítulo se encuentra en Rodríguez-Garavito y Rodríguez-Franco (2015). Para una versión anterior del mismo libro, véase Rodríguez Garavito y Rodríguez (2010).

2 (N. del E.) En Rodríguez Garavito y Kauffman (2014) se analizan los factores que influyen en la implementación de los fallos en materia de DESC, y se desarrollan algunos estudios de casos sobre decisiones que han tenido una implementación exitosa, entre los cuales justamente se incluye la aplicación de la sentencia T-025 de 2004.

de 1998), al incumplimiento por parte del Gobierno de afiliar a sus funcionarios al sistema de seguridad social (sentencia SU-090 de 2000) y a la falta de protección para los defensores de los derechos humanos (sentencia T-590 de 1998). En otras decisiones judiciales, la CCC ha acumulado diferentes acciones de tutela y ha ordenado remedios estructurales a largo plazo sin declarar de manera formal un estado de cosas inconstitucional. Así lo hizo en una sentencia más reciente, la T-760 de 2008, que ordenaba al Gobierno aprobar políticas públicas que se ocuparan de las fallas estructurales del sistema de salud pública (Lamprea, 2015; Rodríguez Garavito, 2013).³

Debido a su intervención en esos casos, pero también a sus sentencias progresistas en más de veintidós mil acciones constitucionales resueltas desde su creación en 1992,⁴ los académicos incluyen con frecuencia el trabajo de la CCC en los estudios constitucionales comparativos contemporáneos (Coomans, 2006; Gargarella, 2006; International Commission of Jurists, 2008; Langford, 2009; Young, 2012). En un giro paradójico de la historia comparativa del derecho, uno de los países con violaciones más graves de los derechos humanos se ha convertido en un exportador neto de jurisprudencia constitucional y de enfoques institucionales innovadores para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos en la esfera nacional.⁵

1. Juicio a la exclusión

Aunque la CCC no ha recurrido de forma explícita al derecho constitucional comparado para desarrollar su doctrina del estado de cosas inconstitucional,⁶ hay evidentes parecidos entre su jurisprudencia y la doctrina sobre órdenes judiciales de carácter estructural que se usan en las demandas de interés público en jurisdicciones como India y Estados Unidos (Chitalkar y Gauri, 2015; Sabel y Simon, 2004). El estudio de la jurisprudencia de la CCC, por consiguiente, ofrece

3 (N. del E.) Sobre la judicialización de la salud en Colombia, véase el capítulo 10 (II-C) de esta compilación. Y sobre los impactos específicos obtenidos por la sentencia T-760 de 2008, consúltese el capítulo 10 (II-E).

4 El número exacto (22.199 decisiones entre 1992 y 2013) incluye las sentencias sobre acciones de tutela y sobre acciones de constitucionalidad presentadas por los ciudadanos contra actos del Congreso (control abstracto de constitucionalidad). Véase www.corteconstitucional.gov.co/relatoria (última consulta: 15/6/2015).

5 (N. del E.) Los peculiares impactos de la sentencia T-025 son igualmente estudiados en el capítulo 10 (I-B y C) de esta compilación.

6 Entrevista con el exmagistrado de la CCC Manuel José Cepeda (magistrado ponente de la sentencia T-025), 27 de mayo de 2014.

un punto de vista privilegiado sobre los debates académicos y de política pública actuales sobre el activismo judicial en general y sobre el impacto de las decisiones judiciales activistas en particular.

Planteamos que esta variedad de activismo, aunque es especialmente visible en la jurisprudencia de la CCC, forma parte de una tendencia incipiente neoconstitucionalista en Latinoamérica y otras regiones del Sur Global (Rodríguez Garavito, 2011a). Esta clase de neoconstitucionalismo progresista, representada de forma más clara en las decisiones judiciales sobre casos estructurales en los que existen violaciones generalizadas de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), se ha desarrollado con diferentes nombres y características en diferentes partes del Sur Global (Bilchitz, 2013; Bonilla Maldonado, 2013; Rodríguez Garavito, 2011b; Vilhena, Baxi y Viljoen, 2013).⁷

Junto con la incorporación de los DESC a las constituciones nacionales, esas intervenciones judiciales son innovaciones cruciales cuyo objetivo es solucionar las injusticias socioeconómicas fundamentales que se reflejan en la privación de las condiciones materiales básicas de una vida digna, padecida, entre otros, por los millones de habitantes de barrios de invasión, los miembros de minorías étnicas y raciales, los niños malnutridos, las víctimas de la discriminación de género y de la violencia sexual, los refugiados y las PDI [personas desplazadas internamente], los desempleados crónicos, las legiones de trabajadores de la economía informal, los emigrantes sin derechos y las personas sin acceso a educación, salud o alcantarillado de calidad. Sumado a la desigualdad creciente entre el Sur y el Norte Globales, y por los efectos desiguales del cambio climático, son estas las formas de exclusión radical a las que aludimos.

[Argumentamos] que, al igual que hay muchos tribunales que han tenido una intervención importante a la hora de ocuparse de las atrocidades masivas en las transiciones de gobiernos autoritarios y conflictos armados que comenzaron en los años ochenta, cada vez tienen que tratar más casos de violaciones masivas de los DESC. Por consiguiente, nos concentramos en las intervenciones especialmente visibles y ambiciosas de los tribunales. Al participar en la vorágine de los principales debates distributivos, los tribunales no solo contribuyen a definir los límites de los sistemas jurídicos y económicos, sino también el destino de millones de ciudadanos, cuyas condiciones materiales básicas de vida están en juego.

7 (N. del E.) Para una definición de la noción de “casos estructurales”, consúltese el capítulo 10 (II-E) de esta compilación.

2. El punto ciego en el debate sobre la exigibilidad judicial de los DESC: los efectos de las sentencias

La literatura académica interdisciplinaria sobre tribunales y transformaciones sociales ofrece un marco conceptual y metodológico útil para evaluar los efectos de la reciente ola de litigio y activismo judicial sobre los DESC. Los estudios sobre los efectos de las sentencias pueden clasificarse en dos grupos, según el tipo de efectos al que apunten los estudios. Por un lado, algunos autores concentran su atención en los efectos directos y materiales de las decisiones judiciales. Desde una perspectiva neorrealista, que considera el derecho como un conjunto de normas que configura la conducta humana, aplican un examen para medir los efectos de las intervenciones judiciales: una sentencia es efectiva si ha producido un cambio observable en la conducta de aquellos a los que va dirigida.

Por otro lado, los autores inspirados por concepciones constructivistas de la relación entre el derecho y la sociedad han criticado [...] a los neorrealistas por concentrarse solo en los efectos materiales, directos, de la sentencia (Bourdieu, 1987). Según estos críticos, las decisiones legales y judiciales generan transformaciones sociales, no solo cuando inducen cambios en la conducta de los grupos y los individuos involucrados de manera directa en el caso, sino también cuando producen transformaciones indirectas en las relaciones sociales o cuando alteran las percepciones de los agentes sociales y legitiman la visión del mundo de los demandantes (Bourdieu, 1987).

Estas diferencias conceptuales van de la mano de desacuerdos metodológicos. El positivismo epistemológico de los neorrealistas implica un uso casi exclusivo de las técnicas de investigación cuantitativas dirigidas a medir los efectos materiales directos. Eso es evidente en los estudios de impacto inspirados por el movimiento del análisis económico del derecho, cuyas conclusiones tienden a compartir el escepticismo de Rosenberg, como ilustra la literatura económica sobre el activismo de la CCC (Clavijo, 2001; Kalmanovitz, 2001). En cambio, el enfoque constructivista amplía el rango de técnicas de investigación para incluir metodologías cualitativas que recojan los efectos simbólicos e indirectos de una decisión concreta. Los constructivistas ponen esas técnicas en el mismo plano que las técnicas cuantitativas.

Para aclarar y destacar las diferencias entre estas dos perspectivas, hemos elaborado una tipología de los efectos estudiados.

Por un lado, como muestra el eje horizontal de la tabla, las sentencias han tenido efectos directos o indirectos. Los primeros incluyen acciones ordenadas

Tabla 1. Tipos y ejemplos de los efectos de las decisiones judiciales

	Directos	Indirectos
Materiales	Diseño de políticas públicas ordenadas por la sentencia	Formación de coaliciones de activistas para influenciar en la cuestión que se está considerando
Simbólicos	Definición y percepción de los problemas como una violación de derechos	Transformación de la opinión pública en relación con la urgencia y gravedad del problema

por el tribunal que afectan a los participantes del caso, sean los litigantes, los beneficiarios o los organismos estatales objetivo de las órdenes de los tribunales. Los indirectos abarcan todas las clases de consecuencias que, sin estar contenidas en las órdenes de la Corte, sin embargo derivan de la decisión. Afectan no solo a los actores involucrados en el caso, sino también a otros agentes sociales.

Por otro lado, como representa el eje vertical, las decisiones judiciales pueden generar efectos materiales o simbólicos (García Villegas, 2014). La primera de las categorías implica cambios tangibles en la conducta de los grupos o individuos. Los efectos simbólicos consisten en cambios de ideas, percepciones y constructos sociales colectivos relativos al objeto de las demandas judiciales. En términos sociológicos, implican alteraciones culturales o ideológicas con respecto a los problemas planteados por el caso (Swidler, 1986).

Con esta tipología en mente, volvamos al contraste entre el enfoque neorrealista y el constructivista. Mientras que los neorrealistas se concentran en los efectos materiales directos, es decir, en el *cumplimiento* de la sentencia (Rosenberg, 1991), los constructivistas consideran los cuatro tipos (Bourdieu, 1987). [Así las cosas], nuestro estudio sobre los efectos de la T-025 está informado por la teoría y los métodos del constructivismo. Como muestra la siguiente sección, nuestro estudio de caso sugiere que los efectos indirectos y simbólicos tienen a veces consecuencias jurídicas y sociales tan profundas como los efectos materiales directos de la decisión.

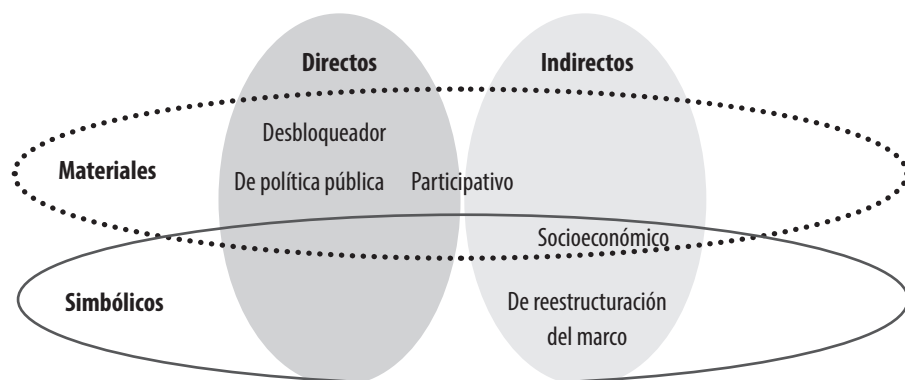
3. Los efectos de las sentencias sobre DESC: el caso de la sentencia T-025

La CCC dictó tres órdenes principales en la T-025. En primer lugar, ordenó al Gobierno formular un plan de acción coherente para ocuparse de la emergencia humanitaria de las PDI y para superar el estado de cosas inconstitucional. En segundo lugar, ordenó a la administración calcular el presupuesto necesario

para implementar dicho plan de acción y explorar todos los caminos posibles para efectivamente invertir la cantidad calculada para los programas para las PDI. En tercer lugar, dio instrucciones al Gobierno para que garantizara la protección del mínimo vital (“el núcleo esencial”) de la mayoría de los derechos básicos: alimentación, educación, tierras y vivienda. La Corte dirigió estas tres órdenes a todos los organismos públicos relevantes, incluidas las entidades del Gobierno nacional y las autoridades locales.

Después de diez años, ¿qué efectos han tenido estás órdenes y las posteriores? Las entrevistas con los principales actores, el análisis de prensa, la observación participante en las reuniones y audiencias promovidas por la Corte, y la numerosa documentación producida por este caso demuestran la existencia de cinco efectos principales, representados en la figura 1.

Figura 1. Distribución de los efectos de la sentencia T-025 usando una tipología directa-indirecta, material-simbólica



3.1. Efecto desbloqueador

El efecto inmediato de la T-025 fue agitar a las burocracias estatales a cargo de asistir a la población desplazada. Al ordenar al Gobierno elaborar una política coherente para proteger los derechos de las PDI y establecer plazos para evaluar el progreso, la CCC usó los DESC como “derechos desestabilizadores” (Unger, 1987), como puntos de presión para romper la inercia institucional y provocar la acción del Poder Ejecutivo. Por consiguiente, bajo la tipología anterior, eso fue un efecto material directo de la sentencia. Varios entrevistados destacaron este efecto. Por ejemplo, el abogado a cargo de los temas sobre PDI en la Defensoría del Pueblo explicó que los plazos estrictos establecidos para

rendir información a la Corte fueron un impulso efectivo para los organismos relevantes del Gobierno.⁸

La Corte mantuvo la presión sobre el Gobierno mediante autos y reuniones de seguimiento, que estimularon aún más la acción de este. Las órdenes periódicas de la Corte, que durante el proceso permitieron la presentación de quejas por desacato contra los funcionarios gubernamentales, y también los informes críticos de la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría y la Defensoría del Pueblo sobre las deficiencias de la implementación, han mantenido la presión sobre el Gobierno para que este cumpla con sus obligaciones (*El Tiempo*, 2007).

Además, las deficiencias de la política estructural tras la emergencia humanitaria de las PDI fueron el resultado, no solo de la inacción de las instituciones competentes, sino también de la falta de coordinación entre ellas. Al ordenar a estas instituciones colaborar en el diseño, la financiación y la implementación de una política unificada sobre las PDI, la CCC promovió este tipo de coordinación entre los organismos a los que iba dirigida la decisión y entre los relacionados de manera indirecta con el caso. Aunque lejos de estar perfecto, el resultado es un comité de coordinación entre organismos del Estado activo, que se reúne con regularidad e informa a la Corte.⁹

Además, la T-025 tuvo un impacto directo en la asignación de recursos públicos para los programas para las PDI debido a la segunda orden de la Corte. De hecho, la sentencia hizo que el Gobierno triplicara el presupuesto asignado a esos programas en 2004, el cual ha continuado aumentando desde entonces (Conpes 3400 de 2005). El presupuesto nacional de 2014 para los programas de PDI, aunque todavía insuficiente, fue casi diez veces el de 2004 (Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2014).

3.2. Efectos de política pública

La T-025 ha tenido un efecto notable en el diseño de una política nacional a largo plazo para las PDI, y también en el establecimiento de mecanismos para implementar, financiar y supervisar los programas orientados a ellas. De hecho, un año después de la sentencia, en respuesta directa a la primera orden de la Corte, el Gobierno aprobó el Plan Nacional para la Atención Integral a la

8 Entrevista con Hernando Toro, Defensoría del Pueblo, coordinador de la Oficina de Atención a la Población Desplazada, 22 de enero de 2009.

9 Entrevista con Luis Domingo Gómez, Ministerio de Medioambiente, Vivienda y Desarrollo, enero de 2009.

Población Desplazada por la Violencia (Decreto 250 de 2005). Por consiguiente, teniendo en cuenta el objetivo de conseguir cambios concretos en la política gubernamental, este efecto está caracterizado con firmeza como consecuencia directa, material, de la decisión de la Corte.

3.3. Efecto participativo

La CCC ha estimulado [...] las relaciones y el diálogo entre los organismos públicos y las organizaciones de la sociedad civil mediante audiencias y peticiones periódicas de información; con ello ha promovido el tipo de activismo judicial dialógico que en nuestra opinión puede aumentar el impacto de las sentencias sobre DESC.¹⁰ El proceso de seguimiento de la T-025 ha abierto los procedimientos judiciales y la creación de las políticas públicas a un amplio rango de sujetos gubernamentales y no gubernamentales. Este efecto material clave ha sido en parte resultado directo de la sentencia y en parte una consecuencia indirecta, inesperada, de ella.

Es interesante señalar que una consecuencia indirecta de la sentencia fue la formación de organizaciones y coaliciones de la sociedad civil para participar en el proceso de seguimiento. Las ONG, como la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (Codhes), el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y Viva la Ciudadanía, unieron sus esfuerzos con organizaciones de base, sectores de la Iglesia católica y el mundo académico y formaron una coalición con el objetivo concreto de ayudar a implementar la T-025: la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento (en adelante, Comisión de Seguimiento). En un sorprendente efecto búmeran, la CCC reconoció después a la Comisión como parte en el proceso de seguimiento y se apoyó fuertemente en la información y las recomendaciones entregadas por ella.¹¹

3.4. Efecto de reestructuración del marco

La reconfiguración simbólica va más allá de los titulares de derechos objeto de la sentencia. Mediante la T-025 y el proceso de seguimiento, la CCC ha ayudado

10 (N. del E.) Para una defensa más detallada del activismo dialógico en las sentencias sobre DESC, consúltese el capítulo 10 (II-E) de esta compilación. Para una evaluación más general del activismo de la Corte Constitucional en materia de derechos sociales, véase Saffon y García Villegas (2011).

11 Aunque la CCC no ha emitido ninguna declaración oficial que convierta a la Comisión en parte del proceso, la ha reconocido de manera efectiva como parte. Véanse, por ejemplo, Corte Constitucional, Autos 109 de 2007 y 8 de 2009.

a redefinir la manera como se comprende el desplazamiento forzado —que en otra época se consideró un efecto colateral del conflicto armado— como un problema de derechos humanos que requiere acción inmediata. Esa es una consecuencia indirecta de la sentencia, puesto que concierne a un grupo de sujetos mucho más amplio que las PDI, que va desde los medios de comunicación a los organismos internacionales de derechos humanos y al público en general.

El análisis de contenido de la cobertura de prensa sobre desplazamiento forzado aporta algunas luces sobre el funcionamiento de este efecto. Mientras que en el periodo anterior a la sentencia (2000-2003), la prensa cubrió el desplazamiento principalmente bajo el marco del “conflicto armado”, en el periodo posterior (2004-2013) las categorías legales han dominado la cobertura del tema. De hecho, la mayoría de los artículos referidos al desplazamiento forzado tienen como marco dominante “las violaciones de derechos humanos” o “la falta de cumplimiento con la ley”.

3.5. Efecto socioeconómico

Una cuestión fundamental es de qué manera una sentencia afecta las condiciones de ese sector social específico. En este caso, ¿la T-025 contribuyó a mejorar la situación socioeconómica de las PDI? [Esta pregunta] corresponde a un efecto material indirecto de la T-025, puesto que los cambios en la situación de las PDI no surgen de forma directa de las órdenes judiciales, sino que se encuentran mediadas por el funcionamiento de las reformas institucionales ordenadas por el tribunal.

No hay ninguna respuesta definitiva, puesto que los intentos de responder están plagados de dificultades metodológicas. En especial, uno de los rasgos característicos de los fracasos sistémicos de la política pública es la falta de datos confiables sobre las condiciones de la población victimizada. De hecho, esa fue una de las razones por las cuales la CCC declaró un estado de cosas inconstitucional en la T-025. Sin embargo, puesto que hay una organización de la sociedad civil —la Comisión de Seguimiento— que recoge datos de calidad mediante encuestas, al menos es posible tener una idea de la evolución de las condiciones de las PDI después de la sentencia. Las últimas cifras muestran que la situación ha cambiado poco: aunque el acceso a la educación y a los servicios de salud ha mejorado enormemente, y eso ha beneficiado a cerca del 80 % de las PDI, las condiciones con respecto a otros DESC continúan siendo insatisfactorias.

Como indicaría la localización de este tipo de efecto en la tabla 2, las decisiones judiciales pueden tener también efectos simbólicos en el sector social

beneficiado, a medida que los miembros y las organizaciones adoptan el lenguaje del derecho para estructurar sus reclamaciones futuras. Las entrevistas y la observación participante con líderes de la población desplazada hacen esto evidente, puesto que su discurso está lleno de alusiones al lenguaje técnico de la Corte. Conceptos como tutela (acción constitucional de protección de derechos fundamentales), auto (orden judicial de seguimiento) o audiencia acaban entrelazados con las historias personales de expulsión y exclusión radical.¹²

[En conclusión], más allá de los aspectos específicos de la T-025, el análisis empírico de sus efectos ilustra una idea general: el activismo judicial con respecto a los DESC puede tener efectos subsecuentes que van más allá de las consecuencias directas y materiales contenidas en las órdenes judiciales. Esas consecuencias se hacen visibles con la ayuda de un conjunto expandido de herramientas analíticas y metodológicas.

Eso no quiere decir, claramente, que las decisiones estructurales sobre DESC en general, y la T-025 en particular, produzcan la totalidad de los efectos, ni que cuando lo hacen esos efectos sean sustantivos. De hecho, los resultados de la T-025 han sido ambiguos, [...]. Si bien algunos de sus efectos, como el de desbloqueo o de reestructuración del marco, se han mostrado profundos, otros, como los de política pública y los socioeconómicos, han sido moderados. No obstante, la amplitud y profundidad de los efectos de la T-025 siguen resultando sorprendentes cuando se comparan con los de otras sentencias de la CCC y otros tribunales.

Referencias

- Bilchitz, D. (2013). Constitutions and Distributive Justice: Complementary or Contradictory? En Bonilla Maldonado, D. (ed.). *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. New York: Cambridge University Press.
- Bonilla Maldonado, D. (ed.) (2013). *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*. New York: Cambridge University Press.
- Bourdieu, P. (1987). The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal*, 38, 805-853.

12 Entrevista con Eusebio Mosquera, miembro fundador de la Asociación de Afrocolombianos Desplazados (Afrodes), Ginebra, agosto de 2009; entrevista con persona anónima, 17 de agosto de 2009.

- Chitalkar, P. y Gauri, V. (2015). India: Compliance with Orders on the Right to Food. En Langford, M., Rodríguez Garavito, C. y Rossi, J. (eds.). *Making It Stick: Compliance with Social Rights Judgment in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press (en prensa).
- Clavijo, S. (2001). *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alpha-Omega.
- Coomans, F. (ed.) (2006). *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*. Amberes: Intersentia.
- Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2014). *Informe sobre los recursos asignados y ejecutados en el marco de la política pública dirigida a la población víctima del desplazamiento forzado - Respuesta a la Orden 5ª del Auto 219 de 2011*. Bogotá.
- El Tiempo (2007). El año de los desplazados. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-2439062>
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá: IEPRI, Debate.
- Gargarella, R. (2006). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*, 28.
- International Commission of Jurists (2008). *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*. Ginebra: ICJ.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Lamprea, E. (2015). *Derechos en la práctica. Políticas de salud, litigio y cortes en Colombia (1991-2014)*. Bogotá: Uniandes.
- Langford, M. (2009). The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. En Langford, M. (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. New York: Cambridge University Press.
- Rodríguez Garavito, C. (ed.) (2009). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011a). Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, 89 (7). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>
- Rodríguez-Garavito, C. (2011b). Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America. En Dezalay, Y. y Garth, B. (eds.). *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*. New York: Routledge.
- Rodríguez-Garavito, C. (2013). The Judicialization of Health Care: Symptoms, Diagnosis and Prescriptions. En Peerenboom, P. y Ginsburg, T. (eds.). *Law and Development of Middle-Income Countries*. New York: Cambridge University Press.

- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Kauffman, C. (2014). *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para jueces, funcionarios y activistas*. Documentos 17. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.642.pdf
- Rodríguez-Garavito, C. y Rodríguez-Franco, D. (2015). *Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. New York: Cambridge University Press.
- Rosenberg, G. N. (1991). *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago.
- Sabel, C. y Simon, W. (2004). Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds. *Harvard Law Review* (117), 1015-1100.
- Saffon, M. P. y García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 75-107. Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511/1404>
- Swidler, A. (1986). Culture in Action: Symbols and Strategies. *American Sociological Review*, 51 (2), 273-286.
- Unger, R. M. (1987). *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*. London: Verso.
- Vilhena, O., Baxi, U. y Viljoen, F. (2013). Introduction. En Vilhena, O., Baxi, U. y Viljoen, F. (eds.). *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*. Pretoria: Pretoria University Law Press (PULP).
- Young, K. (2012). *Constituting Economic and Social Rights*. New York: Oxford University Press.

E. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales

César Rodríguez Garavito (2013)

Extractos tomados de:

Rodríguez Garavito, C. (2013). Epílogo. Más allá de la jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En Langford, M. (ed.). *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado* (pp. 897-916). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Ediciones Uniandes.

1. Introducción: hacia los estudios de impacto judicial

La literatura académica sobre justiciabilidad de los DESC se ha multiplicado en proporción a la proliferación de sentencias activistas, tanto en América Latina como en otros lugares. Sin embargo, la atención casi exclusiva que se le ha prestado a la fase de elaboración de las sentencias ha creado un punto ciego para el análisis y la práctica: la fase de cumplimiento de las sentencias. Por esa razón, no ha habido estudios sistemáticos sobre el destino de las decisiones activistas después de que estas se hayan aprobado.¹ Más allá de las salas de los tribunales, ¿qué es lo que pasa con las órdenes que se dan en esa sentencia? ¿Cuál es el impacto que tienen esas decisiones en el Estado, la sociedad civil, los movimientos sociales y la opinión pública? En definitiva, ¿contribuyen a la realización de los DESC?

1 (N. del E.) En otro lugar, junto a Rodríguez Franco, señalaba el autor que esta despreocupación por el impacto de los fallos no es en absoluto gratuita, sino que nace de una cierta concepción esencialista de los derechos, como si las soluciones efectivas para las violaciones de derechos fueran tareas ajenas al quehacer de los abogados y jueces. Así, “[...] la consecuencia ha sido que el derecho ha dejado de servir como fuente de ‘imaginación institucional’, de la que surjan propuestas de arreglos institucionales que sean más promisorios que las existentes para hacer realidad la promesa transformadora que albergan el derecho y los derechos (Unger, 1996)” (Rodríguez Garavito y Rodríguez, 2010, p. 33).

Para ayudar a ver dentro de la caja negra que es hoy la ejecución de las sentencias sobre DESC, [...] me ocupo de una pregunta que requiere una explicación: ¿qué explica los diferentes niveles de impacto de las sentencias sobre DESC? ¿Por qué algunas decisiones tienen efectos profundos y variados, mientras que otras se quedan en el papel? [Más aún], la pregunta relevante sería cuáles son las clases de decisiones judiciales que tienen una mayor probabilidad de tener un impacto profundo en el cumplimiento de los DESC. O, formulada de manera prescriptiva, ¿qué es lo que pueden hacer los tribunales para aumentar el impacto de las sentencias sobre DESC?

En este capítulo me concentro en un tipo específico de sentencias que por ser de una magnitud, duración y complejidad considerables, permiten hacer los estudios de casos detallados que son necesarios para documentar los efectos del activismo judicial.² Denomino “casos estructurales” a este tipo de procesos judiciales, caracterizados por: a) afectar a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre; b) involucrar a varios organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos, y c) llevar aparejadas medidas estructurales, como por ejemplo órdenes de cumplimiento inmediato en las que se instruye a diversos organismos administrativos [para] tomar acciones coordinadas a fin de proteger a toda la población afectada y no solo a los denunciantes específicos del caso.³

En este capítulo me concentro en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (CCC), que ha sido particularmente innovadora en sus decisiones en casos estructurales sobre DESC a través de su doctrina del “estado de cosas inconstitucional”.⁴ La sentencia paradigmática de esta doctrina es la T-025 de 2004, en la que la CCC acumuló las peticiones de amparo (tutelas) presentadas por más de 1150 familias desplazadas forzosamente en medio del conflicto armado colombiano. En su decisión, la CCC declaró que la emergencia

2 (N. del E.) Para una evaluación del activismo de la Corte Constitucional frente a los derechos sociales en general, véase Saffon y García Villegas (2011).

3 (N. del E.) Es preciso advertir que, en la versión original de este texto, no solo se explican los tipos de efectos de las decisiones judiciales en materia de DESC, sino que también se ejemplifican dichos efectos a partir del estudio de caso de la sentencia T-025 de 2004. Sin embargo, aquí se han omitido estas reflexiones sobre la sentencia T-025 considerando que ellas se encuentran desarrolladas con mayor detalle en el capítulo 10 (II-D) de esta compilación.

4 Para un análisis de la doctrina del “estado de cosas inconstitucional”, véase Rodríguez Garavito (2009).

humanitaria causada por el desplazamiento forzado constituía un “estado de cosas inconstitucional”, es decir, una violación masiva de derechos humanos asociada con fallos sistémicos de la acción estatal. Para eliminar las causas que estaban detrás de ese “estado de cosas” inconstitucional, la Corte ordenó un conjunto de medidas estructurales que, como se verá, dieron pie a un proceso de ejecución y seguimiento largo, que hoy todavía continúa.

Con base en un estudio más amplio (Rodríguez Garavito, 2011), en este capítulo destaco tres casos. El estudio de caso principal, la decisión T-025 [de 2004] sobre PID [Población Internamente Desplazada], es el resultado de una investigación realizada conjuntamente con Diana Rodríguez Franco, en la que se examinó en detalle la ejecución durante seis años de las decisiones contenidas en la sentencia (Rodríguez Garavito y Rodríguez, 2010). Procedo a comparar el impacto relativamente profundo de la sentencia T-025 con los efectos mucho más modestos de otras dos sentencias estructurales, la T-153 [de 1998] y T-760 [de 2008].

La T-153 fue una decisión de 1998 por la que la CCC declaró que la situación penosa de los detenidos en cárceles sobrepobladas era equivalente a un estado de cosas inconstitucional. Aunque la Corte aprobó varias órdenes con efectos a corto plazo cuyo propósito era solucionar las fallas administrativas y presupuestales más graves que ocasionaba la sobrepoblación de las cárceles, no se creó un mecanismo de seguimiento efectivo. Esta omisión ayuda a explicar los pobres efectos generales de la decisión.

Para mostrar el contraste con la T-153, analizo también la sentencia T-760, que es una sentencia más reciente sobre el derecho a la salud. A pesar de que en ella no se usa formalmente la doctrina del estado de cosas inconstitucional, en la T-760 la Corte aprobó una serie de medidas provisionales estructurales e inició un proceso de seguimiento ambicioso no muy distinto al de la T-025. Ese proceso tenía como fin obligar al Gobierno a ocuparse de las demoras legislativas y administrativas que debilitaban enormemente el sistema de salud pública y recargaban los tribunales con miles de solicitudes de pacientes que reclamaban medicamentos y tratamientos básicos. Sin embargo, el seguimiento perdió fuerza rápidamente y la decisión tuvo consecuencias moderadas, en un punto medio entre la decisión sobre PID y la sentencia sobre las prisiones.⁵

5 (N. del E.) Para un estudio de la judicialización de la salud en Colombia, consúltese el capítulo 10 (II-C) de esta compilación.

2. Una defensa empírica del activismo dialógico

Un conjunto de obras académicas del constitucionalismo comparado, inspiradas por decisiones como la T-025 [...], ha contribuido después al contenido de decisiones judiciales que además de proteger los DESC, promueven la deliberación democrática.⁶ Los proponentes de este tipo de activismo dialógico buscan una vía intermedia entre la restricción judicial y la juristocracia. Hasta ahora, la defensa del activismo dialógico se ha basado en la teoría democrática y el derecho constitucional.

En respuesta a las objeciones clásicas contra el activismo judicial, que alegan que carecería en principio de legitimidad democrática y violaría el principio de separación de poderes, los académicos del derecho constitucional y los teóricos de la democracia deliberativa han demostrado razonablemente la naturaleza democrática de las intervenciones judiciales que promueven la colaboración entre las diferentes ramas del poder y la deliberación sobre problemas públicos.⁷ Además, los enfoques que tienen una concepción expansiva del papel de los tribunales han señalado las deficiencias de las políticas impuestas por los tribunales cuando estos toman atajos y prefieren eludir los mecanismos de la representación democrática y la deliberación. Es en este punto en el que me gustaría hacer una defensa distinta, aunque complementaria, del activismo dialógico, basada en el potencial que tiene este último para mejorar los efectos de los tribunales en el cumplimiento de los DESC.⁸ Este argumento se ocupa de otra objeción clásica contra el activismo, según el cual los tribunales carecen de la capacidad institucional requerida para ocuparse de problemas socioeconómicos complejos y hacer cumplir sus decisiones.

Tras examinarse de manera cuidadosa, es evidente que esa clase de críticas identifica el activismo judicial con un tipo específico de intervención judicial. A partir de los criterios de Tushnet (2008) para distinguir las medidas judiciales “fuertes” de las “débiles” —es decir, la amplitud de las órdenes y el

6 (N. del E.) Sobre el carácter aspiracional del constitucionalismo latinoamericano y el potencial emancipatorio de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana véanse, respectivamente, los capítulos 2 (C) y 2 (B) de esta compilación.

7 (N. del E.) Una minuciosa respuesta a estas objeciones se encuentra en el capítulo 3 (A) de esta compilación, en el cual se adelanta una defensa de la conveniencia y legitimidad del control constitucional a la economía.

8 (N. del E.) En Rodríguez Garavito y Kauffman (2014) se analizan los factores que influyen la implementación de los fallos en material de DESC y, como aquí, se desarrollan algunos estudios de casos sobre decisiones que han conseguido una implementación exitosa.

grado en el que las órdenes son obligatorias y perentorias—, la crítica supone que los tribunales activistas optan por medidas fuertes no solo para establecer una vía que permita solucionar los fallos de las políticas públicas, sino también para determinar los detalles de las nuevas políticas. Lo que tienen en mente los críticos es la [...] variedad de activismo que se vio en las sentencias de la CCC durante la década de los noventa. Por ejemplo, en la sentencia C-700 de 1999, la CCC no solo declaró inconstitucional el sistema nacional de financiación de vivienda, sino que también estableció parámetros detallados para la nueva legislación, que la Corte ordenó al Congreso que aprobara en sustitución del sistema existente.

Además, los críticos tienden a dar por supuesto el tipo de proceso de ejecución que predomina en estas sentencias. Para ellos sería un proceso cerrado y jerárquico, que tendería a presentarse como la imposición de políticas públicas específicas a burocracias cerradas y grupos de interés resistentes. Al atribuirle al proceso esas características, no es sorprendente que los críticos crean que la capacidad institucional de los tribunales es insuficiente para hacer cumplir las sentencias, como demuestran los estudios empíricos sobre este tipo de activismo monológico (Rosenberg, 2008, p. 52).

En la práctica, las órdenes jerárquicas detalladas generaron transformaciones mucho menos ambiciosas que las contempladas por los tribunales, en gran parte debido a la resistencia de los intereses creados de ciertos grupos y a las limitaciones jurídicas y técnicas de la capacidad de los tribunales para ocuparse de problemas sociales estructurales. Un caso ilustrativo es la ya mencionada sentencia C-700/99 de la CCC, que pretendió reemplazar el sistema nacional de financiación de la vivienda con otro pensado por la Corte. Aunque el Congreso colombiano cumplió con la orden de la Corte, que imponía aprobar una ley que estableciera un nuevo sistema de préstamos hipotecarios, la enorme complejidad técnica de su ejecución, unida a la resistencia organizada del sector financiero, diluyeron los efectos de la sentencia: las miles de demandas judiciales presentadas por los deudores hipotecarios no tuvieron éxito a la hora de que los tribunales civiles reconocieran la refinanciación de deudas, como había ordenado la CCC. A la luz de ese resultado, la CCC ha tenido una actitud más precavida en la jurisprudencia más reciente sobre financiación de vivienda, lo que ha erosionado todavía más el cumplimiento de la decisión original.

Las pruebas de los efectos limitados del activismo monológico y las preocupaciones sobre la legitimidad democrática de los tribunales no socavan sin más el activismo judicial, como los partidarios de la restricción judicial desearían. Tampoco cuestionan la exigibilidad judicial de los DESC en general. Sin

embargo, sí exigen una reconstitución de la teoría y de la práctica sobre las intervenciones de los tribunales con respecto a los problemas socioeconómicos estructurales, con el fin de ocuparse de las objeciones aquí mencionadas mediante el activismo dialógico.

3. El funcionamiento del activismo dialógico

El que una determinada sentencia sobre DESC sea más o menos dialógica depende de las elecciones efectuadas por los tribunales con respecto a tres elementos de la sentencia: el contenido sustantivo, las medidas judiciales y los mecanismos de seguimiento. El contenido sustantivo de la decisión se relaciona con si el tribunal declara que ha habido una violación de un DESC exigible judicialmente y hasta qué punto se ha violado. Si se expresan mediante la tipología de enfoques judiciales con respecto a los DESC desarrollada por Tushnet, [...], las decisiones judiciales activistas, sean de la variedad monológica o dialógica, implican el reconocimiento de “derechos fuertes”.

Con respecto a las medidas judiciales, mientras que las sentencias monológicas implican órdenes precisas, orientadas hacia los resultados, las dialógicas tienden a establecer las principales líneas de los procedimientos y fines amplios, y, en línea con el principio de separación de poderes, le asignan la carga a los organismos públicos de diseñar y poner en práctica las políticas. Si se usa de nuevo la tipología de Tushnet, que distingue medidas judiciales “fuertes” de las “débiles”, en función del alcance de las órdenes y el grado en el que las órdenes son obligatorias y urgentes, las medidas dialógicas tienden a ser más débiles.⁹

En la tipología de Tushnet falta un tercer elemento, el seguimiento, que es diferenciable fáctica y analíticamente de las medidas judiciales. Con independencia de la fuerza que tengan los derechos y las medidas judiciales reconocidos en la decisión, los tribunales tienen que decidir si conservan una jurisdicción supervisora sobre la ejecución. Las decisiones dialógicas tienden a iniciar un proceso de seguimiento que estimula el debate sobre las alternativas de política pública para solucionar el problema estructural detectado en la sentencia. A

9 Dado que me concentro principalmente en las sentencias estructurales donde se ordenan acciones positivas al Ejecutivo o a los órganos legislativos, no me detendré aquí en el análisis de las medidas judiciales negativas, como son las que ordenan a las autoridades elegidas que se abstengan de tomar ciertas acciones que violan un DESC, como imponer una carga tributaria excesiva a los pobres. Para un análisis más detenido de esta distinción, véase Uprimny (2006).

diferencia de los procesos judiciales monológicos, los detalles de las políticas surgen durante el curso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma.

Los tribunales dialógicos aprueban con frecuencia nuevas decisiones a la luz del progreso y los retrasos en el proceso, y estimulan el debate entre los interesados mediante audiencias públicas deliberativas. Como se señaló, este diálogo constitucional implica la participación de un rango más amplio de interesados en el proceso de seguimiento. Además del tribunal y de los organismos del Estado afectados directamente por la sentencia, la ejecución involucra a las víctimas cuyos derechos se han violado, a las organizaciones relevantes de la sociedad civil, a los organismos internacionales de derechos y a otros grupos y sujetos cuya participación es útil para la protección de los derechos en cuestión, [desde] organizaciones de base [hasta] académicos.

Hay destacables diferencias entre los tribunales activistas (y entre las decisiones del mismo tribunal) con respecto a cada una de las tres dimensiones. ¿Esas diferencias influyen en el grado de repercusión de las decisiones judiciales? Las pruebas del estudio de caso comparativo de las sentencias de la CCC sugieren que sí influyen.

4. El impacto del activismo dialógico

Hay tres sentencias estructurales fundamentales de la CCC que comparten un enfoque caracterizado por promover los derechos fuertes. La sentencia fundacional, la T-153/98, contiene una fuerte condena de la sobrepoblación carcelaria porque esta viola los derechos básicos de los detenidos; la CCC reconoció también la exigibilidad de esos derechos, algo de gran importancia. Se pueden leer explicaciones y condenas parecidas con respecto a otras violaciones masivas de los DESC en las sentencias posteriores sobre PID (T-025/04) y servicios de salud (T-760/08).

Sin embargo, con respecto a las órdenes judiciales es evidente la existencia de una fuerte división entre la primera sentencia y la jurisprudencia más reciente. En la T-153, la CCC adoptó un enfoque de derechos fuertes al establecer órdenes detalladas dirigidas al Gobierno para que este: a) suspendiera inmediatamente un contrato para la renovación de una de las prisiones más grandes de Bogotá; b) formulara, en un plazo de tres meses, un plan integral para la renovación de las prisiones existentes y la construcción de nuevas prisiones, que tenía que ejecutarse en un plazo de cuatro años; y c) terminara, antes de cuatro años, con el encarcelamiento común de los detenidos provisionalmente al lado de los detenidos ya condenados.

[En contraste], la CCC que dictó la T-025 adoptó un enfoque más procedimental y dialógico, al dejar que el Gobierno decidiera el contenido de los programas para las PID y la financiación requerida para llevarlos a cabo. Sin embargo, al mismo tiempo establece plazos estrictos y una orden orientada hacia los resultados que le requería al Gobierno que comenzara a proteger a corto plazo los derechos más básicos de las PID (en seis meses). Por consiguiente, conforme a la clasificación previa, esta decisión implicaba remedios moderados.

Un enfoque moderado, intermedio, con respecto a las órdenes judiciales, parecido al anterior, está claramente presente en las decisiones más recientes sobre servicios de salud. La mayoría de sus órdenes son de medios, no de resultados, y le ordenan al Gobierno que formule un plan de contingencia para ocuparse de la quiebra inminente del sistema de salud pública, cree los protocolos administrativos para resolver las quejas de los pacientes, y establezca los mecanismos para supervisar eficientemente a los prestadores privados de servicios de salud. La debilidad relativa de estas órdenes se ve compensada por los plazos estrictos y las medidas provisionales fuertes que se le imponen al Gobierno para que este unifique la cobertura básica para los pacientes de los sistemas de salud públicos y privados, como se había ordenado en la ley de 1993 (que sin embargo no se había cumplido).

Por último, con respecto al seguimiento, la T-025 destaca con respecto a las otras sentencias. En el curso de siete años, ha dado lugar a 21 audiencias públicas de seguimiento, en las que han participado una gran variedad de actores gubernamentales y no gubernamentales, y la Corte ha tomado también más de 100 decisiones de seguimiento mediante las cuales la Corte ha ajustado sus órdenes a las necesidades en función de los informes de progreso. La CCC ha instaurado por tanto un proceso de seguimiento notablemente fuerte.

En contraste, el enfoque anterior de la sentencia T-153 no incluía ningún mecanismo de seguimiento promovido por la Corte. En lugar de eso, la Corte se limitó a solicitarle a la Defensoría del Pueblo y a la Contraloría de la República que supervisarán el cumplimiento de la decisión. También la Corte que dictó la sentencia T-760, a pesar de haber establecido las líneas principales de un mecanismo de seguimiento parecido al de la sentencia T-025, permaneció pasiva en general; no celebró audiencias públicas, no promovió una participación significativa de la ciudadanía y limitó las medidas provisionales de seguimiento a requerirle información al Gobierno. Por lo tanto, ambos casos se han caracterizado por un seguimiento débil.

La tabla 1 resume la comparación entre los tres casos, y también los resultados del análisis que acabamos de efectuar.

Tabla 1. Una comparación de las sentencias estructurales de la CCC

	Derechos	Órdenes judiciales	Seguimiento	Efectos
T-025/2004	Fuertes	Moderadas	Fuerte	Grandes
T-760/2008	Fuertes	Moderadas	Débil	Moderados
T-153/1998	Fuertes	Fuertes	Débil	Pequeños

Aunque se necesita una muestra más amplia de casos para extraer conclusiones definitivas, esta comparación ofrece pistas útiles sobre la relación entre activismo dialógico y efectos de las sentencias judiciales. Los resultados sugieren que las sentencias dialógicas como la T-025 tienen un mayor potencial de tener efectos generales más profundos en el cumplimiento de los DESC,¹⁰ mientras que las sentencias monológicas como la T-153 es más probable que tengan un impacto menor. Entre los dos extremos existen diferentes combinaciones de derechos, medidas judiciales y seguimiento que es probable que tengan efectos moderados.

Mi hipótesis es que las sentencias dialógicas tienen mayores efectos porque se ocupan de dos obstáculos prácticos fundamentales para la ejecución de las decisiones estructurales: la resistencia política y la capacidad institucional. En cuanto a lo primero, las medidas provisionales estructurales sobre DESC despiertan la resistencia natural de sectores poderosos con intereses creados en mantener el *statu quo*. En los casos estudiados, esos sectores incluyen a los prestadores privados de servicios de salud y las empresas farmacéuticas que obtienen gigantescos beneficios de miles de sentencias de tribunales inferiores en las que se ordena al Gobierno que pague medicamentos de marcas específicas, funcionarios públicos indiferentes que trabajan en burocracias escleróticas responsables de los programas de PID, y personal negligente y corrupto en el sistema carcelario sobrepoblado.

10 Recurro aquí a una valoración sintética de la repercusión de las sentencias, en la que se agregan los cuatro tipos de efectos explicados: directos, indirectos, materiales y simbólicos. Para una evaluación detallada de los efectos, véase Rodríguez Garavito (2011).

Al otorgar poder a una variedad más amplia de interesados en participar en el seguimiento, los tribunales generan efectos directos e indirectos que pueden ayudar a superar la resistencia política. El efecto principal es la participación directa de los actores políticos, como las ONG de derechos humanos, los organismos administrativos orientados a la reforma y las organizaciones de base que es probable que adopten como parte de su propio programa de acción impulsar el cumplimiento de la sentencia, con lo que se convierten así en una fuente de poder compensatorio contra el *statu quo*. Además, las órdenes de esta naturaleza pueden llevar a la formación de coaliciones políticas para apoyar al tribunal que toma la decisión y generar una cobertura de los medios de comunicación que potencie los efectos materiales y simbólicos del caso. Así ocurrió con la sentencia T-025, que inspiró la fundación de una comisión de seguimiento de la sociedad civil que a su vez se ha convertido en un aliado fundamental del tribunal y también en una proveedora de información y recomendaciones valiosas.

En segundo lugar, los mecanismos del activismo dialógico pueden ayudar a los tribunales a ocuparse de las deficiencias institucionales para solucionar problemas socioeconómicos complejos. Para reconocer que los tribunales carecen del conocimiento técnico, el personal y los recursos (por no hablar de la legitimidad) con los que poder elaborar y ejecutar las soluciones a problemas tan complicados como el desplazamiento forzado o la falta de acceso a medicamentos esenciales no hay que ser un formalista jurídico.

Sin embargo, eso no significa que los tribunales no puedan provocar y moderar un diálogo entre las autoridades públicas y los actores de la sociedad sobre estas cuestiones, frente a los fracasos extendidos de las políticas públicas y las violaciones masivas de los DESC. Al convocar no solo a los funcionarios, sino también a una amplia variedad de actores con conocimiento relevante, como los líderes y miembros de la población beneficiaria, los expertos académicos y los organismos internacionales de derechos humanos, los tribunales dialógicos pueden promover la búsqueda colaborativa de soluciones, o al menos una discusión pública sobre las vías alternas de acción. Los efectos directos e indirectos que pueden surgir potencialmente de ese diálogo incluyen el desbloqueo de los procesos de política pública, la mejora de la coordinación entre organismos públicos que previamente estaban desconectados y la creación de políticas públicas en el lenguaje de los derechos.

La T-025 proporciona una muestra interesante de estos efectos. Una característica especialmente útil del proceso de seguimiento ha sido la formulación colaborativa de indicadores de avance en el cumplimiento de los derechos

de las PID. Mediante un proceso insistente, de varios años de duración, que ha incluido numerosas órdenes de seguimiento dictadas por la Corte y propuestas de organismos gubernamentales y no gubernamentales, la CCC adoptó una lista de veinte indicadores, basados en los derechos fundamentales, para valorar el progreso. Esos indicadores han proporcionado un marco compartido de seguimiento para todos los interesados, y también una herramienta para que la Corte pueda ajustar sus medidas provisionales de seguimiento en respuesta a las pruebas sobre la evolución de las políticas y la situación de las PID.

En resumen, al combinar los derechos, las medidas judiciales y los mecanismos de seguimiento del activismo dialógico, los jueces pueden compensar algunos de los defectos institucionales y políticos que hacen ineficaces las intervenciones de los tribunales en problemas complejos de distribución de recursos y mejorar los efectos generales del cumplimiento de los DESC.

5. Conclusión

En las dos últimas décadas, los tribunales, activistas y académicos han desarrollado teorías, estrategias y doctrinas cuyo propósito es hacer realidad la promesa de los derechos socioeconómicos en situaciones caracterizadas por privaciones graves y generalizadas, y desigualdades inaceptables. Esas innovaciones han sido contribuciones fundamentales al constitucionalismo comparado y a los derechos humanos internacionales, como queda en evidencia en el impresionante trabajo jurisprudencial y doctrinal reseñado en este volumen. Sin embargo, tanto en las obras académicas como en las decisiones judiciales, tiende a estar ausente una reflexión sistemática sobre las consecuencias reales de las sentencias sobre DESC.

En estas páginas he querido contribuir a llenar este vacío desde dos ángulos distintos. Investigué las características de las decisiones de los tribunales que pueden tener influencia en sus consecuencias generales. Identifiqué el grado de fuerza de las a) declaraciones de derechos, b) medidas judiciales y c) seguimiento de las sentencias. Adicionalmente, formulé la hipótesis de que las sentencias dialógicas, caracterizadas por los derechos fuertes, las medidas judiciales moderadas y el seguimiento fuerte, es probable que sean las que tienen mayores efectos generales en el cumplimiento de los DESC. Di pruebas de esas hipótesis al mostrar las conclusiones extraídas de un estudio de caso comparado sobre las consecuencias de tres decisiones estructurales históricas de la CCC sobre DESC.

Se requerirían investigaciones adicionales para comprobar esas conclusiones y las hipótesis planteadas. Los estudios que usen una mayor muestra de

casos y las comparaciones transnacionales son vías prometedoras. Estas y otras estrategias de investigación nos dan la esperanza de poder ver qué hay dentro de la caja negra que hoy es la fase posterior de ejecución de la sentencia en los casos de DESC.

Urge especialmente este tipo de análisis porque la preocupación por el impacto de las sentencias es una de las cuestiones más presentes en el pensamiento de los litigantes y los jueces. Después de todo, tener efectos concretos que mejoren el acceso a los bienes y servicios, y su calidad —a bienes y servicios como una vivienda digna o servicios de salud—, es lo que hace que los litigantes y los activistas recurran a los tribunales. En ese mismo sentido, si las sentencias no tienen consecuencias prácticas, sería insensato que los tribunales incurrieran en los elevados costos institucionales asociados a sus sentencias activistas sobre DESC, especialmente en casos estructurales que implican negociaciones prolongadas y tensiones con los organismos administrativos responsables de ejecutarlas. Una vez que haya pasado la euforia sobre el caso, la pregunta que estará en la mente de todos será: ¿valió la pena?

Referencias

- Rodríguez Garavito, C. (2009). Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional. En Rodríguez Garavito, C. (ed.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia* (pp. 434-493). Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Rodríguez Garavito, C. (2011). *Legalismo mágico: la Corte Constitucional y la transformación de un país inconstitucional*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Rodríguez Garavito, C. y Kauffman, C. (2014). *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para jueces, funcionarios y activistas*. Documentos 17. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.589.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.185.pdf
- Rosenberg, G. (2008). *The Hollow Hope*. Chicago: Chicago University Press.
- Saffon, M. P. y García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 75-107. Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511/1404>

- Tushnet, M. (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Unger, R. M. (1996). *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso.
- Uprimny, R. (2006). Should Courts Enforce Social Rights? The Experience of the Colombian Constitutional Court. En Coomans, F. (ed.). *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*. Amberes: Intersentia.

III. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y PUEBLOS ÉTNICOS

A. Constitucionalismo multicultural, etnicidad.gov y el derecho a la consulta previa

César Rodríguez Garavito y Carlos Andrés Baquero Díaz (2015)

Extractos tomados de:

Rodríguez Garavito, C. y Baquero Díaz, C. A. (2015). *Reconocimiento con redistribución: el derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.745.pdf

1. Reconocimiento y redistribución: para una expansión del pensamiento jurídico crítico hacia la justicia étnico-racial

Más allá de los detalles de las normas y las trayectorias nacionales, [es posible identificar una reciente] explosión en el campo jurídico latinoamericano de *reclamos de justicia centrados en el reconocimiento*, sumados a los *centrados en la redistribución*, que giran alrededor de los derechos sociales. Basados en la conocida distinción de Nancy Fraser (2003), entendemos por reclamos de reconocimiento los litigios, las iniciativas legislativas y demás formas de movilización del derecho que buscan minar las injusticias basadas en el estatus y estima social asignados a grupos tradicionalmente marginados en América Latina, como los pueblos indígenas, los afrodescendientes, la población LGBT y los migrantes. Entendemos por reclamos de redistribución las formas diversas de acción jurídica que apuntan a erosionar las injusticias de la estructura económica que precariza y subordina a la gran mayoría de trabajadores formales e informales de la región.

Específicamente, nos ocuparemos de los reclamos de reconocimiento basados en la *etnicidad* —el sistema asimétrico de estatus que asigna valores distintos a grupos sociales según sus rasgos culturales— o la *raza* —el sistema asimétrico de estatus que asigna valores distintos a grupos sociales en función

de su color de piel y rasgos fenotípicos—. Aunque la distinción conceptual entre etnicidad y raza es central para nuestro análisis, en algunos pasajes del texto usamos el adjetivo compuesto “étnico-racial” para agrupar los dos tipos de reclamos y discriminaciones.

El objeto general del texto es indagar la forma en que dichos reclamos por el reconocimiento han sido tramitados, transformados, aplazados o resueltos provisionalmente al convertirse en acciones jurídicas. El pensamiento jurídico latinoamericano se ha ocupado mucho menos de este tipo de reclamos que de aquellos relativos a la redistribución. Y cuando lo ha hecho —como en la notable y creciente bibliografía sobre los derechos de los pueblos indígenas— ha tendido a tratar de forma separada los reclamos étnicos y raciales, y a establecer una división del trabajo en la que los estudiosos de los derechos indígenas se ocupan de los primeros, en tanto que los (demasiado pocos) analistas de los derechos de los afrolatinoamericanos se ocupan de los segundos.

En vista de este doble vacío, los objetivos específicos del texto son dos, uno descriptivo y otro analítico. El descriptivo consiste en documentar las tendencias de la regulación de la diversidad y los reclamos de reconocimiento en la región desde el surgimiento del “constitucionalismo multicultural” de inicios de los años noventa del siglo pasado (Brysk, 2000; Lee van Cott, 2000; Sieder, 2002). El analítico consiste en desplegar un marco conceptual que permita entender los avances y las omisiones de esas tendencias, sus conexiones con procesos globales, y los dilemas teóricos y prácticos que suscitan en los campos jurídicos latinoamericanos.

2. Etnicidad.gov: la juridización global de los reclamos étnico-raciales y las disputas por la definición del constitucionalismo multicultural en América Latina

2.1. *El despertar de los pueblos indígenas y negros para el derecho: las escalas global, regional y nacional*

La irrupción de los reclamos de reconocimiento en las constituciones y los debates políticos nacionales es comprensible solo dentro del contexto global de la movilización de los pueblos indígenas, las comunidades afrodiaspóricas y otros grupos étnico-raciales subalternos que completa ya cuatro décadas.

El “despertar de los pueblos indígenas para el derecho” del que habla Carlos Federico Marés (1998) vino de la mano del ascenso del movimiento indígena transnacional. Los orígenes de este movimiento se remontan al activismo

global que dio lugar a su primer hito en 1971: la resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU encargando a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías hacer un estudio sobre “el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” y proponer medidas para eliminarlo. Más de una década después, este mandato dio lugar al influyente “Informe Martínez Cobo”,¹ que fue seguido por la movilización de los pueblos indígenas y las organizaciones no gubernamentales (ONG) de derechos humanos por la creación de la institución pionera del derecho internacional contemporáneo sobre la materia, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas. Establecido en 1982, el Grupo de Trabajo produjo, en 1994, el primer borrador de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que, tras 13 años de intensas discusiones y numerosos ajustes, vendría a dar la declaración final aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007, que constituye el ícono de la globalización de los derechos indígenas. En efecto, junto con el [...] Convenio 169 de la OIT [Organización Internacional del Trabajo] de 1989, la Declaración es hoy el punto de referencia central del derecho internacional sobre el tema.

El *leitmotiv* del movimiento global ha sido la reivindicación del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (Anaya, 2004, p. 97). Plasmado solo parcialmente en sus instrumentos jurídicos —y más en unos (como la Declaración) que en otros (como el Convenio 169)—, la legalidad sustantiva que se deriva del principio de autodeterminación marca un contraste con la legalidad procedimental de la gobernanza. Desde el punto de vista político y cultural, aunque las demandas indígenas usualmente no incluyen la secesión, sí implican grados de autonomía sobre los territorios y sus recursos, incluyendo su uso conforme a concepciones distintas de la economía y el desarrollo.

En la escala nacional, el derecho global de los pueblos indígenas ha permeado rápidamente las cartas constitucionales, en especial en aquellos países del Sur Global que estaban atravesando transiciones políticas y lo fueron adoptando en nuevas constituciones. América Latina es la muestra más vívida de esta tendencia. La Constitución guatemalteca de 1985 inauguró una ola regional de constitucionalismo multicultural a la que se unieron —con grados muy diversos de reconocimiento y aplicación efectiva del principio de autodeterminación— las nuevas cartas o las reformas constitucionales de Nicaragua

1 Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, E/CN.4/Sub.2/476 (1981).

(1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994), Venezuela (1999) y, sobre todo, Ecuador (2008) y Bolivia (2009) (Clavero, 2008).²

De la mano de las nuevas constituciones vino la judicialización de los conflictos sobre derechos colectivos, que constituye el otro componente fundamental del constitucionalismo multicultural. A lo largo y ancho de América Latina, las cortes han pasado a ser actores centrales de la juridización de las identidades étnico-raciales, a medida que las reivindicaciones políticas del movimiento indígena se han convertido en cientos de litigios ante las cortes constitucionales y las instituciones del sistema interamericano de derechos humanos.

La muestra más clara de esta tendencia se encuentra en Colombia, donde la judicialización de estos conflictos ha sido tan profunda que el uso del derecho constitucional ha pasado a ser una estrategia definitoria del movimiento indígena (Lemaitre, 2009). Junto con algunos fallos hito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ y, sobre todo, las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia (basadas explícitamente en el principio de plurinacionalidad) (Santos, 2010), el derecho constitucional colombiano es el que ha ido más lejos en la adopción de algunos de los corolarios del principio de autodeterminación reivindicado por el movimiento indígena global (Rodríguez Garavito y Orduz Salinas, 2010, pp. 34-35).

Un proceso paralelo de activismo internacional y juridización de las reivindicaciones políticas es evidente en el movimiento afrodescendiente. Su hito fue la Conferencia Mundial contra el Racismo (Durban, 2001), que sirvió como punto de encuentro para las organizaciones y coaliciones antirracistas de todo el mundo. Como en la movilización indígena, América Latina tuvo un rol central en Durban, donde una de las delegaciones más numerosas y activas fue la brasilera. Igualmente importante fue el proceso previo a la Conferencia de 2001, incluyendo un encuentro regional preparatorio en Brasil, donde confluyeron movimientos de base y organizaciones negras que, 12 años después, continúan colaborando en acciones y encuentros para impulsar la implementación de la Declaración de Durban.

2 (N. del E.) Para un balance del desarrollo reciente del constitucionalismo latinoamericano, en general, y del colombiano, en particular, véanse respectivamente los capítulos 10 (I-B) y 10 (I-C) de esta compilación.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo saramaka vs. Surinam; caso comunidad indígena de sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146, (Mar. 29, 2006).

El mismo ímpetu hacia la juridización de la justicia racial es reconocible en el derecho interamericano. De un lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó en 2005 la Relatoría sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial que, aunque tímidamente, ha impulsado la fijación de estándares regionales sobre la materia. De otro lado, como uno de los principales avances en el reconocimiento de la discriminación racial, la Organización de los Estados Americanos adoptó, a mediados de 2013, la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y las formas conexas de intolerancia, que impone a los Estados la obligación de adoptar medidas que eliminen tal discriminación.

Más allá de los detalles de las normas y los litigios, para los efectos de esta sección nos interesa resaltar dos puntos generales. Primero, los constitucionalismos multiculturales han acarreado una profunda juridización del discurso y las estrategias de los movimientos étnico-raciales. Los líderes afrodescendientes e indígenas hoy deben pasar tanto tiempo en los territorios indígenas y las barriadas afros como en los espacios clave del campo jurídico: las ONG de derechos humanos, las agencias gubernamentales, los tribunales constitucionales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington o las sedes de los organismos especializados de las Naciones Unidas en Ginebra (como el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial o la Relatoría Especial de Pueblos Indígenas).

Segundo, la regulación de los derechos étnico-raciales es altamente disputada. Tanto en los textos constitucionales y legales como en la práctica jurídica conviven diferentes concepciones y combinaciones de los reclamos de reconocimiento y redistribución. Se trata de enfoques teóricos y jurídicos contrastantes sobre la relación entre igualdad y diversidad, que se inscriben en debates conceptuales más amplios y de escala global, como veremos a continuación.

2.2. *Teorizando y enmarcando la juridización del reconocimiento: la etnicidad.gov*⁴

El auge latinoamericano de los conflictos jurídicos sobre el reconocimiento no es gratuito o aislado. Por el contrario, hace parte de todo un *zeitgeist*: el de la globalización neoliberal de fines del siglo XX y comienzos del XXI. Como lo han mostrado los antropólogos surafricanos Jean y John Comaroff, un componente esencial de esta era es la centralidad del derecho o, en sus términos, del

4 Esta sección es una versión revisada y ampliada de un pasaje de Rodríguez Garavito (2012).

“fetichismo del derecho”, la fe global “en la capacidad del constitucionalismo y el contrato, de los derechos y los remedios jurídicos, de lograr el orden, la civilidad, la justicia, el empoderamiento” (Comaroff y Comaroff, 2001, p. 38).

La extensión de este proceso al ámbito de las identidades étnico-raciales es lo que llamamos sintéticamente *etnicidad.gov* (Rodríguez Garavito, 2012). Se trata de la juridización de los reclamos colectivos sobre la autodeterminación, la identidad cultural, las reparaciones históricas, los territorios y los recursos naturales; reclamos elevados por los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicos, tanto en América Latina como en otras partes del mundo.

Nos referimos a este proceso con el término *etnicidad.gov* para crear un paralelo literal que revele su profunda imbricación con el otro proceso fundamental de reconfiguración de las identidades étnico-raciales en tiempos de globalización, que Comaroff y Comaroff (2009) bautizan “*etnicidad.Inc*”. Este último consiste en “el proceso de mercantilización de la cultura y la transformación empresarial de la identidad en el que aquel está inserto” (p. 20). De la misma forma como la “*etnicidad.Inc* es [...] una proyección del sujeto emprendedor del neoliberalismo al plano de la existencia colectiva” (p. 140), la *etnicidad.gov* es la proyección del sujeto jurídico neoliberal al plano de los derechos colectivos. Se trata del sujeto jurídico al que se le reconocen tres derechos liberales primordiales: la libertad contractual, la igualdad formal y el debido proceso.

En sintonía con la ficción liberal encarnada en las instituciones del debido proceso y la libertad contractual, en este tipo de legalidad se asume de entrada que el sujeto colectivo étnico (p. ej., un pueblo indígena o una comunidad negra) está en pie de igualdad con los demás sujetos que entran en las consultas y las negociaciones (p. ej., las empresas y las entidades estatales interesadas en explotar económicamente el territorio indígena o afrodescendiente). Con esto, se hace patente la afinidad entre los sujetos de la *etnicidad.Inc* y la *etnicidad.gov*. Esta es aún mayor cuando las demandas colectivas basadas en injusticias estructurales históricas —como las reparaciones y acciones afirmativas para contrarrestar el legado de la esclavitud de más de 12,5 millones de africanos traídos forzosamente a las Américas y sus descendientes, o el despojo y el genocidio de los pueblos indígenas— son tramitadas mediante remedios jurídicos individualizados (p. ej., el castigo penal contra el perpetrador de un acto de racismo) o reducidas a la igualdad formal (p. ej., la prohibición de discriminación).

A diferencia de las terminaciones de los sitios de Internet [“.com”], utilizamos el sufijo “.gov”, no para denotar gobierno (*government*), sino gobernanza

(*governance*). La juridización de la etnicidad tiene lugar no solo a través del “derecho duro” de los gobiernos (o los Estados en general), sino también mediante una amplia gama de reglas de “derecho blando”, como los principios operativos que los bancos multilaterales y privados imponen a las compañías que operan en territorios étnicos, o los códigos de conducta de compañías mineras que explotan dichos territorios. La etnicidad.gov, por tanto, está atravesada por el fenómeno del pluralismo jurídico y comprende también múltiples manifestaciones de “gobernanza sin gobierno”.

En suma, la juridización de los reclamos de reconocimiento que llamamos etnicidad.gov está dominada por un tipo específico de legalidad: la del paradigma de la gobernanza, que, como Santos (2007) ha sostenido, es la matriz jurídica de la globalización neoliberal. De ahí que otros autores se hayan referido a las manifestaciones concretas de este paradigma como multiculturalismo neoliberal, esto es, el régimen jurídico que reconoce los derechos culturales, pero niega, *de facto* o *de jure*, el ejercicio del control sobre los recursos que es necesario para el goce de esos derechos (Hale, 2005, p. 13). Puesto en términos de los reclamos de redistribución y reclamos de reconocimiento, este enfoque implica una separación tajante entre unos y otros.

Se trata de la variante que predomina en los países latinoamericanos que se han unido a la ola del constitucionalismo multicultural (Sieder, 2002). De ahí que nos refiramos a él en adelante como multiculturalismo hegemónico, para evitar la contradicción empírica consistente en que incluso los Estados críticos del neoliberalismo económico que han llegado más lejos en la consagración de los derechos étnico-raciales en sus constituciones (como Ecuador y Bolivia), en la práctica aplican una variedad de multiculturalismo afín a la de otros Estados con gobiernos de signo político contrario (como Chile, México o Colombia).

2.3. Reconocimiento y redistribución: tres enfoques jurídicos

La definición de los derechos de los grupos étnico-raciales subalternos es objeto de intensa controversia en los campos jurídicos de la región. Las concepciones en disputa pueden ser agrupadas en tres tipos ideales, cuyos principios, mecanismos, figuras jurídicas y actores son condensados en la tabla 1.

Comenzando con la variedad dominante, el multiculturalismo hegemónico separa nítidamente los reclamos de redistribución y los reclamos de reconocimiento. Este enfoque resulta en una interpretación restrictiva del derecho a la CPLI [consulta previa, libre e informada], que no implica capacidad de decisión de los pueblos afectados cuando su supervivencia física o cultural esté en juego.

Tabla 1. Enfoques sobre los derechos étnico-raciales

	Liberalismo integracionista	Multiculturalismo hegemónico	Multiculturalismo contrahegemónico
Reclamo central	Libertad/igualdad formal	Diversidad/igualdad formal	Diversidad/igualdad material
Principio rector	Asimilación sin discriminación	Diversidad con participación	Autodeterminación con reparaciones
Paradigma jurídico	Regulación	Gobernanza	Reparación
Estatus jurídico de indígenas y afrodescendientes	Objetos de políticas	Objetos de políticas/ sujetos de derechos individuales	Sujetos de derechos colectivos
Tiempo privilegiado	Futuro	Presente	Pasado-futuro
Instituciones jurídicas representativas	Prohibición de discriminación	Consulta no vinculante, penalización del racismo	Consentimiento previo, acciones afirmativas
Fuentes	Convenio 107 OIT, constituciones nacionales	Constituciones multiculturales; Convenio 169 OIT (interpretación restrictiva)	Declaración derechos indígenas ONU; Declaración de Durban; jurisprudencia (CIDH, Colombia, Brasil); constituciones pluriculturales (Bolivia, Ecuador); Convenio 169 (interpretación expansiva)
Actores centrales	Gobiernos	Gobiernos, cortes, OIT, Empresas transnacionales, ONG	Organizaciones indígenas y afro, organismos ONU (relatorías pueblos indígenas y afros, CEDR)

Fuente: Rodríguez Garavito (2012).

Su tiempo privilegiado es el presente y bajo sus términos resultan inviables las exigencias de reparaciones materiales que elevan los indígenas y los afrodescendientes por las expropiaciones históricas de las que fueron víctimas.

Dos aproximaciones contrastan con el multiculturalismo hegemónico. De un lado, el paradigma liberal clásico, con su énfasis en la unidad de la nación y la asimilación como el camino hacia la ciudadanía de indígenas y afrodescendientes.

Protege el derecho a la igualdad formal de los otros — los negros, los indios y demás grupos subalternos que comprenden el revés de la nación, su negativo, como dice la antropóloga Margarita Serje (2011)— como mecanismo de integración de una ciudadanía ciega al color. Al hacerlo, privilegia el futuro que designa (la unidad nacional) sobre el pasado (la memoria del despojo de los grupos subalternos y las acciones que serían necesarias para repararlo).

De otro lado, un tercer enfoque intenta resolver la tensión entre aspiraciones de redistribución y aspiraciones de reconocimiento mediante un híbrido en el que la realización de las segundas requiere una redistribución de bienes y oportunidades materiales a favor de indígenas y afrodescendientes. Se trata del multiculturalismo contrahegemónico que Santos ha teorizado a propósito de los procesos constituyentes recientes de Bolivia y Ecuador, marcado por el doble derecho humano poscolonial: tenemos el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza; tenemos el derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza (Santos, 2010; 2002, p. 39). Su marco temporal es doble, por cuanto vuelve la vista al pasado para reconfigurar las posibilidades del futuro.

Para darle sustento empírico a la tipología conceptual que proponemos, dedicamos el resto del texto a documentar los entrecruzamientos entre los tres tipos de enfoque en los debates jurídicos centrales para los derechos étnicos [que se han librado en torno a la CPLI].⁵

3. La justicia étnica: entre la consulta y el consentimiento

3.1. *El auge de la consulta: del derecho internacional a los constitucionalismos latinoamericanos*

La tensión entre diferentes aproximaciones a los reclamos de reconocimiento ha atravesado la institución de la CPLI desde sus orígenes. En el derecho

5 (N. del E.) Es necesario advertir que aquí se ha omitido una sección importante del texto original, dedicada a los debates sobre el derecho antirracismo en sus versiones penal individual (criminalización del racismo) y reparadora (acciones afirmativas). Allí se argumenta, por ejemplo, “[...] que lo que tienen en común [el] auge de la fuga hacia el derecho penal y el de la consulta previa es que ofrecen vías intermedias, inteligibles en términos jurídicos clásicos (la responsabilidad penal individual, en el caso de la criminalización del racismo, y el debido proceso, en el de la consulta), digeribles para actores dominantes del campo jurídico (por ejemplo, gobiernos de orientaciones muy distintas que tienen su fe puesta en la extracción de recursos naturales en territorios indígenas o se oponen a programas de acciones afirmativas ambiciosos para corregir injusticias contra la población afrodescendiente) y dejan intactas tanto la estructura económica (en el caso de la consulta) como la racial (en el caso de las acciones afirmativas)” (p. 22).

internacional, el Convenio 169 surgió de la decisión de la OIT de revisar el marco jurídico emblemático del liberalismo integracionista (el Convenio 107 de la OIT, vigente desde 1959), “para reemplazar el énfasis del Convenio en los objetivos de integración [de los pueblos indígenas], por el énfasis en el respeto de la identidad de estas poblaciones y en la promoción de más consultas y participación de estos pueblos en las decisiones que los afectan” (Organización Internacional del Trabajo, OIT, 1985, par. 50.16). En este sentido, desde un comienzo, el Convenio 169 estuvo inspirado en el objetivo de reemplazar la “integración” de los pueblos indígenas por su “participación” en los asuntos que los afectaban, como lo expresaba el documento presentado por el Secretariado de la organización al encuentro de expertos convocados para el efecto, que sesionó en Ginebra en 1986 (Simpson, 1987).

Los desacuerdos fueron patentes en relación con el concepto de participación. Mientras que buena parte de los expertos [respaldó] la propuesta de organizaciones como el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, que implicaba sustituir la participación por el *control* de estas comunidades sobre sus condiciones socioeconómicas, los delegados de los empleadores tendieron a respaldar la idea de la participación, y a objetar recomendaciones basadas en el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas (Barsh, 1987, pp. 756-762). Y la solución intermedia recomendada [por los expertos] fue un mecanismo procesal, que prefiguraba la institución de la consulta previa y que consistía en que, cuando no fuera posible obtener el consentimiento del pueblo afectado, el requisito de participación se cumpliría con una discusión pública del asunto en cuestión, en la que estuvieran involucrados representantes indígenas y tribales (Barsh, 1987).⁶

El contraste entre las dos posiciones se agudizó durante los congresos de la OIT de 1988 y 1989, en los que se debatió la revisión del Convenio. La propuesta original de la Oficina de la OIT, que incluía el estándar más exigente de “buscar el consentimiento” en relación con las decisiones que afectarían a pueblos indígenas, se encontró con una fuerte resistencia por parte de numerosos Estados y organizaciones de empleadores. Ante ello, la Oficina modificó la propuesta con miras a la conferencia final de 1989 y recogió la fórmula más débil de la “consulta”, que vendría a ser consagrada en el texto del Convenio 169 finalmente aprobado (Rodríguez-Piñero, 2005, p. 381). De esta forma, según Rodríguez-Piñero,

6 (N. del E.) Véase ILO Doc. APPL/MER/107/1986/D.7.

...“la consulta”, “la participación”, y “el respeto por la identidad” se convirtieron en los temas centrales de un discurso imperfectamente articulado que recurría al pragmatismo y a valores fácilmente aceptables, a la vez que evitaba explícitamente una discusión principalista que habría podido inquietar a los miembros de la OIT por razones políticas.

[Lo anterior] indicaría que, aunque había un claro consenso contra el integracionismo, no existía “un discurso alternativo claro del que se pudiera echar mano, sino apenas algunos fragmentos de él” (p. 299).

Aunque esta conclusión resalta correctamente la función política de la CPLI —servir de punto de encuentro procedimental entre posiciones sustantivas opuestas—, pierde de vista el hecho de que la consulta es un discurso alternativo. De hecho, en América Latina, se ha convertido desde entonces en uno de los discursos privilegiados para hablar de los reclamos de reconocimiento y para tramitar los conflictos sobre la cultura y la autodeterminación.

¿A qué se debe la acogida del lenguaje de la consulta, incluso entre gobiernos y empresas? La CPLI estuvo inserta en la matriz económica del “proceso del desarrollo”. A pesar de que, como veremos, en la práctica de la CPLI ha resurgido la tensión entre derechos y desarrollo, entre participación y autodeterminación, es claro que en la versión adoptada por el texto del Convenio 169 y las constituciones latinoamericanas que importaron su lenguaje (como la colombiana y la ecuatoriana) o lo integraron mediante la vía del bloque de constitucionalidad (como la reforma constitucional mexicana de 2011), la consulta está subordinada a la prioridad del desarrollo económico. De hecho, la CPLI pasó a ser una pieza clave de los ajustes discursivos con los que el proyecto desarrollista fue reeditado y reexportado a escala global. En otras palabras, una vez exorcizaron la consulta para librarla de las demandas más exigentes del principio de autodeterminación, los actores globales del neoliberalismo pudieron traducirla en uno más de los adjetivos que cualificaban (pero mantenían y reforzaban) el discurso del desarrollo.

3.2. *La regulación y la jurisprudencia sobre la consulta en América Latina*

El mismo enfoque es evidente en las leyes, reglamentos y fallos judiciales que han sido expedidos en los diferentes países al calor de los conflictos socioambientales que han proliferado en los territorios indígenas. Si se hace un análisis de derecho comparado, se concluye que la tendencia se sostiene a lo largo de toda la región.

De un lado, varios países han esquivado por completo la regulación del tema y lo han dejado al arbitrio de las autoridades nacionales y municipales. Así sucede, por ejemplo, en México, Argentina, Brasil y Venezuela, donde el vacío legal contrasta con las crecientes demandas indígenas (y, en Brasil, afrodescendientes también) por la aplicación del Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Los fallos judiciales no han llenado el vacío: en México, la Suprema Corte de Justicia ha implementado tímidamente la reforma constitucional de 2011 que incorpora los tratados internacionales (incluyendo el Convenio 169) al bloque de constitucionalidad; en Argentina, la Corte Suprema aún no se ha pronunciado sobre el tema; y en Brasil, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal ha hecho un examen muy laxo de la constitucionalidad de normas como el Decreto 788 de 2005, mediante el cual el Congreso nacional autorizó la construcción de Belo Monte.

De otro lado, los pocos países que han producido legislación en la materia han tendido a adoptar concepciones débiles de la CPLI, que terminan desmontando la protección que se da en el derecho internacional (Baquero Díaz, 2014a, pp. 106-110). Yendo de sur a norte, encontramos que [...] el Gobierno de Piñera [en Chile] abrió un proceso de diálogo con representantes y organizaciones indígenas para la construcción de la norma sobre CPLI. Durante más de un año, los pueblos indígenas y el Gobierno se encontraron en la Mesa de Consenso y ahí discutieron el nuevo reglamento de CPLI (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013). Como resultado, el Gobierno presentó un primer texto que fue cuestionado por el movimiento indígena, por ejemplo, por excluir medidas que les debían ser consultadas. La oposición indígena llevó al Gobierno a presentar una segunda norma que sí fue adoptada a través del Decreto Supremo 66 de 2013. Esta norma, aunque es la primera ley sobre consulta que fue discutida con el movimiento indígena en América Latina, también tiene una definición limitada del derecho a la CPLI que termina por desproteger a los pueblos indígenas.

En Bolivia, la consulta ha sido regulada solo en relación con la explotación de petróleo. Aunque las regulaciones (la Ley 3058 de 2005 y el Decreto 29033 de 2007) han incorporado estándares mucho más exigentes que los chilenos, en la práctica han sido muy debilitados por falta de voluntad del Ejecutivo y por limitaciones establecidas por la Corte Constitucional.⁷

7 Corte Constitucional de Bolivia, sentencia 0045 de 2006 (que declara inconstitucional el requisito de consentimiento previo de las comunidades étnicas que había establecido la ley de hidrocarburos de 2005).

Perú ha sido el primer país en regular sistemáticamente la CPLI, mediante la Ley 29.785 de 2011 y el reglamento respectivo de 2012.⁸ Aunque la ley establece que sus reglas deben ser interpretadas a la luz del Convenio 169, en la práctica el Gobierno ha recortado sustancialmente su alcance, al entender, por ejemplo, que aplica solo a los pueblos indígenas que cumplen con los criterios establecidos en el derecho nacional.

En Ecuador, a pesar de la interesante innovación de incluir como sujetos de la CPLI no solo a los indígenas sino también a los afroecuatorianos y a los montubios en la Constitución,⁹ la directriz expedida por el Congreso en 2012 para la consulta de proyectos de ley establece apenas reglas laxas y generales. Lo mismo sucede con el Decreto Ejecutivo 1247 del mismo año sobre consulta en proyectos petroleros, expedido por el Gobierno en respuesta al fallo de la Corte Interamericana en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*. Como en la sentencia la Corte le ordenó al Gobierno consultar con los pueblos indígenas las intervenciones que ocurrieran sobre el Amazonas, este se adelantó a la difusión del texto para expedir una medida que flexibiliza la intervención en la selva. Así, el Decreto 1247 también restringió el derecho a la consulta de los pueblos indígenas amazónicos y fortaleció la explotación en el Amazonas.

En Colombia se han expedido, al menos, dos normas sobre derecho a la CPLI. La primera fue el Decreto 1320 de 1998, cuyo contenido es tan deficiente, que la Corte Constitucional lo ha inaplicado por inexequible y ha terminado llenando los vacíos regulatorios que deja a través de una copiosa jurisprudencia que, más que la de otros países, ha elevado los estándares de la CPLI hasta exigir el consentimiento previo en casos en los que la vida cultural o física de los pueblos indígenas o comunidades afrocolombianas se encuentre en riesgo.

A finales de 2013, el Gobierno de Santos promulgó otra medida que regula el derecho a la CPLI, el Decreto 2613 de 2013. Al igual que en la ocasión anterior (Baquero Díaz, 2014b), el Gobierno no consultó la medida con los pueblos indígenas, ni afrocolombianos y redujo la protección dada por los instrumentos internacionales. Uno de los puntos más controvertidos por las organizaciones étnicas es que el Gobierno solo reconoció el derecho a la consulta de las comunidades que tienen un territorio titulado, excluyendo a aquellas que están buscando el título colectivo y que no les ha sido entregado por el Estado o las que han sido desplazadas por el conflicto armado o la expansión de la frontera de explotación.

8 Se trata del Decreto D.S. 001-2012-MC y la Guía Metodológica.

9 Constitución Política del Ecuador, artículos 56, 58, 60, 257.

La clara tendencia que resulta en este balance de derecho comparado no implica que la regulación de la consulta no haya sido discutida. En la práctica y en la regulación de la CPLI resurge a cada paso la tensión característica de la *etnicidad.gov*, entre el multiculturalismo hegemónico —centrado en el *procedimiento* de la consulta, como expresión de la libertad contractual entre partes formalmente iguales— y la legalidad de los derechos indígenas —que evalúa esos procedimientos en función de su *resultado*, esto es, del grado en que permitan que los pueblos indígenas libremente acepten o rechacen el proyecto o decisión de que se trate, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación—.

La interacción entre estas dos posturas ha dado lugar a múltiples fórmulas intermedias, tanto en la aplicación del Convenio 169 como en los nuevos instrumentos de derecho internacional. En cuanto al Convenio 169, los órganos nacionales e internacionales encargados de aplicarlo han adoptado diversas interpretaciones, que se ubican en puntos distintos del continuo entre consulta y consentimiento. Por ejemplo, los comités de la OIT que resuelven quejas por vulneraciones del Convenio 169, aunque optan por la primera, han fortalecido las garantías procesales de la consulta y declarado la violación del Convenio en múltiples oportunidades, como lo hizo el comité que examinó el caso de la represa de Urrá en Colombia (Naciones Unidas, 2003).¹⁰

Entre tanto, organismos internacionales como la Relatoría sobre derechos de los pueblos indígenas de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹ han fijado interpretaciones del derecho internacional en general, y del Convenio 169 en particular, que mantienen la regla de la consulta, pero establecen el requisito más exigente del consentimiento cuando se trata de grandes proyectos de desarrollo o inversión que tengan un impacto profundo sobre un pueblo indígena.

Las cortes nacionales, por su parte, han desarrollado jurisprudencias muy diversas, que van desde las más cercanas a la concepción procedimental débil de la consulta (como la de la Corte Constitucional de Guatemala, Ecuador o Bolivia), hasta las más cercanas a la perspectiva de la Relatoría de la ONU y la Corte Interamericana (como en las decisiones recientes de la Corte Constitucional colombiana), pasando por posturas intermedias similares a las de la OIT (como la del Tribunal Constitucional de Perú).

10 (N. del E.) Sobre este caso puede verse también Rodríguez Garavito y Orduz Salinas (2012).

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo saramaka vs. Surinam.

En buena parte por la presión de organizaciones indígenas latinoamericanas, la disputa por fijar los estándares de la CPLI ha llegado a la escala global y fue patente en el proceso de adopción del más reciente instrumento jurídico internacional sobre el tema: la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. Si se estudian los informes de los once años de discusiones del grupo de trabajo que la Comisión de Derechos Humanos creó en 1995 para redactar la Declaración, se puede ver con claridad que la razón de la larga duración del proceso —y de su cercanía al fracaso en 2005, cuando fue salvado en un taller ad-hoc en México— fue justamente el persistente desacuerdo entre las organizaciones indígenas y buena parte de los Estados en relación con el estándar de participación que debía ser incorporado en la Declaración. Mientras que las primeras exigían el consentimiento, los segundos preferían una variedad de consulta similar a la del Convenio 169. La solución de conciliación de la Declaración final, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2007, consistió en un híbrido que mantuvo el estándar general de la CPLI, pero avanzó más allá del Convenio 169 en la dirección de la propuesta indígena, al establecer que la consulta se debe hacer con el fin de “obtener el consentimiento” de los pueblos indígenas (arts. 19 y 32) y exigir directamente el consentimiento como requisito para medidas que impliquen el desalojo de un pueblo de su territorio (art. 10) y el vertimiento o almacenamiento de materiales en sus territorios (art. 29). El reconocimiento del derecho al consentimiento también se ha dado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que ha establecido que el estándar de consulta es insuficiente en los casos en que la aplicación de las medidas tenga un impacto profundo en los derechos de los pueblos indígenas.¹²

En suma, tras dos décadas de existencia, la CPLI se ha convertido en la institución central de la regulación de los derechos indígenas en América Latina y en el derecho internacional. En este sentido, constituye la modalidad dominante de la *etnicidad.gov* y del multiculturalismo hegemónico. La consulta está inserta, sin embargo, en un campo sociojurídico altamente dinámico y complejo, en el que coexiste, en tensiones e híbridos diversos, con otras aproximaciones jurídicas a la “cuestión indígena” (tabla 1). De un lado, coexiste con los vestigios del paradigma integracionista, que si bien ha sido desplazado de los instrumentos del derecho internacional, sigue siendo altamente influyente en regímenes jurídicos de toda la región, en los que los pueblos indígenas son con

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo saramaka vs. Surinam; caso comunidad indígena de sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146, (Mar. 29, 2006).

frecuencia objetos de las políticas de desarrollo, antes que sujetos de derecho. De otro lado, convive con una forma contrahegemónica de multiculturalismo defendida por el movimiento por los derechos indígenas, inspirada en el principio de autodeterminación y plasmada en el estándar del consentimiento previo, libre e informado.¹³

Referencias

- Anaya, J. (2004). *Indigenous Peoples in International Law*. New York: Oxford University Press.
- Baquero Díaz, C. A. (2014a). Contested Lands, Contested Laws. *Americas Quarterly*, 8 (2), 106-110. Recuperado de <http://www.americasquarterly.org/content/contested-lands-contested-laws>
- Baquero Díaz, C. A. (2014b). Y ahí vuelve la burra al trigo. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/consulta-previa-opinion-de-carlos-baquero/375736-3>
- Barsh, R. (1987). Revision of ILO Convention 107. *The American Journal of International Law*, 81 (3), 756-762.
- Brysk, A. (2000). *From Tribal Village to Global Village*. California: Stanford University Press.
- Clavero, B. (2008). *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo XXI Editores.
- Comaroff, J. y Comaroff, J. (2001). First Thoughts on a Second Coming. En Comaroff, J. y Comaroff, J. (eds.). *Millenial Capitalism and the Culture of Neoliberalism*. Durham: Duke University Press.
- Comaroff, J. y Comaroff, J. (2009). *Ethnicity.Inc*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Fraser, N. (2003). Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, Participation. En Fraser, N. y Honneth, A. (eds.). *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. London: Verso.
- Hale, C. (2005). Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America. *PoLAR*, 28 (1), 10-28.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2013). *Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena*. Santiago de Chile: INDH.
- Lee van Cott, D. (2000). *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

13 Esta caracterización del multiculturalismo contrahegemónico está inspirada en el trabajo de Santos sobre la relación entre multiculturalismo y derechos humanos. Véase Santos (2002). Sobre el derecho y la globalización contrahegemónica, véase Santos y Rodríguez Garvito (2007).

- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Uniandes.
- Marés, C. F. (1998). *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá.
- Naciones Unidas (2003). Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Rodolfo Stavenhagen, E/ CN.4/2003/90.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1985). *Program and Budget of the Bienium 1986/1987: 60th Financial Period*. Ginebra: OIT.
- Rodríguez Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.261.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Orduz Salinas, N. (2010). La paradoja de la consulta previa en Colombia. *Aportes DPLF*, 3 (34), 34-35.
- Rodríguez Garavito, C. y Orduz Salinas, N. (2012). *Adiós río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.290.pdf
- Rodríguez-Piñero, L. (2005). *Indigenous Peoples, Postcolonialism and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*. Oxford: Oxford University Press.
- Santos, B. de S. (2002). Toward a Multicultural Conception of Human Rights. En Hernández-Truyol, B. (ed.). *Moral Imperialism: A Critical Anthology*. New York: New York University Press.
- Santos, B. de S. (2007). Más allá de la gobernanza neoliberal. En Santos, B. de S. y Rodríguez Garavito, C. (eds.). *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona: Anthropos.
- Santos, B. de S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre.
- Santos, B. de S. y Rodríguez Garavito, C. (2007). El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. En Santos, B. de S. y Rodríguez Garavito, C. (eds.). *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. México: Anthropos.
- Serje, M. (2011). *El revés de la nación*. Bogotá: Uniandes.
- Sieder, R. (ed.) (2002). *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity, and Democracy*. UK: Institute of Latin American Studies.
- Simpson, T. (1987). ILO 107 - A License to Rights. *Aboriginal Law Bulletin*, (7). Recuperado de <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AboriginalLawB/1987/7.html#fn1>

B. Las comunidades negras y la consulta previa

Carlos Andrés Baquero Díaz (2013)

Extractos tomados de:

Baquero Díaz, C. A. (2013, octubre 28). Amnesia constitucional.

Recuperado de <https://ojambiental.wordpress.com/2013/10/28/amnesia-constitucional/>

Al evaluar la expresión “comunidades negras”, la Corte Constitucional olvidó el precedente judicial y violó el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y afrodescendientes.¹

En la protección de los derechos de los pueblos étnicos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional había sido fundamental. Por la intervención de la Corte se declararon inconstitucionales leyes como la Ley General Forestal del exministro de agricultura Andrés Felipe Arias y el Código de Minas impulsado durante el Gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez.

No obstante, la última sentencia de la Corte Constitucional rompe con el precedente y constituye una regresión en la protección del derecho a la consulta previa, porque estipula que las medidas legislativas que iniciaron su trámite antes del 2008 no podrán ser demandadas por violación de ese derecho.

1 (N. del E.) Otros textos de esta compilación relativos a los pueblos étnicos y su derecho a la consulta previa se encuentran en los capítulos 10 (I-B y C), 10 (III) y 13 (D). Para el caso específico de los pueblos indígenas, pueden consultarse además Baquero Díaz y Rodríguez Garavito (2013), Orduz Salinas (2011a, 2011b), Rodríguez Garavito (2012), Rodríguez Garavito y Orduz Salinas (2012).

1. El caso

En la sentencia de C-253/13, la Corte Constitucional evaluó la constitucionalidad de la expresión “comunidades negras” incluida en leyes como la que reguló los derechos territoriales del pueblo afrocolombiano. El demandante argumentó que la expresión era inconstitucional porque: i) hacía referencia al pasado de esclavitud que habían vivido las poblaciones afrocolombianas y ii) no había sido consultada con el sujeto colectivo.

2. Las razones

Frente al primer cargo, la Corte declaró constitucional la expresión porque no tiene un sentido discriminatorio. Lo anterior, por ejemplo, se comprueba en el uso que le han dado la jurisprudencia y la legislación de protección a las comunidades afrodescendientes.

En el examen del segundo cargo, la Corte Constitucional decidió que la expresión “comunidades negras” era constitucional dado que las normas que habían iniciado su trámite antes de la sentencia C-030/08 no podían ser demandadas por violación del derecho a la consulta previa.

Para la Corte, la sentencia de 2008 fue la que estableció el mecanismo de implementación del derecho a la consulta previa en el caso de medidas legislativas. Por ese motivo no se le puede exigir al legislador de 1993, por ejemplo, que cumpla con un requisito inexistente. Según la Corte, esa exigencia violaría los principios del Estado colombiano de legalidad, seguridad jurídica y participación democrática.

3. Los contraargumentos

La Corte Constitucional se equivocó en la evaluación que hizo del segundo cargo, al menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la consulta previa en el proceso de toma de medidas legislativas es una obligación del Estado desde que ratificó el Convenio 169 de la OIT a través de la Ley 21 de 1991: el artículo 6 del Convenio establece que se deben consultar todas las medidas legislativas o administrativas que afecten de manera directa a los pueblos étnicos. Por tanto, es inaceptable admitir que solo fue desde la sentencia de 2008 que se reconoció la existencia del derecho a la consulta previa frente a medidas legislativas que no se relacionan exclusivamente con la explotación de recursos naturales en territorios colectivos o con la delimitación de dichos territorios.

En segundo lugar, la decisión de la Corte Constitucional condiciona la exigibilidad del derecho a la existencia de un mecanismo de implementación, y en ese sentido viola la obligación internacional de protección que tiene el Estado. Para exigir el derecho a la consulta previa no es necesario contar con un mecanismo de implementación: una cosa es reconocer el derecho, otra que sea exigible y otra distinta es el mecanismo de implementación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fallado en ese sentido, nunca ha ligado la exigibilidad del derecho a la consulta previa a la existencia de un mecanismo jurídico de implementación.

4. El futuro

La decisión de la Corte Constitucional vuelve a traer a colación la discusión sobre la regulación del derecho a la consulta previa, que se ha convertido en una obsesión de la administración del presidente Santos.

En este escenario, es necesario recordar que los mecanismos rígidos de implementación del derecho a la consulta previa terminan siendo violatorios del mismo derecho. El caso de Perú enseña que la implementación del derecho a la consulta no puede quedar en manos del Gobierno nacional. Con la creación de una base de “pueblos indígenas”, el Estado peruano quería negar el derecho a la consulta previa a varios pueblos andinos, excluyéndolos con criterios violatorios del Convenio 169.

Por esa razón, es necesario realizar un protocolo amplio de implementación del derecho a la consulta previa, que recoja los avances que se han dado en el derecho internacional de los derechos humanos, las sentencias de la Corte Interamericana y el precedente de la Corte Constitucional. De esta recopilación, claro, hay que estar alertas que se excluya la decisión de 2013, porque esta se configura desarticulada del precedente constitucional, y viola el derecho a la consulta previa.

Referencias

- Baquero Díaz, C. A. y Rodríguez Garavito, C. (2013). El pueblo wiwa y la Represa Ranchería [Documental]. Dejusticia. Recuperado de <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2033>
- Ordaz Salinas, N. (2011a). *Tejiendo derechos. La consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado* (No. 1). Bogotá: Dejusticia y Organización Nacional Indígena (ONIC). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.212.pdf

- Orduz Salinas, N. (2011b). *Tejiendo derechos. La reparación a los pueblos indígenas* (No. 2). Bogotá: Dejusticia y Organización Nacional Indígena (ONIC). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.213.pdf
- Rodríguez Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.261.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Orduz Salinas, N. (2012). *Adiós río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.290.pdf

C. La protección constitucional de los pueblos étnicos

Carlos Andrés Baquero Díaz (2013)

Extractos tomados de:

Baquero Díaz, C. A. (2013, octubre 25). Pueblos indígenas y Corte Constitucional: 5 años después del Auto 004. Recuperado de <https://ojambiental.wordpress.com/2013/10/25/pueblos-indigenas-y-corte-constitucional-5-anos-despues-del-auto-004/>

Los derechos al territorio, la consulta previa y la persistencia del conflicto armado continúan siendo temas centrales para los pueblos indígenas.

A las 7:30 a.m. del 9 de septiembre de 2013, la entrada al Palacio de Justicia en Bogotá tuvo una vista inusual. La razón: una gran fila de líderes de 36 pueblos indígenas colombianos habían viajado desde sus territorios a contarle a la Sala de Seguimiento de la sentencia T-025/04 sus experiencias en la implementación del Auto 004 de 2009.¹ En el Auto, la Corte Constitucional ordenó al Estado colombiano proteger a los pueblos indígenas, especialmente a los que se encontraban en situación de desplazamiento. Junto a los representantes de los pueblos llegaron los de gobiernos locales, funcionarios del Gobierno nacional y miembros de organizaciones aliadas. Todos y todas asistieron a la Sala de Audiencia del Consejo de Estado a rendir cuentas.

Son tres los temas que marcan el debate sobre la protección de los derechos de los pueblos étnicos.

1 (N. del E.) Sobre los efectos de la sentencia T-025/04, véase el capítulo 10 (II-D y E), y sobre la relación entre justicia étnica colectiva y justicia transicional consúltese el capítulo 13 (D) de esta compilación.

1. La tierra

Todas las intervenciones de los pueblos indígenas hicieron referencia a la garantía plena de sus derechos territoriales. El caso del pueblo chimila por ejemplo, muestra el confinamiento al que ha sido sometido este pueblo por la expansión ganadera en el departamento de Magdalena. El resguardo Issaoristuna en el municipio Sabanas de San Ángel, se encuentra rodeado por haciendas ganaderas que ponen en peligro la supervivencia del pueblo chimila. En este momento, para acceder al resguardo hay que pasar, literalmente, por siete broches de fincas ganaderas del sector. Los líderes del pueblo nukak-makú denunciaron la falta de territorio. No tener un título colectivo de propiedad pone en riesgo sus prácticas culturales, pues no pueden cazar ni recolectar libremente como sí lo hicieron sus ancestros.

Miriam Villegas, directora del Incoder, habló sobre los esfuerzos del Gobierno nacional para garantizar los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Villegas afirmó que la Comisión Nacional de Territorios es el ente encargado de priorizar los casos. Para lo que queda del 2013, la actividad se concentrará en 800 predios priorizados, y en la clarificación de los resguardos coloniales.

2. La consulta previa

El derecho a la consulta previa “constituye la garantía de la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas colombianos”, relató Jaime Arias, del cabildo kankuamo. Todos los pueblos contaron casos en los que medidas administrativas o legislativas violaron su derecho a la consulta previa. Por ejemplo, los pueblos wiwa y kankuamo presentaron su preocupación frente al proceso de consulta de la Ruta del Sol. El pueblo zenú habló de las afectaciones al derecho a la salud que les ha generado el proyecto inconsulto de Cerro Matoso.

Aníbal Fernández de Soto, viceministro para la Participación e Igualdad de Derechos, comentó que el Gobierno nacional renunció a la idea de impulsar un proyecto de ley estatutaria que regule el derecho a la consulta previa. Por el contrario, presentó los avances en la construcción de protocolos para la implementación de la consulta previa, que se han discutido regionalmente. Lo que no se dijo durante la audiencia es que las negociaciones fragmentadas tienen el riesgo de replicar las asimetrías que existen entre los pueblos indígenas.

3. El conflicto armado

Los pueblos indígenas hablaron de la persistencia del conflicto armado en sus territorios. Los resguardos y territorios ancestrales continúan siendo escenario

directo de la guerra, pues ningún actor respeta su imparcialidad. El pueblo nasa reafirmó su decisión de ejercer plenamente sus derechos y, por tanto, negar la presencia de actores armados dentro de su territorio. El pueblo nasa se opone a los asesinatos de 958 de sus integrantes y las aproximadamente 23.700 acciones bélicas que se han dado en su territorio. Por su parte, los pueblos embera-katío y betoy rechazan los bombardeos en sus territorios porque causan el desplazamiento de sus integrantes pues “nadie puede vivir viendo cómo caen explosivos sobre sus casas y siembras”, como comentó uno de los voceros.

Jorge Enrique Bedoya, viceministro de Defensa para las Políticas y Asuntos Internacionales, argumentó que los pueblos indígenas

...nunca [...] han sido, ni serán objeto de bombardeos por parte de las fuerzas militares, son los terroristas y los criminales quienes desafortunadamente han hecho presencia en parte [...] de los territorios colectivos, de los resguardos indígenas de sus territorios sagrados y es la misión constitucional la que le obliga a la Fuerza Pública de Colombia a hacer presencia en todo el territorio.

Esta versión contradice los relatos de los pueblos indígenas y no reconoce la realidad. Bombardear pone en riesgo inminente a los pueblos indígenas pues los actores ilegales se entrometen en sus territorios. A su vez, ignora que el uso de bombas modifica las formas de vida de los pueblos indígenas y ataca su supervivencia física y cultural pues destruye las chacras, asesina a no combatientes y desplaza a las familias sobrevivientes.

La audiencia llegó a su fin después de casi 12 horas de declaraciones por parte de todos los actores. Uno de los retos de la Corte Constitucional es organizar y sistematizar toda la información que le fue entregada. La Sala de Seguimiento deberá expedir un auto que rectifique la persistencia del estado de cosas inconstitucional en el caso de los pueblos indígenas, y ordene al Estado garantizar, después de casi cinco años de incumplimiento, las órdenes dadas por la Corte en el Auto 004 y las decisiones complementarias.²

2 (N. del E.) Otros textos de esta compilación relativos a los pueblos étnicos y su derecho a la consulta previa se encuentran en los capítulos 10 (I-B y C), 10 (III) y 13 (D). Para el caso específico de los pueblos indígenas, pueden consultarse además Baquero Díaz y Rodríguez Garavito (2013), Orduz Salinas (2011a, 2011b), Rodríguez Garavito (2012), Rodríguez Garavito y Orduz Salinas (2012).

Referencias

- Baquero Díaz, C. A. y Rodríguez Garavito, C. (2013). El pueblo wiwa y la Represa Ranchería [Documental]. Dejusticia. Recuperado de <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2033>
- Orduz Salinas, N. (2011a). *Tejiendo derechos. La consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado* (No. 1). Bogotá: Dejusticia y Organización Nacional Indígena (ONIC). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.212.pdf
- Orduz Salinas, N. (2011b). *Tejiendo derechos. La reparación a los pueblos indígenas* (No. 2). Bogotá: Dejusticia y Organización Nacional Indígena (ONIC). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.213.pdf
- Rodríguez Garavito, C. (2012). *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.261.pdf
- Rodríguez Garavito, C. y Orduz Salinas, N. (2012). *Adiós río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.290.pdf

D. La Corte Constitucional y los efectos desproporcionados del desplazamiento forzado sobre los pueblos indígenas

Carlos Andrés Baquero Díaz (2013)

Extractos tomados de:

Baquero Díaz, C. A. (2013). Una audiencia, muchas nacionalidades.

Recuperado de <https://ojambiental.wordpress.com/2013/08/20/una-audiencia-muchas-nacionalidades/>

Los pueblos indígenas y la Corte Constitucional dan pasos en la construcción del Estado plurinacional colombiano.

En el 2008, Boaventura de Sousa Santos invitó a la Asamblea Constituyente de Ecuador a refundar el Estado moderno a partir la plurinacionalidad, reconociendo que dentro de un mismo Estado coexisten diferentes conceptos de nación. Para lograr esa refundación era necesaria una Corte Constitucional idónea, intercultural y poscolonial capaz de resolver los conflictos.

En Colombia, aunque no se ha iniciado un proceso constituyente, la Corte Constitucional ha dado grandes pasos en la instalación de un tribunal que reconoce la plurinacionalidad. Como prueba, el [...] lunes 9 de septiembre de 2013, se [llevó] a cabo en la Sala de Audiencias del Palacio de Justicia la sesión técnica e informática sobre la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en situación o riesgo de desplazamiento forzado. Esta audiencia se enmarca en el proceso de seguimiento que ha venido realizando la Corte Constitucional de la sentencia T-025/04, en la que se declaró un estado de cosas inconstitucional a raíz de las fallas estructurales del Estado y la violación masiva y reiterada de los derechos humanos de las personas que se encuentran en situación de desplazamiento.

En la evaluación de la implementación de las órdenes dadas en 2004, la Corte Constitucional reconoció que existen efectos diferenciados del fenómeno

del desplazamiento sobre los grupos históricamente discriminados.¹ Por esa razón, empezó a promulgar decisiones de seguimiento generales y específicas sobre la situación de los pueblos indígenas. La audiencia del 9 de septiembre hace parte de este esfuerzo y se caracteriza por impulsar el proceso de construcción de un Estado plurinacional por tres razones.

La primera razón es que se fundamenta en la ecología de los saberes. Por medio de este principio se reconoce que existen varias formas de conocer y varios tipos de conocimiento. Así se legitima que todos los conocimientos son igualmente válidos: que existen conocimientos específicos de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas como la manera en que los afecta el conflicto armado y los ciclos de la naturaleza. Y al mismo tiempo se acepta el conocimiento de la burocracia en la formulación de la política pública y sus impactos en los gobiernos locales. Por esa razón, la Corte Constitucional se cercioró de construir una metodología en la que todos los participantes cuentan con el mismo tiempo para dar libremente su presentación. Con lo que la Corte espera tener un relato plural sobre cuál es la situación actual de los pueblos indígenas.

En el proyecto plurinacional se rompe con la visión clásica de los derechos individuales para dar paso al reconocimiento de los derechos de los sujetos colectivos. En la sesión del 9 de septiembre la Corte Constitucional [impulsó] los derechos colectivos de los pueblos indígenas, enfatizando el derecho colectivo al territorio. La Corte ha reconocido que este derecho es fundamental para garantizar la pervivencia física y cultural de los pueblos indígenas. Sin territorio los pueblos indígenas pierden la posibilidad de subsistir físicamente y no pueden realizar sus prácticas espirituales ligadas con la tierra.

En tercer lugar, la Corte Constitucional le apuesta a la plurinacionalidad porque rompe con el neocolonialismo, al reconocer la autonomía de los pueblos indígenas y su papel central en la decisión sobre qué hacer con sus vidas y sus territorios. Un ejemplo de lo anterior es la construcción de los planes de salvaguarda étnica que serán presentados durante la sesión. En esos planes los propios pueblos indígenas son los que deciden cómo quieren vivir su futuro y cuáles son las cooperaciones que debe realizar el Estado para que ellos puedan construir otro mundo posible. El caso del pueblo kankuamo, de la Sierra Nevada de Santa Marta, sirve como modelo para la formulación consultada del plan de salvaguarda.

1 (N. del E.) Un análisis específico del desplazamiento de afrocolombianos se encuentra en Rodríguez Garavito, Alfonso Sierra y Cavalier Adarve (2009a); Rodríguez Garavito, Alfonso Sierra y Cavalier Adarve (2009b).

La sesión de septiembre es una buena oportunidad para impulsar un Estado plurinacional. La esperanza es que la Corte Constitucional mantenga este proceso y lleve su apuesta jurídica y política un paso más allá de una excelente convocatoria.²

Referencias

- Rodríguez Garavito, C., Alfonso Sierra, T. y Cavelier Adarve, I. (2009a). *Raza y derechos humanos en Colombia. Informe sobre discriminación racial y derechos de la población afrocolombiana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus), Ediciones Uniandes. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.202.pdf
- Rodríguez Garavito, C., Alfonso Sierra, T. y Cavelier Adarve, I. (2009b). *El desplazamiento afro. Tierra, violencia y derechos de las comunidades negras en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho (Cijus), Ediciones Uniandes. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.203.pdf

2 (N. del E.) Sobre los efectos de la sentencia T-025 de 2004, véase el capítulo 10 (II-D y E), y sobre la relación entre justicia étnica colectiva y justicia transicional consúltese el capítulo 13 (D) de esta compilación.

IV. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y MEDIO AMBIENTE

A. Las consultas populares en los casos de extracción de recursos naturales no renovables

Diana Rodríguez Franco (2014)

Extractos tomados de:

Rodríguez Franco, D. (2014, marzo 7). El matoneo continúa.

Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/el-matoneo-continua>

A raíz de las críticas que ha recibido por la destitución de Petro (incluso de parte de los no petristas), algunos pensamos, ilusamente, que la Procuraduría iba a mesurarse. Pero el matoneo que documentó César Rodríguez en *El Espectador* hace unos meses (2013), se ha intensificado. Esta vez el turno es para los alcaldes que convocaron, o tienen la intención de convocar (Procuraduría General de la Nación, 2014), consultas populares para que los habitantes determinen si quieren o no actividades mineras o petroleras en sus territorios.

El primero en la lista es Arquímedes Ávila, el alcalde de Piedras, Tolima. La Procuraduría Provincial de Ibagué anunció que en los próximos días le abrirá una indagación preliminar por haber convocado en julio pasado a la consulta popular en la que 99 % de los habitantes dijeron “no” a la explotación minera en su municipio por miedo a la contaminación de sus aguas y cultivos.

Los siguientes en la lista son ocho alcaldes de Casanare. El pasado lunes la Procuraduría General les “recomendó” (2014) no hacer procesos de consulta popular en temas petroleros.

Según la Procuraduría, “realizar el proceso de consulta popular para decidir si se prohíben las actividades de extracción de recursos naturales no renovables, [es] una actividad que le compete adelantar exclusivamente al presidente de la república”. La Procuraduría también recordó que el artículo 37 del Código de Minas y el Decreto 934 de 2013, prohíben a las autoridades locales

establecer zonas del territorio excluidas de la minería. Ambas normas están demandadas ante la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respectivamente.

Esta semana la Corte declaró la *exequibilidad condicionada* del artículo 37. Según lo que se ha filtrado en los medios (Caracol Radio, 2014), la Corte determinó que “los municipios tendrán la oportunidad de pronunciarse cuando en su territorio se adelanten actividades mineras”. Aunque hasta ahora no se conoce el comunicado oficial, mi intención es brindar dos razones por las cuales i) las consultas populares en temas de minería e hidrocarburos deben proceder y ii) la Corte (ya que no tumbó el artículo) debería al menos condicionar su exequibilidad a las decisiones que adopten los municipios; especialmente si se adoptan por medio de los mecanismos de participación que ofrece la Constitución.

En primer lugar, las consultas populares (art. 105 CP, Ley 134 de 1994) son una forma clara de cumplir con el derecho a la participación en asuntos ambientales, al permitirle a la ciudadanía votar directamente por temas trascendentales, incluyendo los ambientales. Ese derecho se deriva de instrumentos internacionales que ha firmado Colombia y de la Constitución. Así, por ejemplo, el Principio 10 de la Declaración de Río reconoce que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”. Igualmente, los principios del Convenio de Diversidad Biológica, ratificado por Colombia, establecen que “la elección de los objetivos de la gestión de los recursos de tierras, hídricos y vivos debe quedar en manos de la sociedad”. Asimismo, la Constitución (art. 79) establece que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el derecho a gozar de un ambiente sano.

Segundo, prohibir a los alcaldes citar a consultas populares en temas de minería va en contra de la obligación constitucional que tienen los municipios de regular el uso del suelo y proteger el patrimonio ecológico (arts. 287, 311 y 313). Detrás de los argumentos del procurador y de quienes se oponen a la consulta popular en temas mineros (como el presidente Santos) está la idea de que el subsuelo pertenece al Estado y, por ende, que los municipios no pueden excluir la minería de sus territorios (García Segura, Gutiérrez Roa y Herrera Durán, 2013). Sin embargo, un gran error es pensar que la actividad minera consiste únicamente en extraer materiales del subsuelo y que el suelo y el subsuelo están separados. En el caso de Piedras, por ejemplo, el municipio convocó a la consulta ante la idea de la minera AngloGold Ashanti de construir en su territorio el dique de colas (BM Colombia Solidarity Campaign, 2013), que es la

represa donde se depositan los residuos y químicos que quedan después de extraer el oro. Existe además un riesgo de que los residuos contaminen las aguas y la tierra. A través de la consulta, entonces, los piedrunos se pronunciaron sobre actividades que afectan directamente su suelo, contribuyendo al deber de los municipios de regularlo.

En lugar de entablar una batalla contra los mecanismos de participación ciudadana y hostigar a los alcaldes que hagan uso de ellos, bien haría la Procuraduría en entender la consulta popular como un mecanismo para determinar participativamente la vocación de desarrollo del país y proteger el medio ambiente. Igualmente, bien haría la Corte en declarar que una de las formas por medio de las cuales se pueden pronunciar los municipios sobre las actividades extractivas es por medio de las consultas populares, cuyos resultados son obligatorios.¹

Referencias

- BM Colombia Solidarity Campaign (2013). *La Colosa: una muerte anunciada. Informe alternativo acerca del proyecto de Minería de Oro de AngloGold Ashanti en Cajamarca, Tolima, Colombia*. Londres: BM Colombia Solidarity Campaign. Recuperado de https://www.colombiasolidarity.org.uk/attachments/article/610/LA%20COLOSA_Una%20Muerte%20Anunciada.pdf
- Caracol Radio (2014). Municipios deberán ser tenidos en cuenta para realizar actividades mineras. Recuperado de <http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/municipios-deberan-ser-tenidos-en-cuenta-para-realizar-actividades-mineras/20140305/nota/2113550.aspx>
- García Segura, H., Gutiérrez Roa, É. y Herrera Durán, N. (2013). “Se puede ganar en primera vuelta”: Santos. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/se-puede-ganar-primera-vuelta-santos-articulo-465498>
- Procuraduría General de la Nación (2014). *Procuraduría General de la Nación recomendó no realizar consultas populares en ocho municipios que pretenden prohibir las actividades extractivas de recursos naturales no renovables*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Recuperado de <http://www.procuraduria.gov.co/portal/index.jsp?option=net.comtor.cms.frontend.component.pagefactory.NewsComponentPageFactory&action=view&key=4562>

1 (N. del E.) Sobre la viabilidad y legalidad de las consultas populares en materia minera, por un lado, y la importancia que tendrán en el posconflicto los mecanismos de resolución de disputas medioambientales, por el otro, véanse respectivamente Rodríguez Franco (2015) y Rodríguez Garavito (2015).

- Rodríguez Franco, D. (2015). Dejémonos de vainas: las consultas populares para temas mineros son viables. Recuperado de <http://sostenibilidad.semana.com/opinion/articulo/las-consultas-populares-para-temas-mineros-viables/32923>
- Rodríguez Garavito, C. (2013). El matoneo ambiental de la Procuraduría. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/el-matoneo-ambiental-de-procuraduria-columna-456501>
- Rodríguez Garavito, C. (2015). ¿Paz territorial sin paz ambiental? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/paz-territorial-sin-paz-ambiental-columna-543784>

B. La locomotora minera y el principio de precaución

Diana Rodríguez Franco y Celeste Kauffman (2014)

Extractos tomados de:

Rodríguez Franco, D. y Kauffman, C. (2014, julio 4). ¿Una nueva locomotora? Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/una-nueva-locomotora-48031>

Mientras el Gobierno no ha vuelto a hablar mucho de la locomotora minera porque parece no haber crecido como se esperaba (Ruiz Soto, 2014), una nueva locomotora parece estar calentando motores: la del *fracking* o los no convencionales. Aún estamos a tiempo de detenerla.

El fraccionamiento hidráulico (o *fracking*) es una técnica para explotar hidrocarburos no convencionales (gas de esquisto) que se encuentran atrapados en capas de roca. Para fraccionar la roca y permitir que el gas salga, se inyectan a alta presión grandes cantidades de agua mezcladas con arena y químicos (Godoy, 2013). El gas de esquisto brota a la superficie junto con mucha de esta mezcla química. Dicha técnica se ha utilizado a pequeña escala durante décadas, pero en los últimos años se ha comenzado a hacer a gran escala, dada la necesidad económica de buscar alternativas al petróleo y la simultánea reducción en los costos de producción del *fracking*.

Colombia publicará el 11 de agosto la lista de empresas a las que se les adjudicaron áreas de exploración de yacimientos no convencionales, que hasta ahora cuenta con 19 bloques, la mayoría en el Magdalena Medio y el Catatumbo. Con ello, Colombia busca unirse a la llamada “revolución de gas esquisto” que comenzó en Estados Unidos (Morse, 2014).

Resulta sorprendente que Colombia se esté montando a esta locomotora cuando otros países la están frenando. A la misma velocidad a la que se

montaron, varios países se están bajando de este modelo de explotación (Rosenbaum, s.f.). Entre ellos se encuentran Alemania, Bulgaria, Francia y Sudáfrica que prohibieron el *fracking*. Lo mismo han hecho algunas provincias de Canadá y España. Incluso lo han hecho algunos de los estados pioneros de la revolución en Estados Unidos, como Nueva York, junto con otros 418 gobiernos locales y estatales que lo han prohibido o decretado moratorias (Food&waterwatch, 2012).

¿Por qué este cambio de rumbo tan drástico y tan rápido? Las regiones que han experimentado con el fraccionamiento hidráulico en búsqueda de soluciones a su crisis de energía entendieron que no todo lo que brilla es oro. A pesar del milagro energético y económico que prometió ser la industria del gas, en muchos casos, los costos ambientales del *fracking* superan los beneficios. De ahí la poderosa movilización ciudadana para detenerlo (Wood, 2012).

La industria del gas y sus defensores (entre ellos el presidente Santos) sostienen que el *fracking* tiene múltiples ventajas (RCN La Radio, 2014). El gas natural es una energía alternativa menos costosa que el petróleo y menos dañina para el medioambiente que el carbón. Asimismo, la industria del *fracking* genera empleo y además, ofrece la posibilidad de lograr la independencia energética.

Pero lo cierto es que las desventajas son muchas, e incluso la validez de algunas de dichas ventajas ha sido cuestionada. Un primer riesgo del *fracking* es la contaminación y el agotamiento de las fuentes hídricas. El *fracking* requiere mucha más agua que la minería tradicional (aproximadamente 5 millones de galones por cada *frack*) (Jenkins, 2013). Recordamos además, que esta agua se mezcla con químicos y arena, y que gran parte de esta mezcla vuelve a la superficie con el gas. Esto ha ocasionado la contaminación del agua superficial y subterránea en muchos lugares y generado problemas con respecto al manejo del agua contaminada que vuelve a la superficie (Drouin, 2014).

Las capas de roca subterráneas contienen gases y químicos dañinos para el medioambiente y la salud humana, como el metano y el arsénico. El *fracking* los libera al entorno humano. Ya se han encontrado niveles elevados de arsénico (un carcinógeno) en regiones donde se hace *fracking* (Durán, 2014). Recordemos además que el metano es el segundo gas que más contribuye al cambio climático, después del dióxido de carbono. Fugas de metano durante el proceso de *fracking* reducen, o anulan, los beneficios climáticos de usar gas que la industria defiende.

Con respecto a las supuestas ventajas económicas, en países como EE.UU. se ha documentado que pozos que producen grandes cantidades de gas en un comienzo, han experimentado una caída en su producción de hasta un 70 por

ciento en el primer año (Loder, 2013). De hecho, para mantener su producción actual, EE.UU. deberá perforar anualmente 6.000 pozos (Loder, 2013). Es decir, el *boom* no parece ser tan duradero como creían. Frente a las promesas del empleo, basta recordar cómo la locomotora minera incumplió esta promesa.

Teniendo en cuenta estos riesgos, y la incertidumbre con respecto a las supuestas ventajas, bien haría Colombia en seguir el ejemplo de muchos países y detener por completo esta locomotora. Pero si el presidente se empeña en impulsarla, debería al menos declarar una moratoria mientras piensan bien cómo regularla (Sabogal, 2014).

En dado caso, consideramos que la regulación colombiana debería tener al menos los siguientes componentes:

1. Exigir buenas prácticas para el manejo del agua contaminada y prohibir el *fracking* en zonas que ya sufren de escasez de agua.
2. Exigir buenas prácticas para prevenir la contaminación del aire, y no permitir el *fracking* en zonas habitadas.
3. Exigir que las empresas publiquen los químicos que usan en el proceso.
4. Exigir que las empresas, y no los ciudadanos o el Gobierno colombiano, paguen por los daños ambientales causados por el *fracking* y por el costo de remediación de accidentes (Wikipedia, s.f.).
5. Garantizar que los proyectos de *fracking* sean consultados de manera activa y eficaz con los municipios afectados, como lo exigió recientemente la Corte Constitucional para los proyectos mineros [sentencia C-123 de 2014].¹

Referencias

- Drouin, R. R. (2014). As Fracking Booms, Growing Concerns about Wastewater. Recuperado de http://e360.yale.edu/feature/as_fracking_booms_growing_concerns_about_wastewater/2740/
- Durán Núñez, D. C. (2014). Peligros del “fracking” o exploración no convencional de hidrocarburos. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/peligros-del-fracking-o-exploracion-no-convencional-de-articulo-491624>
- Food&waterwatch (2012). Stop the Corporate Water Grab. Map.

1 (N. del E.) Para conocer otras reflexiones de Dejusticia en el tema de principio de precaución, véanse Orduz Salinas (2012); Orduz Salinas y Uprimny Yepes (2012) y Rodríguez Franco y Baquero Díaz (2014).

- Godoy, E. (2013). A México le falta agua para extraer gas de esquisto. *Inter Press Service. Agencia de Noticias*. Recuperado de <http://www.ipsnoticias.net/2013/04/a-mexico-le-falta-agua-para-extraer-gas-de-esquisto/>
- Jenkins, J. (2013). Energy Facts: How Much Water Does Fracking for Shale Gas Consume? Recuperado de <http://www.theenergycollective.com/jessejenkins/205481/friday-energy-facts-how-much-water-does-fracking-shale-gas-consume>
- Loder, A. (2013). U.S. Shale-Oil Boom May Not Last as Fracking Wells Lack Staying Power. Recuperado de <http://www.bloomberg.com/bw/articles/2013-10-10/u-dot-s-dot-shale-oil-boom-may-not-last-as-fracking-wells-lack-staying-power>
- Morse, E. L. (2014). Welcome to the Revolution. Why Shale Is the Next Shale. *Foreign Affairs*, 93 (3). Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/issues/2014/93/3>
- Ordúz Salinas, N. (2012). Frank Pearl le lanza salvavidas a la Amazonia y se reivindica con ambientalistas. Recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/frank-pearl-le-lanza-salvavidas-la-amazonia-y-se-reivindica-con-ambientalistas-35880>
- Ordúz Salinas, N. y Uprimny Yepes, R. (2012). *El principio de precaución y la Amazonía. Documento de consultoría para el proyecto Amazonía Posible y Sostenible*. Bogotá: Cepal.
- RCN La Radio. (2014). "El *fracking* entrará a Colombia, pero de manera responsable": Santos.
- Rodríguez Franco, D. y Baquero Díaz, C. A. (2014). ¿Se pinchó el salvavidas de la Amazonía? Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/se-pincho-el-salvavidas-de-la-amazonia>
- Rosenbaum, L. (s.f.). Keep Tap Water Safe. Don't Frack The Delaware River Watershed. Recuperado de <http://keeptapwatersafe.org/global-bans-on-fracking/>
- Ruiz Soto, J. P. (2014). Minería y Plan de Desarrollo 2014-2018. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/mineria-y-plan-de-desarrollo-2014-2018-columna-501761>
- Sabogal, J. (2014). Alerta: Colombia no está lista para el *fracking*. Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/blog/alerta-colombia-no-esta-lista-para-el-fracking-47405>
- Wikipedia. (s.f.). Environmental full-cost accounting. Recuperado de https://en.wikipedia.org/wiki/Environmental_full-cost_accounting
- Wood, J. (2012). *The Global Anti-Fracking Movement. What it Wants, How it Operates and What's Next*. London: Control Risks. Recuperado de http://www.epl.org.ua/images/pdf/what_is_antishale_movement.pdf

Capítulo 11

JUSTICIA PENAL

A. Debate metodológico sobre el concepto de impunidad

Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas (2006)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 326-339). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

1. La concepción y medición de la impunidad

Desde hace varios años, la impunidad representa uno de los obstáculos más importantes para la consolidación de la democracia en el país. Pero la impunidad no es solo grave, dada su profunda incidencia social y política sino que, además, es muy problemática, pues es un fenómeno complejo y difícil de describir, analizar y enfrentar.¹

No hay consenso sobre el significado de impunidad. De manera elemental, la impunidad es, tal y como lo señala el *Diccionario de la [Lengua] Española*, la “falta de castigo”. Las divergencias comienzan cuando se entra a determinar cuáles son los actos que merecen ser sancionados y qué se entiende por un castigo adecuado, pues los conceptos mismos de crimen y castigo son equívocos, y están sujetos a discusiones sobre su alcance y sus formas de evaluación.

1 (N. del E.) Aun con los problemas metodológicos que se exponen a continuación, vale decir que la impunidad es uno de los factores que con mayor frecuencia conduce a que el sistema judicial colombiano sea calificado como deficiente. Tal calificación, no obstante, contrasta con las mejoras en el acceso a la justicia que, por ejemplo, han traído algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional. Esta caracterización paradójica de la justicia colombiana puede comprenderse más adecuadamente a través de la distinción entre justicia rutinaria y justicia protagonista, sobre la cual pueden verse el estudio preliminar, la introducción a la Parte dos y el capítulo 9 (I-B) de esta compilación.

Al momento de definir cuáles son los actos que merecen ser sancionados, dos posiciones pueden ser diferenciadas. La primera adopta un criterio de tipo objetivo-jurídico; mientras que la segunda prefiere un criterio de tipo político-criminal. Para quienes adoptan el criterio jurídico-objetivo, la situación es fácil: solo son sancionables los hechos definidos como conductas punibles por la ley. Por consiguiente, solo podemos hablar de impunidad cuando han ocurrido delitos o contravenciones que no se han sancionado en los términos establecidos por las normas vigentes.

Este concepto estrictamente jurídico-penal de impunidad es, sin embargo, discutible, pues supone una aceptación no crítica de las prescripciones establecidas por la ley vigente. Así, no habría impunidad en relación con conductas que pueden parecernos atroces, pero que no son jurídicamente delitos. En otros eventos, el fenómeno es el inverso: la ley penaliza comportamientos que muchos consideraríamos legítimos. La noción estrictamente penal de impunidad debe, entonces, ser manejada con cuidado pues, como bien lo ha mostrado la criminología crítica, los delitos no existen como realidades naturales, sino que son creaciones jurídicas y sociales.

Dados los equívocos y límites de la visión jurídico-objetiva, surge una segunda manera de ver la impunidad, a la cual hemos denominado político-criminal. Algunos autores, próximos a la criminología crítica, han propuesto diferenciar entre impunidad de hecho y de derecho. La primera se refiere a la falta de castigo de las conductas definidas como delitos por la ley; mientras la segunda comprende todos aquellos casos en que no se sancionan conductas que, a pesar de no ser definidas por la ley como hechos punibles, deben ser consideradas crímenes en sentido amplio, ya que ocasionan un grave daño social.

Esta ampliación del concepto de crimen y de impunidad es importante, por cuanto permite relativizar los criterios del ordenamiento penal, con lo cual el análisis gana mucho en capacidad crítica. Sin embargo, esta perspectiva no deja de tener problemas, ya que no existe consenso entre los estudiosos en torno a qué es un crimen en sentido amplio, pues la definición de la intensidad del daño social de una conducta depende mucho de la perspectiva ideológica y política de los autores. Un comportamiento que puede parecer irrelevante a un criminólogo liberal puede, por el contrario, aparecer como socialmente dañino a un marxista y muy grave a una feminista.

Por ello, algunos criminólogos consideraron que es necesario ligar la nueva noción de crimen a un concepto más objetivo, para lo cual proponen equiparar crimen y violación de los derechos humanos. Este enfoque, paradójicamente

nacido de la crítica al sistema penal, podría conducir a una especie de huida hacia el derecho penal, que podría terminar agravando los problemas de impunidad, ya que se podría concluir que toda situación en que se afecta un derecho humano merece ser penalizada. Sin embargo, ello no es así, porque en muchos casos el derecho penal no es un instrumento adecuado para enfrentar estos fenómenos, por cuanto puede agravar los problemas sociales, en vez de resolverlos. La política criminal no puede, entonces, reducirse al uso de los instrumentos penales. Antes de recurrir a la criminalización de una conducta, es necesario pensar no solo en la gravedad del hecho, sino en la idoneidad del sistema penal para enfrentar la situación problemática.

Como conclusión de este análisis, lo mejor es aceptar una visión amplia de crimen, pero sin que ello signifique un abandono de la perspectiva estrictamente jurídico-penal, pues es indudable que muchas —podríamos incluso decir la mayoría— de las normas penales sancionan conductas que, por su gravedad, merecen ser castigadas.

La adopción de esta visión jurídica pero crítica de la impunidad no resuelve todos los problemas. Los problemas de conceptualización de la impunidad se acompañan de graves discrepancias en torno a la medición de ese fenómeno. En ocasiones, en el país se ha tenido una visión simplista de la impunidad, según la cual todo eventual delito, que no sea conocido por las autoridades o que no lleve a una condena judicial, implica obligatoriamente impunidad. De acuerdo con esto, el cálculo de la impunidad consiste en establecer, por medio de encuestas a la población, el número total de hechos que podrían eventualmente ser calificados como delitos, y compararlos con el número de condenas.

Conforme a esa visión, la impunidad en Colombia en [1995] frente a la totalidad de los delitos fue de 98 %, y frente a los delitos denunciados, de casi 90 %. Sin embargo, esa medida, sin ser irrelevante, es problemática por dos razones:

Por un lado, porque en ocasiones las encuestas pueden calificar como delitos algunos hechos que en realidad no tienen tal carácter, pues se fundan en la percepción de los usuarios. Además, la forma de medir esas percepciones en torno a la ocurrencia de los delitos no ha sido uniforme, lo cual plantea problemas de comparación de los datos de criminalidad real en distintos periodos.

Por otro lado, a veces, el hecho de que un determinado conflicto, que eventualmente podría ser considerado delictivo, no sea objeto de una condena penal, no es obligatoriamente una forma de impunidad, por cuanto puede suceder que ese conflicto haya logrado una solución distinta, satisfactoria para

las víctimas y la sociedad en su conjunto. Esto muestra que el problema de que exista una alta criminalidad oculta puede no obligatoriamente significar que exista una grave situación de impunidad.

En tercer término, estos análisis se basan en general en evaluaciones sobre la totalidad de los delitos, con lo cual se corre el riesgo de estar sumando peras y manzanas, pues no todos los hechos punibles son de igual gravedad, y por ende la falta de castigo no tiene siempre la misma relevancia. Así, la impunidad frente a los homicidios es, sin lugar a dudas, de mayor repercusión social que la impunidad frente a los “raponazos”. Por ello una cifra global, como podría ser señalar que el 99 % de los delitos queda impune, puede no ser muy significativa si no se la acompaña de estudios diferenciados según los distintos tipos de delitos, como podría ser la impunidad en relación con el homicidio.²

Finalmente, este tipo de cifras globales no logra diferenciar la responsabilidad de los distintos órganos que hacen parte del sistema penal, pues no establece (aunque podría hacerlo) cuánta impunidad deriva de la falta de colaboración ciudadana o de su escepticismo frente a la justicia, cuánta de la ineficiencia de los organismos investigadores de policía judicial o cuánta de los problemas propios de los juicios.

Fuera de esos problemas de conceptualización, en lo que respecta a la medición, los estudios sobre impunidad han llegado en Colombia a resultados muy distintos. Así, en 1997, la Comisión de Racionalización del Gasto Público habló de una impunidad del 90 % en relación con la criminalidad aparente (delitos conocidos por las autoridades) y del 99,9 % en relación con la criminalidad real (Comisión de Racionalización del Gasto Público, 1996, pp. 19 y ss.). Pero un documento del Consejo Superior de la Judicatura, de enero de 2000, llegó a resultados muy diversos. En su *Modelo probabilístico para cuantificar la impunidad* reveló que en Bogotá existe un 63,7 % de impunidad social, es decir, aquella que consiste en la no denuncia de delitos y contravenciones, y una impunidad procesal que oscila entre el 26 % y el 65,7 %, dependiendo de que se trate de delitos o contravenciones y de que el delito sea de competencia de juzgado del circuito o juzgado municipal.³

2 (N. del E.) Sobre la débil capacidad de gestión del sistema judicial para obtener resultados frente a delitos complejos puede verse también el capítulo 11 (G) de esta compilación.

3 (N. del E.) Tal como indican los autores en el texto original, más que brindar una definición precisa del concepto de impunidad u ofrecer datos actualizados al respecto, lo que aquí importa sobre todo es ofrecer una crítica metodológica de las cifras sobre impunidad. Ello no quiere decir, sin embargo, que Dejusticia no se haya puesto en la tarea de precisar tales cues-

Como es obvio, una cifra de impunidad que varía entre 26 y 99,9 % es indicativa de que existe una falta de consenso conceptual y empírico sobre la dimensión de la impunidad en Colombia. En cierta medida, en Colombia hemos hablado impunemente de la impunidad.⁴ Esto debería, al menos, llevarnos a refinar, tanto conceptual como estadísticamente, la comprensión de la impunidad, con el fin de construir indicadores que permitan analizar la evolución de este fenómeno. Ahora bien, en los últimos años otros académicos han constatado ese desorden conceptual y metodológico y han realizado importantes esfuerzos por afinar la conceptualización y medición de la impunidad en Colombia. Conviene reseñarlos e intentar extraer enseñanzas de ese ejercicio.

2. Desarrollos recientes y búsquedas de alternativas de medición de la impunidad

Los esfuerzos para medir la impunidad se han orientado, en cierta medida, hacia tres direcciones distintas, pero complementarias. En primer lugar, algunos análisis han intentado desarrollar una noción más compleja de impunidad, con el fin de mostrar que esta no debe referirse únicamente a la falta de sentencia condenatoria, sino que debe cumplir otros requisitos, como la oportunidad de la decisión o el respeto de las garantías procesales. Así, la Fiscalía General

tiones. Por un lado, en Guzmán, La Rota y Uprimny (2011) se precisa el concepto de impunidad y se identifican algunos factores que favorecen su persistencia, especialmente en relación con las violaciones graves de derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario; mientras en La Rota y Guzmán (2011) se ofrecen algunas recomendaciones de política pública para superar o minimizar aquellos factores generadores de impunidad. Asimismo, en el capítulo 11(B) de esta compilación se exponen ejemplos de experiencias exitosas de lucha contra la impunidad. Por otro lado, en García Villegas y Espinosa (2013) se construye un indicador sobre la “tasa de eficacia general”, que viene a ser el reverso de las tasas de impunidad. De igual manera, en La Rota y Bernal Uribe (2014), Uprimny (2008) y Uprimny, Guzmán y Revelo Rebolledo (2008) se ofrecen algunas cifras concretas sobre impunidad en Colombia, las cuales se obtienen al evaluar el pobre desempeño del sistema judicial frente a delitos tan graves y con tan bajo subregistro como el homicidio. Por ejemplo, en el Informe de la Comisión Asesora de Política Criminal (2012, p. 45), con base en cálculos de Dejusticia, se indica que el nivel de impunidad frente a los homicidios que ingresaron al sistema acusatorio entre los años 2005 y 2010 fue del 96 %.

4 (N. del E.) Esta falta de consenso conceptual cobra vital importancia si se considera que “El objetivo fundamental de los proponentes del sistema acusatorio era disminuir la alarmante tasa de impunidad en Colombia” (Rodríguez Garavito, 2006, p. 449). Sobre los funcionamientos diferenciados del sistema penal acusatorio y los principios que inspiraron su nacimiento pueden verse, respectivamente, los capítulos 11 (D) y 4 de esta compilación. Ahora bien, para una revisión de casos en los que Dejusticia ha detectado la persistencia de una especial impunidad, consúltense Guzmán (2008) y La Rota *et al.* (2011).

(2001), basándose en [un] estudio del Cider, propuso que la noción de impunidad incorporara también la oportunidad de la decisión tomada. Esto parece razonable, pues un castigo de un delito pero totalmente extemporáneo es una forma de impunidad. Rojas (2005) incorporó la idea de que, además de oportuna, la sanción debe ser producto de un proceso garantista, eficaz y efectivo, para que no exista impunidad. El indicador de Rojas es conceptualmente más robusto que otros, pero es difícil de operar para investigaciones cuantitativas de grandes dimensiones, pues no es fácil medir estadísticamente el “garantis-mo” de un proceso.

La necesidad de contar con indicadores simples que permitan tratamientos estadísticos sistemáticos provocó una segunda vía, seguida por ciertos autores, que han propuesto indicadores modestos, pero claros y fáciles de operar. Uno de ellos, que ha sido utilizado por autores como Rubio o Gaitán, es el siguiente: la probabilidad de que un homicidio sea o no sancionado sería el indicador de la impunidad frente a este comportamiento, que es uno de los más graves en cualquier sociedad, por lo cual podría ser considerado un indicador válido de la impunidad en general.

Ese indicador, a pesar de ser burdo, tiene varias virtudes. En primer lugar, se trata de un indicador relativamente fácil de construir, pues se funda en comparar los homicidios de un año con los arrestos y condenas por ese mismo delito en ese periodo, que son datos que casi todos los países recolectan. En segundo lugar, evita muchos subregistros, pues la mayor parte de los homicidios son conocidos, aunque existen algunos hallazgos empíricos de que en Colombia la situación de conflicto armado y la acción de los grupos armados ilegales ha provocado algunos subregistros importantes de la violencia homicida (Rubio, 1999). En tercer lugar, este indicador evita la discusión sobre si la ausencia de sanción deriva de que en realidad la sociedad no desea, o al menos no le importa, sancionar esos comportamientos, pues es razonable suponer que el homicidio casi siempre amerita castigo. En cuarto término, esa medida permite comparaciones internacionales más significativas.

Con todo, la cifra mantiene problemas, pues no solo tiene inconsistencias temporales (ya que los arrestos o condenas que se comparan no son los de sus propios homicidios), sino que no analiza si los arrestos o las condenas fueron o no arbitrarios. Además, el dato se limita exclusivamente a evaluar la impunidad frente a un comportamiento criminal. Tiene también otra limitación, y es que deja de lado el problema de los lugares y escenarios donde se produce la impunidad, puesto que se centra en la posibilidad de que alguien sea o no arrestado

o condenado por un homicidio, pero no indica dónde se produce la eventual impunidad.

Eso explica que la tercera vía propuesta por ciertos estudios haya sido distinguir diversos escenarios y formas de impunidad, precisamente para poder localizar los lugares donde esta se genera. Por ejemplo, la propuesta de indicadores de Restrepo y Martínez Cuéllar se centra en diferenciar entre diversas formas de impunidad (2004). Así las autoras distinguen entre la impunidad social y la impunidad penal. La primera se refiere a los delitos que no son castigados, pero que tampoco llegan al conocimiento de las autoridades y que corresponde globalmente a la llamada criminalidad oculta. Por su parte, la impunidad penal es atribuible al sistema penal, pues se trata de hechos punibles conocidos por las autoridades, pero que no son sancionados. Las autoras proponen, a su vez, diferenciar entre diversas formas de impunidad penal y por ello hablan de i) la impunidad prejudicial, que corresponde a hechos denunciados o conocidos por la Fiscalía, pero que no son formalmente investigados y judicializados; ii) la impunidad relativa, que hace referencia a delitos investigados por la Fiscalía, pero que salen de su competencia sin que haya habido realmente una investigación de fondo, y, finalmente, iii) la impunidad absoluta, que corresponde básicamente a la ocurrencia de la prescripción. Independientemente de las eventuales críticas que se puedan hacer a esta propuesta, es interesante pues contribuye a distinguir las formas y modalidades de la impunidad, con el fin de medirla más apropiadamente y comprender mejor su lógica y causas.

Estas referencias muestran que en Colombia, en los últimos años, ha habido esfuerzos importantes por superar visiones simplistas de la impunidad, y que tal vez sea posible una aproximación integral a este fenómeno, por medio de una combinación de tres tipos de indicadores: los robustos, para los estudios cualitativos de casos; los simples (como la probabilidad de ser arrestado por un homicidio), para las visiones globales del fenómeno, y, finalmente, los diferenciados, a efectos de determinar los lugares donde se genera la impunidad.⁵

5 (N. del E.) No sobra advertir aquí que el fenómeno de la impunidad guarda estrechas relaciones con muchos otros problemas endémicos de la justicia colombiana pues, por ejemplo, los altos niveles de congestión y la mora judicial pueden causar impunidad, la impunidad puede propiciar la captura institucional y, a su vez, la captura institucional puede generar impunidad y congestión (García Villegas y Revelo Rebolledo, 2010, pp. 146-159, 214-215). Es por ello que se hace imperioso relacionar estas consideraciones metodológicas sobre impunidad con las evaluaciones que se presentan en esta compilación acerca de la congestión en materia penal (capítulo 11-C) y de las disfuncionalidades del sistema judicial en general (Parte dos, especialmente el capítulo 9).

Referencias

- Comisión Asesora de Política Criminal (2012). *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, Unión Europea. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf
- Comisión de Racionalización del Gasto Público (1996). *El sistema judicial y el gasto público*. Bogotá (mimeo).
- Fiscalía General de la Nación (2001). *Informe de gestión 1997-2001*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf
- Guzmán, D. E. (2008). Las cinco principales deficiencias en la investigación de los crímenes de violencia sexual: inclusión de la perspectiva de género en el trabajo de la Fiscalía como mecanismo para reducir la impunidad. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Guzmán, D. E., La Rota, M. E. y Uprimny, R. (2011). Factores de impunidad frente a violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf
- La Rota, M. E. y Guzmán, D. E. (2011). *Judicialización de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH. Recomendaciones*. Bogotá: Dejusticia y Embajada Británica.
- La Rota, M. E., Montoya, V., Páramo, A. y Uprimny, R. (2011). Evaluación de la judicialización del desplazamiento forzado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia y Consejo Noruego para los Refugiados (sin publicar).
- Restrepo, E. M. y Martínez Cuéllar, M. (2004). *Impunidad penal. Mitos y realidades*. Bogotá: CEDE.
- Rodríguez Garavito, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 405-469). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

- Rojas, D. (2005). Balance crítico de la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.27.pdf
- Rubio, M. (1999). *Crimen e impunidad*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Uprimny, R. (2008) Sistema judicial y profundización de la democracia en Colombia: una propuesta metodológica para interpretar el sistema judicial colombiano y sus necesarias y posibles reformas desde una perspectiva de derechos humanos. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Revelo Rebolledo, J. E. (2008). Diagnóstico general del Sistema Penal Acusatorio. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

B. Buenas prácticas de lucha contra la impunidad¹

Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Esther Guzmán (2007)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. y Guzmán, D. E. (2007). Experiencias exitosas de lucha contra la impunidad. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia.

Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.130.pdf

La impunidad es un fenómeno doblemente complejo. Por una parte, tiene distintos significados y dimensiones. Por la otra, los factores que la ocasionan son múltiples y la mayoría de las veces difíciles de identificar.²

En cuanto a lo primero —los significados y las dimensiones— es importante recordar que además de la impunidad penal —que tradicionalmente se asocia a la ausencia de individualización y determinación de responsabilidad de quien ha cometido un delito, y en consecuencia a la falta de castigo dentro de un proceso penal— es posible distinguir formas de impunidad civil, social y, una última, que es la que más desarrollo ha tenido en el último tiempo: la impunidad por violaciones de los derechos humanos, frente a la cual los derechos de las víctimas han adquirido gran relevancia. En este último caso —violaciones de los derechos humanos—, la impunidad trasciende el ámbito nacional y tiene connotaciones diversas. De esta forma, ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “la falta en su conjunto de investigación,

1 Esta es una versión escrita [...] de la charla realizada por Rodrigo Uprimny en Santo Domingo, en julio de 2007, en la Conferencia de la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP).

2 (N. del E.) Sobre este tema consúltense también Guzmán (2008a; 2008b), Guzmán, La Rota y Uprimny (2011), La Rota y Guzmán (2011) y Uprimny y Guzmán (2007). Y sobre las dificultades que surgen en torno al concepto y la medición de la impunidad, véase el capítulo 11 (A) de esta compilación.

persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de derechos humanos” (1998), y sus implicaciones abarcan principalmente la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de tratados internacionales por medio de los cuales se reconocen, garantizan y protegen los derechos humanos.

Frente a lo segundo —factores y causas—, la impunidad se origina en virtud de múltiples causas, cuya identificación es particularmente difícil. En efecto, se trata de un fenómeno que se origina a partir de varios elementos que se relacionan entre sí de manera diversa frente a cada caso en particular. Estos elementos no solamente dependen o se crean en el funcionamiento del sistema judicial o en el sistema político. También pueden originarse en las relaciones sociales y de poder que se dan al interior de una comunidad en un momento determinado. Adicionalmente, no siempre confluyen los mismos elementos o, en otras palabras, los casos en los que existe impunidad pueden tener causas múltiples y diversas. Esto hace particularmente difícil la identificación de los factores que la originan.

La complejidad de la impunidad, señalada en los párrafos anteriores, hace que para poder combatirla eficientemente sean necesarias políticas y medidas que se articulen en torno de una visión integral del fenómeno, que tome en cuenta tanto sus diversas dimensiones, como los distintos factores que la ocasionan y facilitan. Sin embargo, llegar a consolidar una visión articulada e integral del fenómeno puede generar riesgos. Principalmente, puede llevar a un inmovilismo conceptual y práctico que termine por hacer perder la capacidad de adaptación y de descripción que ofrecen las diferentes aproximaciones conceptuales y los enfoques analíticos que estudian sus efectos.

Teniendo como punto de partida el reconocimiento de la doble complejidad de la impunidad, pero también la necesidad de evitar el inmovilismo conceptual y práctico, este documento intenta extraer lecciones de las “buenas prácticas” o experiencias exitosas de lucha contra la impunidad [...]. En este sentido, es importante recordar que existen ejemplos claros de experiencias exitosas de lucha contra la impunidad en la vida cotidiana de muchos de los países del mundo. Estas pueden ser denominadas experiencias exitosas rutinarias, pues son habituales y generalizadas, particularmente dentro de Estados de derecho consolidados, que cuentan con sistemas judiciales eficaces, en los que se puede investigar y sancionar, con el lleno de las garantías procesales. Sin embargo, en este documento se hará especial énfasis en un tipo de experiencias exitosas que podrían denominarse protagónicas, por haber logrado superar, al

menos parcialmente, condiciones estructurales de impunidad, o por tratarse de casos particularmente relevantes por su extensión, gravedad o implicaciones.

La hipótesis que orienta el documento es que si bien la impunidad es un fenómeno sumamente complejo en el que concurren diversos factores que se correlacionan entre sí para producirlo, una vez son identificados los factores que determinan directamente la existencia o persistencia del fenómeno, y se establecen las particularidades y especificidades de dicho factor, se pueden movilizar los recursos necesarios y adecuados para removerlos y, así, se puede avanzar en la reducción de la impunidad.

Para desarrollar la hipótesis, en la primera parte del documento se presenta una clasificación de los factores de impunidad. En la segunda parte, se muestran algunas experiencias protagónicas exitosas en la lucha contra los factores de impunidad distinguidos analíticamente en la primera parte. En la tercera, a modo de conclusión, se presentan algunas lecciones que se pueden extraer de esas “buenas prácticas” en la lucha por reducir la impunidad.

1. Factores de impunidad

Los factores que producen o permiten que se extienda el fenómeno de la impunidad pueden clasificarse en cuatro grandes categorías: i) normativos; ii) político-institucionales; iii) sociales y; iv) técnicos y organizacionales. A continuación se explica brevemente cómo se puede entender cada una de estas categorías y se presentan algunos ejemplos ilustrativos.

- i) El primer grupo está conformado por un conjunto de dispositivos, mecanismos y figuras jurídicas que se convierten en factores de impunidad. Los mejores ejemplos son las leyes de amnistía, la prescripción, el *non bis in ídem* y la ausencia de tipificación de conductas, así como el uso del fuero militar para evadir el juzgamiento por parte de tribunales más independientes.
- ii) En el segundo grupo —obstáculos político-institucionales— se pueden incluir los bloqueos provocados por actores institucionales y la falta de independencia judicial. Este tipo de obstáculos se presentan, por ejemplo, cuando existen regímenes políticos autoritarios, como dictaduras. Los bloqueos señalados se presentan cuando un actor político poderoso logra frenar la acción o las actuaciones de las instituciones o del sistema judicial, en general, impidiendo la investigación, el juzgamiento o la sanción de ciertos delitos, mediante la utilización de diversas estrategias, principalmente la cooptación de las instituciones

estatales encargadas de adelantar estas actuaciones y la presión sobre sus agentes.

Un ejemplo que puede ilustrar este tipo de bloqueo es el caso chileno. Durante el Gobierno del general Augusto Pinochet se cometieron graves violaciones de los derechos humanos, incluidas torturas, desapariciones y asesinatos, en contra de miembros de movimientos de izquierda y actores de la oposición. Sin embargo, aun cuando estos hechos empezaron a ser conocidos por la opinión pública, las instituciones encargadas de investigar no adelantaban las diligencias encaminadas a individualizar y determinar a los responsables, pues el régimen ejercía una influencia poderosa en el aparato judicial (Vargas Viancos y Duce Julio, 2000).

- iii) El tercer grupo está conformado por aquellos factores sociales que generan impunidad. En estos es posible distinguir diversos componentes que se originan en las relaciones sociales y de poder, dentro de los que sobresalen dos tipos principales. Por una parte, la falta de demanda social por investigación y juzgamiento de ciertos crímenes. Esta se presenta cuando no se reconoce socialmente la ocurrencia de ciertos delitos o se minimiza su importancia al punto de que pierden trascendencia jurídica o no la adquieren. Esto se presenta, por ejemplo, frente a ciertas modalidades delictivas, cuya antijuridicidad e importancia no son reconocidas hasta que no se logra una visibilización adecuada por parte de la sociedad, como ha ocurrido por ejemplo con la violencia intrafamiliar [...].

Por otra parte, un segundo factor social de impunidad es la existencia de criminalidad organizada, mafias y actores privados poderosos. Se trata de actores sociales generalmente organizados y con estructuras definidas, no necesariamente ilegales, que aplican diversas estrategias que permiten que sus actos queden impunes. Estas estrategias incluyen la cooptación de las instituciones estatales, la amenaza o corrupción de los funcionarios encargados de adelantar las investigaciones y el juzgamiento, la búsqueda del apoyo de las comunidades a cambio de protección, y la creación de pautas de regulación social en virtud de las cuales se naturalizan ciertas conductas. Esto último se presenta, por ejemplo, en las poblaciones capturadas por actores armados, en donde muchas limitaciones de derechos, principalmente a la libertad, son vistas como aspectos naturales de la convivencia con esos actores.

iv) Finalmente, en la categoría de factores técnicos y organizacionales se agrupan elementos como la congestión judicial, la existencia de incentivos perversos, la falta de especialidades técnicas en los organismos de investigación y juzgamiento, y las limitaciones de recursos técnicos para llevar a cabo las investigaciones. Estos últimos son factores propios de investigaciones en los que las pruebas son difíciles de practicar, bien sea por motivos técnicos, científicos o fácticos.³ Un ejemplo de impunidad debido a factores relacionados con dificultades probatorias es el de las desapariciones forzadas.⁴

2. Posibles experiencias exitosas de lucha contra la impunidad

Las experiencias comparadas muestran “buenas prácticas” de las que podrían extraerse lecciones para la lucha contra la impunidad. A continuación se señalan algunos casos que permiten ilustrar que la identificación del factor más decisivo en la generación de impunidad, frente a un caso en concreto, puede facilitar la implementación de estrategias para removerlo y, por esa vía, luchar efectivamente contra el fenómeno.

- i) Frente a los factores jurídicos, hay al menos cuatro estrategias empleadas en diversos países para superar las limitaciones impuestas por figuras jurídicas adoptadas con el fin de evitar el castigo de ciertos personajes dentro de un régimen dado. Se trata de, en primer lugar, la anulación internacional, legislativa y judicial de las figuras jurídicas que favorecen la impunidad. Uno de los casos paradigmáticos se presentó en Argentina, cuando se anularon las leyes de punto final.⁵ En segundo lugar, se encuentra la reinterpretación en sede judicial de los textos que sustentan las figuras jurídicas que favorecen la impunidad, con el fin de reducir su efecto. Este es el caso de lo ocurrido con las amnistías en Chile y Argentina (Orozco, 2005), en donde muchos jueces, a pesar de la existencia de leyes de amnistía vigentes, decidieron investigar a los militares involucrados en graves violaciones de

3 (N. del E.) Sobre la ausencia de racionalidad en la persecución de delitos complejos en Colombia, véanse los capítulos 11 (G) y 20 (B) de esta compilación.

4 Sobre las dificultades probatorias que implica la desaparición forzada de personas y los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase Gónzaga (2008).

5 Sobre la anulación de las leyes de punto final y obediencia debida, véase Human Rights Watch (2001).

derechos humanos, con el argumento de que era necesario esclarecer si el crimen había tenido o no motivación política para determinar si se podía o no otorgar el perdón judicial, con lo cual los juicios, si bien no se traducían en castigo penal, servían para establecer la verdad y estigmatizar socialmente al victimario.

En tercer lugar, vale la pena resaltar la limitación, por parte de los tribunales, del alcance de algunas figuras jurídicas tradicionales, que si bien consagran garantías importantes, se habían tornado en factores de impunidad en ciertos eventos. Esto ocurrió, por ejemplo, en Colombia frente al principio *non bis in ídem*, que es obviamente una importante garantía constitucional para evitar el ensañamiento punitivo del Estado, pero que se había convertido en un factor de impunidad en aquellos casos en donde la justicia penal militar había absuelto a miembros de la fuerza pública contra los cuales había evidencia muy fuerte de que habían cometido crímenes atroces. Ese principio de *non bis in ídem* fue entonces limitado por vía jurisprudencial por la sentencia C-004/03 de la Corte Constitucional, que consideró que, en caso de violaciones de derechos humanos, podía proceder la acción de revisión contra sentencias absolutorias, si aparecían nuevos elementos probatorios o se mostraba que el proceso había sido realizado con el propósito de absolver al procesado.

Finamente, en cuarto lugar, vale la pena resaltar aquellos casos en donde ha habido una especie de reforzamiento de distintos tipos de medidas a fin de remover un factor de impunidad. Eso ha sucedido en Colombia frente al fuero militar, que había sido un importante factor de impunidad frente a las violaciones de derechos humanos. Desde 1997, y por efecto combinado de decisiones judiciales, nacionales e internacionales, leyes y tratados, esa figura ha sido limitada considerablemente (Uprimny, Sandoval y Rojas, 2007).⁶

Lo anterior muestra que las estrategias más adecuadas para remover un obstáculo jurídico son básicamente jurídicas. De lo que se trata es de articular, como en el caso de la Corte Constitucional colombiana, las garantías jurídicas existentes, bien sean constitucionales o internacionales, para lograr alterar los efectos o sacar del ordenamiento jurídico las instituciones creadas para facilitar la impunidad.

6 (N. del E.) Sobre la inconveniencia de la ampliación del fuero penal militar, consúltese el capítulo 11 (H) de esta compilación.

De las cuatro buenas prácticas enunciadas, es posible extraer al menos dos lecciones. Por una parte, es importante que exista una “imaginación” jurídica razonable y compatible con los ideales del Estado de derecho, en virtud de la cual sea posible diagnosticar el problema normativo y ofrecer soluciones jurídicas aceptables, como la reinterpretación y limitación de algunas figuras jurídicas que pueden generar impunidad. Por la otra, frente a este tipo de factores, es importante generar saltos de escala entre lo nacional y lo internacional. Es decir, provocar la intervención de instancias internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ahora la Corte Penal Internacional, a fin de lograr refuerzos mutuos entre los esfuerzos nacionales e internacionales de lucha contra la impunidad.

- ii) Frente a los factores político-institucionales hay algunos ejemplos ilustrativos de buenas prácticas que señalan la importancia de remover los bloqueos políticos provocados por un régimen fuerte o impuesto por la fuerza. El ejemplo paradigmático es el caso del régimen de Pinochet. En este caso, el bloqueo político fue superado con lo que podría denominarse un salto de la dimensión nacional a la dimensión internacional, ya que el juzgamiento de muchos de estos hechos solamente fue posible hasta que se presentó la intervención de jueces extranjeros, cuya actuación nunca pudo ser bloqueada por el régimen. El caso señalado permite aventurar al menos dos lecciones posibles. En primer lugar, la necesidad de construir voluntades políticas mediante el salto de escala entre lo local, lo nacional y lo internacional. En muchas ocasiones, el impacto de las decisiones internacionales en el ámbito nacional permite impulsar acuerdos políticos y generar la voluntad necesaria para que se investiguen y juzguen los delitos. En segundo lugar, las buenas prácticas usadas como ilustrativas de este grupo de factores permiten verificar la importancia del fortalecimiento de la independencia judicial en el escenario nacional. Finalmente, en estrecha relación con lo anterior, se muestra la importancia de contar con actores judiciales “poderosos”, que sean capaces de hacer frente a los actores políticos “poderosos” que generan los bloqueos.
- iii) Frente a los factores sociales de impunidad, hay diversas estrategias empleadas que se pueden considerar “buenas prácticas”. En primer lugar, ante la existencia de actores particulares (o sociales) poderosos, es importante reforzar las estructuras institucionales mediante

diversos mecanismos. Por ejemplo, ante las investigaciones de crímenes racistas en el sur de Estados Unidos en los años sesenta, que eran obstaculizadas por la connivencia de los actores institucionales locales con los perpetradores de los crímenes de segregación racial, se optó por desplazar investigadores del nivel federal al estatal. Esto permitió que los nuevos investigadores, quienes no estaban condicionados por las complicidades locales, lograran destrabar en buena medida el curso de las investigaciones.

En Colombia, frente a las dificultades que representaba investigar graves violaciones de los derechos humanos, principalmente cuando se trataba de zonas del país controladas por actores armados, se optó por crear la Unidad de Derechos Humanos en la Fiscalía General de la Nación. Esta empezó a funcionar desde el nivel nacional con muy buenos resultados, pues permitía brindar mayores garantías de seguridad a los fiscales y evitar su corrupción por parte de dichos actores, así como especializar la investigación de delitos particularmente complejos.

Las lecciones que se pueden extraer de estos casos son básicamente tres: en primer lugar, la importancia de especializar cuerpos investigativos y judiciales [...], a fin de maximizar su protección contra actores privados peligrosos y poderosos.

En segundo lugar, esto también muestra que en muchas oportunidades la federalización —en el caso de los Estados federales— o la centralización —en el caso de los Estados unitarios— de las investigaciones y los procesos pueden ayudar a superar los bloqueos impuestos por los poderes institucionales locales.

En tercer lugar, también hay “buenas prácticas” que permiten enfrentar la inmovilidad social ante ciertos hechos. Uno de los ejemplos más importantes se refiere a la forma como la atención nacional e internacional brindada a los asesinatos de las mujeres de Ciudad de Juárez ha logrado impulsar la investigación de estos hechos. Otro caso paradigmático de la forma como la lucha contra la impunidad en muchas ocasiones requiere ante todo de la visibilización social del delito es el de la desaparición forzada en Colombia. Esta fue tipificada en el régimen penal hace relativamente poco tiempo y, por tanto, los desaparecidos y sus familiares no eran reconocidos como víctimas ante el sistema judicial. Aunque en este campo la impunidad es muy grande aún, se ha

avanzado en el reconocimiento de la ocurrencia de estos hechos y, por tanto, puede considerarse una victoria parcial.

En este caso, la estrategia más importante es la construcción de voluntades y la articulación de demandas sociales. Por supuesto, la dificultad es indudable, pues este tipo de estrategias es de muy largo plazo y sus efectos no necesariamente son inmediatos. En la deslegitimación social de la impunidad es fundamental el papel de la prensa y otros medios masivos de comunicación, pues tienen un poder de incidencia directa en la articulación de las agendas políticas e incluso en la articulación de demandas sociales.

- iv) Finalmente, frente a los factores técnicos y organizacionales, vale la pena mencionar dos ejemplos de buenas prácticas. En primer lugar, de nuevo, la creación de unidades especializadas para la investigación, cuando se trata de ciertos crímenes especialmente problemáticos en el ámbito probatorio. Estas permiten especializar a los funcionarios con el fin de que las investigaciones sean más eficientes, sin que se descuiden la investigación y el juzgamiento de otros delitos que pueden ser considerados de menor importancia. En segundo lugar, el reforzamiento técnico de las unidades investigativas para la recolección de material probatorio y evidencia física, así como para la subsiguiente práctica de pruebas. Esto es particularmente importante frente a casos en los que, como en la desaparición forzada, es necesario identificar a los desaparecidos mediante pruebas de ADN. Adicionalmente, es importante evitar que se creen incentivos “perversos” para los funcionarios que investigan ciertos crímenes. Por ejemplo, cuando en Colombia se estableció que solo era posible abrir sumarios por delitos con sindicado conocido, se generó un estancamiento de miles de expedientes porque los investigadores y fiscales no adelantaron las labores necesarias para identificar e individualizar a los presuntos responsables, y se concentraron solo en aquellos casos en los que ya contaban con la identificación (Rubio, 1999).

De estos ejemplos se pueden extraer al menos tres lecciones. La primera, es la importancia de crear cuerpos especializados que puedan adelantar investigaciones complejas y delicadas con solvencia en el escenario probatorio, para lo cual, además de los recursos técnicos, requieren de capacitación altamente especializada y de condiciones de seguridad especiales. La segunda lección, estrechamente relacionada

con la anterior, es la necesidad de fortalecer la investigación forense. La tercera lección es la necesidad de evitar la creación de incentivos “perversos” para los funcionarios que investigan ciertos crímenes.

Las buenas prácticas señaladas y las lecciones que se pueden extraer de las mismas pueden ser presentadas en el siguiente cuadro:

Factores	Buenas prácticas	Lecciones posibles
Normativos	1. Anulación internacional, legislativa y judicial de leyes de punto final en Argentina 2. Reinterpretación judicial de las amnistías en Chile y Argentina 3. Limitación jurisprudencial y por tratados del <i>non bis in idem</i> 4. Restricción del fuero militar por vía de tratados, y a nivel judicial y legislativo	- Importancia de una “imaginación” jurídica razonable y compatible con los ideales del Estado de derecho, que diagnostique el problema normativo y ofrezca soluciones - Salto de escala entre lo nacional y lo internacional
Político-institucionales	1. Caso Pinochet	- Construcciones de voluntades políticas por saltos de escala entre lo local, lo nacional y lo internacional: federalización de ciertos delitos, impacto de decisiones internacionales - Importancia del fortalecimiento de la independencia judicial - Actor judicial “poderoso” contra actor “político” poderoso
Sociales	1. Fiscales y jueces antimafia y antiterrorismo en Italia 2. Unidad de derechos humanos en Colombia 3. Atención nacional e internacional al asesinato de las mujeres de Ciudad Juárez	- Especializar cuerpos investigativos y judiciales contra actores peligrosos, a fin de maximizar su protección contra actores privados peligrosos y poderosos - Deslegitimación de la impunidad social: importancia del papel de la prensa
Técnicos y organizacionales	1. Nuevamente las unidades especializadas investigativas para ciertos crímenes, como los jueces antimafia o las unidades especializadas en derechos humanos 2. Identificación de desaparecidos o esclarecimiento de crímenes con ADN u otras pruebas técnicas	- Evitar incentivos “perversos” de funcionarios que investigan ciertos crímenes - Creación de cuerpos especializados - Fortalecimiento de la investigación forense

3. Conclusiones

Lo primero que es importante resaltar es que pese a lo compleja que es la impunidad, hay que evitar la desesperanza, pues existen algunas experiencias positivas en la lucha contra esta, de las cuales se pueden extraer lecciones para atacarla efectivamente y reducirla.

En el proceso que implica luchar contra la impunidad, es fundamental partir de enfoques integrales, que permitan analizar la impunidad como un fenómeno complejo y multicausal, que debe ser estudiado y enfrentado en su conjunto. Sin embargo, es importante evitar que estas visiones integrales terminen por hacer que la lucha contra la impunidad se inmovilice, hasta tanto no se establezcan todas las causas que la producen y se diseñe una estrategia articulada e integral que permita enfrentarlas. Para evitar este riesgo, es igualmente importante que la lucha contra la impunidad tenga en cuenta los “detalles” que la generan. Es decir, identificar los factores principales que la producen y facilitan, pues, en muchas ocasiones, al identificar el tipo de factor que predomina como motivador de una situación de impunidad determinada, es posible escoger estrategias más adecuadas para reducirlo.

Estas estrategias pueden extraerse de ejemplos de buenas prácticas de diversos países. Luego de un análisis de dichas experiencias, es posible identificar algunas estrategias positivas en la lucha contra la impunidad que parecen recurrentes. Estas son, en primer lugar, generar “saltos de escala” de lo local a lo nacional —o federal—, así como la articulación entre lo nacional y lo internacional. En segundo lugar, la especialización de ciertos cuerpos investigativos para enfrentar los retos de las investigaciones más complejas y ofrecer garantías de independencia y seguridad. Finalmente, el impulso de una “imaginación jurídica” adecuada, que permita generar interpretaciones que no favorezcan la impunidad en un marco garantista. Es decir, que permita reducir la impunidad sin sacrificar las garantías judiciales.

Referencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998). *Caso Paniagua Morales y otros vs Guatemala*.
- Góngora, M. E. (2008). *La desaparición forzada de personas en la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. NMRZ.
- Guzmán, D. E. (2008). Las cinco principales deficiencias en la investigación de los crímenes de violencia sexual: inclusión de la perspectiva de género en el trabajo de

- la Fiscalía como mecanismo para reducir la impunidad. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Guzmán, D. E., La Rota, M. E. y Uprimny, R. (2011). Factores de impunidad frente a violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Human Rights Watch (2001). *Un socio renuente. La falta de apoyo del Gobierno argentino al re-inicio de juicios por violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar*. Nueva York: Human Rights Watch.
- La Rota, M. E. y Guzmán, D. E. (2011). Judicialización de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH. Recomendaciones. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia y Embajada Británica (sin publicar).
- Orozco, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Temis.
- Rubio, M. (1999). *Crimen e Impunidad. Precisiones sobre la violencia*. Bogotá: Tercer Mundo.
- Uprimny, R. y Guzmán, D. E. (2007). Experiencias exitosas de lucha contra la impunidad. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.130.pdf
- Uprimny, R., Sandoval, N. y Rojas, D. (2007). El marco constitucional de la justicia penal militar en Colombia: posibles enseñanzas para el debate constitucional boliviano. *Derechos humanos y acción defensorial. Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia*, (2).
- Vargas Viancos, J. E. y Duce Julio, M. (2000). *Informe sobre independencia judicial en Chile*. Santiago de Chile: Due Process of Law Foundation.

C. Funcionamiento del sistema penal mixto de corte inquisitivo (Ley 600 de 2000)

Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas (2006)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 376-387). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Desde 1991, el sistema penal colombiano ha tenido variaciones importantes. En un primer momento, las bases del sistema penal colombiano fueron establecidas por la Constitución de 1991 y desarrolladas por el Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 81 de 1993). En términos generales, [...] se trataba de un sistema híbrido, que combinaba elementos de los modelos acusatorio e inquisitivo. La Fiscalía General de la Nación debía adelantar las labores de investigación (investigación de los delitos y calificación de los sumarios), al tiempo que tenía algunas facultades de tipo judicial (por ejemplo, dictar medidas de aseguramiento como la detención preventiva). Este sistema tuvo algunas reformas con la Ley [600] de 2000 o Código de Procedimiento Penal. En este Código, aunque se mantuvo el esquema esencialmente híbrido que se consagró desde 1991, se realizaron algunas reformas menores, como la creación de la audiencia preparatoria en la etapa del juicio para resolver sobre nulidades y la reducción de términos procesales.

Un segundo momento del sistema penal en Colombia se originó con la reforma constitucional 03 de 2002. Este sistema se desarrolló a través de la Ley 906 de 2004, que dio lugar al nuevo sistema acusatorio y que empezó a funcionar en enero de 2005.¹ Este nuevo sistema trató de limitar las funciones de la Fiscalía, al asignarle únicamente funciones de acusación.

1 (N. del E.) Sobre el funcionamiento diferenciado del sistema penal acusatorio y los

Teniendo en cuenta estos dos momentos del sistema penal, este aparte hace un balance sobre los aspectos de congestión, tipos de conflicto y resultados de los procesos penales, pero se refiere esencialmente al primer sistema penal que se rige por la Ley 600 de 2000² [...].

1. Demanda y oferta de la justicia penal

El sistema penal colombiano ha tenido problemas de congestión durante las últimas tres décadas. De acuerdo con Rubio (2001), la descarga del sistema se ha intentado esencialmente a través de los siguientes mecanismos: 1) exclusión procedimental de casos en los cuales el sindicado es desconocido, 2) la introducción de criterios “eficientistas” en la Fiscalía General de la Nación y 3) la mejoría en los índices de dotación, capacitación y remuneración de los jueces y fiscales. La manipulación de la demanda de justicia y su transformación en términos eficientistas ha desempeñado un papel importante en el “funcionamiento” del sistema penal. Esto es especialmente grave si se tiene en cuenta que dicha manipulación afecta incidentes penales que causan una enorme alarma social como son el homicidio y el robo agravado, los cuales son frecuentemente excluidos del sistema en razón de las dificultades que conlleva la investigación judicial.

La eficiencia entonces resulta de una sustitución del criterio de importancia por el de facilidad.³ De todos modos, en países con elevadas cifras negras de criminalidad, como es el caso de Colombia, es difícil saber si la mejoría en los datos de salida del sistema (*outputs*) son indicadores de una mayor eficacia o, por el contrario, obedecen al de una evolución de la criminalidad.

En términos generales puede decirse que la demanda de justicia penal se ha estabilizado en alrededor de 400.000 demandas por año. Efectivamente, entre 1998 y 2002 ingresaron 2'324.926 procesos a la jurisdicción penal. Esta

principios que inspiraron su nacimiento pueden verse, respectivamente, los capítulos 11 (D) y 4 de esta compilación.

2 (N. del E.) Es preciso señalar que las múltiples deficiencias de la justicia penal que se describen aquí deben ser leídas en el marco de la distinción —sostenida a lo largo de esta compilación— entre una cara de la justicia más visible, que ha sido reconocida por las mejoras que ha traído en el acceso a la justicia (como es el caso de la justicia constitucional y, dentro de ella, la acción de tutela), y otra cara más invisible y caracterizada como generalmente deficiente (donde se incluyen los altos niveles de congestión e impunidad de la justicia penal). Se trata de la distinción entre justicia protagónica y justicia rutinaria, abordada en el estudio preliminar, en la introducción a la Parte dos y en el capítulo 9 (I-B) de esta compilación.

3 (N. del E.) Sobre esta problemática sustitución de criterios, véase el capítulo 11 (G) de esta compilación.

cifra representa el 34 % de toda la demanda por justicia en la jurisdicción ordinaria, durante este mismo periodo. En el año 2002 ingresaron 276.378 procesos a los despachos penales, lo que representa el 24,9 % de los ingresos de la jurisdicción ordinaria (Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 34).

En un plano ideal de descongestión, el número de entradas en un periodo debe ser igual al 100 % del número de salidas registradas en ese mismo periodo. Comparando la relación entre entradas y salidas de procesos penales en el intervalo 1998-2003, puede verse un incremento en la gestión de procesos por parte de los jueces. Efectivamente, mientras en 1998 la relación entrada-salida era del 96,9 %, lo que significa que alrededor de un 3,1 % de los procesos que ingresaba era represado (Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 39), en el 2003 la relación fue de 110,82 %, es decir, en dicho año no solo se cubrió el total de los ingresos registrados, sino que se resolvió un poco más del 10 % de los procesos represados (Consejo Superior de la Judicatura, 2004, p. 91). El incremento en dicha relación fue leve durante los años 1999 (101,33 %), 2000 (102,23 %) y 2001 (107,45 %), luego de lo cual tuvo un aumento repentino en el 2002 (128,72 %), para finalmente volver a cifras semejantes a las anteriores en el 2003 (110,82 %) (Consejo Superior de la Judicatura, 2004, p. 91). En otras palabras, estas cifras muestran que los jueces penales están siendo más eficientes en la evacuación de los procesos.⁴

Como lo muestran las cifras del Consejo Superior de la Judicatura (2004), esta mayor eficiencia se origina especialmente en el trabajo de los juzgados municipales. Estos han incrementado continuamente su producción y han logrado reducir sus inventarios a una cifra cercana al 27 %; los demás juzgados (especializados, del circuito y tribunales superiores) tienden a evacuar entre el 90 % y el 100 % de sus ingresos. Varias razones pueden explicar esta tendencia positiva en la gestión de los procesos. Entre ellas, el traslado a las fiscalías locales del conocimiento de las contravenciones; además de la mejora en la dotación de los despachos y el aumento en la productividad de los funcionarios judiciales.

4 (N. del E.) En la actualidad, estas cifras también evidencian una gestión efectiva sobresaliente, pero que sigue siendo insuficiente para enfrentar el incremento en los ingresos y mucho más para evacuar los inventarios previos. Así, aunque entre los años 2009 y 2012 el comportamiento de los egresos estuvo por encima de los ingresos consolidados, en 2013 se vuelve a presentar un desfase en la producción, ya que de 787.112 ingresos solo se consiguieron 785.098 egresos. El índice de evacuación parcial para el 2013 fue del 93 %, lo cual quiere decir que para ese año no se evacuó el 7 % de los procesos ingresados y estos pasaron a sumarse al inventario inicial del siguiente periodo (Consejo Superior de la Judicatura, 2014, pp. 235-237).

Por último, es necesario destacar el tipo de juzgados donde se concentra la resolución de los procesos. La justicia penal tiende a concentrar su trabajo en los distritos judiciales de Bogotá (20,5 %), Medellín (12,4 %), Cali (7,8 %), Barranquilla (6,9 %) y Cundinamarca (5,5 %), los cuales abarcan más de la mitad de la demanda de justicia penal; los demás distritos registran cada uno tan solo entre el 0,0045 % (Arauca) y 4 % del total de la demanda por este tipo de justicia. Según el tipo de despacho, los juzgados donde más se concentra la demanda de justicia son los municipales, que resuelven el 49,7 % del total de procesos, seguidos por los jueces del circuito, con un 41 %. En contraste, los tribunales superiores y del circuito especializados resuelven solo el 7,6 % y el 1,7 %, del total de la demanda, respectivamente (Consejo Superior de la Judicatura, 2004, p. 93). Ello permite deducir que la mayor parte de la demanda de justicia penal se concentra en los jueces municipales y del circuito de Bogotá y Medellín.

2. Tipos de proceso penal en Colombia

De acuerdo con las cifras del Consejo Superior de la Judicatura (2003), en el periodo 1998-2002, la jurisdicción penal registró un cambio en el tipo de asuntos que tramita. En 1998, gran parte de los asuntos que conocía la justicia penal estaba constituida por contravenciones (69,77 %), solo un 26,2 % de los asuntos pertenecían a otros procesos penales, y un 4,03 %, a tutelas. En contraste, en el 2002 la mayoría de los asuntos de la jurisdicción fueron procesos penales (66,13 %) y tutelas (27,22 %), y únicamente un leve porcentaje se ocupaba de contravenciones (6,65 %) (Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 36). Esta disminución en el ingreso de contravenciones puede explicarse por la reforma penal, que trasladó el conocimiento de las contravenciones de los juzgados municipales a las fiscalías locales.

A partir del 2002, la tutela se convierte en el primer tema de demanda en la jurisdicción penal. Dicho incremento se origina no solo en la disminución del número de contravenciones que ingresan, sino también por el aumento en el número de acciones de tutela que diariamente se reciben. Efectivamente, el número de tutelas atendidas en los despachos penales se ha incrementado drásticamente, al pasar de un número cercano a las 20.000 en 1998 a casi 80.000 en el 2002 (Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 37). A pesar de este aumento, no se ha presentado congestión en su resolución, gracias a los plazos perentorios de la tutela.⁵

5 (N. del E.) Sobre los niveles de congestión generados por la acción de tutela y las car-

En el 2003, la mitad de la demanda de la justicia penal se concentró en cinco delitos: delitos contra el patrimonio económico (15,7 %), contra la familia (12,85 %), contra la vida (9,8 %), contra la salud pública (6,7 %) y contra la seguridad pública (4 %) (Consejo Superior de la Judicatura, 2004, p. 88). En el 2004, esta tendencia cambió brevemente: los delitos contra el patrimonio económico (24,6 %) se ubicaron por encima de las tutelas y acciones constitucionales (17,6 %). Estas dos, junto con los delitos contra la familia (16 %) y contra la vida (12 %), representaron el 70 % de la demanda de la justicia penal en ese año (Consejo Superior de la Judicatura, 2005b, p. 321). Dadas las anteriores cifras, puede concluirse que son los delitos contra el patrimonio económico —dentro de los que se encuentran el hurto en todas sus formas— los que más ocupan el trabajo de la jurisdicción penal, seguidos muy de cerca por los delitos contra la familia (inasistencia alimentaria) y contra la vida (homicidios y lesiones personales).

Las anteriores cifras contrastan con la menor presencia que dentro de la jurisdicción han tenido los delitos más graves. Como lo había mostrado un estudio anterior sobre el sistema penal en Colombia en el siglo XX (Rubio, 2001), el aparato judicial se dedica a resolver casos de fácil solución, esto es, aquellos en los que la identidad del acusado y las circunstancias del delito están esclarecidas desde un comienzo. Entre tanto, el sistema penal no dedica tiempo y recursos suficientes a la investigación y condena de casos difíciles, esto es, precisamente aquellos casos que generan mayor inestabilidad en la sociedad colombiana, por ejemplo, homicidios comunes.

3. Los resultados de los procesos penales

Las cifras muestran [tabla 1], por un lado, el alto número de sentencias penales que no terminan con el juzgamiento del procesado. Al examinar el total de salidas reportado en este periodo, alrededor del 16 % corresponde a salidas por competencia; el 11 %, a prescripciones; el 12 %, a salidas por cesación de procedimiento, y casi el 1 %, a nulidades. Esto significa que casi el 40 % del total de las salidas de la jurisdicción penal no contribuye a la asignación de responsabilidad del imputado, ello sin sumar el alto número de salidas que son reportadas como “otros”, pero que no constituyen sentencias.

gas que esta presuntamente genera sobre la justicia penal, véase el capítulo 10 (II-A) de esta compilación.

Por otro, es importante señalar el bajo número de sentencias anticipadas en el conjunto de las sentencias ordinarias. En el periodo analizado, apenas entre el 3 y el 4 % del total de las salidas reportadas se realizó bajo sentencia anticipada. Este dato es relevante para juzgar los pobres resultados de las medidas anticongestión. La sentencia anticipada fue creada como una forma de terminación extraordinaria del proceso, que contribuiría, junto con otras medidas (como la conciliación y la extinción de la acción por indemnización), a la descongestión de la justicia penal.

Tabla 1. Resumen de salidas totales de la justicia penal.
Resumen consolidado 1997-2001 [en porcentaje]

Salidas	1997	1998	1999	2000	2001	Totales
Por competencia	17,83	17,25	15,49	16,84	15,04	16,41
Por prescripción	14,03	11,33	10,47	9,86	9,67	10,88
Por cesación procedimiento	11,00	12,45	11,67	11,38	12,43	11,79
Por nulidad	0,56	0,55	0,52	0,52	0,49	0,53
Por sentencia anticipada	2,95	3,25	3,79	4,04	4,69	3,81
Por sentencia ordinaria	13,81	16,24	20,54	23,02	25,94	20,41
Otras	39,82	38,92	37,50	34,34	31,74	36,20
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura (2005a). Cálculos de los autores.

Por último, es necesario hacer referencia a los resultados de los procesos penales en términos de condenas. De acuerdo con la información del Consejo Superior de la Judicatura, en el periodo 1997-2001, cerca de 340.000 procesados fueron efectivamente condenados, mientras que solo 81.000 fueron absueltos; es decir, por cada 9 personas que pasaban a la etapa de juicio tan solo 2 eran absueltas de responsabilidad. Estas cifras muestran un ambiente muy severo en la etapa del juicio, que ya había sido señalado en otras investigaciones [tabla 2]. Esta tendencia cuestiona el trabajo de los jueces quienes, cada vez menos, toman una decisión contraria a la acusación del fiscal (Rubio, 2001).⁶

6 (N. del E.) Las deficiencias hasta aquí enunciadas, aunque propias del sistema penal, no

Tabla 2. Número de personas condenadas y absueltas por año

Personas	1997	1998	1999	2000	2001	Totales
Condenadas	46.797	57.778	77.028	83.163	75.238	340.004
Absueltas	12.659	15.245	17.972	18.250	16.943	81.069
Totales	59.456	73.023	95.000	101.413	92.181	258.935

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura (2005a). Cálculos de los autores.

Referencias

- Consejo Superior de la Judicatura (2003). *Informe al Congreso de la República 2002-2003*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo Superior de la Judicatura (2004). *Informe al Congreso de la República 2003-2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo Superior de la Judicatura (2005a). *Banco de datos estadístico*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Consejo Superior de la Judicatura (2005b). *Informe al Congreso de la República 2004-2005*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo Superior de la Judicatura (2014). *Informe al Congreso de la República. Gestión de la administración de justicia - 2013*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (2010). *Estado alterado. Clientelismo, mafias y debilidad institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.200.pdf
- Rubio, M. (2001). La justicia penal. Juicio sin sumario. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 485-546). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

deben ser consideradas aisladamente, sino que deben estudiarse dentro del marco más general de los problemas de acceso, ineficiencia y otras disfuncionalidades del sistema judicial globalmente considerado (Parte dos de esta compilación). Para los propósitos de este capítulo sobre justicia penal resulta particularmente interesante el capítulo 7 (I-C), en el cual se estudian las barreras de acceso de las mujeres víctimas del conflicto en el marco de procesos penales ordinarios. Interesan asimismo los capítulos 9 (I-B) y 11 (A) en los que respectivamente se estudian la captura institucional y la impunidad; fenómenos que, como ha señalado Dejusticia en otras publicaciones, guardan una estrecha relación con los problemas de congestión de la justicia penal (García Villegas y Revelo Rebolledo, 2010, pp. 146-159, 214-215).

D. Los funcionamientos diferenciados del sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004)

Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán
y Javier Eduardo Revelo Rebolledo (2008)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Revelo Rebolledo, J. E. (2008).
Diagnóstico general del Sistema Penal Acusatorio. Documento de
trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

Con la promulgación de la Ley 906 de 2004, Colombia adaptó definitivamente su legislación penal a un sistema procesal de tendencia acusatoria, culminando, en cierta medida, un largo camino de reformas encaminadas a establecer un modelo procesal que “al mismo tiempo que permita administrar justicia de modo rápido y eficaz sea estrictamente respetuoso de los derechos fundamentales de los sujetos procesales, particularmente de los del imputado” (Córdoba Poveda, 2006).¹

Este documento muestra un diagnóstico general sobre el funcionamiento del sistema procesal penal en Colombia a partir de la reforma introducida mediante la Ley 906 de 2004. El diagnóstico se ha elaborado a partir de los hallazgos de un proceso de seguimiento, realizado como prueba piloto de una

1 (N. del E.) Para una caracterización del contexto y los principios que guiaron la implementación de las reformas de corte acusatorio en Colombia, consúltense Rodríguez Garavito (2006) y Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006a, pp. 284 y ss.; 2006b, pp. 384 y ss.). Cabe señalar que, ya desde estos textos, se advertía sobre la urgencia de fortalecer la asistencia legal gratuita que ofrece la Defensoría del Pueblo para quienes no pueden costear un abogado privado, esto con el propósito de que los ideales de eficiencia propios del sistema acusatorio no ahonden las inequidades existentes entre los usuarios de la justicia. Este diagnóstico se confirma en textos más recientes de Dejusticia, como el que se reproduce en el capítulo 7 (I-B) de esta compilación. Sobre el tema específico de la defensa pública penal, consúltense además el capítulo 11 (E).

metodología diseñada con el fin principal de recolectar y generar información sobre el funcionamiento de la justicia penal. Los resultados cuantitativos y cualitativos de la prueba piloto, a pesar de ser parciales y preliminares, permiten ofrecer una fotografía confiable sobre el funcionamiento del sistema durante el año 2007.

1. Acercamiento preliminar al sistema procesal penal colombiano

En el año 2002, cuando se reformó la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 03 de 2002, Colombia optó definitivamente por la adopción e implementación de un sistema penal de corte acusatorio. El hito más importante en este camino sin duda lo constituye la aprobación de la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal [...]. Esta ley hace parte de un amplio proceso de reformas judiciales que se ha llevado a cabo en toda Latinoamérica con el fin de generar más agilidad y eficiencia en los procesos penales y, por esta vía, más confianza tanto en los ciudadanos, como en los inversionistas.

La reforma introdujo cambios sustanciales en el esquema procesal, que representaron una profunda modificación de las etapas del proceso, de los procedimientos, de los principios y de los roles de los intervinientes y de las entidades. Cuatro de las principales características son las siguientes: en primer lugar, la Fiscalía General de la Nación asumió un rol específico y distinto en el proceso penal, constituyéndose en el ente investigador y acusador.

En segundo lugar, se estableció que el juicio sería oral, público, contradictorio, concentrado y con inmediación de la prueba. Con este fin, se especializaron las funciones judiciales y se creó la distinción entre jueces de garantías y jueces de conocimiento.

En tercer lugar, se establecieron mecanismos que permitieran descongestionar los despachos judiciales, así como buscar salidas adecuadas. Para esto, además de crear un esquema de juzgamiento ágil, cuyo eje central es la oralidad, se le dio centralidad a otras alternativas de respuesta institucional.² Estas se encuentran representadas principalmente por las diferentes modalidades de la justicia negociada, como la aceptación de cargos, y los acuerdos y preacuerdos que se pueden celebrar entre el imputado y la Fiscalía. Adicionalmente,

2 (N. del E.) Investigaciones posteriores han mostrado cómo el esquema de planeación estratégica de investigación del sistema acusatorio, antes que contribuir a su eficiencia y racionalización, se ha constituido en un requisito meramente formal y en una enorme carga de escritura para los funcionarios (La Rota y Bernal Uribe, 2014, pp. 134-138).

se introdujo el principio de oportunidad como una herramienta que podía ser utilizada por el ente investigador para centrar sus esfuerzos en las formas de criminalidad más relevantes.

Finalmente, la reforma modificó el rol de la víctima en el proceso penal. Le reconoció derechos, pero no le adjudicó la condición de parte. De esta forma, no se podría constituir en parte civil para buscar la satisfacción de sus derechos. Esto no significa que no pueda participar en el proceso.³

[Ahora bien], la gráfica 1 muestra una visión cuantitativa sobre la gestión global del sistema procesal penal de tendencia acusatoria en el año 2007. Así, señala el número de noticias criminales recibidas en el año —reportadas por la Fiscalía General de la Nación—, y establece, del total, en cuántas se hizo la imputación y en cuántas se presentó escrito de acusación —de acuerdo con la Fiscalía—. Adicionalmente, muestra las principales salidas del sistema, como el archivo y las sentencias —en las que se incluyen las que se producen en juicio oral, por aceptación de cargos y por negociaciones—. También muestra el número de casos que quedaron pendientes para el 2008, es decir, el número de noticias criminales que no fueron procesadas por el sistema.

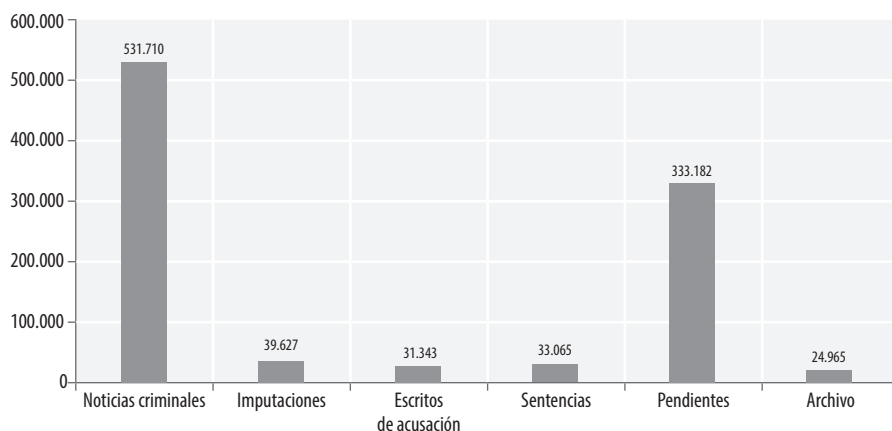
Como se aprecia en la gráfica, existe una gran diferencia entre el número de imputaciones y el número de noticias criminales. Solo se hicieron imputaciones frente al 7 % de las noticias criminales del año. Esto sugiere que sigue existiendo un problema serio en el paso de la noticia criminal al proceso más formal. Sin embargo, el dato no necesariamente debe ser alarmante, pues no toda noticia criminal amerita que se lleve a cabo la imputación. En todo caso, el porcentaje es considerablemente bajo y, por tanto, debe hacerse un seguimiento detallado del mismo. Sobre todo si se tiene en cuenta que existe un número alto de indagaciones que quedan pendientes y que generan congestión en la Fiscalía General de la Nación. En el año 2007 quedaron pendientes 333.182 noticias criminales, es decir, más del 50 % de las mismas.

Este gran número de casos pendientes puede ser razonable y obedecer al ajuste progresivo del sistema. Es decir, que se deba a que hay todavía muchos distritos en los que hasta ahora se está en aprendizaje y ajuste frente al nuevo sistema, por lo cual muchos casos pueden quedar pendientes, pero que progresivamente el porcentaje empiece a mejorar.⁴

3 (N. del E.) Sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal, cfr: La Rota y Lalinde Ordóñez (2012a y 2012b).

4 (N. del E.) Sin embargo, con los años, la fluctuación de inventarios de la especialidad penal ha sido moderada, con tendencia negativa. El año 2008 cerró con un inventario aún

Gráfica 1. Visión global cuantitativa (Colombia, 2007)



Fuente: Fiscalía General de la Nación y Consejo Superior de la Judicatura.

En contraste con la enorme brecha que se verifica entre la noticia criminal y la iniciación formal de la investigación, respecto de los casos que pasan a imputación, los que llegan a acusación y sentencia son porcentajes muy elevados. Por tanto, estos resultados sugieren que el sistema es relativamente eficiente para tramitar los casos frente a los cuales se abre investigación formal. Estos resultados sugieren, por una parte, que el sistema parecería afrontar problemas en la investigación criminal —específicamente en la etapa de indagación— y, por la otra, que una vez los casos llegan a imputación, es relativamente fácil y rápido obtener una sentencia.

No obstante, el análisis de estos datos y los que se presentarán en adelante, debe tomar en consideración que el funcionamiento del sistema no es tan homogéneo como lo sugiere la gráfica 1. Por el contrario, tiene diferentes facetas y dinámicas que complejizan el análisis y que obligan a tomar en consideración otros elementos. La prueba piloto y el análisis de los primeros resultados sugieren que el sistema tiene funcionamientos diferenciados. Es decir, que es más eficiente, rápido y garantista frente a algunos casos que frente a otros. No todos los delitos ni todos los casos reciben respuestas similares o son tramitados con los mismos criterios de actuación. Estos funcionamientos diferenciados

más alto que el registrado para 2007, con 428.393 procesos pendientes; y aunque en el año 2012 se presentó una desacumulación, llegando a los 378.187, el inventario final de procesos aumentó nuevamente en 2013 en un 1,8%, cerrando con 384.893 procesos acumulados (Consejo Superior de la Judicatura, 2014, pp. 233 y ss).

generan algunos riesgos (materializados o potenciales), que pueden llegar a profundizar algunas problemáticas del sistema.

A continuación se ilustran algunos de estos funcionamientos diferenciados y se describen las dinámicas que se pueden identificar a partir de ellos.

2. Perspectiva procesal

La evidencia cuantitativa y cualitativa recolectada durante la prueba piloto sugiere que en el sistema procesal penal colombiano, más allá de la forma como se presente la noticia criminal, lo que marca una diferencia profunda en los caminos procesales que siguen las noticias criminales es si se trata de un caso de flagrancia o no. Es decir, independientemente de si el proceso inicia por denuncia, querrela, petición especial o de oficio, lo que genera dinámicas distintas de funcionamiento es si llegó a conocimiento del sistema porque el sujeto activo fue capturado en flagrancia.

Mientras que los casos en los que hay flagrancia se llega con cierta facilidad a la imputación y la mayoría llega a sentencia, en los de no flagrancia el porcentaje de imputación es considerablemente menor, verificándose otras formas de salidas del sistema, como el archivo, y un porcentaje considerable de acumulación de procesos. [Esta tendencia] puede ser problemática si el sistema se concentra en los casos “fáciles” o de flagrancia, y no genera dinámicas eficientes para procesar los casos de no flagrancia o aquellos procesalmente “difíciles”.

Esto sugiere que el sistema tiene más capacidad y genera más incentivos para priorizar flagrancias, y no para emprender actividades investigativas respecto de las no flagrancias, frente a las cuales parece haber cierta ausencia de mecanismos eficientes de procesamiento o de incentivos para activarlos.

3. Perspectiva sustancial

[Frente a] los delitos más graves y sensibles para la sociedad —que generalmente son más difíciles de investigar, a menos que haya flagrancia— el porcentaje de noticias criminales en las que se imputa es muy bajo, y se dan algunos archivos, pero en general quedan pendientes. En contraste, frente a los delitos menos graves, el porcentaje de imputación es mayor, el archivo mucho menor y las noticias criminales que quedan pendientes también son menos.

Es importante recordar que del total de noticias criminales, actualmente tan solo llegan a imputación el 7 %. Igualmente, [...] el 9 % de las noticias criminales de homicidios y el 4 % de las de lavado de activos llegan a imputación. No

obstante, existen delitos con mejores tasas de imputación. Así por ejemplo, el 54 % de las noticias criminales de tráfico, porte o fabricación de estupefacientes resultan en imputación. De igual forma, la defraudación de los derechos patrimoniales de autor tiene una tasa del 35 %, y la falsedad material en documento público del 28 %. Estos resultados diferenciados deben generar una discusión en la política criminal del Estado, porque las prioridades en la gravedad de los delitos —en un Estado ideal— deberían reflejarse en la efectividad, y por tanto, la dedicación de la justicia penal para atenderlos.

No obstante, que se generen dinámicas distintas en el procesamiento de los delitos de acuerdo con su gravedad o complejidad en principio es razonable, pues los delitos menos graves son generalmente más fáciles de investigar y, en esa medida, su procesamiento es más ágil. Sin embargo, estas dinámicas han empezado a adquirir tintes problemáticos en el nuevo sistema procesal penal, porque los delitos más graves no están siendo procesados, y los que logran salir generalmente lo hacen por justicia negociada.⁵

4. Perspectiva regional

No en todos los distritos judiciales, ni en todos los municipios el sistema funciona igual. Esto parece obedecer a varias razones. En primer lugar, hay ciertas variables del contexto social que afectan el funcionamiento mismo del sistema, como la conflictividad, la presencia de grupos armados al margen de la ley, la geografía e incluso factores culturales. Todos estos terminan por afectar tanto la presencia institucional, como la demanda por justicia, pues en ciertas condiciones se constituyen en barreras de acceso a la administración de justicia. También, la geografía de los distritos puede afectar el funcionamiento del sistema procesal penal, pues en algunos, el difícil acceso a ciertas zonas dificulta que el sistema responda efectivamente a las formas delictivas que se presentan allí.⁶

En segundo lugar, hay factores más institucionales que contribuyen a marcar diferencias en el funcionamiento del sistema procesal penal entre los distritos judiciales y entre los municipios. Se trata de elementos como el tipo de salas de audiencias con las cuales han sido dotados, los medios técnicos de

5 (N. del E.) En el texto original, los autores demuestran esta tendencia a partir de la evaluación de la forma en que el sistema penal reaccionó en 2007 ante dos delitos graves y sensibles en Colombia como son el homicidio y el lavado de activos.

6 (N. del E.) Véanse al respecto García Villegas (2008) y García Villegas y Espinosa (2013).

grabación y registro, los recursos técnicos para la investigación y la propia presencia institucional.

Asimismo, en los distritos pueden existir diferencias importantes. En efecto, entre las cabeceras de distrito y los municipios, la infraestructura y las condiciones de funcionamiento tienden a variar de manera significativa, afectando el sistema y su actuación. En general, las cabeceras de distrito están mejor dotadas y tienen más presencia institucional que los municipios más pequeños. Estas distinciones, que pueden parecer evidentes desde las regiones, tienden a ser ignoradas en el nivel central.

5. Perspectiva subjetiva: funcionamiento diferenciado frente a sujetos y poblaciones

Investigaciones sobre el funcionamiento del sistema penal acusatorio frente a poblaciones específicas han mostrado que este no solamente tiene impactos diferenciados, sino que no ofrece las mismas respuestas para todos y todas las personas, y que incluso algunas de las respuestas que obtienen ciertas poblaciones no son las más adecuadas.

Las investigadoras de la Corporación Humanas hicieron una revisión de casos iniciados por delitos que afectan especialmente a las mujeres, como la violencia intrafamiliar y las lesiones personales y homicidios entre parejas. Esto les permitió encontrar que existe una asimetría entre la información que reciben los procesados cuando se les hace la imputación y la que reciben las víctimas cuando se precluye. Estos problemas de información se reflejan en general en todas las víctimas y constituyen uno de los factores que más parecen limitar su acceso a la reparación.

Esto parece tener impactos diferenciados, que no son siempre reconocidos. En el caso de las mujeres víctimas de violencia de género y, en particular, de violencia sexual, el acceso a la información se limita aún más, no solamente porque la violencia puede provenir de su pareja, sino porque algunos funcionarios hacen especial énfasis en la necesidad de mantener el núcleo familiar y no necesariamente en los derechos que le asisten a la víctima (Corporación Humanas, 2008).⁷

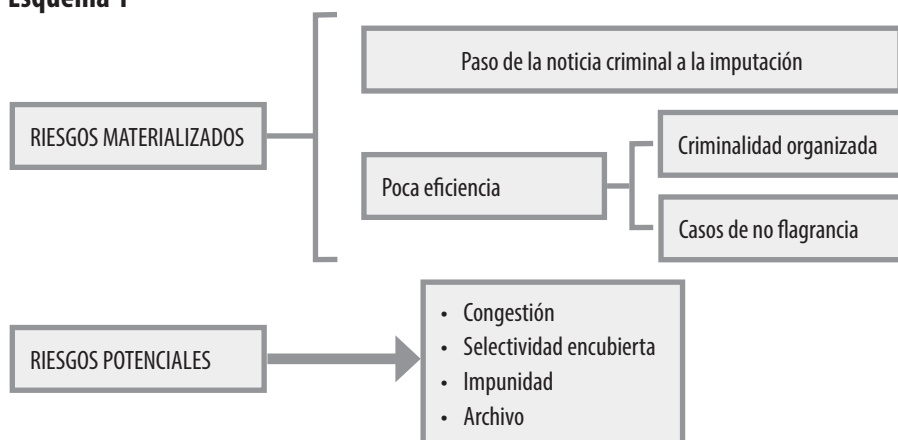
7 (N. del E.) Sobre los particulares obstáculos de acceso a la justicia con que se enfrentan las mujeres, en general, y las mujeres víctimas del conflicto armado, en particular, véase el capítulo 7 (I-B y C). En cuanto al tema específico de las víctimas de violencia sexual y acceso a la justicia, véanse asimismo Dalén (2014), Dalén y Rojas Castro (2015), Guzmán (2008), Mesa

Los anteriores hallazgos, más cualitativos, permiten reconocer que el sistema tiende a responder de manera diferenciada a ciertos grupos poblacionales. Para los niños y las mujeres, por ejemplo, no siempre las respuestas del sistema son las más adecuadas.

6. Riesgos potenciales y materializados detectados en el funcionamiento del sistema procesal penal

Lo dicho hasta ahora permite mostrar que el sistema tiene unas facetas más eficientes y garantistas que otras, y que para poder entenderlas y analizarlas mejor, es necesario que el sistema sea estudiado desde diferentes puntos de vista. Desde una perspectiva procesal, permite establecer que el sistema parece tener más capacidades o generar más incentivos para procesar los casos de flagrancia que los de no flagrancia. Desde una perspectiva sustancial, los resultados del sistema muestran que hay deficiencias frente a la investigación de ciertas formas de criminalidad especialmente graves. Finalmente, si se atiende a la variable regional, es posible encontrar que no hay una única Colombia en lo que se refiere al funcionamiento del sistema procesal penal, pues hay características de cada distrito judicial que afectan directamente el funcionamiento del mismo y que pueden acentuar o profundizar ciertas facetas del sistema, lo que en últimas repercute en que no se pueda afirmar que existe un funcionamiento relativamente homogéneo del mismo.

Esquema 1



de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional (2013), Newman (2015) y Rojas Castro (2015).

Adicionalmente, al analizar diferentes facetas del sistema, fue posible identificar algunos de los riesgos y puntos problemáticos en su funcionamiento. En el esquema 1 se señalan algunos de los principales riesgos identificados.

El primer problema que se ha evidenciado en los primeros años o meses (depende de la fase de implementación) de funcionamiento del sistema, se encuentra en el paso de la noticia criminal a la imputación. Como en el anterior sistema, la indagación continúa siendo un cuello de botella importante.

El segundo problema tiene que ver con la poca eficiencia con la que se procesan delitos que corresponden con formas de criminalidad graves y complejas, como la criminalidad organizada. O al menos así lo muestran los primeros resultados obtenidos.

Las bajas tasas de imputación que caracterizan a muchos delitos, y en particular a algunos de los que pueden considerarse como especialmente graves o sensibles, no solamente muestran que el nuevo sistema mantiene niveles muy significativos de impunidad, sino que tiende a congestionarse de manera considerable en la etapa de indagación. Esta congestión es especialmente problemática si se tiene en cuenta que tiende a ser más grande respecto de ciertos tipos de casos. En particular, aquellos que no llegan por flagrancia, y que por eso requieren de más labores investigativas, y aquellos especialmente graves y complejos. Esto sugiere que la investigación criminal enfrenta problemas sensibles. Adicionalmente, debería prender alarmas sobre los criterios de selectividad que se están empleando en el sistema por parte de las instituciones correspondientes.⁸

Esto permite conectar con los riesgos potenciales identificados hasta ahora. En primer lugar, si es la criminalidad más grave la que tiende a no llegar al proceso formal, y a generar congestión en la indagación, significa que el sistema se está enfocando en ciertas modalidades delictivas menos graves. Esto es problemático porque, como se ha mencionado, los diversos mecanismos con los que cuenta el sistema pretendían facilitar que se concentraran los mayores

8 (N. del E.) Esta preferencia del sistema acusatorio por los casos menos complejos y su incapacidad de atacar las estructuras criminales han sido comprobados en investigaciones posteriores de Dejusticia, tales como García Villegas y Espinosa (2013), García Villegas, Espinosa y Jiménez Ángel (2013) y La Rota y Bernal Uribe (2014). Ello resulta particularmente inquietante considerando que, como se indicaba en Uprimny *et al.* (2006b, pp. 384 y ss), la implementación del sistema penal acusatorio se hizo principalmente con miras a darle un contenido estratégico a la investigación penal y a reducir los altos niveles de ineficiencia e impunidad que padecía la justicia penal colombiana. Sobre estas deficiencias del sistema penal para investigar y sancionar casos de delitos complejos puede verse el capítulo 11 (G).

esfuerzos institucionales en investigar y encauzar la criminalidad más grave —como el crimen organizado—. Pero esto no está ocurriendo. Así, el común denominador es que se capture, procese y condene al portador, o al expendedor, pero no se llega a identificar y procesar a otros miembros de las empresas criminales —o de los conciertos— que seguramente se encuentran detrás de los procesados.

[De acuerdo con lo anterior], junto con los problemas de investigación que parecen subsistir, existe el riesgo de que se genere una especie de selectividad encubierta.⁹ Esta pretendió ser evitada por el sistema mediante mecanismos como el principio de oportunidad, con el que se esperaba un sinceramiento de la política criminal. Sin embargo, frente a su irrelevancia y a la existencia de facetas de funcionamiento poco eficientes para la criminalidad más grave, esta parece ser cada día una realidad más evidente.

Un último riesgo que resulta fundamental reconocer es el de la congestión en el juzgamiento. Aunque en principio este sistema logra procesar rápidamente las imputaciones, lo cierto es que ya se empieza a generar congestión judicial.¹⁰

Referencias

- Bernal Uribe, C. y La Rota, M. E. (2011a). Monitoreo de sanciones a adolescentes. Formulación de metodologías. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.341.pdf
- Bernal Uribe, C. y La Rota, M. E. (2011b). Sanciones a adolescentes en el distrito judicial de Medellín. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.353.pdf
- Bernal Uribe, C. y La Rota, M. E. (2012). El delito de inasistencia alimentaria. Diagnóstico acerca de su conveniencia. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recupe-

9 (N. del E.) Esta selectividad del sistema penal, que se manifiesta en las diferentes perspectivas de análisis desarrolladas en este texto, es abordada en los capítulos 4 (a propósito de los valores de corte neoliberal que inspiran este sistema penal) y 12 (relativo a la desigual persecución de los delitos de narcotráfico según la región, el eslabón de la cadena criminal y el grupo poblacional).

10 (N. del E.) Cuando el sistema acusatorio llevaba apenas unos meses de implementación, Uprimny *et al.* (2006b, pp. 384 y ss.) previeron algunas de las dificultades que son enlistadas aquí y que han sido confirmadas con el tiempo. Para otras aproximaciones de Dejusticia al funcionamiento de distintas aristas del sistema penal acusatorio, puede consultarse el capítulo 11 (F) de esta compilación, sobre prisión preventiva. Igualmente, cfr. Bernal Uribe y La Rota (2011a, 2011b, 2012) y La Rota, Montoya, Páramo y Uprimny (2010).

rado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.260.pdf

Consejo Superior de la Judicatura (2014). *Informe al Congreso de la República. Gestión de la administración de justicia - 2013*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Córdoba Poveda, J. (2006). Esquema general del nuevo sistema acusatorio. En *Sistema Penal Acusatorio. Rol del perito y de la Policía Judicial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), Academia Superior de Inteligencia y Seguridad Pública.

Corporación Humanas (2008). *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Corporación Humanas.

Dalén, A. (2014). #TiempoDeActuar. Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/tiempodeactuar-opinion-annika-dalen/412485-3>

Dalén, A. y Rojas Castro, S. (2015). *Formación en violencia sexual en el conflicto armado: una propuesta metodológica para funcionarios*. Documentos 22. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.705.pdf

García Villegas, M. (ed.) (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.

García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf

García Villegas, M., Espinosa, J. R. y Jiménez Ángel, F. (2013). *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia*. Documentos 5. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.590.pdf

Guzmán, D. E. (2008). Las cinco principales deficiencias en la investigación de los crímenes de violencia sexual: inclusión de la perspectiva de género en el trabajo de la Fiscalía como mecanismos para reducir la impunidad. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf

La Rota, M. E. y Lalinde Ordóñez, S. (2012a). Derechos de las víctimas en el proceso penal. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

La Rota, M. E. y Lalinde Ordóñez, S. (2012b). Participación plural o colectiva de víctimas en el proceso penal. Jurisprudencia constitucional. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

- La Rota, M. E., Montoya, V., Páramo, A. y Uprimny, R. (2010). Proyecto acerca de la violencia contra trabajadores sindicalizados. Evaluación de la judicialización de delitos contra trabajadores sindicalizados. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.255.pdf
- Mesa de Seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional (2013). *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual. Quinto informe de seguimiento al Auto 092 de la Corte Constitucional. Anexo reservado*. Bogotá: Mesa de Seguimiento al Auto 092. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.335.pdf
- Newman, V. (2015). Purga o la opresión de las botas. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/purga-la-opresion-de-las-botas-opinion-vivian-newman/421452-3>
- Rodríguez Garavito, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 405-469). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Rojas Castro, S. (2015). Reconociendo la verdad. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/reconociendo-la-verdad-opinion-silvia-rojas-castro/420656-3>
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006a). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006b). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 319-402). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

E. La defensa pública penal en Colombia

Carolina Bernal Uribe (2015)

Extractos tomados de:

Bernal Uribe, C. (2015). Colombia. En *Defensa penal efectiva en América Latina* (pp. 235-287). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.742.pdf

En este capítulo describimos el marco normativo [de la defensa pública] en Colombia, y lo contrastamos con la manera en que esta es ejercida en la práctica. Para ello nos fundamentamos en cinco tipos de fuentes: normatividad vigente; jurisprudencia vigente; diagnósticos del desempeño del sistema nacional de defensoría pública (en adelante, SNDP); entrevistas semiestructuradas con funcionarios judiciales realizadas entre enero y abril de 2013, procesados del sistema de justicia, abogados del sistema público y abogados privados, entre otros; y, finalmente, en la respuesta a un derecho de petición dirigido a la Defensoría del Pueblo.

El documento tiene [cuatro] partes. [En la primera parte] hacemos una caracterización del servicio de defensa pública en el país, [...]. En la [segunda] parte examinamos la cultura profesional de los abogados defensores, y en la [tercera], describimos cómo ha sido el compromiso político frente a la defensa en materia penal. Terminamos con algunas conclusiones [...].¹

1 (N. del E.) Es necesario advertir que aquí se han omitido las secciones del texto original en las que se hace una caracterización del sistema de justicia penal colombiano y se desarrolla un análisis crítico del marco normativo de los derechos: a la información en el marco de un proceso penal, a la propia defensa, a garantías procesales, y que permiten la efectividad de la defensa. Se ha recortado asimismo la sección correspondiente a las recomendaciones, pero ella puede encontrarse en el capítulo 20 (C) de esta compilación.

1. Asistencia legal

1.1. Estructura y organización de la defensoría pública

El servicio de asistencia legal del Estado es administrado por la Defensoría del Pueblo, [cuyo] objeto principal es impulsar la efectividad de los derechos humanos en el marco del Estado social de derecho promovido por la Constitución. Para ello, dispone de defensorías delegadas en distintos temas y de cuatro direcciones nacionales, entre las que está incluido el sistema nacional de defensoría pública (en adelante, SNDP).

En términos internacionales, la Defensoría es el *ombudsman* colombiano. Aunque el gasto en defensa pública suele ascender a un poco más del 50 % del presupuesto total de la Defensoría, es bajo comparado con el Presupuesto General de la Nación. Para 2012, por ejemplo, el presupuesto total de la Defensoría del Pueblo fue de cerca de 140 millones de dólares, lo cual equivale al 0,17 % del Presupuesto General de la Nación.² La tabla 1 presenta la evolución del total del presupuesto del SNDP y su relación con el Presupuesto General de la Nación. Adicionalmente, muestra cómo ha variado el número de defensores públicos, lo cual es un indicador claro de la importancia de la política pública en términos de los recursos asignados a ella.

Tabla 1. Evolución presupuesto defensa pública vs. Presupuesto General de la Nación y número de defensores públicos

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Presupuesto defensa pública (millones de dólares)	10,4	10,2	9,99	17,4	22,97	31,7	42,2	46	54,2	66,7	70,5
Defensa/ Presupuesto General de la Nación (%)	0,03	0,03	0,02	0,04	0,04	0,05	0,06	0,06	0,07	0,09	0,08
Número de defensores	1.026	987	1.138	1.369	1.646	1.549	2.063	2.251	2.212	2.676	2.911

Fuente: respuesta a derecho de petición de la Defensoría y leyes del Presupuesto General de la Nación. Elaboración propia con tasa de cambio de COP 1.900 por dólar.

² El presupuesto general de la nación absoluto ascendió a \$165,3 billones para el año 2012 (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2012).

Los recursos de la defensa pública no se destinan exclusivamente a la defensa de sospechosos o procesados en materia penal. Además, el SNDP tiene a cargo la representación de las víctimas en casos establecidos por la legislación colombiana y sirve de apoderada en casos ante las jurisdicciones civil, laboral y administrativa, entre otras funciones.³

Con base en lo anterior, algunos estudios (Corporación Excelencia para la Justicia, 2010, p. 87) han argumentado que el aumento de la carga de la Defensoría ha llevado a que los recursos disponibles resulten insuficientes para la defensa penal, pues apenas alcanzan para cubrir los honorarios de los defensores y los gastos regulares de la administración de servicios, sin permitir la inversión en mejoras del sistema.

1.2. El servicio de defensa pública

Para explicar el funcionamiento del servicio de defensa pública presentamos primero una descripción crítica de los actores involucrados (defensores y usuarios) y luego analizamos cómo se provee el servicio.

1.2.1. Los defensores públicos

A partir de 2005, únicamente los abogados contratados como defensores públicos por el SNDP, los egresados de Derecho que realicen su judicatura en el SNDP y los estudiantes de consultorio jurídico pueden prestar los servicios de asistencia y representación penal ofrecidos por el Estado.⁴ A continuación, nos concentraremos en la prestación del servicio por parte de los abogados contratados por el SNDP como defensores. Ellos son quienes cuentan con facul-

3 Hasta la fecha, existen 10 programas de defensa pública: 1. Penal ordinario, con el Sistema Acusatorio y el Sistema Mixto, 2. Responsabilidad Penal de Adolescentes, 3. Justicia Penal Militar, 4. Descongestión de Cárceles, 5. Casación Penal, 6. Civil, 7. Familia, 8. Laboral, 9. Administrativo, 10. Casas de justicia, 11. Oficina Especial de Apoyo, y 12. Indígenas. Adicionalmente, las leyes de Justicia y Paz (975 de 2005), de Infancia y Adolescencia (1098 de 2006), Sobre formas de violencia y discriminación contra las mujeres (1257 de 2008) y de Víctimas y restitución de tierras (1448 de 2011) encargaron al sistema nacional de defensoría pública de la representación de las víctimas en el marco de cada una de ellas.

4 Antes de la Ley 941 de 2005, que organiza el SNDP, la asistencia legal del Estado era provista tanto por defensores públicos contratados para ello por la Defensoría (así ocurre actualmente) como por abogados de oficio. Estos últimos eran profesionales particulares designados para los casos en los que el procesado no pudiera contratar a un abogado de confianza. Los resultados de una evaluación realizada en 2003 por la misma Defensoría del Pueblo, de acuerdo con la cual el servicio ofrecido por los defensores de oficio resultaba de baja calidad, justificaron en buena medida la desaparición de esta figura (Defensoría del Pueblo, 2004).

tades más amplias en el ejercicio de la defensa y representan la mayoría de defensores públicos.

La selección de defensores públicos está a cargo del SNDP, que somete a evaluación a aspirantes previamente inscritos en el Registro Nacional de Defensores Públicos para cubrir las necesidades del servicio. Para que una persona pueda aspirar a ser defensor público debe tener un posgrado en materias directamente relacionadas con el programa de defensa al que busque pertenecer (o experiencia en el mismo campo), y contar con experiencia de al menos dos años en el área del programa al que se postula.

Sin embargo, según los funcionarios de la Unidad de Registro y Selección del SNDP, para las “zonas de tratamiento especial”, alejadas de los principales centros urbanos y que pueden vivir situaciones complicadas de orden público, resulta difícil encontrar abogados que cumplan con los requisitos mencionados. Por esa razón, los requisitos son menos exigentes para estos sectores, pues omiten la formación académica.

Tras la evaluación de los candidatos, los seleccionados son vinculados a la Defensoría de Pueblo por contrato de prestación de servicios por periodos renovables de un año, y por ello reciben una remuneración mensual de aproximadamente USD 1.970. Si bien este monto no es bajo en comparación con el ingreso promedio de los colombianos,⁵ resulta inferior comparado, por un lado, con los salarios de los abogados particulares por fuera de la Defensoría⁶ y, por el otro, con los salarios de los funcionarios de estatus similar al de los defensores.⁷

Desde el inicio de la Defensoría del Pueblo, los defensores públicos han sido contratados por contrato de prestación de servicios y no como funcionarios públicos. Por ello, se trata de trabajadores independientes que pueden tener

5 De acuerdo con el Departamento Nacional de Estadística (DANE), el salario promedio mensual de los trabajadores del sector formal en Colombia para el trimestre abril-junio de 2013 fue de COP 1.409.000 (cerca de USD 725); el de los trabajadores informales fue de COP 642.000 (cerca de USD 330); y el de todos trabajadores formales e informales, de COP 1.030.102 (aproximadamente USD 530) (Portafolio, 2013).

6 Según la tarifa de honorarios [profesionales para 2012-2013 fijada por la Junta Directiva Nacional del Colegio Nacional de Abogados], por la consulta oral en materia penal debe cobrarse al menos un salario mínimo mensual vigente (que a 2013 era de COP 589.500, aproximadamente USD 313). Así, el salario de un abogado privado igualaría el de uno público al atender cinco consultas al mes, algo muy inferior a su carga de trabajo real.

7 Los defensores públicos devengan menos que los jueces y fiscales con competencia sobre los mismos casos. Los primeros tienen salarios que varían entre COP 4.600.000 (aproximadamente USD 1.470) para los niveles más bajos y COP 8.900.000 (aproximadamente USD 4.780) para los más altos. Departamento Administrativo de la Función Pública, decretos 1035 y 1024 de 2013.

negocios por fuera de la Defensoría en calidad de abogados de confianza.⁸ Por algunas de las entrevistas pudimos establecer que esta situación puede ser inconveniente en la medida en que ciertos defensores aprovechan para trasladar clientes de la Defensoría a sus despachos privados. Este fenómeno representa claramente un riesgo para las personas que necesitan de la defensa pública, pues podrían verse obligadas a sufragar su defensa aun cuando no contaran con la capacidad para hacerlo.

1.2.2. Los usuarios

Las condiciones bajo las que potencialmente una persona puede usar los servicios de defensa pública están en la ley que organiza el SNDP [Ley 941 de 2005] y en la Resolución de la Defensoría del Pueblo que la reglamenta [Resolución 1001 de 2005]. De una lectura armonizada de ambas normas, concluimos que hay tres situaciones en las cuales una persona puede ser usuaria de los servicios de la defensa pública:

- I. Cuando no cuenta con las posibilidades sociales (como discriminación u otra circunstancia excluyente) o económicas (como carencia de recursos) para acceder a un abogado particular. Según la Resolución mencionada, para determinar si la persona que solicita el servicio cuenta o no con los recursos para asumir los costos de un proceso judicial debe tener en cuenta: i) los ingresos y egresos familiares, ii) el patrimonio, iii) el número de personas a cargo, iv) la profesión u oficio de quien solicita el servicio, v) la situación jurídica de la vivienda y vi) la clasificación en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de programas sociales (Sisbén).
- II. Cuando no puede contratar a un abogado por razones de fuerza mayor, entendiendo como tal que los abogados particulares se nieguen a prestar sus servicios por motivos de seguridad; o que, por la trascendencia o connotación de los hechos criminales para la sociedad, previo análisis de las circunstancias especiales, la Defensoría determine la necesidad de designar un defensor público.
- III. Por necesidad en el proceso, en los casos en que se requiera formular la imputación o solicitar la imposición de medida de aseguramiento y

8 En este texto usamos de manera intercambiable los términos “abogado/defensor de confianza” y “abogado/defensor privado” para hacer alusión a la defensa técnica en materia penal que es sufragada de manera personal por el indiciado, procesado o condenado.

haya una declaración de persona ausente o de contumacia en el proceso judicial.

Los tres criterios tienen en común que reservan la actuación de la defensoría pública a un papel subsidiario y residual, pues, en principio, la defensa en los procesos penales debe ser asumida por abogados particulares. Además, la posibilidad de beneficiarse de los servicios de la defensa pública no está condicionada por el tipo de delito, ni por la etapa en que se encuentren los procedimientos penales, ya que el debido proceso —que incluye el derecho de defensa— es un derecho fundamental y, por tanto, lo tienen todos los ciudadanos. En los casos en que los usuarios carecen de medios económicos para proveerse de defensa técnica, la pública es completamente gratuita. Bajo las otras dos condiciones de elegibilidad para el servicio, los usuarios deben pagar a la Defensoría el costo de los servicios.

1.2.3. Provisión del servicio de defensa pública

La defensoría pública ofrece cinco modalidades de servicio en materia penal: i) asesoría, ii) representación extrajudicial,⁹ iii) representación judicial, iv) actividades de investigación criminal,¹⁰ y v) actividades de criminalística y ciencias forenses.

Los defensores públicos cuentan con independencia para definir la estrategia de defensa. La Defensoría únicamente ejerce dos tipos de control de las labores de defensa por medio de coordinadores administrativos y de gestión: i) uno formal, de verificación de condiciones mínimas de diligencia en la labor defensorial, como la asistencia a las audiencias y su no aplazamiento, así como de revisión de los informes de gestión que los defensores públicos deben presentar mensualmente para dar cuenta de las actividades realizadas durante ese periodo; y ii) otro más sustancial, de asistencia aleatoria a algunas de las audiencias para verificar la calidad de la defensa. Sin embargo, el control de los coordinadores administrativos y de gestión enfrenta limitaciones importantes. Por definición se trata de una supervisión a profesionales con independencia (debido a su vinculación como contratistas) y que por ello tienen un margen

9 Este servicio tiene lugar cuando quien se entera de que cursa una investigación penal en su contra otorga poder a un defensor público para que adelante labores de investigación que podrían ser útiles en un eventual proceso penal.

10 Esta es la actividad probatoria adelantada por la Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC) del SNDP con el objetivo de fundamentar la teoría del caso de la defensa.

amplio de libertad para elegir la estrategia de defensa (incluyendo la posibilidad de elegir guardar silencio como estrategia de defensa). Además, en la práctica son muy pocos los casos en que los coordinadores de gestión pueden realizar un control sustancial, pues ello suele limitarse a los casos en los que los coordinadores hacen reemplazos de los defensores en alguna audiencia.

Por otro lado, la Defensoría les impone a los defensores públicos la obligación de asistir a las “barras académicas” [Ley 941 de 2005, arts. 40, 41 y 42]. Este es el esfuerzo más claro y continuado de capacitación, pues se han celebrado desde el nacimiento de la defensoría pública. El objetivo de estas barras es darles a los defensores los elementos de juicio necesarios para la definición de estrategias de defensa. Se trata de reuniones semanales de actualización de conocimientos en materia de defensa penal.

A las barras académicas se unen otras actividades y herramientas de actualización, como la relatoría, que es una publicación periódica sobre los pronunciamientos y principales precedentes de las altas Cortes; las barras unificadas, que consisten en reuniones de defensores de distintos lugares del país; las barras descentralizadas, que son reuniones también de carácter académico en las regionales que no tienen coordinador académico, y los diplomados y demás actividades de capacitación que les ofrece el SNDP a los defensores.

Aunque la percepción general de los resultados de las barras y los programas de capacitación de SNDP es que son buenos, no existen evaluaciones de impacto sobre ellos. Por esa razón, no es posible saber con certeza en qué medida son útiles para asegurar la calidad de la defensa pública. La duda respecto de este último aspecto se debe a una falencia importante en los contenidos que suelen trabajarse en las barras académicas, pues se concentran en la discusión de la dogmática y procedimiento penales, y descuidan temas como la gestión eficiente de casos y el aprovechamiento de la prueba técnica.

Para evaluar la provisión de defensa pública es importante conocer qué porcentaje representa del total de la defensa penal. Sin embargo, para Colombia no existen cifras suficientemente completas que permitan dar una respuesta confiable al respecto. Por esta razón, además de dejar constancia de la necesidad de que el SNDP mida la cobertura de su labor, presentamos algunos cálculos que dan una aproximación ilustrativa del tamaño del servicio prestado por la defensoría pública.

Antes de la entrada en vigencia del SA [sistema acusatorio], la Defensoría del Pueblo realizó estudios para evaluar qué cambios requeriría la entrada en vigencia del nuevo modelo procesal. Según uno de esos estudios, el servicio de

defensa era asumido en un 5 % por defensores públicos, 82 % por defensores de oficio y 13 % por defensores privados (Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación, 2004). Al eliminar la defensoría de oficio, el reto del SA consistía en fortalecer la defensa pública para que pudiera absorber la demanda por defensa gratuita que venían asumiendo los defensores de oficio. Dicho estudio señalaba que para ello era necesario elevar el número de defensores públicos en un 162 % en 2005.¹¹ Sin embargo, como muestra la tabla 1, el número de defensores públicos para 2005 se incrementó solo en un 20 % con respecto al año anterior.

La Defensoría del Pueblo (2012) señala que los 2.676 defensores públicos tienen una carga anual promedio de 64 casos, de lo que resulta un total de 171.264 casos atendidos en 2011. Sin embargo, esta medida no precisa adecuadamente la carga laboral de estos trabajadores, pues su actuación en los casos puede variar, desde una sola actuación (comúnmente, la audiencia de imputación) hasta el acompañamiento durante todo el proceso.

El informe *La defensoría pública en cifras* (2008) señala que la participación de los defensores públicos resulta protagónica en las primeras audiencias del proceso penal, en especial en las de imputación. Durante el periodo 2005-2007, los defensores públicos atendieron el 75 % del total de las audiencias de imputación. De esto puede concluirse que la labor desempeñada por la defensoría pública juega un papel central para la defensa en uno de sus momentos más decisivos: la imputación; pero, además, para la defensa de algunos de los procesados más vulnerables, pues una porción importante de los casos en los que la defensoría pública asume las labores de defensa corresponden a usuarios privados de la libertad. La Defensoría señala que, entre 2006 y 2012, en el 61 % de los casos asignados a defensores públicos, la defensa inició con un indiciado capturado (2012).

2. La cultura profesional de los abogados defensores

En el marco del SA, el rol del abogado defensor es principal, pues por tratarse de un proceso de partes, casi toda la carga del impulso al proceso recae en el ente acusador y en la defensa. En 2005, cuando este sistema fue introducido al

11 De acuerdo con los cálculos de la Universidad de los Andes y el Instituto SER de Investigación (2004), el número de defensores públicos de todo el país a la entrada en vigencia del Sistema Acusatorio en 2005 debía ser de 2.989. Para 2004, el total de defensores era de 1.138. Estos cálculos se hicieron bajo el supuesto de que el total de procesos penales en 2004 fue de cerca de un millón.

país, el recién creado SNDP se apropió de esta idea y se concentró en el objetivo de que sus funcionarios fueran capaces de alcanzar el nivel de actividad que el nuevo sistema exigía. Así, la misma defensoría pública entendió que su papel dentro del proceso penal implicaba asumir “un ejercicio activo de la defensa, convertida en un equipo técnico, científico y jurídico, capacitado para abocar aspectos prácticos de la actividad procesal, acaso olvidados en la metodología procesal mixta”; [...] (Defensoría del Pueblo, 2005, p. 8).

Consistente con este entendimiento, la Defensoría ha invertido importantes recursos en la capacitación de los defensores públicos, como mencionamos en la sección [1] sobre la asistencia legal. En el caso de los defensores de confianza, es difícil generalizar cuál es su percepción del propio rol que asumen en el proceso penal. Sin embargo, de acuerdo con las entrevistas con defensores públicos y fiscales, la generalidad de los abogados de confianza tardó más tiempo que la Defensoría en entender el protagonismo que debían asumir en un proceso adversarial.

A pesar de la claridad que han ido alcanzando los abogados defensores de su papel en el SA, esto no siempre se refleja en el ejercicio diario de la defensa. Según las entrevistas con defensores públicos y algunos de los privados, la escasez de recursos humanos y materiales, el exceso en la carga laboral y la falta de entendimiento de la utilidad de la prueba técnica han llevado a que, en muchas situaciones, la estrategia de defensa se reduzca a buscarle defectos a la actividad investigativa y procesal de la Fiscalía, antes que a la construcción activa de una estrategia de defensa basada en evidencia.

Otro de los factores que suele tener incidencia en la construcción de la propia imagen de los defensores son los colegios de abogados (*bar association*). Colombia no cuenta propiamente con una entidad que ejerza las funciones de regulación de la profesión legal y que promueva la competencia y establezca estándares éticos de la manera en que suelen hacerlo los colegios de abogados.¹² En su lugar está la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que desde la Rama Judicial tramita los procesos disciplinarios en contra de abogados o funcionarios judiciales.

La calidad del servicio de defensa puede variar ampliamente entre los abogados públicos y privados, así como también en el interior de estos dos grupos. Sin embargo, para asegurar estándares mínimos, el Código Disciplinario

12 (N. del E.) Sobre este tema, véase también García Villegas (2010, 2014a, 2014b).

del Abogado consagra un amplio listado de deberes profesionales.¹³ Adicionalmente, [...] el CPP [Código de Procedimiento Penal, artículo 125] consagra también unos deberes específicos en relación con los abogados defensores en procesos penales.¹⁴ En caso de incumplimiento de los deberes generales de abogado, o de los específicos como defensor en materia penal, pueden interponerse quejas ante la Sala Disciplinaria, o en el caso de los defensores públicos, acudir ante la propia Defensoría para que examinen el caso y, eventualmente, apruebe un cambio de defensor.

3. Compromiso político con la defensa penal efectiva

Uno de los objetivos del SA fue hacer más garantista el sistema penal. Para ello se creó el SNDP y se hicieron reformas enfocadas en darle prevalencia al valor de la libertad (Corporación Excelencia para la Justicia, 2010), en particular en lo relacionado con el uso de la prisión preventiva.¹⁵ Esto puede entenderse como una muestra de compromiso político con la efectividad de la defensa penal de los últimos años. Sin embargo, este compromiso tiene límites sustanciales, que se derivan principalmente de que la defensa penal tenga que competir —en recursos y en atención de los funcionarios— con los derechos de las víctimas. Desde la expedición de las múltiples leyes sobre los derechos de las víctimas,¹⁶ se le encargó a la defensoría pública representar también en los procesos penales y en los incidentes de reparación a las víctimas. Según el último informe de la Defensoría del Pueblo al Congreso, el SNDP ejercía para 2012 la representación judicial de cerca de 250.000 víctimas.¹⁷

Según defensores públicos y funcionarios de alto rango del SNDP, el aumento en la carga de trabajo por cuenta de la inclusión de la defensa de las

13 Ley 1123 de 2007, artículo 28. Deberes de los abogados.

14 (*N. del E.*) En otro lugar del texto original, la autora advierte lo siguiente: “A pesar de la relevancia de la investigación para el cumplimiento del deber de los defensores de ‘preparar la defensa’, esta actividad solo se encuentra regulada para la defensa pública (Ley 941 de 2005). En el caso de los defensores privados, esta actividad no cuenta con ningún referente normativo” (p. 258).

15 (*N. del E.*) Sobre la incidencia cuantitativa de la prisión preventiva en Colombia y las debilidades institucionales que deben enfrentar los funcionarios judiciales al tomar decisiones al respecto, consúltese el capítulo 11 (F) de esta compilación.

16 Estas leyes incluyen la 975 de 2005 y 1592 de 2012 (de Justicia y Paz), 1098 de 2006 (para víctimas menores de edad), 1257 de 2008 (para mujeres víctimas de violencia y discriminación), 1448 de 2011 (para procesos de restitución de tierras y otros).

17 La gran mayoría de víctimas representadas judicialmente por el SNDP son del Proceso de Justicia y Paz (Defensoría del Pueblo, 2013, pp. 397-401).

Tabla 2. Evolución del presupuesto del SNDP vs. cambio en carga de trabajo

	Presupuesto defensa pública (millones de \$)	Cambio presupuesto (%)	Carga por defensor	Cambio carga (%)
2002	19.892	...	41	...
2003	19.362	-3	61	50
2004	18.974	-2	50	-19
2005	32.970	74	40	-19
2006	43.642	32	56	40
2007	60.240	38	75	35
2008	80.232	33	73	-3
2009	87.493	9	89	22
2010	102.936	18	98	10
2011	126.677	23	102	4
2012	133.894	6	100	-2

Fuente: cálculos propios con información de la Defensoría del Pueblo (2012).

víctimas no estuvo acompañado de un incremento proporcional en los recursos del sistema. Sin embargo, una revisión simple de los aumentos presupuestales entre 2002 y 2012 (véase tabla 2) no permite hacer afirmaciones concluyentes al respecto. Esto, pues con la entrada en vigencia de las leyes de víctimas (en 2005), sí se realizaron aumentos presupuestales que en varios años (2005, 2008, 2010, 2011 y 2012) fueron porcentualmente mayores que los incrementos en la carga de trabajo del SNDP. Además, porque para hacer una valoración adecuada de la suficiencia de los aumentos presupuestales del SNDP, hace falta conocer información que no tenemos, como qué tan dispendiosos son los casos a cargo del SNDP, o qué tan grande era el déficit por recursos desde antes de que se hicieran los aumentos presupuestales.

4. Conclusiones

En la práctica se presentan inconvenientes de distinto tipo que impiden que la defensa tenga el papel protagónico que se espera de ella en un sistema

adversarial. Lo anterior no significa que no existan en absoluto problemas de tipo normativo pues [...] todavía hay posibilidades de mejorar la protección normativa de los derechos necesarios para garantizar la defensa efectiva. Se pueden identificar [cinco] áreas donde se presenta este tipo de problemas.

En [primer] lugar, no se ha identificado ni evaluado adecuadamente la demanda por defensa penal. En efecto, en el último decenio no se ha hecho una evaluación completa de las necesidades del servicio de defensa penal —ni del público ni del privado—. Este tipo de falencias impide tomar decisiones de política pública debidamente fundamentadas en evidencia empírica generalizable. En particular, esto sucede respecto de cuestiones básicas como cuál debe ser la planta de personal de defensores públicos e investigadores de la defensa, o cómo deben distribuirse los recursos humanos y materiales para responder adecuadamente a las necesidades del servicio.

En [segundo] lugar, en términos generales, la asistencia legal pública ofrecida es percibida como un servicio de calidad aceptable. La importancia que el SNDP les otorga a las capacitaciones frecuentes y al sistema de “barras” ha permitido obtener resultados positivos. Sin embargo, los defensores públicos indican que sus labores se ven afectadas por factores como remuneraciones muy bajas, condiciones laborales inestables, exceso en su carga laboral y falencias en el control sobre su trabajo.

A su vez, la posibilidad de que los defensores puedan atender negocios por fuera de la Defensoría en calidad de abogados privados ha generado inconvenientes para el servicio de defensa pública. Por una parte, que los abogados se sobrecarguen de trabajo para mejorar sus ingresos, y así le dediquen menos tiempo a los casos que les asigna la Defensoría; por la otra, que se cree un incentivo perverso por el cual, en ocasiones, defensores públicos podrían direccionar algunos de los casos asignados por el SNDP hacia sus despachos privados.

Finalmente, estos problemas se suman a que el SNDP cuenta con mecanismos débiles de control de la gestión de los defensores públicos (reducidos casi por completo a controles formales), que en ocasiones se ven limitados por la idea de la independencia profesional de los defensores como resultado de que sus vinculaciones sean por contratos de prestación de servicios.

En [tercer] lugar, la defensa pública tiene menos recursos investigativos que la FGN. A pesar de importantes esfuerzos por dotar a la defensoría pública de un cuerpo de investigación y de recursos humanos y materiales que le permitan realizar el principio de la igualdad de armas,¹⁸ aún existen grandes

18 (N. del E.) En el texto original se explica que “[...] el principio de igualdad de armas

diferencias entre los recursos de su Unidad Operativa de Investigación Criminal (UOIC) y los de la Fiscalía. Cuando la defensa es asumida por abogados de confianza que representan a indiciados/procesados con recursos moderados —no tan bajos como para acudir a la defensa pública, pero tampoco tan altos como para elegir firmas de alto nivel—, la diferencia de recursos y de capacidad logística frente a la FGN se vuelve mucho mayor. En los casos en que la defensa es asumida por defensores públicos, la existencia de la UOIC supone un respaldo institucional importante para el desarrollo de las actividades de investigación.

Un [cuarto] problema es la percepción de que el presupuesto para defensa pública es insuficiente. Los recursos asignados al SNDP deben ser distribuidos en actividades distintas a la defensa en materia penal (principalmente de representación de víctimas), y aunque los defensores del SNDP sienten que dicha ampliación de las responsabilidades no ha estado acompañada de un aumento proporcional en los recursos, a partir de cálculos simples no es posible determinar si esta apreciación es correcta.

Finalmente, aún no se han hecho ajustes razonables para la defensa de poblaciones en situación de vulnerabilidad. Desde su creación, el SNDP tiene pendiente esta tarea. En particular, no ha implementado mecanismos efectivos para asegurar el acceso a la justicia de las personas que se comunican en idiomas o lenguajes distintos al español hablado, como ciertos grupos indígenas o determinadas personas en situación de discapacidad. Igualmente, no ha adaptado las condiciones de acceso al servicio de defensa de la población carcelaria, para la cual es difícil mantener el contacto con sus defensores, ni de las personas que viven en las zonas más apartadas de los principales cascos urbanos, pues en muchas ocasiones se encuentran con la dificultad de que los defensores públicos son escasos o inexistentes en los lugares donde viven.

Referencias

Corporación Excelencia en la Justicia (2010). *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia*. Bogotá: Kimpres.

ha sido entendido por la Corte Constitucional ‘no solo [como] la posibilidad de controvertir frente a la otra parte en igualdad de condiciones (principio del juicio justo o equitativo), sino [también como] procurar la participación del acusado en el proceso, en condiciones que enmienden el *desequilibrio* entre los medios de que dispone este y de los que dispone el fiscal o acusador, los cuales son claramente superiores’ [sentencia T-1110 de 2005]. Así, este principio es considerado por el tribunal constitucional como una parte esencial del derecho de defensa y del debido proceso [sentencia C-127 de 2011]” (pp. 268-269).

- Defensoría del Pueblo (2004). *Investigación defensa de oficio*. Bogotá: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Defensoría del Pueblo (2005). *El defensor público en el sistema acusatorio colombiano*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo (2008). *La defensoría pública en cifras*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo (2012). *Respuesta a petición sobre información de asistencia jurídica y defensa pública*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Defensoría del Pueblo (2013). *Vigésimo informe anual del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- García Villegas, M. (ed.) (2010). *Los abogados en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional.
- García Villegas, M. (2014a). Los abogados y la justicia. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/los-abogados-y-justicia-columna-522812>
- García Villegas, M. (2014b). Abogados y sociólogos. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/abogados-y-sociologos-columna-532845>
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2012). *Comunicado de prensa 031: Presupuesto General de la Nación 2012: más empleo, menos pobreza y más seguridad con solidez fiscal*. Bogotá: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Portafolio (2013). Ingresos de los trabajadores informales crecen menos. *Portafolio*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/ingresos-trabajadores-informales-colombia>
- Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación (2004). *Plan operativo para la implementación de la reforma del sistema penal colombiano*. Bogotá: Uniandes e Instituto SER.

F. Los funcionarios judiciales ante la prisión preventiva

Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal Uribe (2013)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2013). Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Informe Colombia. En VV.AA. *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú* (pp. 71-76, 105-107). Washington: Due Process of Law Foundation. Recuperado de <http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>

En este estudio analizamos las principales presiones e injerencias a las que están sometidos los jueces y fiscales colombianos cuando tienen que tomar decisiones relativas a la imposición de la prisión preventiva.¹ La investigación parte de la hipótesis de que los funcionarios judiciales de la región son, en menor o mayor medida, vulnerables a presiones externas, legítimas e ilegítimas, que les dificultan interpretar y aplicar razonablemente la normatividad de la detención preventiva.

En nuestra investigación encontramos evidencia cualitativa que sugiere que esta hipótesis es cierta, al menos para algunos casos con características específicas. Una de las conclusiones del documento es que el principal desafío de las autoridades judiciales es detectar y caracterizar adecuadamente estos fenómenos y, a la vez, crear y adaptar herramientas de gestión y política judicial que permitan que, dentro del contexto de los países de nuestra región, las actuaciones de los funcionarios se ajusten a los dictámenes constitucionales y legales.²

1 (N. del E.) Según el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 59 de la Ley 1453 de 2011) sobre la solicitud de imposición de medidas de aseguramiento —entre las que se encuentra la prisión preventiva—, tanto el fiscal como la víctima (o su apoderado) pueden solicitar al juez de control de garantías la imposición de estas medidas, siendo este último quien emitirá la decisión sobre su conveniencia y urgencia.

2 (N. del E.) En esta selección de extractos hemos conservado únicamente tres apartes

El orden del documento es el siguiente: 1) Analizamos cuantitativamente la incidencia de la prisión preventiva. 2) Exponemos las debilidades institucionales con las que se enfrentan los funcionarios judiciales en relación con las decisiones que han de tomar acerca de la prisión preventiva. 3) Presentamos unas conclusiones y hacemos recomendaciones.

1. Evolución de la prisión preventiva. Análisis cuantitativo

Durante la última década, la cantidad de internos en Colombia ha crecido a niveles dramáticos. Pero la intensidad agregada y nacional de utilización de la prisión preventiva, al menos desde el punto de vista cuantitativo y comparado con otros países de la región, parece menos alta. [En cuanto a] la evolución nominal del número mensual promedio de personas internas y detenidas, [encontramos] un aumento importante de la población carcelaria, que desde el inicio de los años noventa del siglo XX es constante, salvo una leve disminución en la mitad de la primera década del 2000.

La relación con la capacidad carcelaria —desde que tenemos datos— ha sido cíclica. Pero en los últimos años constatamos un aumento importante de la sobrepoblación, llegando casi al equivalente de la mitad de la población carcelaria. No obstante, observamos que el aumento del número de internos ha venido siendo jalonado casi totalmente por un crecimiento de la población condenada, mientras que la cantidad de personas detenidas parece haberse mantenido relativamente constante. Mientras que la tasa de personas condenadas internas por cada 100.000 habitantes ha aumentado casi de manera constante desde el inicio de los años noventa del siglo XX hasta el presente, pasando de casi 40 a más de 160, la tasa de personas detenidas ha tenido un comportamiento más errático, entre 40 y 70, y no ha mostrado aumentos tan dramáticos. Esto significa que la proporción de detenidos en el total de internos disminuyó de manera importante, pasando de representar la mitad al inicio de los años noventa del siglo pasado, a menos de un tercio en el momento actual.

Por otra parte, observamos los niveles en los que las autoridades han utilizado estas medidas de aseguramiento. La Fiscalía General de la Nación (en

del texto original. En tal sentido, nos hemos visto obligados a omitir las demás secciones, relativas al régimen legal y constitucional de la prisión preventiva en Colombia, los factores y actores de presión sobre los funcionarios judiciales, la mala calidad de la información sobre el sistema judicial colombiano y las recomendaciones de política que pueden acoger la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura para aminorar los efectos de las presiones sobre los funcionarios judiciales.

adelante, FGN o Fiscalía) nos otorgó datos acerca de diferentes actuaciones realizadas en aplicación del sistema acusatorio implementado desde 2005.³ Constatamos que el periodo analizado [2005 a 2011] puede dividirse en dos partes. Entre 2005 y 2008 [se presentó] una fase de acomodamiento, en la que fluctúan las proporciones de medidas de aseguramiento y de detenciones. El periodo 2009 a 2011 es una fase de estabilización, en la que estas proporciones tienden a volverse constantes. Las solicitudes de medidas de aseguramiento pasan de corresponder a dos quintos de las imputaciones a una proporción de menos de un tercio. Las medidas de aseguramiento impuestas se estabilizan también en una proporción marginalmente menor a las solicitudes. Y las detenciones en establecimiento carcelario se estabilizan de manera sorprendentemente constante en un quinto de las imputaciones.

Esta evolución sugiere que durante la primera fase existía un desajuste en los criterios aplicados por la FGN y los jueces de garantías. Pero, con el tiempo, la Fiscalía realizó solicitudes de medidas de aseguramiento en una menor proporción de casos, las que a su vez fueron casi todas aceptadas. Al parecer, los fiscales y jueces superaron el desacuerdo inicial y llegaron a un acomodo acerca del tipo de casos en los que amerita imponer medida de aseguramiento. De acuerdo con los funcionarios entrevistados, ese acomodo fue el resultado, al menos en parte, de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en las sentencias C-318 y C-1198 de 2008, que reafirmaron las disposiciones de la sentencia C-774 de 2001, que resaltó el carácter cautelar y excepcional de la prisión preventiva. La disminución de solicitudes de medidas sugiere también que fue la FGN la que se ajustó a los parámetros exigidos por los jueces de garantías.

En suma, de los datos anteriores podemos obtener algunas conclusiones. Primero, constatamos que en términos cuantitativos la prisión preventiva no es la regla en Colombia, pues una buena mayoría de casos se tramita sin medida de aseguramiento. Segundo, el aparente papel contenedor que han jugado los jueces de garantías parece ser una justificación empírica de la creación de esta figura. La fase de acomodamiento descrita en párrafos anteriores, muestra las diferencias que inicialmente existían entre fiscales y jueces acerca de los procesos en los que [había] méritos para asegurar al procesado. En este sentido, el acomodamiento de los fiscales es una muestra del valor de la figura de los jueces de garantías en la protección de las garantías procesales.

3 (N. del E.) Sobre los funcionamientos diferenciados del sistema penal acusatorio, véase el capítulo 11 (D) de esta compilación.

Ahora bien, los datos analizados no nos proporcionan información suficiente para concluir acerca de la razonabilidad de la imposición de medidas de aseguramiento. Puede que no se apliquen [...] muchas medidas, pero que estas no se ajusten a los estándares constitucionales y legales aceptables.

2. Debilidades institucionales

La mayoría de mecanismos que se utilizan para hacer presión a los funcionarios judiciales es legítima, y, en algunos casos, constitucionalmente deseable. Esto permite, sin embargo, que algunos de los mecanismos sean utilizados de manera equivocada, y, a la vez, que inevitablemente en ocasiones sean aprovechados de forma abusiva. Todo esto hace previsible que los funcionarios judiciales tengan que trabajar en un ambiente que a veces es hostil, estando en el foco de los medios de comunicación, siendo criticados por la opinión y por otros funcionarios públicos, y, en ocasiones, siendo investigados disciplinariamente. Por ello, la independencia de los funcionarios judiciales depende de los dispositivos de protección que se implementen para detener, o, si es del caso, minimizar el impacto de dichos mecanismos de presión. Aquí describimos lo que hemos hallado en términos de las protecciones institucionales frente a los mecanismos de presión. Constatamos que los jueces y fiscales tienen muy poco apoyo institucional que los ayude a sobrellevar estas situaciones de manera adecuada.

2.1. Ausencia de un acompañamiento institucional mínimo

A pesar de que es previsible que, al menos en algunos casos, los funcionarios judiciales estén bajo altos niveles de presión, ni la Fiscalía ni el CSJ [Consejo Superior de la Judicatura] tienen herramientas o programas específicamente dirigidos a enfrentar dichas presiones. Las respuestas institucionales que se requieren para enfrentar estas presiones pueden variar en su complejidad y necesidades de recursos; incluso, algunas acciones que no tienen como fin específico contrarrestar dichas presiones pueden, en la práctica, resultar útiles para tal fin.

Una buena práctica que pudimos constatar en unas pocas unidades de la Fiscalía es que cuando los fiscales tienen que trabajar en casos de alto impacto mediático o político, los jefes o coordinadores de unidad los apoyan, acompañándolos en la toma de decisiones, o simplemente dando un soporte profesional. Sin embargo, esta práctica depende enteramente del carácter excepcional de algunos jefes de unidad y no es una política institucional. En el caso de los

jueces, el mayor nivel de independencia que tienen al tomar las decisiones implica también mayores niveles de soledad frente a las consecuencias de las decisiones que toman.

Otra práctica positiva que detectamos es la realización de comités técnicos en algunas unidades de la FGN, en los que los fiscales pueden intercambiar opiniones acerca de sus casos con sus colegas. Más allá de la necesidad de estos comités para la coordinación entre operadores, dichos espacios sirven también para que los fiscales se sientan acompañados a la hora de tomar decisiones difíciles. Por la misma razón mencionada antes —la mayor independencia— los jueces tampoco cuentan con herramientas de apoyo como esta.

Otra posibilidad que requiere mayores esfuerzos económicos es que al menos algunos de los funcionarios judiciales tengan acceso a servicios de acompañamiento psicológico. La posibilidad de hablar con un profesional puede dar más tranquilidad y seguridad a los funcionarios.

Una última opción —de muchas que podrían formularse desde las autoridades judiciales— es que el manejo de la presión sea un asunto que desde un inicio haga parte del entrenamiento de los funcionarios. Ya sea a través de los programas de formación o capacitación, o de publicaciones internas, la FGN y el CSJ pueden describir con detalle las presiones que los fiscales o jueces deben esperar, y, si es del caso, proponer alternativas a las que pueden acudir.

Lo ideal sería que los funcionarios pudieran sentir el respaldo de las autoridades judiciales, aun cuando tomen decisiones impopulares. Sin embargo, la mayoría de los funcionarios que hemos entrevistado se sienten solos a la hora de manejar casos difíciles.

2.2. *Inexistencia de ayuda para las relaciones con los medios*

El Consejo Superior de Judicatura y la FGN tampoco ofrecen herramientas a sus funcionarios para disminuir el impacto de la presión. Los fiscales o jueces no cuentan con guías acerca de la relación con los medios de comunicación, justamente para indicarles cómo manejar las presiones provenientes de este sector. De acuerdo con la respuesta al derecho de petición que enviamos al CSJ, la razón por la cual no cuentan con protocolos como los mencionados es, sorprendentemente, que entienden que su existencia pondría en riesgo la independencia judicial, ya que los jueces son libres de decidir sobre la prisión preventiva con base únicamente en la ley y la Constitución. Esta respuesta evidencia, no obstante, una confusión entre la posibilidad, por un lado, de contar con protocolos que guíen a los funcionarios en relación con las situaciones en las que pueden

imponer la prisión preventiva —lo que también sería válido, como mecanismo que facilita la aplicación de la ley dentro del margen de apreciación judicial— y, por el otro, de contar con protocolos acerca de cómo protegerse de las eventuales presiones que pueden ejercer sobre ellos los medios de comunicación.

La FGN procura, en ocasiones, que la relación con los medios de comunicación sea a través de la oficina de prensa. Pero esto no da resultado. Dicha oficina, en general, no tiene información suficientemente detallada de los procesos, por lo que normalmente los periodistas intentan saltársela y acudir al fiscal delegado directamente.

Ante esta situación, queda al criterio de cada funcionario decidir de qué forma se aproximará a los medios y cómo manejará la presión proveniente de los mismos. Los fiscales y jueces enfrentan un dilema difícil de resolver: una primera opción es decidir no hablar con los medios, y, dado el caso, redirigir todas las pesquisas a las oficinas de prensa. Pero esta opción es arriesgada, pues dejan la interpretación de las decisiones judiciales al arbitrio de la oficina de prensa, otras posibles fuentes —como las partes— y la precisión del periodista. De otra parte, los funcionarios pueden intentar manejar ellos mismos a los medios, buscando tener un poco más de control de la noticia. Pero esta opción también es arriesgada, pues eventuales equivocaciones en el manejo de los periodistas, pueden exponerlos personalmente.

Por las razones anteriores, y contrario a la idea de que esto afectaría la independencia judicial, es necesario que el Consejo Superior y la Fiscalía ayuden a que los funcionarios judiciales tengan un mejor intercambio con los medios de comunicación.

2.3. Ausencia de apoyo a la defensa disciplinaria o penal de funcionarios

[Hemos encontrado que] los funcionarios judiciales se enfrentan solos a los procesos penales y disciplinarios a los que son vinculados como consecuencia de su actuar como miembros de la Rama Judicial.

Para superar esta falencia, haría falta establecer mecanismos de apoyo a la defensa legal de los funcionarios judiciales, respecto de los procesos que se inician en el ejercicio de sus funciones. Incluso, cuando las decisiones judiciales son equivocadas, estas corresponden a labores propias de su servicio como funcionarios de la Rama Judicial. Para minimizar excesos, se podría pensar en mecanismos de recobro de los gastos judiciales, cuando se compruebe que el funcionario disciplinado tomó una decisión arbitraria y de mala fe, o en casos similares.

Adicionalmente, como método para evitar el uso de los procesos penales y disciplinarios como estrategia de juicio o de promoción de la gestión de las autoridades del Ejecutivo, puede ser útil que se exija un mayor nivel de argumentación al iniciar dichos procesos.

Por último, la realización de esfuerzos buscando la disminución de la congestión, y la mayor celeridad en la resolución de los procesos disciplinarios tramitados por el CSJ, pueden ayudar a bajar los costos en que incurren los funcionarios.

2.4. Estancamiento de la carrera en la FGN

[También comprobamos que] los fiscales de carrera sienten una mayor seguridad para afrontar las presiones provenientes tanto de afuera como de adentro de la FGN que los fiscales que están en provisionalidad. Esto es previsible, dada la mayor certeza de los funcionarios de carrera respecto de su permanencia en la Fiscalía y avance profesional.

Pese a estar prevista constitucionalmente, la carrera en la Fiscalía General de la Nación ha sido implantada de forma muy lenta. Como consecuencia de una orden de la Corte Constitucional en 2005, aumentó el ritmo en los últimos años hasta el punto de que a grandes rasgos la FGN tiene hoy en día a la mitad de sus fiscales en carrera.⁴ El avance gradual de la carrera es necesario para minimizar traumatismos en la nómina y el manejo de casos. Por tanto, en lo posible, la FGN debe evitar las disminuciones de ritmo en la implementación de este objetivo.

2.5. Debilidad o inexistencia de medidas de protección para los funcionarios judiciales

Las falencias en las medidas para garantizar la protección de los funcionarios — que en muchas ocasiones se limitan a la recomendación de adoptar medidas de autoprotección— han permitido que exista un sentimiento de vulnerabilidad de los jueces, especialmente en los lugares con dificultades de orden público o presencia de actores armados ilegales.

4 (N. del E.) Sobre la evolución reciente de la implementación del concurso de méritos en la Fiscalía General de la Nación, cfr. *El Tiempo* (2015).

3. Conclusiones y alternativas de política

Los funcionarios judiciales enfrentan múltiples presiones, que en este documento clasificamos en cuatro grupos, de acuerdo con los vehículos mediante los que, entre otras personas, las partes en los procesos, la misma cúpula de la FGN o del CSJ [Consejo Superior de la Judicatura], los miembros de la Rama Ejecutiva, o las organizaciones de la sociedad civil pueden incidir en las actuaciones judiciales y llegar a afectar la imparcialidad de fiscales y jueces. Dichos vehículos son los medios de comunicación, los procesos sancionatorios disciplinarios o penales, la interacción entre funcionarios dentro de las mismas estructuras judiciales, y las actuaciones de grupos ilegales violentos.⁵

De otra parte, las normas legales y constitucionales, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son claras en la excepcionalidad de la prisión preventiva, y en la exigencia de estrictos criterios que aseguren que la prisión preventiva se imponga como medida cautelar y no como sanción adelantada, para de esa manera asegurar su armonización con el principio de presunción de inocencia. Pese a esto, múltiples operadores judiciales, incluyendo, en ocasiones, a funcionarios de los más altos niveles jerárquicos de la Fiscalía General de la Nación o del Poder Jurisdiccional, desconocen dichos parámetros. En los casos paradigmáticos analizados para esta investigación encontramos un bajo nivel argumentativo, incluso de la entonces fiscal general de la Nación, Viviane Morales, para sustentar la razonabilidad de la detención de personas vinculadas a procesos penales.⁶

5 (N. del E.) En efecto, los cuatro grupos de presión identificados en esta investigación son: 1) cuando los medios de comunicación intervienen como generadores de presión o cuando sirven de canal para que otros actores la ejerzan; 2) cuando se abren —o se amenaza con abrir— procesos penales o disciplinarios contra los funcionarios judiciales como forma de presionarlos o sancionarlos por sus decisiones respecto de prisiones preventivas; 3) cuando, como resultado de relaciones formales o informales entre funcionarios, se pretende presionar una decisión por tomar o reprochar una decisión ya tomada, como es el caso del traslado de funcionarios o la reasignación de casos; 4) cuando las decisiones sobre prisión preventiva son tomadas en contextos con presencia de actores armados ilegales (captura institucional). Sobre este último factor de interferencia pueden verse también el capítulo 9 (I-B) y 9 (III), y García Villegas (2008).

6 (N. del E.) Aquí el texto (pp. 77-82) se refiere al bajo nivel de argumentación presentado por la Fiscalía para solicitar la medida preventiva contra el exministro Andrés Felipe Arias en el caso de Agro Ingreso Seguro. Este caso es considerado como emblemático por los autores, entre otras razones, por la presión que sobre él ejercieron los medios de comunicación, por la pobreza argumentativa de las decisiones de prisión preventiva y por el hecho de que la mayoría de detenidos terminaron siendo liberados por vencimiento de términos o por aplicación del principio de oportunidad. Para ver más en detalle las críticas

Al menos en los casos emblemáticos, la prisión preventiva parece seguir siendo utilizada como mecanismo de presión para conseguir pruebas en los procesos.⁷ Sin embargo, en otro tipo de casos también muy mediatizados en Colombia, como, por ejemplo, los de violencia contra mujeres o niños, el uso de la prisión preventiva corresponde más a una forma de sanción adelantada. En este documento sugerimos que dicho problema puede ser el resultado, al menos en parte, de las presiones recibidas por los funcionarios. La necesidad de las autoridades judiciales y gubernamentales de mostrar resultados en la política de persecución penal —en un contexto de enormes falencias de la investigación penal—, en combinación con una vulnerabilidad frente a las diversas presiones a las que pueden estar sujetos, crea fuertes incentivos para que los operadores se aparten de una interpretación razonable de las normas para que una persona imputada pueda ser encarcelada.⁸ Estos incentivos pueden llevar a que los funcionarios cedan ante la tradicional confusión entre detención y sanción, y caigan en la tentación de detener para mostrar resultados, aun cuando los procesos correspondientes sean insuficientemente sólidos para llevar a acusación, juicio y condena dentro de los términos legales. O, de manera más perversa, los incentivos funcionan de tal forma que a los funcionarios les conviene solicitar e imponer la prisión preventiva buscando ablandar a los imputados para que acepten cargos o entreguen pruebas en contra de otras personas.

En los casos paradigmáticos que estudiamos, los funcionarios que dejan en libertad a procesados —o en general, que toman decisiones que son impopulares o contrarias a intereses políticos en relación a la prisión preventiva—, corren graves riesgos de ser fuertemente criticados por la opinión pública, expuestos por los medios de comunicación —a veces mal informados por las

a la debilidad argumentativa de la solicitud de la prisión preventiva al exministro Arias y a los demás funcionarios del Ministerio de Agricultura, pueden consultarse La Rota (2011) y Uprimny (2011).

7 (N. del E.) En este informe se abordan algunos casos que, al ser altamente connotados, han dado lugar a presiones e irregularidades en torno a la imposición de decisiones de prisión preventiva. Se trata de casos que resultan de especial relevancia nacional (v. gr., los falsos positivos, el caso de Agro Ingreso Seguro o el carrusel de la contratación de Bogotá), o que han sido especialmente sonados por referirse a violencia contra niños, niñas o mujeres (como es el caso de una mujer que fue capturada por el secuestro de una bebé con apenas unos pocos días de nacida); o en los que alguna de las partes involucradas es un personaje público (por ejemplo, la detención preventiva impuesta a Guillermo Valencia Cossio, exdirector de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín).

8 (N. del E.) Sobre los mayores esfuerzos que el sistema judicial colombiano dedica a la persecución de delitos de fácil resolución, véase el capítulo 11(G) de esta compilación.

partes de los procesos—, reprendidos públicamente por otros funcionarios públicos, incluyendo miembros del Ejecutivo, y expuestos a procesos disciplinarios o penales. A su vez, muchos funcionarios no sienten apoyo de las estructuras de la FGN o el CSJ, y, al contrario, algunos señalan que la presión también viene desde el interior de esas mismas estructuras.

Hemos detectado estos fenómenos para casos particulares, y no tenemos evidencia suficiente para decir qué tan generalizables son dentro del desempeño del aparato de justicia penal. Nuestro análisis cuantitativo concluye que, en términos generales, los niveles de detención y de imposición de medidas de aseguramiento no parecen tan elevados en comparación con los de varios países de la región. Esto indicaría que la presión sobre funcionarios judiciales, al momento de tener que pronunciarse sobre la libertad de los procesados, solo es un fenómeno relevante en casos especiales, de alta connotación pública, o que afectan los intereses de personas política o económicamente poderosas, [...]. Pero nuestras entrevistas sugieren que las consecuencias de la utilización de mecanismos de presión en casos específicos pueden ir más allá de lo sucedido en esos mismos casos. Unos pocos procesos pueden generar un clima para la actuación judicial, en el que se fijan escasas exigencias argumentativas para proceder con la detención, y en el que, por adelantado, se establecen los costos esperables por quienes toman decisiones impopulares o que afectan intereses poderosos. Las presiones en procesos específicos, al ser percibidas por fiscales y jueces a lo largo de la rama, pueden tener externalidades negativas respecto de incontables casos.

Ahora bien, no es previsible que los mecanismos de presión vayan a dejar de ser utilizados. Al revés, varios de estos mecanismos son manifestaciones legítimas de la libertad de expresión, el derecho a la información, de las necesidades de transparencia, rendición de cuentas de la administración judicial, o de las necesidades de eficiencia y eficacia en la gestión de la Fiscalía y el Poder Jurisdiccional. En tanto las autoridades judiciales deben prever que dichos mecanismos seguirán existiendo, y de vez en cuando sirviendo de vehículo para la presión a funcionarios, deben crear dispositivos para desincentivar los abusos y, a la vez, para proteger a los servidores que deben tomar decisiones en contravía de fuertes presiones. No obstante, las autoridades no cuentan con estos mecanismos de protección.

Las siguientes son posibles alternativas de política que pueden ser consideradas por la FGN y el CSJ para solventar la ausencia de mecanismos de protección.

Acompañamiento institucional. Los fiscales y jueces deben sentir el apoyo de las autoridades judiciales a la hora de tomar decisiones impopulares o políticamente costosas. Esto puede incluir diferentes tipos de iniciativas:

- i) Promover el acompañamiento de los coordinadores o jefes de unidad de la FGN a los fiscales delegados que tengan a su cargo este tipo de procesos.
- ii) Promover, en mayor medida de lo que sucede en el presente, la realización de reuniones entre funcionarios, no obligatoriamente de las mismas unidades, en las que puedan intercambiar opiniones acerca de las estrategias [por] seguir en sus casos.
- iii) Analizar si sería útil y factible, diseñar e implementar un programa de servicios de ayuda psicosocial a funcionarios, enfocado primordialmente a aquellos que manejan casos por los que enfrentan altos niveles de exposición pública, y otros tipos de presión.
- iv) Incluir dentro de los programas de formación y capacitación de fiscales y jueces materiales que prevean la inevitabilidad de la presión sobre los mismos funcionarios, describan en detalle las formas en que funcionan los mecanismos de presión, y establezcan alternativas a las que los funcionarios pueden acudir.

Manejo de medios de comunicación. Es necesario aumentar el profesionalismo con el que las autoridades judiciales interactúan con los medios de comunicación, de tal forma que se disminuyan los espacios de manipulación o desacierto en las publicaciones judiciales. Esto incluye las siguientes posibilidades de intervención:

- i) Fortalecer las oficinas de prensa de la FGN y el CSJ. Dichas oficinas deben contar con personal y recursos idóneos y suficientes para tener completa la información de las decisiones judiciales, y para poder transmitir dicha información de manera exacta, y a la vez sencilla para su comprensión de parte de personas no versadas en derecho.
- ii) Incluir, dentro de los programas de formación y capacitación de funcionarios, materiales acerca de cómo interactuar con los medios de comunicación.
- iii) Diseñar y expedir protocolos institucionales que establezcan las maneras y condiciones en las que deben interactuar los funcionarios y los medios de comunicación. Estos protocolos deben contener como mínimo indicaciones acerca de los espacios, los momentos y condiciones de intercambio con los medios de comunicación.

Gestión de procesos sancionatorios. Las autoridades judiciales han de intentar establecer herramientas para disminuir los costos en los que incurren los funcionarios judiciales vinculados a procesos disciplinarios. Esto incluye:

- i) Analizar la utilidad y factibilidad de un mecanismo que asista económicamente a los funcionarios judiciales en la defensa técnica en los procesos disciplinarios iniciados en su contra.
- ii) Iniciar, con mayor frecuencia, procesos disciplinarios a los abogados que interpongan quejas disciplinarias temerarias.

Avance de la carrera de la FGN. Una vez sea clara su nueva estructura, la FGN debe acelerar el proceso de implementación de la carrera de fiscales e investigadores.

Referencias

- El Tiempo (2015). Salida de más de 1000 funcionarios no es capricho del Fiscal General. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/nombran-1710-funcionarios-de-la-fiscalia/15567695>
- García Villegas, M. (ed.) (2008). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.
- La Rota, M. E. (2011). El carcelazo a los funcionarios de AIS. Recuperado de <http://www.lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/23309/el-carcelazo-los-funcionarios-de-ais>
- Uprimny, R. (2011). Los excesos de la detención preventiva. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elspectador.com/impreso/opinion/columna-288722-los-excesos-detencion-preventiva>

G. La irracionalidad de la persecución de los delitos complejos en Colombia

Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal Uribe (2014)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). Focalización y crímenes complejos. En *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos* (pp. 22-59). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf

En su informe final publicado a mediados de este año, la Comisión Asesora de Política Criminal advirtió que la política criminal colombiana, desde su formulación hasta su ejecución en los niveles del proceso penal y carcelario, tiene graves falencias (2012, cap. 2). Según la Comisión, la política criminal se caracteriza por esfuerzos “reactivos” sin adecuada fundamentación empírica, es “poco reflexiva” respecto de los desafíos de la criminalidad colombiana, es inestable e inconsistente, y tiene problemas graves de calidad en su dirección estratégica, su capacidad de ejecución, y su monitoreo y evaluación.

Dicho diagnóstico, que ya ha sido resaltado en otros documentos —algunos de Dejusticia citados por la misma Comisión Asesora—,¹ se refiere en buena medida a la racionalidad de la persecución penal desde su concepción hasta su ejecución. Esta característica hace alusión a la capacidad de asignar y utilizar los esfuerzos del aparato estatal de manera sensata y coherente, por ejemplo, en aquello que más impacto pueda tener de acuerdo con los objetivos fijados desde la formulación de la política. En esta sección exploramos dicha racionalidad, en relación con la investigación penal de crímenes complejos.²

1 Desde Dejusticia véase: Bernal Uribe y La Rota (2012); Guzmán, La Rota y Uprimny (2011); La Rota y Bernal Uribe (2011); La Rota, Montoya, Páramo y Uprimny (2010, 2011); Uprimny, Guzmán y Revelo Rebolledo (2008).

2 (N. del E.) Los autores entienden como “complejos” aquellos delitos en los que conver-

Nuestro ejercicio parece confirmar la ausencia de racionalidad de los esfuerzos de investigación.

Varios documentos recientes han descrito la diferencia que existe en la persecución de delitos en Colombia y la región. Lo escrito hasta ahora muestra una diferencia importante en los resultados de dicha persecución, dependiendo de si los delitos son o no difíciles de investigar. En La Rota y Bernal (2012, pp. 6-10) resumimos los resultados de tres estudios adelantados previamente por Dejusticia sobre la investigación de delitos complejos como el desplazamiento forzado y los crímenes contra sindicalistas (La Rota, Montoya, Páramo y Uprimny, 2010, 2011). En ellos concluimos que, a pesar de que la investigación de estos fenómenos ha contado con mayores recursos y atención de las autoridades en comparación con otros delitos, sus resultados siguen siendo muy pobres.

A su vez, el Informe Final de la Comisión Asesora de Política Criminal (2012, pp. 51 y 52) muestra que los resultados no son homogéneos en relación con todos los delitos, sino que la complejidad de los mismos determina el nivel de éxito de la investigación. Así, para los seis delitos que más entran a la Fiscalía (a saber: hurto, lesiones personales, inasistencia alimentaria, estupefacientes, homicidio y violencia intrafamiliar) los resultados en la investigación son muy distintos. Mientras que para la violencia intrafamiliar, las lesiones personales y la inasistencia alimentaria —que son delitos cuya prueba es relativamente sencilla, pues resulta obvia para el funcionario judicial— las tasas de ingresos coinciden más o menos con las tasas de salidas. Mientras que en los casos de los delitos de homicidio y hurto —cuyo requerimiento probatorio puede ser un poco más sofisticado— las tasas de salidas son mucho menores que las de entradas. Frente a estos datos la Comisión concluye que “entre más sofisticación probatoria exige el delito, menos probabilidades hay de que las entradas correspondan a salidas” (2012, p. 46).

En el mismo sentido, Hartmann (2010) señala que la tasa de sentencias condenatorias en juicios orales entre los años 2005 y 2008 para delitos de connotación social como el homicidio doloso, secuestro, extorsión, cohecho y

gen los criterios de dificultad y gravedad. Es decir, “aquellos que, de una parte, producen altos niveles de vulneración de derechos de las víctimas, o en conjunto resultan en altos costos sociales (no solo monetarios o económicos), y a la vez, necesitan normalmente de un despliegue de esfuerzos investigativos relativamente sofisticados” (La Rota y Bernal Uribe, 2014, p. 19). Es preciso además advertir que en esta selección de extractos hemos omitido una parte importante del texto original, en la cual se brindan argumentos sobre la necesidad de focalizar estratégicamente los esfuerzos investigativos en algunos casos prioritarios.

peculado (que suponen todos mayor complejidad investigativa), no supera el 0,3 % del total de las entradas por esos delitos. Esa cifra contrasta con el 6 % para los casos por hurtos y el 34 % para los de delitos de estupefacientes.

Esta evidencia descrita proviene de estudios cualitativos, o de las comparaciones cuantitativas de algunos pocos delitos, por lo que se podría argumentar que no existen todavía hallazgos cuantitativos sólidos y suficientemente generalizables acerca de las diferencias de resultados respecto de distintos tipos de fenómenos criminales. En la presente ocasión buscamos una mayor certeza acerca de la diferencia de resultados entre tipos de delitos. Por ello, intentamos hacer una comparación de resultados más amplia, que a la vez incluya más delitos y más actuaciones a lo largo del proceso penal.

Utilizamos una base de datos suministrada por la Fiscalía General de la Nación, que contiene los inventarios de las principales actuaciones del sistema acusatorio para todos los casos desde 2005 hasta mayo de 2012. Seleccionamos 26 delitos o conjuntos de delitos que son paradigmáticos de diferentes tipos de fenómenos criminales. Para cada uno de estos comparamos sus tasas de imputación, condena, absolución y acusación directa [tabla 1]. A continuación analizamos estos indicadores.

1. Comparación de los resultados de imputación

La tercera columna de la tabla 1 muestra las tasas de imputación para los delitos seleccionados. Para cada uno de los delitos calculamos la proporción de imputaciones en comparación con casos ingresados. Este es un indicador crucial para este estudio, pues la imputación es la actuación que con mayor pertinencia mide el éxito de la investigación; corresponde al paso entre un momento en el que se tiene un caso delictual abierto, a uno en el que existen suficientes elementos probatorios para asegurar que el delito existió, y para individualizar a un sospechoso y vincularlo al proceso.

La tasa de imputación para la totalidad de casos que entraron a la Fiscalía es cercana al 8 %. Es decir, que en menos de una de cada diez noticias criminales la FGN [Fiscalía General de la Nación] vinculó formalmente a un sospechoso. De la lista seleccionada de delitos observamos que claramente los que tienen tasas altas de imputación son aquellos en los que prevalece la flagrancia. Los delitos relacionados con el porte de estupefacientes o porte de armas tienen tasas de imputación del 37 y 43 % respectivamente. Para estos crímenes, la mayoría de noticias son la consecuencia directa de la flagrancia, dado que el delito

Tabla 1. Resultados para diferentes delitos (2005- mayo 2012)

	Ingresos	Imputaciones frente a ingresos (%)	Archivos frente a ingresos (%)	Condenas frente a imputaciones (%)	Condenas frente a ingresos (%)	Absoluciones frente a sentencias (%)	Acusaciones directas frente a condenas (%)
Total de delitos	5.465.668	7,7	34,8	57,3	4,4	5,9	9,6
Promedio para delitos seleccionados		14,9	29,9	34,0	5,5	15,3	23,1
Homicidio doloso	202.868	10,4	42,3	48,4	5,1	10,1	21,2
Lesiones	641.791	1,6	17,8	41,0	0,6	9,5	19,2
Homicidios contra persona protegida	178	40,4	6,7	8,3	3,4	40,0	66,7
Otros delitos contra DIH	3.190	2,0	16,3	33,8	0,7	15,4	22,7
Secuestro simple	11.581	14,3	40,3	40,6	5,8	11,3	23,2
Secuestro extorsivo	3.561	30,8	26,1	32,9	10,1	20,3	37,7
Trata de personas	817	15,7	34,6	17,2	2,7	26,7	22,7
Demás delitos contra libertad individual	79.125	0,6	37,2	25,7	0,2	18,2	23,8
Acceso carnal violento o abusivo	67.984	5,2	33,2	30,7	1,6	20,6	35,6
Acto sexual violento o abusivo	68.036	11,1	7,8	11,5	1,3	18,7	32,5
Acoso sexual	2.313	1,4	35,6	12,5	0,2	33,3	75,0
Violencia intrafamiliar	398.560	1,7	13,0	29,5	0,5	4,5	11,5
Hurto	1.286.155	7,2	59,9	59,6	4,3	3,3	7,3

Extorsión	25.115	20,5	34,6	47,6	9,8	11,7	20,1
Demás delitos contra el patrimonio	376.965	1,1	17,3	27,4	0,3	15,6	31,9
Delitos contra el orden económico	17.082	10,1	30,9	39,7	4,0	6,7	6,3
Concierto para delinquir	7.817	68,0	13,3	17,4	11,8	10,5	13,3
Terrorismo	7.404	5,1	32,9	37,2	1,9	21,7	21,3
Amenazas	174.796	0,1	44,0	28,1	0,0	32,8	12,2
Estupefacientes	352.205	36,9	44,5	66,3	24,4	4,2	5,8
Porte de armas	138.103	42,8	29,1	74,7	32,0	2,7	5,3
Cohecho	2.758	28,7	27,6	48,4	13,9	7,3	12,5
Peculado	8.898	6,7	19,6	25,1	1,7	12,9	17,4
Violencia contra servidor público	13.541	12,4	37,9	26,4	3,3	9,6	14,7
Delitos contra la administración pública	63.633	3,5	34,9	16,4	0,6	14,9	26,8
Delitos contra el régimen constitucional	11.900	9,6	38,5	37,2	3,6	14,1	12,9

Fuente: cálculos propios a partir de la base de datos de la FGN, que a su turno es alimentada por datos del SPOA.

es detectado por las autoridades en el momento en el que sorprenden a una persona portando estupefacientes o armas. Igual sucede con el concierto para delinquir, en el que observamos una tasa de imputación excepcionalmente alta, de cerca de siete de cada diez casos ingresados.

En un segundo grupo encontramos delitos para los que constatamos un esfuerzo inusual del sistema judicial al tratarse de casos que no necesariamente son fáciles de investigar, pero que producen un daño excepcional, y a la vez tienen un alto cubrimiento en medios de comunicación, los cuales muestran tasas relativamente altas de imputación. Estos son los homicidios contra personas protegidas (40 % de imputaciones frente a entradas) —que incluye el fenómeno de las ejecuciones extrajudiciales realizadas por miembros de la fuerza pública—, el concierto para delinquir (68 %), el secuestro extorsivo (31 %), la extorsión (20 %) y el cohecho (29 %). No es claro si para estos delitos se evidencia un resultado positivo para la FGN, o más bien si la mayoría de estas imputaciones provienen de situaciones en que las autoridades pudieron automáticamente acceder a información suficiente para imputar. Por ejemplo, muchos casos de secuestro extorsivo con imputación pueden referirse a situaciones en que los secuestradores fueron sorprendidos con la víctima en cautiverio. Otro fenómeno posible es que exista un desfase entre las imputaciones y el universo que se predica para estas. Esto puede suceder para los procesos por homicidio en persona protegida, para los que la noticia criminal puede haber sido registrada como un homicidio doloso, lo que constituiría un subregistro de los casos que conforman el denominador frente al cual se calcula la proporción de imputaciones por homicidio en persona protegida, aumentando ficticiamente dicha proporción.

En un tercer nivel identificamos delitos para los que la tasa de imputación es parecida al promedio para todos los delitos, que incluyen el homicidio doloso (10 %), el secuestro simple (14 %), el acceso carnal violento o abusivo (5 %), los actos sexuales violentos o abusivos (11 %), el hurto (7,7 %), los delitos contra el orden económico (10 %), el terrorismo (5 %), el peculado (6,7 %), la violencia contra servidor público (12 %) o los delitos contra el régimen constitucional (10 %). A este nivel confirmamos unas tasas de imputación bajas —aunque al nivel del promedio de eficacia de la Fiscalía para todos los delitos— para crímenes que son graves.

En el extremo inferior encontramos tasas de imputación bajísimas para delitos difíciles de investigar, tales como las amenazas (0,1 %), los delitos contra el derecho internacional humanitario —con excepción de los homicidios contra persona protegida— (2 %), los delitos contra la libertad individual (0,6 %), los

delitos contra el patrimonio —con excepción del hurto, o la extorsión— (1,1 %), o los delitos contra la administración pública —excepto el cohecho, el peculado y la violencia contra funcionarios públicos— (3,5 %).

Para otros delitos como la violencia intrafamiliar (1,7 %), las lesiones (1,6 %) o el acoso sexual (1,4 %), es posible que muchos casos dejen de imputarse por acuerdos entre la víctima y victimario realizados antes de la imputación.

A la vez, observamos que las autoridades penales realizan esfuerzos importantes para conseguir la imputación de casos de delitos específicos para los que se muestran resultados buenos o promedio y, simultáneamente, no consiguen pistas o simplemente ignoran la mayoría de los demás fenómenos criminales, que pueden ser igual o más graves, y para los que encontramos resultados mínimos. Advertimos esto al contrastar las tasas de imputación para delitos particulares como los homicidios a personas protegidas (40 % de imputaciones frente a ingresos) con los demás delitos contra el derecho internacional humanitario (2 %); o el hurto (7,2 %) y la extorsión (21 %) en comparación con los demás delitos contra el patrimonio (1,1 %); o el secuestro (14 % simple; 31 % extorsivo) y la trata de personas (16 %), en comparación con los demás delitos contra la libertad individual (0,6 %); o por último, el cohecho (29 %), el peculado (6,7 %) y la violencia contra el servidor público (12 %), en comparación con los demás delitos contra la administración pública (3,5 %).

2. Comparación de resultados según las condenas

La tabla 1 muestra los resultados conseguidos en términos de condenas por delitos. Exponemos la proporción entre condenas e imputaciones (cuarta columna), y la proporción de condenas frente a ingresos (quinta columna).

Resaltamos primero que la efectividad de las actividades de acusación y condena de las personas es mucho más alta que la de imputación. Para todos los casos para los que se formuló una imputación la proporción de condenas corresponde al 57 % de las imputaciones. Al comparar con las entradas, el nivel de condenas es de uno de cada veinte casos que ingresan. Respecto de los delitos seleccionados para este análisis, los de estupefacientes y porte de armas siguen mostrando tasas altas de eficacia al reportar condenas equivalentes al 66 y 75 % de las imputaciones, respectivamente. Es decir, la persecución de delitos que evidentemente se mueven por flagrancia es exitosa tanto al nivel de la investigación como de la condena. En últimas, dichos delitos tienen tasas de condena que corresponden al 24 y 32 % de los ingresos respectivamente, mucho más altas que el promedio para todos los delitos que es de 4,5 %.

Por el contrario, otros delitos que mostraban altos niveles relativos de imputación, tales como el homicidio en persona protegida y el concierto para delinquir, tienen niveles relativos bajos de condenas, pues representan el 8 y 17 % de las imputaciones, respectivamente. Esto hace que, al final del proceso, para estos delitos las tasas de condena frente a ingresos caigan a 3,4 % para homicidios en persona protegida y 12 % para concierto para delinquir. Es decir, toda o muy buena parte de la mayor eficacia que identificamos en la imputación de estos delitos se pierde con los menores niveles relativos de condena.

Esta diferencia entre tasas altas de imputación y tasas bajas de condena puede tener dos explicaciones: la primera es que muchos de los imputados por estos delitos se encuentran evadiendo la justicia, suposición razonable teniendo en cuenta que los imputados de algunos de estos delitos suelen ser parte de organizaciones criminales o grupos armados ilegales. La otra explicación es menos generosa con la Fiscalía: para estos delitos puede presentarse una elevada presión popular y política para que la FGN tenga resultados, lo que genera un incentivo para imputar y detener a las personas sospechosas, aun cuando no se cuente con suficiente material para ir a juicio exitosamente. Bajo esta hipótesis, fiscales responsables de estos delitos de alto impacto mediático imputarían incluso sabiendo que el caso no es sólido.

Por su parte, cerca del promedio general de condenas se encuentran el homicidio doloso (48 % de imputaciones), el secuestro simple (41 %), el hurto (60 %), la extorsión (48 %), los delitos contra el orden económico (40 %), el cohecho (48 %) y los delitos contra el régimen constitucional.

En general, para los delitos seleccionados no observamos tasas tan bajas de eficacia en comparación con las constatadas al nivel de la imputación. Esto confirma que el principal cuello de botella de la persecución penal se remite a la etapa investigativa.

3. Comparación de resultados dependiendo de sentencias y tipos de condena

La comparación entre delitos de acuerdo con la composición de las condenas y las absoluciones también es provechosa. En primer lugar, analizamos las tasas de acusación directa —condenas que resultaron del enfrentamiento en juicio y para las que el fiscal logró convencer al juez de la responsabilidad del acusado—. Para algunos delitos este indicador es distintivamente superior del promedio para todos los delitos (cerca de una de cada diez condenas), incluyendo

delitos para los que las penas son tan altas que al procesado puede serle más conveniente arriesgarse en juicio —como el homicidio en persona protegida y el secuestro extorsivo—, o delitos cuya aceptación pública de la responsabilidad resulta en grandes niveles de vergüenza personal, tales como los delitos contra la libertad sexual. En el otro extremo encontramos tasas muy bajas de condenas por acusación directa para los delitos de porte de armas y estupefacientes. Esto puede confirmar que la contundencia del expediente en su contra lleva a los imputados a aceptar cargos o negociar, lo que a su turno es consistente con fenómenos delictivos que se caracterizan por una alta proporción de flagrancias.

Por otro lado analizamos las tasas de absolución, es decir, la proporción de sentencias absolutorias frente al total de sentencias. Lo esperable es que el fiscal vaya a juicio cuando esté relativamente seguro de la fortaleza de sus hallazgos y argumentos, por lo que no son sorprendentes las bajas tasas de absolución observadas para todos los delitos, que corresponden a cerca del 6 % de las sentencias.

Pero aquí también hay diferencias importantes entre delitos. Primero para algunos delitos observamos cierta consistencia con las tasas de acusación directa. En aquellos crímenes para los que los condenados suelen negociar menos, observamos tasas altas de absolución —lo cual sucede con los homicidios contra persona protegida, los delitos contra la libertad sexual y el secuestro extorsivo—. A su vez, el porte de armas y estupefacientes se ubican al otro extremo, con tasas bajas de absolución, muy probablemente relacionadas con el fenómeno de la flagrancia.

Segundo, observamos niveles relativos muy altos de absolución —al menos en comparación con el promedio por delitos— para los delitos de amenaza y trata de personas. Al parecer, para los pocos casos de estos delitos que se imputan y se sentencian, el manejo de la evidencia para probar la responsabilidad en juicio debe ser desproporcionadamente más difícil.

Nuestro análisis anterior revela que, de una parte, los resultados son peores para los delitos difíciles en comparación con los fáciles. Y al mismo tiempo, que la mayoría de resultados se presentan en casos que no requieren de mayores esfuerzos investigativos. En otras palabras, la mayoría de casos que requieren de cierto esfuerzo investigativo fracasan, y el movimiento de estos delitos es bajo, comparado con la totalidad de actuaciones por todos los crímenes.³

3 (N. del E.) Ya antes Rubio (2001) había alertado sobre esta suerte de trivialización del sistema penal, según la cual la introducción de criterios eficientistas resultaba en una pro-

Desde luego, ciertas diferencias en la eficacia de la persecución de diferentes delitos son esperables; pueden incluso parecer inevitables por las propias características de los distintos crímenes para los que puede ser más fácil o difícil recolectar pruebas. Pero ¿es razonable que las diferencias sean tan grandes? La dimensión de dichas diferencias puede reflejar, más que una situación ineludible a la hora de confrontar distintos fenómenos criminales, un problema en la gestión de los recursos de la persecución penal.⁴

No se trata de que los resultados sean insuficientes de manera transversal para casi todos los delitos, lo cual de por sí es grave. El problema que confirmamos aquí es que, de manera casi exclusiva, aquellos crímenes para los que existen resultados aceptables son aquellos que se caracterizan por flagrancias.

Las falencias de la gestión de los recursos de política criminal se hacen más evidentes al considerar la gravedad de los delitos. Una política criminal exitosa debe ser aquella que dentro de las garantías procesales logra ser eficaz en la persecución de los delitos que se consideran más graves. Por esto, cualquier sistema tiene la necesidad de ponderar entre la gravedad y la dificultad de los delitos con el fin de decidir la manera de asignar los recursos disponibles.⁵

Referencias

- Bernal Uribe, C. y La Rota, M. E. (2012). El delito de inasistencia alimentaria. Diagnóstico acerca de su conveniencia. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.260.pdf
- Comisión Asesora de Política Criminal (2012). *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, Agencia Presidencial de Cooperación Interna-

blemática sustitución de lo importante y grave por lo fácil. Retomando esta idea, en Rodríguez Garavito (2006, pp. 456 y ss.) se plantea que la presión ejercida por la AID –agencia financiadora de las reformas judiciales en Colombia– para obtener resultados tangibles ha sido propicia para la inclinación del sistema penal hacia los delitos de más fácil resolución. Al respecto pueden consultarse también el capítulo 11 (D) de esta compilación y Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006a, pp. 288-290, 2006b, pp. 384 y ss.), textos en los que se confirman estos funcionamientos diferenciados del sistema penal.

4 (N. del E.) Sobre la disponibilidad de recursos de la Rama Judicial en general, y de la Fiscalía General de la Nación en particular, puede verse el capítulo 8 (B) de esta compilación.

5 (N. del E.) En el texto original se ofrecen algunos criterios concretos para establecer la gravedad y dificultad de los delitos para, a partir de ello, fijar las prioridades del sistema penal (pp. 48-59). Otras recomendaciones al respecto se encuentran también en el capítulo 20 (B) de esta compilación.

- cional de Colombia, Unión Europea. Recuperado de https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/INFO%20POLI%20CRIMINAL_FINAL23NOV.pdf
- Guzmán, D. E., La Rota, M. E. y Uprimny, R. (2011). Factores de impunidad frente a violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Hartmann, M. (2010). La capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación. En *¿Funciona la investigación criminal en la región? Sistemas Judiciales 15*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2011). Políticas de seguridad y desigualdad. Diagnóstico inicial. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2012). *Experiencias de los países de América Latina en la investigación de delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia y Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf
- La Rota, M. E., Montoya, V., Páramo, A. y Uprimny, R. (2010). Proyecto acerca de la violencia contra trabajadores sindicalizados. Evaluación de la judicialización de delitos contra trabajadores sindicalizados. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.255.pdf
- La Rota, M. E., Montoya, V., Páramo, A. y Uprimny, R. (2011). Evaluación de la judicialización del desplazamiento forzado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia y Consejo Noruego para los Refugiados (sin publicar).
- Rodríguez Garavito, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 405-469). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Rubio, M. (2001). La justicia penal. Juicio sin sumario. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 485-546). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Revelo Rebolledo, J. E. (2008). Diagnóstico general del Sistema Penal Acusatorio. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006a). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia*

- para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006b). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 319-402). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

H. La inconveniente ampliación del fuero penal militar

Rodrigo Uprimny Yepes y Luz María Sánchez Duque (2012)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. y Sánchez, L. M. (2012). Observaciones al proyecto de reforma constitucional sobre fuero militar. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.295.pdf

Este documento somete a consideración de la opinión pública y del Congreso de la República las siguientes observaciones en relación con el Proyecto de Acto Legislativo que amplía el fuero penal militar¹ y que se encuentra a un debate de su aprobación.²

A pesar de los cambios introducidos en los últimos debates en respuesta a las múltiples críticas elevadas por organismos de derechos humanos nacionales e internacionales, la reforma constitucional que actualmente se está discutiendo no solo es innecesaria respecto a las dificultades que pretende enfrentar, sino que es abiertamente inaceptable tanto en relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos

1 Proyecto de Acto Legislativo 16 de 2012, Senado y 192 de 2012, Cámara “Por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”.

2 (N. del E.) Es necesario anotar que el Proyecto de Acto Legislativo que aquí se discute fue aprobado en conciliación en la Cámara de Representantes en diciembre de 2012, aunque fue luego declarado inexecutable mediante la sentencia C-740/13 (Congreso Visible, 2013). Por su parte, el 16 de junio de 2015, se aprobó en la Cámara de Representantes la conciliación de un Proyecto de Acto Legislativo sobre justicia penal militar, proyecto que había sido radicado en septiembre de 2013. El texto aprobado, que al momento de compilar este libro aún se encontraba a la espera de sanción presidencial, determina que todos los procesos contra militares estarán regidos por el derecho internacional humanitario y serán conocidos por jueces especializados en esta última materia (Congreso Visible, 2015; *El Tiempo*, 2015).

humanos, como frente al propósito de fortalecer nuestra fuerza pública, razón por la cual debería ser archivada. Para sustentar esta conclusión, comenzaremos por señalar: 1) por qué, en toda democracia, la justicia penal militar debe tener una competencia limitada, para luego mostrar que la reforma en debate 2) amplía indebidamente el fuero militar. Posteriormente, 3) analizaremos las razones que se han presentado para justificar la reforma y mostraremos que ninguna es aceptable. Todo lo cual nos permitirá 4) concluir que esta reforma es inconveniente y debería ser archivada.

1. Las razones del carácter restrictivo del fuero militar

El fuero militar constituye una excepción al principio general, que se deriva del mandato de igualdad ante la ley, según el cual todas las personas debemos estar sometidas a una misma justicia, que es la justicia ordinaria. Por tratarse de una excepción, debe entenderse restrictivamente, por lo cual solo deben ser juzgados por los tribunales castrenses aquellos delitos cometidos por militares o policías que estén claramente vinculados con el servicio. Y ciertos atentados contra los derechos humanos, como las torturas, detenciones arbitrarias, violaciones, asesinatos o desapariciones, por ser tan extraños a la función militar o policial, deben ser siempre considerados como delitos sin conexión con el servicio y ser siempre juzgados por la justicia ordinaria. Esta es la regulación actualmente vigente en Colombia de conformidad con la Constitución, el Código Penal Militar³ y la jurisprudencia constitucional.

Esta regulación corresponde, además, a los mandatos del derecho internacional,⁴ que considera que la justicia militar no debe juzgar violaciones de los

3 Dice al respecto el Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010): “Artículo 2o. Delitos relacionados con el servicio. Son delitos relacionados con el servicio aquellos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo dentro o fuera del territorio nacional, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial que la Constitución, la ley y los reglamentos les ha asignado”. “Artículo 3o. Delitos no relacionados con el servicio. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en ningún caso podrán relacionarse con el servicio los delitos de tortura, genocidio, desaparición forzada, de lesa humanidad o aquellos que atenten contra el derecho internacional humanitario entendidos en los términos definidos en convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, ni las conductas que sean abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”.

4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que “en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, solo se debe juzgar a militares por

derechos humanos pues esta no ofrece garantías suficientes de imparcialidad e independencia para asegurar un debido proceso, no solo a las víctimas sino a los propios procesados. Esto es así al menos por tres razones. La primera es que los tribunales militares son más un mecanismo de disciplina en los cuarteles que de administración de justicia, y por ello los jueces militares usualmente hacen parte de la estructura de mando. La segunda es que la justicia militar en Colombia hace parte de la Rama Ejecutiva, no de la Judicial, y quienes toman las decisiones no son jueces de la carrera judicial; adicionalmente, la Fiscalía no cumple su papel acusatorio en el sistema de la justicia penal militar. Y la tercera es que el juzgamiento de actos extraños a la disciplina castrense por la justicia penal militar se enfrenta al riesgo del fuerte espíritu de cuerpo que es propio de las instituciones castrenses, que puede conducir a la impunidad en ciertos casos.

2. El inaceptable efecto de la reforma: la ampliación del fuero penal militar

El Proyecto de Acto Legislativo amplía enormemente el fuero penal militar a través de dos vías. La primera es la reducción de la lista de crímenes cuyo conocimiento corresponderá a la jurisdicción ordinaria. Aunque en el séptimo debate en el Senado se amplió la lista de crímenes excluidos de la competencia de la justicia penal militar con la inclusión de la ejecución extrajudicial, la violencia sexual, la tortura y el desplazamiento forzado, los cuales se sumaron a los crímenes de lesa humanidad, genocidio y desaparición forzada, aún quedan por fuera de esta lista delitos que por su naturaleza no deberían ser cubiertos por el fuero penal militar. Así por ejemplo, graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario [DIH] como la toma de

la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia". Cfr., entre otros, Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005); 19 Comerciantes vs. Colombia (2004); Las Palmeras vs. Colombia (2001); Escué Zapata vs. Colombia (2007). En el mismo sentido, el Conjunto de principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, adoptado por la Comisión de Derechos Humanos, establece que "la competencia de los tribunales militares deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado" (Principio 29, E/CN.4/2005/102/Add.1).

rehenes, la detención ilegal y los tratos inhumanos y degradantes pasarían a ser juzgados por la justicia penal militar. Adicionalmente, la lista de delitos excluidos tiene problemas de técnica legislativa pues ni la ejecución extrajudicial ni la violencia sexual corresponden a conductas tipificadas como tales en el Código Penal, con lo cual se genera una peligrosa incertidumbre que podría incluso conducir a que los mal llamados casos de falsos positivos terminen siendo cobijados por el fuero militar.

La segunda vía es el establecimiento de un complejo diseño procedimental que va a provocar una ampliación de facto del fuero militar. Por un lado, la reforma implica que sea la justicia penal militar, y no la Fiscalía, la que avoque de primera mano el conocimiento de los posibles delitos cometidos en el marco de una operación militar y la que determine, en primera medida, si se trata de un delito excluido de su competencia. En efecto, el proyecto dispone que toda infracción al derecho humanitario sea conocida por la justicia militar, con la excepción de los delitos expresamente excluidos. Resultado: si hay una muerte o un posible abuso en una operación militar, los primeros pasos de la investigación los hará la justicia militar y no la Fiscalía, como sucede actualmente. Será la justicia militar quien llegue al sitio de los hechos y realice las primeras indagaciones.

Todo experto en criminalística sabe que esas primeras horas son decisivas pues se recogen (o dejan de recoger) las pruebas esenciales. Entonces, en la práctica, será la justicia militar quien determine si la muerte fue un acto legítimo de guerra, una infracción al derecho humanitario que le corresponda investigar, o una ejecución extrajudicial que deba reenviar a la justicia ordinaria.

¿Cómo podrá entonces enterarse la Fiscalía de que hubo un crimen que deba investigar? Dependerá de que la justicia militar le remita el caso, lo cual casi nunca ha ocurrido en violaciones de los derechos humanos. Pero supongamos que por alguna razón se sabe que pudo haber un falso positivo. ¿Puede entonces intervenir la Fiscalía autónomamente? No, pues en caso de que existan dudas acerca de si se trata de un delito excluido o no, entraría a operar la ambigua “Comisión Técnica de Coordinación”, conformada por representantes de la jurisdicción penal militar y de la ordinaria. Pero además de esto, en caso de que se genere un conflicto de competencias entre las dos jurisdicciones, el encargado de dirimirlo será el tribunal de garantías penales, la mitad de cuyos miembros serán militares o policías retirados.

En virtud de este diseño procedimental, incluso si la lista de crímenes excluidos de la justicia penal militar se perfecciona, el resultado de la reforma será

la ampliación de facto del fuero penal militar, dado el mayor peso que tendrían las instancias militares en la definición del rumbo de la primera etapa del proceso penal, la cual resulta definitiva pues es la que marca cuál es la jurisdicción competente. Podría argumentarse, sin embargo, que este diseño no comporta problema alguno pues, por un lado, la composición mixta del Tribunal de Garantías y de la Comisión Técnica de Coordinación es una garantía de equilibrio entre lo civil y lo militar; y porque, por otro lado, la reforma también apunta a corregir algunos de los defectos de la justicia penal militar al disponer la creación de un sistema de carrera independiente del mando militar.

No obstante, estas medidas no resultan suficientes para neutralizar los efectos nocivos de la reforma. En primer lugar, porque la composición mixta de las instancias que intervienen en la definición de la competencia no alcanza a contrarrestar el mayor peso del elemento militar en la primera etapa del proceso, pues en todo caso será la justicia penal militar, sin ninguna concurrencia de la jurisdicción civil, la que asuma de primera mano el conocimiento de las conductas; y adicionalmente, dichos órganos no actuarán en todos los casos, sino solo cuando se presenten dudas. Y en segundo lugar, esta ampliación de facto del fuero militar continúa siendo problemática a causa de los riesgos en materia de independencia que son inherentes a la justicia penal militar, los cuales no alcanzan a ser conjurados con la creación de un sistema de carrera para la justicia penal militar, pues esta justicia sigue siendo parte de la Rama Ejecutiva. Adicionalmente, el espíritu de cuerpo propio de la institución castrense no solo se mantiene, sino que tiende a fortalecerse con la reforma, precisamente porque esta ha sido impulsada como una medida de protección para los militares.

3. El cambio propuesto carece totalmente de justificación

La defensa de la reforma se sustenta básicamente en dos ideas. La primera es que en la situación actual el fuero militar prácticamente no existe. La segunda es que los militares carecen de seguridad jurídica en la medida en que se encuentran expuestos a ser investigados y juzgados por actos legítimos cometidos en combate. Sin embargo, ambas ideas son infundadas, por lo cual no existe razón alguna que justifique la ampliación del fuero militar.

La primera razón se basa en un presupuesto jurídico inadmisibles y en un sustento empírico falso. El presupuesto inadmisibles es la pretensión de ampliar el fuero militar más allá de los límites permitidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, quienes defienden la reforma no tienen

argumento alguno para sostener que actos como las detenciones ilegales o los actos degradantes son actos relacionados con el servicio, único entendido bajo el cual podría sostenerse que el juez natural en este tipo de casos sería la justicia militar y no la justicia ordinaria. Por esta razón, quienes apoyan la reforma, en realidad rechazan el que la justicia militar esté restringida a los delitos relacionados con el servicio. Este presupuesto es jurídicamente inadmisibles pues contradice los mandatos internacionales y desconoce abiertamente el principio de igualdad ante la ley.

Pero además, esta primera razón tiene un sustento empírico falso. Según datos de la Fiscalía General de la Nación, el mayor número de procesos penales adelantado por la justicia ordinaria contra miembros de la Fuerza Pública se presentó entre 2002 y 2008, que coincide con el periodo de los falsos positivos. El número más alto de procesos se da en 2007, en el que se reportaron 600, cifra que contrasta con el número de procesos abiertos antes y después de este periodo: 11 en 2000, 8 en 2001, 13 en 2009, 5 en 2010 y 3 en 2011.⁵ Estas cifras evidencian que el número de casos en la justicia ordinaria por hechos cometidos por miembros de la Fuerza Pública usualmente es reducido, y que los incrementos estuvieron asociados a una problemática concreta de derechos humanos en las fuerzas militares, que han sido los mal llamados “falsos positivos”. En este sentido, la idea de que el fuero militar prácticamente no existe no tiene asidero fáctico.

Respecto a la falta de seguridad jurídica, el argumento esencial que se esgrime es que los jueces penales ordinarios no conocen ni comprenden con suficiencia los asuntos militares, ni el derecho humanitario, por lo cual no ofrecen las garantías de un juicio justo. Se ha resaltado sobre el particular que un alto porcentaje de los soldados teme terminar siendo condenado por un acto legítimo cometido en combate. Se trata sin embargo de un temor infundado. Tal como lo indicó el director de Human Rights Watch en su carta dirigida al presidente Santos, no existe evidencia de que la justicia ordinaria haya iniciado procesos penales contra militares por bajas legítimas de combatientes; basta contrastar la cifra de homicidios en combate entre 2009 y 2012, que asciende a 1.964, con el bajísimo número de investigaciones por ejecuciones extrajudiciales en ese mismo periodo, que asciende solo a 22 (2012).

Más grave aún, varios de los casos presentados por el ministro de Defensa como ejemplos de condenas a militares por muertes en combate realmente

5 Al respecto véase Howland (2012).

no prueban los supuestos abusos de la justicia ordinaria contra los militares. En efecto, en su carta al director de Human Rights Watch, José Miguel Vivanco, el señor ministro de Defensa señaló tres casos que ejemplifican, según su parecer, “la alarmante situación de militares condenados por bajas ocurridas en combate”. Pero sucede que al menos dos de ellos son falsos positivos, según las sentencias de la Corte Suprema que decidieron las demandas de casación frente a esos hechos.

Uno de los casos que menciona el ministro es el de Carlos Adrián Mazo Marín y otros, decidido por el Tribunal de Antioquia en sentencia del 28 de octubre de 2010. El ministro sugiere que este es un ejemplo de la incomprensión del principio de proporcionalidad del DIH por la justicia ordinaria, pues estos militares habrían sido condenados porque hicieron un ataque y dieron de baja a unos guerrilleros, y que la justicia ordinaria habría exigido que solo respondieran defensivamente a una agresión. Sin embargo, una lectura de la sentencia de casación de la Corte Suprema en este caso⁶ muestra claramente otra historia: la condena no fue porque los militares hubieran realizado un ataque ofensivo, sino que en realidad no hubo ningún combate. Lo que hubo fue un homicidio fuera de combate de una pareja de presuntos milicianos del ELN, que fueron sacados por integrantes del ejército de la casa del padre de uno de ellos y fueron asesinados, luego de que los militares simularan un combate.

Otro de los casos que invoca el ministro es la decisión del Juzgado Penal de Santuario, Antioquia, que condenó a 33 años a miembros del Ejército Nacional. Según el ministro, el fallo habría condenado a los militares porque atacaron teniendo superioridad numérica. Pero según el resumen de los hechos realizado por la Corte Suprema de Justicia,⁷ al decidir sobre la demanda de casación, no hubo ningún combate sino una ejecución extrajudicial.

No existe entonces prueba de que la falta de especialización de los jueces ordinarios haya hasta el momento menoscabado las garantías de los militares. Pero además, el argumento de ampliar el fuero militar con base en la ausencia de formación de los jueces ordinarios en cuestiones castrenses es en sí mismo insuficiente. Con ese argumento destrozaríamos la igualdad ante la ley penal pues habría que prever también un fuero médico y otro financiero, pues un tratamiento quirúrgico o una operación bancaria son también actividades

6 Véase Corte Suprema, Sala de Casación Penal, Proceso 35889. Sentencia del 14 de septiembre de 2011.

7 Véase Corte Suprema, Sala de Casación Penal, Proceso 35230. Sentencia del 4 de mayo de 2011.

complejas y difíciles de entender. Pero lo cierto es que los jueces, con una formación y asesoría especializadas, pueden juzgar a los médicos y a los banqueros.

La mejor prueba de que los jueces penales ordinarios, con la adecuada formación, pueden comprender la lógica militar y juzgar apropiadamente a los militares es que muchas democracias serias, como Francia, Alemania, Austria, Holanda o Suecia, prácticamente han abolido la justicia militar, pues solo la han dejado para casos de guerras internacionales. Bélgica, que es activa en operaciones militares extraterritoriales, la ha abolido tanto en tiempos de paz como de guerra (Andreu-Guzmán, 2011, pp. 57 y ss.). Y los otros países que mantienen el fuero militar tienden a reservarlo para faltas estrictamente militares, como la desertión. Estos ejemplos exitosos demuestran que los eventuales riesgos de la carencia de conocimiento especializado por parte de los jueces civiles se pueden suplir con una formación apropiada en derecho humanitario y asuntos militares.

Existe un argumento adicional en relación con la seguridad jurídica, que tiene que ver con la ambigüedad en torno a cuál es el derecho aplicable cuando se trata de juzgar actos cometidos por los militares en el contexto del conflicto armado. Según los defensores de la reforma, los militares no saben hoy cómo adelantar sus operaciones frente a la guerrilla y los demás actores armados, pues consideran que, por tratarse de actos de guerra, deben regirse por el derecho humanitario. Pero arguyen que pueden resultar investigados o condenados por un acto legítimo de guerra, pues los jueces penales ordinarios pueden aplicarles el Código Penal, que está previsto para la paz.

Esta ambigüedad efectivamente existe pues las reglas que definen qué es admisible en un contexto ordinario son distintas de aquellas que lo hacen en el ámbito de la guerra. Por ejemplo, el derecho humanitario autoriza el uso letal de la fuerza, siempre y cuando se trate de un ataque dirigido contra un objetivo militar y el daño ocasionado no sea excesivo en relación con la ventaja militar concreta obtenible. Así, una emboscada ofensiva, que respete los anteriores criterios de proporcionalidad, para dar de baja a un jefe guerrillero que no pueda ser razonablemente capturado, es entonces un acto legítimo de guerra. Pero en cambio es inaceptable que, en situaciones de paz, la policía embosque a una banda de asaltantes de bancos con el argumento de que es una victoria en la lucha contra la delincuencia y que el daño ocasionado no es excesivo. En ese caso, la policía solo puede usar medios letales si es atacada o si tal uso es necesario para, por ejemplo, salvar la vida de un rehén (legítima defensa propia o de un tercero), y siempre y cuando la respuesta policial sea proporcionada a la agresión.

Ahora bien, aunque esta ambigüedad existe y los militares tienen razón en reclamar mayor claridad jurídica, la ampliación del fuero militar no es ni necesaria ni adecuada para superar esta dificultad, pues un tema sustantivo no se soluciona con un cambio procesal. En este punto, la salida es precisar los principios y las reglas que regulan las operaciones militares, para lo cual basta una ley que sistematice el tema.

4. Conclusión: una reforma que, en lugar de fortalecer a la Fuerza Pública, mina su credibilidad

El apoyo a la reforma se sustenta en la idea de que es necesario dar un respaldo político a la difícil labor de los militares ampliándoles el fuero. Se trata de un propósito loable y legítimo, pero el camino escogido es claramente equivocado pues la reforma propuesta es perjudicial tanto para la sociedad colombiana como para el Estado. Para la sociedad, porque la experiencia ha mostrado que, por un mal entendido espíritu de cuerpo, las violaciones de los derechos humanos suelen quedar en la impunidad cuando son conocidas por la justicia castrense. Y para el Estado colombiano, pues conduce a un incumplimiento de sus obligaciones internacionales; al respecto, no debe perderse de vista que todos los relatores de Naciones Unidas, así como Human Rights Watch, manifestaron su contundente rechazo a la reforma en curso.

Por estas razones, la reforma termina siendo también perjudicial para la credibilidad de la Fuerza Pública, pues ese esfuerzo por sustraerla de la vigilancia de jueces externos independientes no puede sino generar sospechas de que lo que se busca es la impunidad. El respaldo social y político de la Fuerza Pública depende de la legitimidad que esta logre edificar en virtud de su correspondencia con las exigencias de una sociedad democrática respetuosa de los derechos. Contrario a lo que propone la reforma, esto se logra fortaleciendo la justicia civil encargada de investigar y juzgar las violaciones de los derechos humanos cometidas por los militares y policías, y no ampliando su fuero, pues poco aprecio puede reclamar de la ciudadanía una Fuerza Pública que reclama un trato diferenciado cuando se trata de juzgar sus propios abusos. La Fuerza Pública merece nuestro apoyo, pero la ampliación del fuero militar no es la forma de hacerlo: es un apoyo envenenado.⁸

8 (N. del E.) Para otras reflexiones sobre el marco constitucional de la justicia penal militar en Colombia y los proyectos de ampliación del fuero penal militar, consúltense Jaramillo (2011), Sánchez (2013), Uprimny, Sandoval y Rojas (2007).

Referencias

- Andreu-Guzmán, F. (2011). *Tribunales militares y graves violaciones de derechos humanos*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas. Recuperado de http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/tribunales_militares.pdf
- Congreso Visible (2013). Proyectos de ley. Justicia penal militar, fuero militar. Recuperado de <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-el-cual-se-reforma/6586/#tab=2>
- Congreso Visible (2015). Proyectos de ley. Justicia penal militar. Recuperado de <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-reestructura/7413/#tab=2>
- El Tiempo (2015). Balance satisfactorio de este semestre legislativo para el Gobierno. *El Tiempo*. Bogotá. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/congreso/proyectos-de-ley-evacuados-por-congreso/15972115>
- Howland, T. (2012). *Intervención del señor Todd Howland, Representante en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Panel Constitución y Fuero Penal Militar*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Recuperado de <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/ponencias.php3?cod=144&cat=24>
- Human Rights Watch (2012). Colombia: Carta al presidente Santos criticando ampliación del fuero militar. Recuperado de <http://www.hrw.org/node/247845>
- Jaramillo, J. F. (2011). La reforma al fuero penal militar. Recuperado de <http://lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/29533/la-reforma-al-fuero-penal-militar>
- Sánchez, L. M. (2013). Fuero penal militar: peligros de la reforma. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/6917-fuero-penal-militar-peligros-de-la-reforma.html>
- Uprimny, R., Sandoval, N. y Rojas, D. (2007). El marco constitucional de la justicia penal militar en Colombia: posibles enseñanzas para el debate constitucional boliviano. *Derechos Humanos y Acción Defensorial. Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia*, (2).

Capítulo 12

LA DESPROPORCIÓN DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS RELACIONADAS CON DROGAS

I. DESPROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ABSTRACTO

Los excesos en los delitos y en las penas relacionados con drogas

Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato (2013)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra Norato, J. (2013). *Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* (pp. 43-58). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.302.pdf

El principio de proporcionalidad penal es fundamental pues se refiere a la garantía de la proporcionalidad de la pena que se ha desarrollado desde la época de la Ilustración y que hoy día es una conquista del Estado de derecho. Tiene su fundamento en el principio de legalidad y está relacionado con la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como garantía para la protección de la dignidad humana. A pesar de su relevancia, su determinación no es pacífica, pues es difícil establecer criterios objetivos de ponderación que logren determinar la proporcionalidad entre el injusto y la pena que se va a imponer. La pena aplicable a cada caso encuentra una legitimación externa por ser un problema moral y político.

Con el fin de analizar si [la] tendencia a aumentar los delitos y las penas [en materia de drogas] ha implicado una vulneración del principio de proporcionalidad penal en Colombia, desarrollamos una aproximación teórica a partir de los planteamientos de [Luigi] Ferrajoli (2000, pp. 398 y ss.).¹ De acuerdo con

1 (N. del E.) La tendencia al aumento de tipos penales y de penas para los delitos de drogas se ha mantenido aun ante la evidencia de los pobres y perversos resultados de las políticas prohibicionistas. Parece tratarse, como lo diagnostica Rodrigo Uprimny, de una suerte de adicción punitiva: “[...] es cada vez mayor la necesidad que experimentan los Estados de reprimir ciertas conductas, aparentemente para controlar una producción ilícita en expansión. Pero son cada vez menores los efectos de esa represión en disminuir la oferta y el consumo de drogas ilícitas. Y así, al igual que el drogadicto que frente a la disminución de los efectos de

este autor, el análisis de la proporcionalidad de las penas puede descomponerse en tres subproblemas: 1) la predeterminación por el legislador de las penas mínimas y máximas para cada conducta; 2) la determinación de la pena realizada por el juez para cada caso en concreto; 3) la posdeterminación que corresponde a la ejecución efectiva de la pena. Para efectos de este documento denominaremos como proporcionalidad abstracta al primero de esos problemas, esto es, a la predeterminación de la pena, por referirse a la definición que de manera general y abstracta hace el legislador de los delitos y de las penas.

Es posible analizar esta dimensión de dos maneras. Por un lado, a partir de los principios teóricos que han planteado diferentes filósofos como criterio de definición de la pena mínima y la pena máxima que merece una conducta determinada. Al respecto, Ferrajoli (2000, pp. 399 y ss.) rescata dos principios teóricos en concreto: la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena; y la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas. Por otro lado, es posible realizar la predeterminación de la pena a partir de un criterio comparativo con aquellas establecidas para otros tipos penales. Esto es, analizando si las penas asignadas por el legislador a un determinado delito son desproporcionadas en relación con otros delitos de mayor o igual gravedad. Los dos problemas restantes, a saber, la concreción de la pena por el juez y su ejecución penitenciaria, conforman lo que denominamos proporcionalidad concreta, [...].²

La proporcionalidad abstracta se refiere entonces al análisis de proporcionalidad que se realiza dentro de la primera etapa de definición de la pena, es decir, dentro de la labor del legislador en la determinación de las conductas punibles y sus correspondientes sanciones.

Como lo señalamos, la primera forma de abordar el análisis de la proporcionalidad abstracta es a la luz de principios abstractos que sirvan como parámetros de valoración tanto del límite mínimo como del límite máximo de la pena en relación con la gravedad del delito. Ferrajoli (2000, pp. 399 y ss.) rescata en este sentido dos principios fundamentales. El primero de ellos, que

la sustancia decide aumentar la periodicidad y la dosis del consumo, los poderes públicos, al ver el escaso efecto de una represión creciente, deciden aumentar la dosis y la periodicidad de la misma. La represión deviene entonces adictiva" (2007). Un seguimiento de esta adicción a la represión de los delitos relacionados con drogas en las legislaciones penales de algunos países de América Latina se encuentra en Uprimny, Guzmán y Parra Norato (2012).

2 (N. del E.) El análisis de esta proporcionalidad concreta se desarrolla largamente en los numerales siguientes de esta compilación.

sirve para medir la pena mínima, fue planteado por Hobbes y recogido posteriormente por Pufendorf y Bentham. De acuerdo con este, la ventaja del delito no debe superar la desventaja de la pena. El segundo, desarrollado a partir de los aportes de Bentham y Hart, sirve para medir la pena máxima, y consiste en que la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas.

Como se observa, ambos principios delimitadores de los mínimos y los máximos de la pena parten de la existencia de un resultado de la conducta consistente en un beneficio para el actor o una lesión concreta. Si no se puede definir este daño concreto resulta entonces igualmente imposible para el legislador definir los límites de la pena de manera proporcional a la conducta. En cuanto a los delitos relacionados con drogas, este daño es indeterminable de manera concreta, pues en conductas como el consumo, el porte o la producción no se está afectando *per se* un bien jurídico de otra persona. Por esta razón, el legislador no contaría con criterios objetivos ni con criterios teóricos como los enunciados para definir los máximos y los mínimos de las penas impuestas a conductas relacionadas con drogas. Esto permitiría considerar, en principio, la desproporcionalidad en el momento de la predeterminación de la pena.

Sin embargo, el propio Ferrajoli reconoce límites importantes a estos dos principios, pues la heterogeneidad que los caracteriza hace imposible hacer las comparaciones que allí refieren. Por esta razón, aunque termina favoreciendo la inexistencia de los límites mínimos a la pena, Ferrajoli considera más coherente un criterio según el cual *la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas*.

Este criterio requiere entonces de una parte ofendida determinada o determinable, pues en caso de no existir ofensa alguna no podría medirse el monto de la pena y, por tanto, la ley que así lo haga resultaría ser desproporcional. Eso es lo que ocurre con las conductas punibles relacionadas con drogas, pues al no generar un daño concreto a una persona determinada no es posible identificar una persona afectada. Si se argumenta que la parte afectada es la sociedad en general en la medida que el bien jurídico vulnerado es la salud pública, debemos contestar que la ambigüedad de este bien jurídico es tan amplia que no motivaría la organización de la sociedad para reprimir a una persona que consume o porte o trafique algún tipo de droga ilícita.

Por tanto, la ausencia de un daño directo y concreto que sea causado por los delitos de drogas lleva a inferir, en principio, la desproporcionalidad de

cualquier tipo de condena que la ley establezca como sanción.³ Ni siquiera es dado medir algún tipo de monto punitivo, pues el criterio medidor del mismo es la gravedad de la conducta, la cual se determina, desde una perspectiva objetiva, según el daño causado por ella el cual, insistimos, no es identificable en los delitos de drogas. Así pues, cualquier pena que se establezca, por reducida que sea, es en principio desproporcional para sancionar esta clase de punibles.

Esta desproporcionalidad de las leyes antidroga colombianas que hemos identificado podría ser desvirtuada si cumple con un tercer criterio propuesto por Ferrajoli (2000, p. 402): la comparación frente a otros delitos. El jurista italiano identifica una máxima según la cual “si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo”. Sin embargo, como intentaremos demostrar, en Colombia ocurre todo lo contrario, pues al hacer dicha comparación se confirma el incumplimiento del principio de proporcionalidad de la pena en cuanto al tema de drogas se refiere.

Una comparación rápida de las penas mínima y máxima de los delitos de drogas frente a otros delitos de gravedad indudable muestra que las penas para los primeros tienden a ser, en general, iguales o más severas. En la actualidad, respecto a la pena mínima, en el Código Penal colombiano la conducta de utilización de nave semisumergible o sumergible para almacenar, transportar o vender sustancia estupefaciente o insumos necesarios para su fabricación tiene una pena mínima de 15 años según el artículo 377B modificado por el artículo 22 de la reciente Ley 1453 de 2011. El excesivo monto de esta pena mínima también se encuentra en la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes establecida en el artículo 376 del Código Penal y modificada por el artículo 11 de la misma Ley 1453, la cual comporta una pena mínima de 128 meses (10 años y 8 meses).

Si comparamos dichos montos con la pena mínima establecida para delitos cuyo daño efectivo genera un mayor impacto social y lesiona gravemente bienes jurídicos determinados, como por ejemplo las lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (8 años), el desplazamiento forzado (8 años), tortura (10,6 años), los actos sexuales violentos (8

3 (N. del E.) Para una explicación más profunda de las razones por las que los autores afirman que en general los delitos relacionados con drogas no generan daños concretos y directos, consúltense en el texto original las páginas 19 a 23.

años), o los actos sexuales con menor de catorce años (9 años), encontramos que hay conductas punibles relacionadas con drogas con una pena mínima muy superior.

En teoría, esto quiere decir que las conductas sobre drogas indicadas son calificadas por el legislador como de una gravedad mucho mayor a conductas como la tortura o el desplazamiento forzado, o los actos sexuales violentos, que vulneran bienes jurídicos muy importantes como la libertad o la integridad personal y sexual, y generan daños concretos y de gran magnitud. Esto es inaceptable ética y jurídicamente pues no hay argumentos que permitan sustentar que es más grave contrabandear una sustancia psicoactiva para que otra persona la consuma voluntariamente que torturar o abusar sexualmente y contra su voluntad de otra persona.

Esta desproporción es aún más grave si se tiene en cuenta la realidad de un país con altísimos índices de desplazamiento, ni tiene coherencia con la prohibición estricta de actos de tortura que promulgan los tratados internacionales de derechos humanos, y menos aún resulta razonable si se toma en cuenta que los delitos de drogas son delitos de peligro que en general no producen daños concretos y directos.

Respecto a la pena máxima ocurre lo mismo. Las dos mismas conductas relacionadas con drogas que mencionamos para analizar la pena mínima, comportan ambas una pena máxima de 30 años de prisión. Al realizar la comparación, encontramos una vez más que conductas socialmente consideradas de inmensa gravedad comportan penas máximas inferiores o iguales. Por ejemplo, las lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (15 años), secuestro simple (30 años), trata de personas (23 años), acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años (20 años), entre otras.⁴

[Así las cosas], en Colombia hay una tendencia a incrementar de manera desmedida los montos de las penas por delitos relacionados con drogas, sin mayor consideración a su real gravedad y sus efectos directos, y sin mayor equilibrio en relación con las penas previstas para delitos claramente más graves, como el homicidio o la violencia sexual.

⁴ (N. del E.) En el texto original, para evidenciar con mayor claridad esta desproporcionalidad, los autores despliegan una completa comparación entre la penalización del delito de tráfico de drogas con dos delitos cuya gravedad es incuestionable: el homicidio y el acceso carnal violento. Véase pp. 54-58.

[Considerando lo anterior, podemos] afirmar que la evolución de la legislación penal en materia de drogas, y el análisis comparativo de las penas previstas para estos delitos, frente a otros de mayor gravedad, muestran que en Colombia existe una suerte de desproporcionalidad penal en relación con los delitos relacionados con drogas, no solamente porque en principio no causarían un daño directo y concreto —y por tanto es especialmente difícil garantizar que los mínimos y máximos son proporcionales—, sino porque, al comparar las penas dispuestas para otros delitos que podrían ser considerados de mayor gravedad, salta a la vista que aquellas para los delitos relacionados con drogas son especialmente altas. De esta manera se confirma la desproporcionalidad al momento de predeterminar las penas por parte del legislador en Colombia.⁵

Referencias

- Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (4 ed.). Madrid: Trotta.
- Uprimny, R. (2007). Adicción a la represión. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/adiccion-represion/85434-3>
- Uprimny, R. (2012a). Las drogas: la alternativa regulatoria (I). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-i-columna-334699>
- Uprimny, R. (2012b). Las drogas: la alternativa regulatoria (II). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-ii-columna-337205>
- Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra Norato, J. (2012). *La adicción punitiva. La desproporción de leyes de drogas en América Latina*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recursos.296.pdf

5 (N. del E.) Algunas alternativas razonables frente al prohibicionismo pueden encontrarse en Uprimny (2012a, 2012b). Por su parte, el capítulo 20 (D) de esta compilación evalúa los alcances y retos de las “Cortes de drogas”, que pretenden ser una alternativa a la prisión para las personas que cometen delitos relacionados con drogas.

II. DESPROPORCIONALIDAD EN SENTIDO CONCRETO: IMPACTOS DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE DROGA*

* *(N. del E.)* En este y los apartes siguientes de este capítulo de la compilación —capítulo 12—, se presentan algunos de los principales argumentos que, leídos de manera conjunta, explican por qué la penalización de las drogas en Colombia no consigue pasar un examen de proporcionalidad, una vez se la evalúa desde el punto de vista de la concreción de la pena y de su ejecución penitenciaria. En cuanto a la desproporcionalidad en sentido abstracto de los delitos y las penas en la materia, véase el capítulo 12 (I) de esta compilación.

A. Presión sobre el sistema judicial

Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato (2013)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra Norato, J. (2013). *Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* (pp. 64-69). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.302.pdf

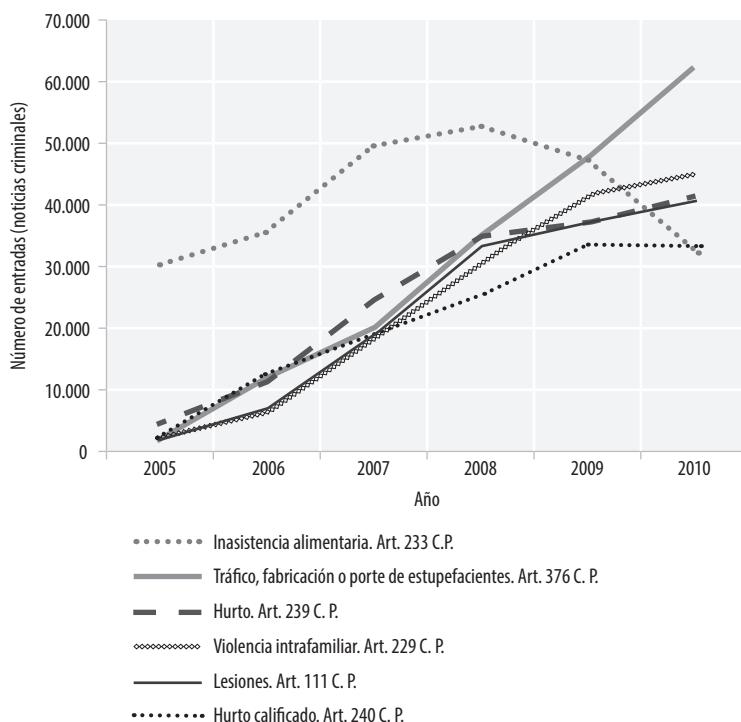
Los delitos relacionados con drogas, y en particular el tráfico, la fabricación o el porte de estupefacientes generan una presión importante en el sistema judicial. Así se desprende del análisis de la información sobre entradas al sistema judicial en virtud de la Ley 906 de 2004, pues como se muestra en la gráfica 1, en la que se identifican los seis delitos que más llegan al sistema judicial, el tráfico se sitúa como el que más entradas tiene durante los años 2009 y 2010.

De hecho, un análisis del aumento porcentual de las entradas al sistema judicial, específicamente para la Ley 906 de 2004 evidencia que, al tomar como punto de referencia el número de entradas del año 2005, el tráfico, la fabricación o el porte de estupefacientes es el delito que más incremento ha tenido desde el 2006 y hasta el 2010, como lo muestra la gráfica 2. Este crecimiento sostenido refuerza la idea de que los delitos relacionados con drogas generan una gran presión en el sistema judicial. Además, indica que se trata de un conjunto de delitos respecto de los cuales el Estado hace un esfuerzo institucional importante para responder al mismo, por lo cual se puede inferir que su judicialización genera enormes costos económicos e institucionales [...].¹

El tráfico, la fabricación o el porte de estupefacientes es también uno de los delitos frente a los cuales se producen más salidas. De acuerdo con la gráfica

1 (N. del E.) Estos costos serán estudiados en el capítulo 12 (III) de esta compilación.

Gráfica 1. Número de entradas al sistema judicial, desagregadas por tipo de delito (2005 a 2010)



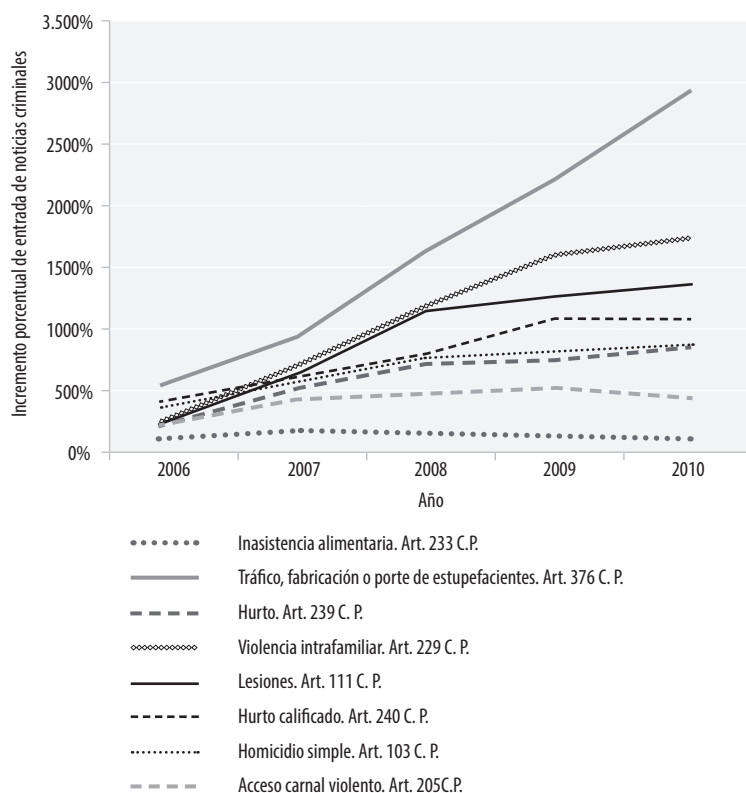
Fuente: cálculos de los autores a partir de datos del sistema de información SPOA [Sistema Penal Oral Acusatorio] de la Fiscalía General de la Nación.

3, que muestra el número de salidas totales que se originan en el procedimiento penal regulado por la Ley 906 de 2004, se trata del tercer delito con más salidas desde el año 2007 al 2010.

Ahora bien, al analizar más en detalle las salidas, y centrar la atención en las sentencias condenatorias, el tráfico, la fabricación o el porte de estupefacientes se convierte en el delito que tiene más salidas de este tipo. En efecto, como lo muestra la gráfica 4, para todos los años de la muestra es el delito por el que se presentan más sentencias condenatorias.

Ahora bien, llevando los anteriores datos a cargas porcentuales, se encuentra que durante el periodo 2005-2010 en el sistema penal acusatorio hay un incremento de la carga generada por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a medida que se avanza en las diferentes fases del proceso penal. Este delito representó el 6 % de los ingresos de noticias criminales,

Gráfica 2. Incremento porcentual de entradas en la Ley 906 de 2004, desagregado por tipo de delito de 2005 a 2010



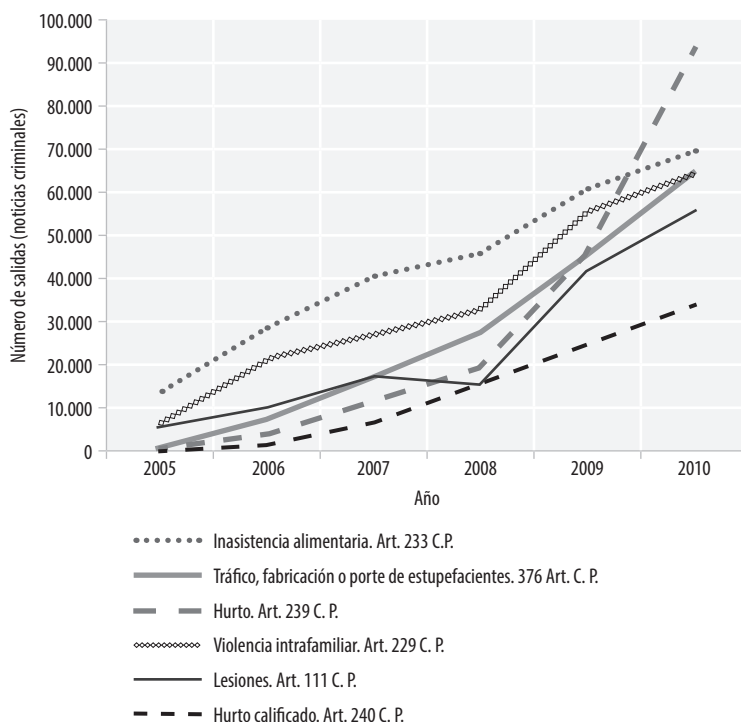
Fuente: cálculos de los autores a partir de datos del sistema de información SPOA de la Fiscalía General de la Nación.

alcanzó a subir hasta el 32,4 % del total de imputaciones, y termina representando el 38 % del total de condenas durante el susodicho periodo. Por su parte, delitos que reportaron porcentajes de entradas más altos que los de droga como el hurto o las lesiones personales dolosas, únicamente representan el 22 y el 2 % respectivamente del total de condenas durante el mismo periodo.²

Esta tendencia parece deberse a dos razones fundamentales. En primer lugar, a que la mayoría de las personas privadas de la libertad por drogas son capturadas en flagrancia, en especial cuando distribuyen o transportan ciertas cantidades de droga. En segundo lugar porque [...] la mayoría de las personas

² (N. del E.) En el texto original se evalúan asimismo los altos niveles de congestión generados por la judicialización de los delitos de drogas (pp. 109-111).

Gráfica 3. Número de salidas de la Ley 906, desagregadas por tipo de delitos (2005 a 2010)

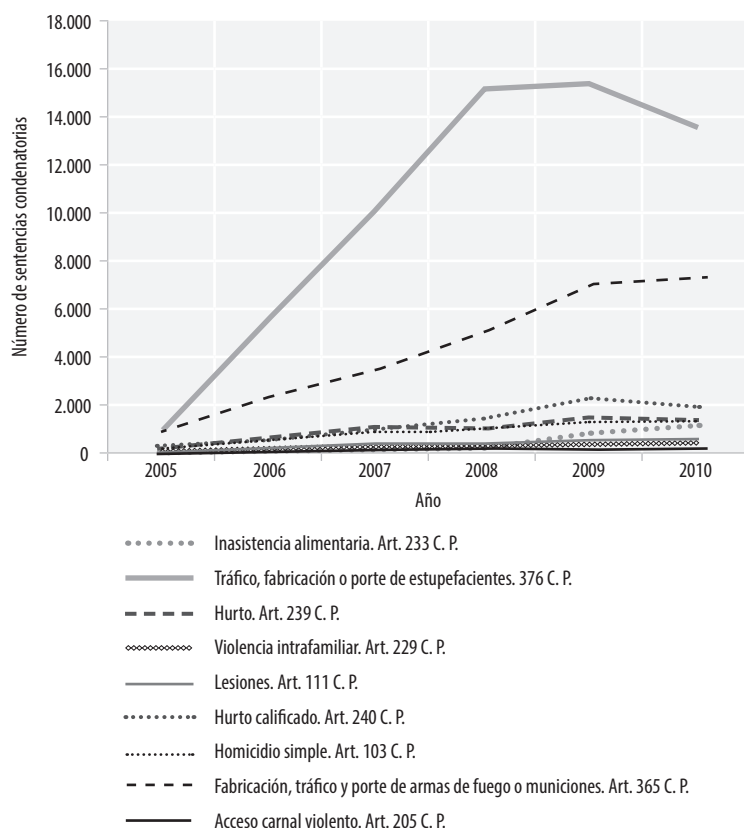


Fuente: cálculos de los autores a partir de datos del sistema de información SPOA de la Fiscalía General de la Nación.

presas por drogas constituyen eslabones débiles de la cadena del negocio. Estas generalmente prefieren aceptar su responsabilidad y negociar con la justicia (lo cual es admisible en el nuevo sistema procesal penal), por lo cual tienden a ser procesadas mucho más fácil por el sistema judicial.³ Esto tiene importantes consecuencias para el análisis de proporcionalidad penal, pues mostraría que

3 (N. del E.) Por un lado, en cuanto a la tendencia del sistema penal a resolver principalmente delitos en los que prevalece la flagrancia, puede consultarse el capítulo 11 (G) de esta compilación. Por otro lado, sobre la concentración de la persecución penal sobre los eslabones más débiles o las poblaciones más vulnerables, véanse los demás apartes que componen este acápite sobre desproporcionalidad en sentido concreto. Hay que decir además que, como se evidencia en Guzmán y Uprimny (2010), suele presentarse una convergencia entre ambos factores, teniendo en cuenta que la mayoría de personas judicializadas por delitos de droga han tenido una participación más débil y tienden a aceptar cargos o a negociar con la justicia, especialmente cuando han sido capturadas en flagrancia.

Gáfica 4. Número de sentencias condenatorias producidas en virtud de la Ley 906 de 2004, desagregadas por delito (2005 a 2010)



Fuente: cálculos de los autores a partir de datos del sistema de información SPOA de la Fiscalía General de la Nación.

la aplicación de estos delitos tiende a recaer con mayor certeza y rigor contra las personas con participaciones marginales en el negocio de las drogas, o en quienes constituyen los eslabones menos importantes o más fácilmente reemplazables.⁴

⁴ (N. del E.) Algunas alternativas razonables frente al prohibicionismo pueden encontrarse en Uprimny (2012a, 2012b). Por su parte, el capítulo 20 (D) de esta compilación evalúa los alcances y retos de las Cortes de Drogas, que pretenden ser una alternativa a la prisión para las personas que cometen delitos relacionados con drogas.

Referencias

- Guzmán, D. E. y Uprimny, R. (2010). Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia. En Metaal, P. y Youngers, C. (eds.). *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina* (pp. 40.50). Washington: WOLA y Transnational Institute. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.192.pdf
- Uprimny, R. (2012a). Las drogas: la alternativa regulatoria (I). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-i-columna-334699>
- Uprimny, R. (2012b). Las drogas: la alternativa regulatoria (II). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-ii-columna-337205>

B. Presión sobre el sistema carcelario e impacto de la criminalización sobre la población carcelaria

Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato (2013)

Extractos tomados de:

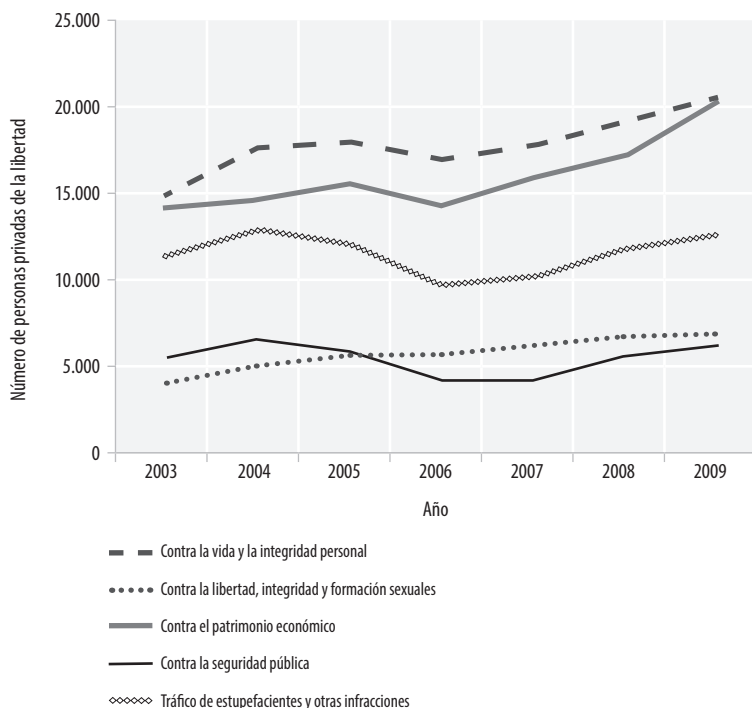
Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra Norato, J. (2013). Análisis de proporcionalidad concreta: política de drogas, judicialización y sistema carcelario. En *Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* (pp. 70-87). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.302.pdf

En Colombia, la participación de los delitos relacionados con drogas en la población carcelaria es bastante alta. De acuerdo con los datos suministrados por el Inpec, constituyen el tercer grupo de delitos con más personas privadas de la libertad; [...]. Como lo muestra la gráfica 1, los delitos relacionados con drogas han mantenido una participación en la población carcelaria entre los años 2003 y 2009 que los convierte en el tercer grupo de delitos con mayor número de personas privadas de la libertad, solamente superado por los delitos contra el patrimonio económico —en los que tienen una participación importante las diferentes modalidades del hurto— y los delitos contra la vida e integridad personal —en donde la participación más importante es la del homicidio—.

Este dato resulta especialmente relevante pues muestra que las políticas colombianas de lucha contra las drogas ejercen una presión importante en el sistema carcelario. En cifras netas, el número de personas privadas de la libertad en Colombia por delitos relacionados con drogas ha sido en los últimos años cercano a 11.000, con muy leves variaciones, y en porcentajes ha oscilado entre el 16 y 19 % para los años de la muestra, [...]. Al finalizar el año 2009, 12.616 personas se encontraban privadas de la libertad por delitos relacionados con drogas, lo cual equivale al 17 % del total de la población carcelaria del país.¹

1 (N. del E.) Ya en otros textos, Guzmán y Uprimny (2010) y Uprimny y Guzmán (2010) habían resaltado la importancia de estos datos, considerándolos evidencia de la enorme pre-

Gráfica 1. Evolución de la población privada de la libertad para los seis grupos de delitos más representativos porcentualmente en el total de la población reclusa



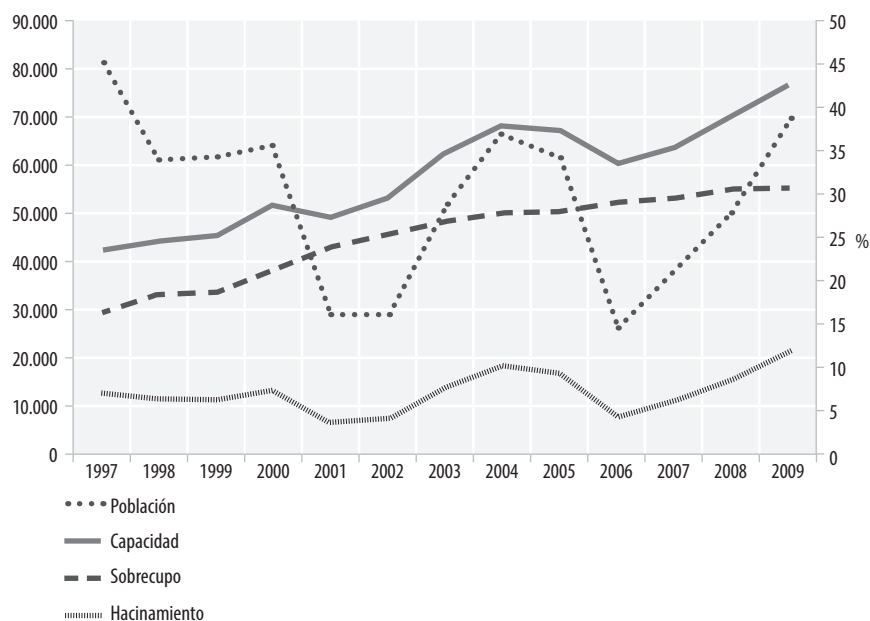
Fuente: elaboración propia a partir de datos suministrados por el Inpec (2010).

[Por otro lado], tal vez la forma más clara para dimensionar el impacto de la criminalización en la vida de [los reclusos], e incluso en el sistema carcelario, es a través del análisis del hacinamiento. En este sentido, la gráfica 2 muestra la evolución de este fenómeno en el país, desde el año 1997 hasta el 2009. Los resultados permiten identificar una disminución importante hacia el 2001 y 2002, pero un aumento posterior de carácter relativamente consistente.

El hacinamiento constituye un indicador mínimo y significativo de las condiciones carcelarias, pues si bien pueden vulnerarse garantías fundamentales en ausencia de hacinamiento, y este no da cuenta de las diversas dimensiones de la reclusión, es un hecho que no puede haber condiciones dignas de vida en su presencia. En este sentido, un aumento del mismo pondría en evidencia el deterioro de las condiciones de privación de la libertad. Esto muestra un factor

sión que ejerce la lucha contra las drogas en el sistema carcelario.

Gráfica 2. Evolución del hacinamiento y del sobrecupo en Colombia, desde 1997 hasta el 2009



Fuente: cálculos realizados por los investigadores a partir de información del Inpec (2009).

adicional que evidencia la desproporcionalidad de las políticas de drogas en el país en el ámbito penal, pues además del aumento de los delitos y de las altas penas determinadas para ellos, las personas privadas de la libertad por dichos delitos, incluso a pesar de que no hayan generado daños concretos a ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, enfrentan condiciones precarias de reclusión.² Esto genera costos adicionales en términos de derechos fundamentales y su realización efectiva.

En este punto consideramos importante incluir un dato que muestra la relación entre los delitos por droga y el hacinamiento. En un ejercicio hipotético, si le restamos a la población reclusa reportada aquella parte que ha sido privada de la libertad por drogas, podremos constatar la presión que ejercen estos delitos en el sistema carcelario colombiano o, en otras palabras, qué tanto contribuyen los delitos relacionados con drogas al hacinamiento. La tabla 1

² (N. del E.) Para una explicación más profunda de las razones por las que los autores afirman que en general los delitos relacionados con drogas no generan daños concretos y directos, consúltense en el texto original las páginas 19 a 23.

Tabla 1. Proyección de la presión de los delitos de drogas sobre el hacinamiento

Año	I Total Población privada de la libertad	II Capacidad Sistema penitenciario	III Sobrecupo total	IV Hacinamiento global (%)	V Población privada de libertad por drogas	VI = I-V Población privada de libertad excluyendo delitos por droga	VII=VI-II Sobrecupo excluyendo delitos por droga	VIII = VII/II Hacinamiento excluyendo delitos por droga (%)
2003	62.277	48.291	13.986	29,0	11454	50.823	2.532	5,2
2004	68.020	49.722	18.298	36,8	12904	55.116	5.394	10,8
2005	66.829	49.821	17.008	34,1	12151	54.678	4.857	9,7
2006	60.021	52.414	7.607	14,5	9799	50.222	-2.192	-4,2
2007	63.603	52.555	11.048	21,0	10313	53.290	735	1,4
2008	69.979	54.777	15.202	27,8	11808	58.171	3.394	6,2
2009	76.471	55.042	21.429	38,9	12616	63.855	8.813	16,0

Fuente: cálculos de los autores con base en Sisiprec del Inpec.

evidencia que la presión que ejercen los delitos por drogas en el hacinamiento es considerable, pues al restarlos el sobrecupo se reduce de manera significativa, así como el hacinamiento, que para algunos años incluso prácticamente desaparecería.

[En suma,] los datos de hacinamiento muestran un deterioro progresivo de las condiciones de reclusión. Por supuesto, estas afectan a la población carcelaria en general, pero tenderían a tener efectos más fuertes en aquellos más pobres, pues son quienes deben conformarse con la comida y los elementos suministrados por el Inpec, ya que por sus condiciones económicas pueden no recibir remesas y consignaciones con las cuales suplir algunas de sus necesidades. Alguna evidencia empírica sugiere además que en el caso del narcotráfico las desigualdades entre los mandos altos, medios y “los de abajo” son más marcadas, pues mientras los primeros podrían acceder a servicios básicos privados, los segundos deben aceptar aquellos que les brinde el Estado, sin importar su calidad.³

Referencias

- Guzmán, D. E. y Uprimny, R. (2010). Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia. En Metaal, P. y Youngers, C. (eds.). *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina* (pp. 40-50). Washington: WOLA y Transnational Institute. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.192.pdf
- Uprimny, R. (2012a, marzo 26). Las drogas: la alternativa regulatoria (I). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-i-columna-334699>
- Uprimny, R. (2012b, abril 9). Las drogas: la alternativa regulatoria (II). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-ii-columna-337205>
- Uprimny, R. y Guzmán, D. E. (2010). Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia. *Debates Penitenciarios* (14), 3-20. Instituto de Asuntos Públicos. Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana. Universidad de Chile. Recuperado de http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_14.pdf

3 (N. del E.) Es necesario señalar aquí que, tal como se explicará con mayor profundidad en el capítulo 12 (II-C y D) de esta compilación, la mayoría de reclusos por delitos relacionados con drogas pertenece a los eslabones más débiles dentro de la cadena de tráfico. Finalmente, para algunas alternativas regulatorias razonables frente al prohibicionismo, véase Uprimny (2012a, 2012b).

C. Eficacia selectiva según territorio, delito y eslabón de la cadena de narcotráfico

Mauricio García Villegas, José Rafael Espinosa y Felipe Jiménez Ángel (2013)

Extractos tomados de:

García Villegas, M., Espinosa, J. R. y Jiménez Ángel, F. (2013). La persecución de los delitos de drogas y los actores de la cadena. En *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia* (pp. 50-56). Documentos 5. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.590.pdf

En este documento se muestra cómo, además de la desproporción normativa que tiene la penalización de las drogas en Colombia —que otras investigaciones de Dejusticia ya han hecho evidente—, la manera como el Estado aplica y hace efectivas esas normas es discriminatoria.¹ A una desproporción normativa se suma entonces una discriminación fáctica. Y esta discriminación —sostenemos aquí— es doble: por un lado, dicha aplicación es selectiva en los delitos, pues se concentra en la sanción de unos delitos y no de otros y, por el otro, es selectiva en el territorio, pues tiende a concentrar su eficacia en algunos territorios y no otros.

[En otros lugares hemos mostrado] que el buen desempeño de la justicia local no está distribuido aleatoriamente a lo largo del territorio del país.² Por

1 (N. del E.) Esta desproporción normativa es abordada en el capítulo 12 (I) de esta compilación. Es preciso advertir, además, que los extractos seleccionados en este acápite deben necesariamente ser leídos de manera conjunta con los demás textos que componen el capítulo 12 (II), sobre la desproporcionalidad en sentido concreto de los delitos de drogas. En particular, el presente acápite se encuentra estrechamente ligado al capítulo 12 (II-D), en el cual se evidencia cómo la selectividad en la persecución de los delitos de drogas parece acentuarse en el caso de las mujeres, quienes suelen también tener participaciones meramente marginales en el negocio de las drogas.

2 (N. del E.) Al respecto pueden verse tanto el texto original (pp. 9-23) como García Villegas y Espinosa (2013). En estos textos se concluye, primero, que el mal desempeño de la justicia está concentrado en las zonas periféricas del país; y, segundo, que la mayoría de mu-

el contrario, el funcionamiento de la justicia cumple con un patrón geográfico que tiene dos características principales: primero, existe una disparidad entre el centro y la periferia, y segundo, esa disparidad se produce especialmente en la etapa de investigación (la disparidad es mayor en materia de tasa de imputaciones que en tasa de condenas).³

Pues bien, la persecución de delitos de drogas se ajusta a un patrón geográfico similar al del funcionamiento de la justicia en general. Primero porque [...] en general los delitos de drogas se sancionan más en el centro del país que en la periferia, a pesar de que en esta última se concentran los municipios con mayores niveles de ingresos por dos de los delitos analizados (conservación y financiación de cultivos y tráfico de sustancias para el procesamiento).⁴

Esta conclusión también está respaldada por los resultados [hallados, que demuestran que] a medida que el desempeño de la justicia local empeora, también lo hace el desempeño en la persecución de los delitos de drogas.⁵ [Por su parte], el desempeño de la justicia local no está distribuido aleatoriamente a lo largo del país: en términos generales, el mal desempeño de la justicia se concentra en zonas periféricas, mientras que el buen desempeño se concentra en zonas del centro del país. En resumen, entonces, la persecución de los delitos de drogas es peor en aquellos municipios con mal desempeño de la justicia, que tienden a estar ubicados en la periferia del país.⁶

nicipios con baja y muy baja eficacia del sistema judicial se hallan en territorios que tienen en común, entre otros fenómenos, el encontrarse en zonas de cultivos de uso ilícito. Ahora bien, el índice de desempeño de la justicia local —como se explica con detalle en el capítulo 9 (II) de esta compilación— se construye básicamente a partir de la medición de la presencia de funcionarios judiciales (controlada por población y territorio) y de la tasa de eficacia en la persecución de homicidios.

3 (N. del E.) Este cuello de botella formado en la etapa de investigación es igualmente estudiado en García Villegas, Rodríguez Garavito y Uprimny (2006); La Rota y Bernal Uribe (2014) y Santos y García Villegas (2001).

4 (N. del E.) Estas conclusiones, según explican los autores, se refieren al análisis “de algunos delitos cuya razón de ser está ligada directamente con el narcotráfico y, además, son representativos de las diferentes etapas de la cadena de producción y comercialización de la droga ilícita. Cuatro delitos son analizados: conservación o financiación de plantaciones (art. 375); tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (art. 382); tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (art. 376), y lavado de activos (art. 323)” (pp. 24-25). A partir de estos cuatro delitos, este texto pretende entonces adelantar una evaluación geográfica de la relación que existe entre la persecución del narcotráfico y el desempeño de las instituciones de justicia.

5 (N. del E.) Para consultar los citados resultados, véase la parte III del texto original.

6 (N. del E.) Sobre el tema de justicia y territorio pueden verse también los capítulos 6 y 9 (II) de esta compilación; mientras que sobre la selectividad que padece el sistema penal colombiano en general puede consultarse el capítulo 11 (D) de esta compilación.

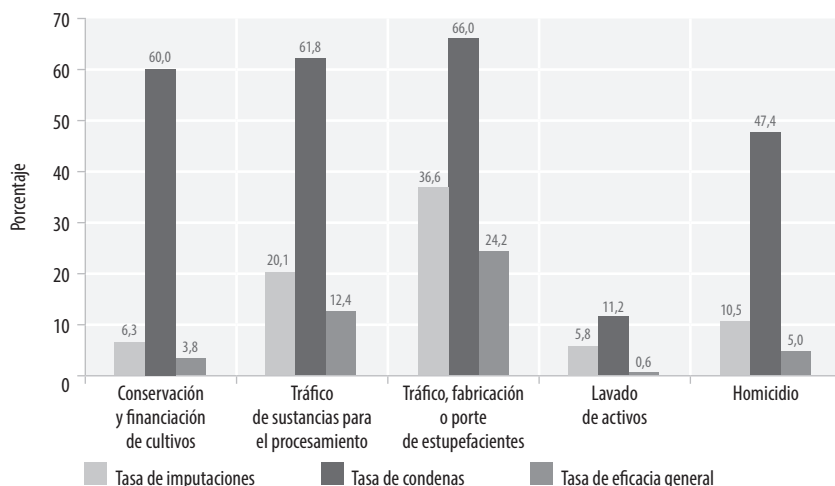
Segundo, esta disparidad en la persecución de delitos de drogas, tal como en el caso del funcionamiento de la justicia en general, tiende a producirse en la etapa de investigación. La judicialización de los delitos de drogas se tiende a frenar más en la etapa de investigación que en la de condenas.

Frente a este patrón geográfico, sin embargo, es necesario hacer una excepción. La incapacidad del Estado para perseguir el delito de lavado de activos es generalizada y no se ajusta al patrón geográfico anterior, [pues] incluso en municipios con desempeño de la justicia muy alto (medido a través del indicador de desempeño de la justicia local) la eficacia del Estado es muy reducida.

Esto nos lleva a un segundo tipo de análisis, con un enfoque ya no en la geografía sino en los tipos de delitos, mirados desde una perspectiva nacional. La gráfica 1 muestra, para cada uno de los delitos, las diferentes tasas que ya hemos utilizado anteriormente. Además, incluimos el delito de homicidio para tener un parámetro o una fuente de comparación en la eficacia del sistema penal.

La gráfica muestra dos resultados llamativos. Primero, con respecto a las tasas de imputaciones y de condenas. La mayoría de los delitos tienen una tasa de imputaciones relativamente baja y, al mismo tiempo, tienen una tasa de condenas relativamente alta. Esto muestra que el problema de la ineficacia radica principalmente en la etapa de investigaciones y no en la de juzgamiento. Sin embargo, el delito de lavado de activos es, nuevamente, excepcional. Al igual que los otros delitos, la tasa de imputaciones es baja (y por tanto también hay

Gráfica 1. Persecución del homicidio y de los diferentes eslabones de la cadena de drogas



Fuente: Fiscalía General de la Nación (2012).

problemas en la investigación) pero, a diferencia de los otros delitos, la tasa de condenas es muy baja. Esto significa que no solo hay un cuello de botella en la etapa de investigación (como en los otros delitos) sino además en la de juzgamiento.

El segundo resultado interesante es el siguiente: en Colombia existe una disparidad llamativa entre las tasas de eficacia entre los diferentes delitos de drogas, que corresponden al porcentaje de condenas respecto del total de ingresos. Mientras que para el tráfico de estupefacientes se produjeron condenas en el 24,2 % de los casos, para el lavado de activos solo en el 0,6 %. Si se asumen las tasas de homicidio como indicadores del sistema penal en general, esta figura indica que el delito de conservación y financiación de cultivos tiene unas tasas similares a las del sistema en general, mientras que los delitos de tráfico de sustancias y de estupefacientes están muy por encima y el lavado de activos muy por debajo.

La alta tasa de eficacia en el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes es, en principio, un resultado positivo. Sin embargo, otras investigaciones han mostrado que la persecución de este delito es sesgada. Por ejemplo, Guzmán y Uprimny (2010) muestran que la criminalización recae esencialmente sobre los eslabones más débiles de quienes participan en este delito. Prácticamente el 98 % de las personas privadas de la libertad por este delito lo estarían por pequeño tráfico, sin violencia, al que se acude en muchas ocasiones para enfrentar situaciones de pobreza y exclusión.⁷

Esto muestra una capacidad dispar para sancionar los delitos de drogas. La eficacia del Estado es relativamente alta para perseguir el tráfico pero es muy baja cuando se trata de perseguir el lavado de activos. Esta disparidad está relacionada con los diferentes eslabones y actores de la cadena.

7 (N. del E.) En Uprimny, Guzmán y Parra Norato (2013) y Uprimny y Guzmán (2010) se estudian también los impactos diferenciados de las políticas represivas dentro de las redes de narcotráfico. Allí se propone un indicador proxy del nivel de participación en una red de drogas a partir de la constatación de si la persona privada de la libertad por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes fue o no procesada por concurso con otras conductas punibles; en particular, en concurso con el delito de concierto para delinquir. Los resultados de tal medición apuntan a que casi la totalidad de personas privadas de la libertad por ese delito (98 %) no tuvieron —o, cuando menos, no se les pudo probar— una participación importante en las redes del narcotráfico. En estas investigaciones se insiste además en que estos participantes marginales suelen optar por aceptar su responsabilidad y negociar con la justicia; con lo cual, a pesar de ser los más débiles en el negocio, son quienes terminan por ser los principales receptores del endurecimiento penal.

Tabla 1. Eficacia en la persecución y valor agregado por eslabones de la cadena

Delito	Tasa de imputaciones (%)	Tasa condena (%)	Tasa eficacia general (%)	Eslabón (Mejía y Rico)	Valor agregado (Mejía y Rico)
Conservación y financiación de cultivos	6,3	60,0	3,8	Hoja de coca	1,2 billones (9 %)
Tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos	20,1	61,8	12,4	Base de coca/cocaína	0,8 billones (5 %) / 2 billones (15 %). Total: 2,8 billones (20 %)
Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes	36,7	66,0	24,2	Cocaína/ Tráfico de cocaína	2 billones (15 %) / 9,6 billones (71 %). Total: 11,6 billones (86 %)
Lavado de activos	5,8	11,2	0,6	Tráfico de cocaína	9,6 billones (71 %)

Veamos la tabla 1 para ilustrar esta idea. La tabla retoma los hallazgos de Mejía y Rico (2011) sobre la microeconomía del narcotráfico para el año 2008 y hace un paralelo entre los diferentes eslabones de la cadena y los delitos aquí analizados. Esta tabla muestra una fuerte disparidad en la capacidad de sanción. Mientras que el Estado es relativamente eficaz para sancionar el tráfico de drogas (especialmente el pequeño tráfico), es altamente ineficaz para sancionar la legalización de las rentas derivadas de ese tráfico. Si se tiene en cuenta que una buena parte de las rentas están destinadas a financiar los diferentes eslabones de la cadena (a pagar los cultivos, los laboratorios, el transporte, etc.), esta tabla muestra cómo la incapacidad del Estado sería funcional al círculo vicioso de la financiación del narcotráfico: al no sancionar el lavado de activos no se corta con el financiamiento de los otros eslabones, que a la vez producen rendimientos que luego pueden ser reinvertidos, pues la eficacia es muy baja.

Las preguntas claves que surgen aquí son las siguientes: ¿qué explica esta disparidad en la sanción de los delitos de drogas? ¿Por qué la diferencia en la sanción del tráfico y el lavado de activos es tan amplia? La respuesta debe considerar una serie de variables que confluyen y actúan conjuntamente, como la complejidad del delito o la debilidad institucional, por ejemplo. Sin duda, la complejidad del lavado de activos es una variable clave, al menos por dos razones. Primero, porque no solo involucra el manejo de la mercancía sino que,

además, involucra el manejo del capital, y segundo, porque en la medida en que el objetivo del delito es legalizar o dar apariencia de legalidad, este requiere de una cierta experticia jurídica y financiera que no es necesaria para la comisión de los otros delitos. Esta complejidad entraña entonces mayores retos probatorios para el sistema judicial, pues ya no solo tiene que probar la actividad ilícita (sancionada por los otros delitos) sino además desentrañar y reconstruir las operaciones jurídicas y financieras a través de las cuales se busca legalizar los recursos provenientes de esas actividades.⁸

Sin embargo, es llamativo el hecho de que el Estado sea altamente ineficaz para perseguir este delito incluso en territorios institucionalmente fuertes y en los que los otros delitos complejos sí son sancionados. Es llamativo, también, que a diferencia de los demás delitos y del patrón general de la justicia, la eficacia sea muy baja no solo en la etapa de investigaciones sino, además, en la de juzgamiento. ¿Qué explica que en territorios institucionalmente fuertes la sanción del lavado de activos sea tan baja? ¿Qué explica que la ineficacia no solo aplica en la etapa de investigación sino también en la de juzgamiento? Una posible respuesta, que debe ser estudiada con más detalle en investigaciones posteriores, sería la captura del Estado, que no es exclusiva de territorios periféricos: en territorios con instituciones fuertes los narcos han logrado capturar el sistema penal justo en el eslabón que les resulta más estratégico para aprovechar las rentas derivadas de su negocio ilegal.⁹

En resumidas cuentas, los resultados mostrados hasta este punto señalan, entonces, que en Colombia existe una doble discriminación en la persecución de delitos de drogas.

Por un lado, existe una *discriminación territorial* pues —como en el caso del funcionamiento del sistema de justicia en general— la eficacia del Estado es mayor para sancionar los delitos que ocurren en el centro que aquellos que ocurren en la periferia.

Por otro lado, existe una *discriminación por delitos*. La eficacia del Estado no solo es dispar en materia de cobertura territorial, sino en materia de delitos. El Estado es mucho más eficaz en la sanción de algunos delitos de narcotráfico que en otros. El contraste, en términos de sanción, entre la persecución del tráfico y porte de estupefacientes (24,2 %) y el lavado de activos (0,06 %)

8 (N. del E.) Sobre las carencias de racionalidad investigativa en la persecución de los delitos complejos en el sistema penal colombiano, véase el capítulo 11 (G) de esta compilación.

9 (N. del E.) Sobre el fenómeno de la captura institucional de la justicia en Colombia puede consultarse el capítulo 9 (I) de esta compilación.

habla por sí solo. Este resultado sugiere que la eficacia del Estado —y no solo la cobertura— sería mayor para perseguir los delitos relacionados con el tráfico que aquellos que tienen que ver con el manejo de las rentas derivadas del mismo. Esta disparidad es preocupante por dos razones. Primero, porque, si se tienen en cuenta otras investigaciones, la eficacia en la persecución del tráfico se concentra especialmente en el microtráfico, al que se acude muchas veces para enfrentar situaciones de pobreza y exclusión. Y segundo, porque la ineficacia en la sanción del lavado de activos es muy grave: justo allí —en el eslabón de la cadena en el que los narcos logran legalizar e infiltrar su capital (y el poder que de ahí se deriva) a la sociedad— la capacidad del Estado es más débil.¹⁰

Esta diferencia en la sanción de los delitos entraña, a su turno, un tratamiento diferenciado de los delincuentes: mientras el Estado concentra todo su potencial represivo en los pequeños comerciantes ilegales, es casi indiferente frente a lo que ocurre con los delincuentes y las instituciones que lavan el dinero del narcotráfico y que están vinculados con poderosos sectores de la población. Parecería entonces como si la política contra el narcotráfico estuviera más destinada a controlar poblaciones relativamente pobres que se salen de ciertas reglas, que a controlar y acabar con el negocio ilegal.¹¹

Referencias

- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina* (2 ed.). Bogotá: Iepri, Debate.
- García Villegas, M. y Espinosa, J. R. (2013). *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.361.pdf
- García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

10 (N. del E.) En otro lugar del texto original, al resaltar la gravedad de estos resultados, se agrega que “el eslabón menos visible de la cadena (el lavado) es el que más daño social produce. El dinero ilegal logra entrar, también ilegalmente, al mercado, a la sociedad y a la política. Es ahí donde el narcotráfico logra no solo corromper y capturar las instituciones sino también deteriorar la cohesión social y la cultura cívica del cumplimiento de reglas y obediencia al Estado. Pero también es dañino porque con ese dinero que se lava es que se financian los otros eslabones de la cadena (se pagan los jornales de los cultivos, los insumos para el procesamiento, la construcción de los laboratorios, el transporte, la seguridad, etc.). La falta de eficacia del Estado para sancionar este delito facilita entonces la captura de las instituciones y reproduce el círculo vicioso de las finanzas de la cadena del narcotráfico” (p. 58).

11 Un desarrollo de este punto puede verse en García Villegas (2014).

- Guzmán, D. E. y Uprimny, R. (2010). Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia. En Metaal, P. y Youngers, C. (eds.). *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina* (pp. 40-50). Washington: WOLA y Transnational Institute. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.192.pdf
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf
- Mejía, D. y Rico, D. M. (2011). La microeconomía de la producción y el tráfico de cocaína en Colombia. En Gaviria, A. y Mejía Londoño, D. (eds.). *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.) (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R. y Guzmán, D. E. (2010). Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia. *Debates Penitenciarios* (14), 3-20. Instituto de Asuntos Públicos, Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana, Universidad de Chile. Recuperado de http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_14.pdf
- Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra Norato, J. (2013). *Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.302.pdf

D. Feminización de los delitos de drogas

Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato (2013)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra Norato, J. (2013). Análisis de la proporcionalidad concreta: política de drogas, judicialización y sistema carcelario. En *Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* (pp. 75-93). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.302.pdf

Las personas privadas de la libertad por drogas son mayoritariamente hombres. De acuerdo con las cifras suministradas por el Inpec, el número de mujeres privadas de la libertad por delitos relacionados con drogas es significativamente menor [tabla 1].

Tabla 1. Composición de la población privada de la libertad por delitos relacionados con drogas, desagregada por sexo (2003-2009)

Año	Sexo				
	Hombres		Mujeres		Total
	Total	%	Total	%	
2003	9.485	83	1.969	17	11.454
2004	10.686	83	2.218	17	12.904
2005	10.260	84	1.891	16	12.151
2006	8.311	85	1.488	15	9.799
2007	8.787	85	1.526	15	10.313
2008	9.870	84	1.938	16	11.808
2009	10.492	83	2.124	17	12.616

Fuente: cálculos de los autores con base en información suministrada por el Inpec.

A pesar de que el porcentaje de mujeres privadas de la libertad por drogas no ha superado en los últimos años el 17 %, parece presentarse una especie de feminización de este tipo de delitos. En efecto, si se comparan las cifras anteriores con las del total de la población carcelaria —que aparecen en la tabla 2—, hay una mayor presencia de mujeres en los delitos relacionados con drogas. Mientras que la desagregación del total de la población carcelaria muestra que los hombres privados de la libertad son cerca del 93 % y las mujeres son solo el 7 % restante, dentro de los privados de la libertad por delitos relacionados con drogas el porcentaje de mujeres se eleva al 17 %.

Tabla 2. Composición de la población carcelaria desagregada por sexo (2003-2009)

Año	Sexo				
	Hombres		Mujeres		Total
	Total	%	Total	%	
2003	58.098	93	4.179	7	62.277
2004	63.385	93	4.635	7	68.020
2005	62.707	94	4.122	6	66.829
2006	56.626	95	3.395	6	60.021
2007	59.971	94	3.632	6	63.603
2008	65.786	94	4.193	6	69.979
2009	71.204	94	4.788	6	75.992

Fuente: cálculos de los autores con base en información suministrada por el Inpec.

Aunque este dato puede ser considerado poco representativo, lo cierto es que si se analiza en el contexto de la composición por sexo de la población carcelaria por otros delitos, parece mostrar una tendencia. Son muy pocos los delitos en los que de manera consistente y representativa hay una participación de mujeres superior al 10 % en la población carcelaria. En algunos casos se reporta un mayor porcentaje de mujeres para determinados delitos, pero solo para un año y generalmente el número de personas privadas de la libertad por este es muy bajo.

Además, una comparación del número de mujeres privadas de la libertad por delitos relacionados con drogas frente al número total de mujeres privadas

de la libertad por todos los delitos evidencia que la gran mayoría de mujeres que están reclusas han sido detenidas o condenadas por drogas. Como lo muestra la tabla 3, entre el 42 y el 48 % de la población femenina en las cárceles está privada de la libertad por delitos de drogas. Esto muestra que si bien la mayoría de las personas detenidas por droga no son mujeres, la mayoría de las mujeres reclusas han perdido su libertad por drogas. Este dato refuerza entonces la tesis de que parece existir una feminización de los delitos relacionados con estas.

Tabla 3. Porcentaje de mujeres privadas de la libertad por drogas frente a la población reclusa femenina general (2003-2009)

Año	Mujeres		
	General	Drogas	%
2003	4.179	1.969	47
2004	4.635	2.218	48
2005	4.122	1.891	46
2006	3.395	1.488	44
2007	3.632	1.526	42
2008	4.193	1.938	46
2009	4.788	2.124	44

Fuente: cálculos de los autores con base en información suministrada por el Inpec.

Este dato es relevante pues sugiere que la desproporcionalidad de las penas establecidas para los delitos de drogas tendería a afectar más severamente a las mujeres. Y si tomamos en consideración que en nuestra sociedad las mujeres tienden a sufrir formas específicas y diversas de discriminación en razón de la manera como se construye el género y se le asignan roles sociales, podría afirmarse que esta criminalización tiende a afectar a sectores que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Incluso, como sugieren algunos estudios recientes realizados en otros países, las políticas contra las drogas tendrían un impacto desproporcionado en las mujeres y ese es un aspecto en el que debería profundizarse en el país.

En cuanto al perfil socioeconómico, las entrevistas [semiestructuradas a mujeres privadas de la libertad] permitieron identificar que se trata de personas

sin un trabajo estable, con un bajo nivel de escolaridad y pocos ingresos. Muchas de estas mujeres, además, son madres cabeza de familia. Las entrevistas [mostraron] que en estas mujeres hay una relación importante entre el perfil socioeconómico y las motivaciones para participar de alguna forma en delitos relacionados con drogas. Aceptar la posibilidad de perder la libertad constituía para las entrevistadas un precio muy bajo frente a lo que representaba obtener recursos para sostener a su familia, pues esta resulta una necesidad apremiante y la privación de la libertad sería solo una consecuencia eventual o contingente.

[Lo anterior sugiere] que los roles sociales que le son asignados a las mujeres, en razón de la forma como se construye el género en nuestra sociedad, tienden a situarlas en condiciones que les impiden contar con los recursos suficientes para garantizar su subsistencia y la de las personas que dependen de ellas, lo cual tiende a generar incentivos para que participen, generalmente de manera marginal, en el negocio de las drogas ilícitas.¹

[Finalmente], las historias de vida encontradas dan cuenta [...] de la ruptura familiar que deben afrontar las mujeres entrevistadas al ser privadas de la libertad por un tiempo largo. Incluso si redimen pena deben pasar en la cárcel varios años y nada les asegura que la comprensión que reciben algunas por parte de su familia les permita mantener relaciones cercanas con sus seres queridos. Por supuesto, no todas sufren lo mismo, ni valoran la ruptura familiar de la misma forma, pero al menos para las mujeres la preocupación por sus hijos es una constante, como lo manifiestan las abogadas de la defensoría pública con quienes pudimos hablar.

Lo paradójico de la privación de la libertad es que si entraron al “negocio” porque era su única alternativa productiva, la reclusión no les mejora las condiciones ni las perspectivas laborales. El increíble peso que tienen los antecedentes en los proyectos productivos de las hoy reclusas es un elemento que las políticas de drogas no toman en consideración. Pareciera que el problema se acaba cuando el juez realiza la adecuación típica, a pesar de que persistan

1 (N. del E.) Esta última reflexión debe estar necesariamente conectada a la evaluación — desarrollada en el capítulo 12 (II-C) de esta compilación— sobre la forma en que las políticas represivas de drogas recaen prevalentemente sobre las personas que hacen parte de los eslabones más débiles de las redes de tráfico. Y es necesario realizar esta conexión porque, según se explica en el texto original del que provienen estos extractos (pp. 82 y 83), aunque no se cuenta con información cuantitativa al respecto, las mujeres entrevistadas aseguraron haber participado delictivamente solo como mulas o como vendedoras de droga; es decir, que las mujeres pertenecían justamente a aquellos eslabones más débiles de la cadena de narcotráfico.

las condiciones de vulnerabilidad socioeconómica que las llevaron a vender o a transportar, y que a la larga terminan alimentando las cadenas del negocio.²

Referencias

- Chaparro Hernández, S. (2015). Guerra contra las drogas, guerra contra las mujeres. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/guerra-contra-las-drogas-guerra-contra-las-mujeres-opinion-sergio-chaparro-hernandez/422101-3>
- Guzmán, D. E. y Uprimny, R. (2010). Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia. En Metaal, P. y Youngers, C. (eds.). *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina* (pp. 40-50). Washington: WOLA y Transnational Institute. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_re-cursos/fi_name_recurso.192.pdf
- Uprimny, R. (2012a). Las drogas: la alternativa regulatoria (I). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-i-columna-334699>
- Uprimny, R. (2012b). Las drogas: la alternativa regulatoria (II). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-ii-columna-337205>
- Uprimny, R. y Guzmán, D. E. (2010). Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia. *Debates Penitenciarios* (14), 3-20. Instituto de Asuntos Públicos. Centro de Estudios de Seguridad Ciudadana. Universidad de Chile. Recuperado de http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_14.pdf

2 (N. del E.) Algunas alternativas regulatorias razonables frente al prohibicionismo en materia de drogas se encuentran en Uprimny (2012a, 2012b). Por su parte, en el capítulo 20 (D) de esta compilación, se evalúan los alcances y retos de las Cortes de Drogas, que pretenden ser una alternativa a la prisión para las personas que cometen delitos relacionados con drogas.

III. DESPROPORCIONALIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA UTILITARIA

Costos y beneficios de la judicialización de los delitos de drogas

Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato (2013)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra Norato, J. (2013).
Proporcionalidad utilitaria. En *Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* (pp. 97-113). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.302.pdf

Una política de Estado será proporcional desde el punto de vista utilitario siempre que genere un beneficio colectivo que no puede ser inferior a los costos generados para su ejecución. En pocas palabras, la proporcionalidad desde esta perspectiva se mide en términos de costos frente a beneficios. Esta implica que estos costos se justifican en la medida en que producen beneficios, por lo cual siempre deberían preferirse las políticas que generen mayores beneficios que costos.

En lo que sigue del presente documento exploramos si las políticas de drogas, en su componente de criminalización, resultan ser proporcionadas, y en consecuencia justificadas, desde el punto de vista utilitarista. Para ello, primero nos referiremos a los costos que implica la criminalización de los delitos relacionados con drogas, y después nos referimos a los eventuales beneficios de dicha política. Este ejercicio resulta importante para avanzar en un análisis más profundo y fundamentado sobre la posible efectividad y justificabilidad legal, política y ética del uso del derecho penal en la política contra las drogas, e incluso del incremento de delitos relacionados y del monto de las penas.

1. Costos de la judicialización

En esta sección ofrecemos una aproximación a los costos en los cuales debe incurrir el Estado para llevar a cabo la persecución penal de las conductas

tipificadas como delitos relacionados con drogas. Aunque Colombia ha avanzado en cuantificar los costos de la lucha contra las drogas, muy pocas investigaciones se han centrado en las implicaciones que tiene para el sistema judicial perseguir estos delitos. Por esta razón, la identificación de los costos en los que puede llegar a incurrir el Estado por la judicialización de los crímenes relacionados con drogas sirve como un nuevo criterio para tener en cuenta dentro del análisis de proporcionalidad utilitaria que aquí desarrollamos.

Con el fin de determinar los costos de la judicialización de los delitos relacionados con drogas, para efectos analíticos hemos identificado tres etapas fundamentales. La primera es la etapa prejudicial, que empieza desde el momento en que una persona es capturada, muchas veces en flagrancia, con cantidades de drogas superiores a la dosis personal, o con la ocurrencia de otra noticia criminal con la que se inicie una investigación formal, y se extiende hasta cuando finaliza la investigación que debe adelantar la Fiscalía General de la Nación y se inicia un proceso penal dirigido por el juez competente. La segunda etapa, que hemos denominado como judicial, corresponde al proceso penal como tal. Finalmente, la última etapa es la de privación de la libertad. Esta comienza desde el momento en que la persona pierde su libertad por ser considerada responsable de alguno de los delitos relacionados con drogas.

a. Los costos de la etapa prejudicial

Hay algunos datos que permiten tener al menos alguna idea sobre los costos en los que incurren la Policía, las Fuerzas Militares y la Fiscalía como parte de sus actividades en relación con la lucha contra las drogas.

Según un reciente informe del Departamento Nacional de Planeación (DNP) y la Dirección Nacional de Estupefacientes (DNE) (2011, pp. 13 y ss.), al desagregar por sectores el gasto total en que incurrió el Estado colombiano en su política antidrogas durante el año 2009, se encuentra que el sector Defensa y Seguridad representa la mayor parte, seguido por los sectores Presidencia, Fiscalía y ministerios del Interior y de Justicia con cerca del 10 % cada uno; Ministerio de la Protección Social cercano al 3 % y las entidades territoriales que se aproximan al 2 % del total del gasto consolidado. Del 65 % del presupuesto asignado al sector Seguridad y Defensa, el 21 % le fue asignado al Ministerio de Defensa Nacional, el 8 % al Ejército Nacional, el 48,8 % a la Armada Nacional, el 5,8 % a la Fuerza Aérea Colombiana y el 15,4 % a la Policía Nacional, [...].

Al convertir estos porcentajes a sumas reales, se encuentra que la Armada Nacional cuenta con un presupuesto dirigido contra las drogas muy

Tabla 1. Presupuesto desagregado por entidades

Presupuesto 2009		
Entidad	Porcentaje	Presupuesto (millones de pesos)
Armada Nacional de Colombia	31,72	644.947,53
Ministerio de Defensa Nacional	14,24	289.433,42
Policía Nacional	10,01	203.528,53
Presidencia	10,00	203.325,20
Fiscalía General de la Nación	10,00	203.325,20
Ministerios del Interior y de Justicia	10,00	203.325,20
Ejército Nacional de Colombia	5,20	105.729,10
Fuerza Aérea Colombiana	3,77	76.653,60
Ministerio de la Protección Social	3,00	60.997,56
Entidades territoriales	2,00	40.665,04
Otros (Seguridad y Defensa)	0,07	1.321,61
Total	100,00	2.033.252,00

Fuente: realización propia a partir de Departamento Nacional de Planeación y Dirección Nacional de Estupeficientes (2011).

superior a las demás entidades (644.947,53 millones de pesos), seguido por el Ministerio de Defensa (289.433,42 millones de pesos) y por la Policía Nacional (203.528,52 millones de pesos). El cuarto mayor presupuesto es el de la Fiscalía, Presidencia e Interior y Justicia, todos con 203.325,2 millones de pesos, como lo muestra la tabla 1.

Estas grandes sumas constituyen costos de la lucha contra las drogas en una etapa prejudicial y reflejan su propia desproporcionalidad en un país en el que instituciones como la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación deberían preferir la inversión en otra clase de proyectos y políticas que respondan adecuadamente a la problemática social colombiana y a la grave situación de violaciones de los derechos humanos.

La comparación de la inversión de la lucha contra las drogas de la Fiscalía General de la Nación frente a la inversión en otros programas refleja dicha

desproporcionalidad. En efecto, en el año 2009 el gasto antidrogas de la Fiscalía representó aproximadamente el 15 % del presupuesto total que le fue asignado a esta entidad (1.365.013 millones de pesos). Por su parte, algunos programas de trascendencia en la protección de derechos humanos y en el desarrollo de la justicia transicional [como el Programa de Justicia y Paz o el de Protección a Víctimas] no alcanzan a representar el 2 % del total del presupuesto que le fue asignado a la Fiscalía en el mismo año, [...].

Aunque este acercamiento al presupuesto destinado por el país a la lucha contra las drogas no permite medir directamente los costos en los que se incurre efectivamente (justo porque se hace respecto del presupuesto), permite dar una idea sobre la inversión que hace el Estado para iniciar la judicialización de las personas que presuntamente habrían incurrido en una conducta delictiva relacionada con drogas.

Además de este acercamiento al presupuesto, resulta útil analizar los datos concretos de gestión de entidades como la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación en relación con la respuesta punitiva al problema de las drogas. En primer lugar, según los informes sobre resultados operativos de la Policía Nacional de los años 2008 y 2009, las capturas realizadas por delitos relacionados con drogas representaron entre un 30 y un 32 % del total de capturas frente a todos los delitos. Si bien no fue posible calcular los costos monetarios en los que incurre la Policía Nacional por este alto índice de capturas por delitos relacionados con drogas debido a que no existe el dato sobre el valor que gasta la entidad por cada captura, sí es posible concluir que actualmente se destina más de una cuarta parte de la capacidad institucional de la Policía única y exclusivamente en la persecución de quienes cometen conductas punibles relacionadas con narcóticos.

En otras palabras, podríamos decir que en Colombia el esfuerzo por lograr capturas por delitos de drogas alcanza a duplicar el esfuerzo realizado para lograr la captura de personas que cometen delitos de alto impacto como aquellos que atentan contra la vida y la integridad personal. Se podría argumentar, con toda razón, que estas diferencias en las cifras se deben a una menor comisión de delitos contra la vida, sin embargo, en un país con altos índices de impunidad y alta violencia como Colombia, no es coherente la magnitud de su inversión en la persecución de delitos que no causan daños concretos como son aquellos relacionados con drogas.¹

1 (N. del E.) Para una explicación más profunda de las razones por las que los autores

En segundo lugar, respecto a la actuación de la Fiscalía vale la pena observar brevemente el número de noticias criminales recibidas por delitos de drogas frente a las recibidas por los demás delitos. A partir de los datos recogidos del sistema de información SPOA [Sistema Penal Oral Acusatorio] de la Fiscalía, en el 2006 del total de noticias criminales allegadas a esta institución, el 4,47 % correspondían al delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, lo que equivale a 12.456 noticias. En 2008 ese porcentaje aumentó a 5,88 %, equivalente a 35.777 noticias, y en 2010 subió al 9,3 %, con 63.213 noticias criminales por el susodicho delito.

Aun cuando la llegada de noticias criminales por otros delitos como el hurto o las lesiones personales representan porcentajes superiores (entre 18 y 25 % aproximadamente), el hecho de que los delitos de drogas se encuentren dentro de las cinco conductas punibles que más generan entradas evidencia el esfuerzo institucional de la Fiscalía para atenderlas.

b. Los costos de la etapa judicial

Para acercarnos a estos costos procederemos a analizar las cantidades de procesos penales adelantados por delitos de drogas y, con base en esta información, se calculará su costo monetario a partir de los costos que representa un proceso penal en Colombia.

Durante los siete primeros años de implementación del Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004), el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes fue el punible por el cual se inició la mayor cantidad de procesos penales. Según datos de la Fiscalía, en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2005 y el 1 de mayo de 2012 se ventilaron en total 129.789 imputaciones por dicho delito, equivalentes al 31 % del total de imputaciones realizadas.

Si tenemos en cuenta que, según cálculos elaborados a partir de las cifras del Consejo Superior de la Judicatura, un proceso penal del Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004) tiene un costo para el Estado de aproximadamente 500.000, pesos al realizar el correspondiente cálculo encontramos que durante los susodichos siete primeros años del Sistema Penal Acusatorio, el Estado colombiano reportó costos por un valor de 64.894,5 millones de pesos con motivo de los procesos penales iniciados por el delito de tráfico, porte o fabricación de estupefacientes (incluyendo sus modalidades agravadas), sin que dicha suma

afirman que en general los delitos relacionados con drogas no generan daños concretos y directos, consúltense en el texto original las páginas 19 a 23.

incluya los costos por los procesos adelantados en el anterior sistema penal escrito.

[Adicionalmente], la judicialización de los delitos de drogas genera algunos costos no cuantificables, como por ejemplo los correspondientes al impacto en la situación de congestión de los procesos judiciales o el sufrimiento que implica para los propios procesados y sus familias, [...].²

Por su parte, la Defensoría del Pueblo es una entidad que por medio de su sistema de defensoría pública interviene activamente dentro del proceso penal, por lo cual su labor genera unos costos adicionales que no pueden dejarse a un lado. Según su informe de gestión del año 2009, la conducta punible que tuvo mayor incidencia en los procesos que fueron asignados a esta entidad dentro del sistema penal acusatorio fue, una vez más, el porte, tráfico o fabricación de estupefacientes, la cual representó un 30 % del total de asignaciones, seguida por el hurto con un 21 % (Defensoría del Pueblo, 2010, pp. 383 y 387). Estos datos permiten concluir que los delitos de drogas son los que mayor esfuerzo institucional generan para la Defensoría del Pueblo y, por consiguiente, los mayores costos presupuestales.

c. Los costos de la etapa de ejecución de la pena

Una vez las personas son privadas de la libertad por delitos relacionados con drogas, el Estado debe incurrir en múltiples gastos derivados de la necesidad de mantener a los internos y de la obligación de proveer condiciones que permitan la garantía efectiva de sus derechos fundamentales. Los delitos de drogas —los cuales se incluyen dentro de los llamados delitos contra la salud pública— ocupan el tercer número más alto de personas condenadas con un total 13.419 que corresponde al 17 %. Para calcular los costos que este número de personas condenadas genera al Estado por año, es suficiente con que realicemos la multiplicación con la suma del presupuesto destinado por recluso al año (tabla 2).

En la tabla 2 se muestra la evolución del presupuesto destinado por el Estado por recluso/a, desde el año 2003 al 2009. Tomando entonces en consideración el número de reclusos por delitos relacionados con drogas y el valor

2 (N. del E.) Para comprender cabalmente el análisis de costos que se presenta aquí, es imprescindible considerar las reflexiones que se desarrollan en los capítulos 12 (II-A) y 12 (II-B) de esta compilación, que se refieren a la presión que los delitos de drogas ejercen, respectivamente, sobre los sistemas judicial y carcelario.

Tabla 2. Presupuesto por recluso, por año

Año	Presupuesto por recluso al año	Valor en pesos constantes de 2003	Equivalencia en dólares
2003	6.606.712,00	6.606.712,00	2.295,99
2004	6.546.160,00	6.204.891,00	2.362,67
2005	8.108.922,00	7.330.645,68	3.158,71
2006	10.210.670,00	8.834.870,38	3.747,91
2007	9.459.495,00	7.744.261,26	3.726,16
2008	9.061.923,00	6.890.293,13	3.504,26
2009	9.503.144,00	7.084.096,51	3.285,32

Fuente: Inpec, 2010.

por cada recluso reportado por el Inpec en 2009, el valor anual de reclusos/as por estos delitos asciende a la suma de 127.522.689.336 pesos (US70.845.938).

Si tomamos en consideración las cifras sobre hacinamiento [...], es posible afirmar que los costos que se generan en la etapa de ejecución de la pena son aún mayores, pues los delitos de drogas aportan un porcentaje sumamente alto a los índices de hacinamiento del sistema carcelario en Colombia, lo que reproduce la situación de graves violaciones de derechos humanos que se vive en su interior. Este tipo de costos no son cuantificables, pero no se pueden dejar de lado, pues hacen parte de la vulneración de derechos que genera la política antidroga en Colombia.

Del análisis de cada una de las etapas (prejudicial, judicial y de ejecución) es posible concluir, por un lado, que los costos de judicialización en materia de delitos de drogas son en general más altos que aquellos generados por otros delitos considerados de mayor gravedad como el homicidio. Y, por otro lado, esto refleja que la judicialización de los delitos relacionados con drogas genera enormes costos económicos y otros costos de diversa naturaleza que son difícilmente cuantificables, pero cuya importancia es innegable, como los costos en términos de derechos fundamentales.

2. ¿Cuáles son los beneficios de la política?

Hemos mostrado que los costos de la criminalización de las conductas relacionadas con drogas son múltiples, diversos y muy altos. La pregunta ahora es

hasta qué punto ha sido efectiva, o mejor, si ha tenido beneficios concretos que permitan justificar dichos costos.

Los principales beneficios que deberían tener las políticas de drogas en materia de judicialización son fundamentalmente tres. En primer lugar, en la disminución de la oferta, pues hay múltiples tipos penales que están destinados a atacar el cultivo, la producción y la fabricación de sustancias estupefacientes. En segundo lugar, en la desarticulación de las organizaciones criminales que se estructuran en torno al negocio del tráfico de drogas, pues se entiende que con la criminalización es posible afectar el crimen organizado. En tercer lugar, en la reducción de la demanda, pues la prohibición pretende de manera directa disuadir a las personas para que no consuman y, de hecho, el simple porte de estupefacientes, al menos cuando se trata de cantidades superiores a la dosis personal, conduce a la privación de la libertad.

La evidencia empírica disponible muestra que, en contraste con los elevados costos en los que se incurre con la criminalización de las conductas relacionadas con drogas, sus beneficios son en general muy bajos. La judicialización de las personas que tienen alguna participación en estos delitos no ha contribuido de manera definitiva a reducir la oferta de drogas. En Colombia, a pesar de que en los últimos años ha aumentado el presupuesto nacional dedicado a la reducción de la oferta, esta no ha disminuido. La criminalización tampoco ha acabado con las organizaciones criminales articuladas en torno al negocio de las drogas. Aunque en Colombia se han logrado triunfos importantes en el desmantelamiento de algunos carteles de la droga, el negocio es suficientemente lucrativo como para que otras organizaciones se ocupen del mismo. De hecho, en la actualidad la industria de la droga resulta esencial para los actores del conflicto armado, y ello alimenta tanto un fenómeno como el otro.

Esta persistencia de diversas organizaciones se debe, en buena medida, a la estructura de este mercado. Un triunfo coyuntural —como la desarticulación de una mafia exportadora— solo provoca un desabastecimiento temporal que se traduce en el corto plazo en un alza de precios, que es justamente lo que busca la prohibición a fin de disminuir el consumo. Pero lo paradójico radica en que dicha alza es un poderoso incentivo para que otros ingresen en esa actividad, siempre y cuando la demanda persista en el largo plazo.³

3 (N. del E.) Aunque se destruyan algunas redes y se efectúen retenciones masivas de drogas ilegales, estas serán victorias vacuas mientras la demanda persista. Puesto que las posibilidades de producir y comercializar drogas ilícitas son casi infinitas, lo único que consiguieren los triunfos parciales o coyunturales es provocar el desplazamiento (conocido como el

Finalmente, la criminalización tampoco ha disminuido la demanda. De hecho, para el caso colombiano, entre 1996 y 2008 el consumo se habría duplicado en términos gruesos. Esta afirmación se basa en un análisis de las encuestas de prevalencia del consumo realizadas en el país y consideradas como fuentes oficiales (Camacho, Gaviria y Rodríguez, 2011).

Estos pobres resultados en materia de reducción de la criminalidad, de la oferta y de la demanda tienen como corolario adicional una excesiva centralidad en la inversión para reducir la oferta y criminalizar a quienes participen en ella, que contrasta con una muy baja inversión en prevención y tratamiento.⁴

Referencias

- Camacho, A., Gaviria, A. y Rodríguez, C. (2011). El consumo de droga en Colombia. En Gaviria, A. y Mejía Londoño, D. (eds.). *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Defensoría del Pueblo (2010). *Decimoséptimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Departamento Nacional de Planeación y Dirección Nacional de Estupefacientes (2011). *Gasto directo del Estado colombiano contra las drogas 2009*. Bogotá: DNP y DNE.
- Uprimny, R. (2012a). Reformular la política frente a las drogas: desafío ineludible para Colombia. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/2646-reformular-la-politica-frente-a-las-drogas-desafio-ineludible-para-colombia.html>
- Uprimny, R. (2012b). Las drogas: la alternativa regulatoria (I). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-i-columna-334699>
- Uprimny, R. (2012c). Las drogas: la alternativa regulatoria (II). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-ii-columna-337205>

“efecto globo”) de la producción hacia nuevos centros y la creación de nuevas rutas comerciales (Uprimny, 2012a).

4 (N. del E.) Algunas alternativas razonables frente al prohibicionismo pueden encontrarse en Uprimny (2012a, 2012b). Por su parte, en el capítulo 20 (D) de esta compilación se evalúan los alcances y retos de las Cortes de Drogas, que pretenden ser una alternativa a la prisión para las personas que cometen delitos relacionados con drogas.

IV. DESPROPORCIONALIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

El test de proporcionalidad aplicado a los delitos de drogas

Rodrigo Uprimny Yepes, Diana Esther Guzmán y Jorge Alberto Parra Norato (2013)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra Norato, J. (2013). Balance final y conclusión: una penalización constitucionalmente desproporcionada. En *Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia* (pp. 119-127). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.302.pdf

La judicialización de los delitos de droga en Colombia es muy problemática desde el punto de vista de un valor esencial a los derechos humanos y al Estado de derecho, que es el principio de proporcionalidad penal, según el cual toda medida punitiva tiene que guardar una razonable proporcionalidad entre la intensidad y severidad del castigo y el daño que se busca prevenir. A nivel de la consagración abstracta, la legislación sobre drogas se ha caracterizado por un incremento tan considerable de las conductas penalizadas y de las penas, que se ha tornado totalmente desproporcionada e irracional, al punto que las penas para el tráfico de drogas han llegado a ser casi iguales, e incluso en ciertos aspectos, más altas que aquellas previstas para delitos tan graves como el homicidio doloso o la violación.

Pero también a nivel de lo que denominamos la proporcionalidad penal concreta, esto es, de las penas efectivamente impuestas por los jueces, es posible mostrar que el sistema penal incurre en desproporcionalidades que afectan no solo los derechos de las personas privadas de la libertad sino la coherencia y racionalidad del sistema penal. En efecto, desde el punto de vista de los esfuerzos de judicialización [se encuentra] que el sistema penal dedica esfuerzos muy considerables a judicializar estos crímenes y que la criminalización recae esencialmente sobre los eslabones más débiles de la cadena del narcotráfico. Igualmente, la criminalización de estos comportamientos presiona en forma

intensa el sistema penitenciario, pues un porcentaje muy importante de las personas privadas de la libertad lo está por delitos de pequeño tráfico sin violencia; además, esta privación de la libertad destruye las vidas y las familias de personas cuyo único crimen ha sido traficar con pequeñas cantidades de droga para enfrentar situaciones de pobreza y exclusión.¹

Ahora bien, algunos podrían argumentar que esa desproporcionalidad penal de la legislación contra las drogas no es cierta, o no es tan grave, porque la persecución penal de estos delitos constituye un mecanismo eficaz para enfrentar un problema de extrema gravedad, que es el abuso de sustancias psicoactivas. Sin embargo, [...] un análisis utilitario de los costos y beneficios de la judicialización de estos crímenes muestra un saldo terriblemente negativo. En efecto, sus beneficios son prácticamente nulos, o en extremo bajos, pues no existe evidencia alguna de que la investigación y sanción penal de la producción o el tráfico de drogas tenga resultados sensibles y duraderos en la reducción de la oferta de drogas ilícitas o de su consumo. En cambio, a pesar de las limitaciones de las cifras, logramos mostrar los grandes costos económicos, sociales y humanos que esa judicialización impone a la sociedad colombiana. Es pues una política que desde el punto de vista utilitario es desproporcionada.²

Estos análisis han mostrado, entonces, que la penalización de los delitos de tráfico y asociados implica en la práctica la limitación de derechos constitucionales tales como la dignidad humana, la libertad personal, la seguridad e incluso el derecho a la salud (entre otros, por cuenta de las fumigaciones de cultivos), sin que aporte mayores beneficios en la protección de otros bienes jurídicos. Esto ya plantea enormes dudas sobre la compatibilidad de esas políticas con un Estado democrático de derecho, fundado en el respeto y la garantía de los derechos humanos.

En esta parte del documento, y a título de conclusión, analizaremos entonces si dichas políticas, a pesar de limitar derechos, resultan proporcionales y, en esa medida, ajustadas a la Constitución. De lo que se trata en este punto, entonces, es de aplicar una noción diferente, pero complementaria, de proporcionalidad, que tiene un carácter constitucional, a partir de los elementos de análisis hasta acá desarrollados.

1 (N. del E.) Estos exámenes de proporcionalidad abstracta y concreta fueron realizados, respectivamente, en los capítulos 12 (I) y 12 (II) de esta compilación.

2 (N. del E.) Esta evaluación de la proporcionalidad utilitaria (es decir, el análisis costo/beneficio de las políticas de drogas) se presenta en el capítulo 12 (III) de esta compilación.

Esta noción ha sido utilizada con especial fuerza en los últimos veinte años en el país, con la adopción de la Constitución Política de 1991, que incluye un catálogo amplio de derechos directamente aplicables, con fuerza normativa y estructura de principios jurídicos. Por ello, la jurisdicción constitucional adoptó diversas herramientas de interpretación que permiten resolver los problemas jurídicos que se derivan de las tensiones que se presentan entre dichos derechos. A diferencia de los métodos clásicos de interpretación y resolución de contradicciones entre reglas, las tensiones entre principios requieren de herramientas particulares que tomen en cuenta la estructura de los principios y sus alcances. La herramienta fundamental empleada en el caso colombiano y en otras jurisdicciones que han evolucionado hacia una nueva forma de constitucionalismo es la ponderación, que se encuentra íntimamente ligada al juicio de proporcionalidad.

Esta herramienta [...] consiste en lo fundamental en un test de varios pasos que permite determinar si una medida que implica la limitación de derechos resulta o no 1) adecuada, 2) necesaria y 3) proporcional para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Así, en caso afirmativo, se considera que se trata de una restricción admisible de un derecho y la medida se ajusta a la Constitución. A continuación desarrollamos el test de proporcionalidad constitucional.

El primer elemento es entonces determinar si las políticas de drogas adoptadas en el país, en especial el componente que implica el uso del derecho penal, persiguen un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con el discurso general de las políticas de drogas, y con el propio Código Penal, la finalidad fundamental de la criminalización de las conductas relacionadas con drogas es proteger la salud pública, mediante el control de la oferta.³ Este puede ser considerado en sí mismo un fin legítimo a la luz de la Constitución Política colombiana, en la que se reconoce que la salud es un derecho del que se derivan obligaciones para el Estado (art. 49 CP), y uno de ellos es salvaguardar la salud pública. Sin embargo, la primera pregunta que surge es si la criminalización de las conductas relacionadas con drogas, que en Colombia incluyen un amplio

3 Algunos podrán considerar que otro fin legítimo que persiguen estas políticas es enfrentar el crimen organizado. Sin embargo, esto implicaría aceptar la paradoja de que las organizaciones criminales que se crean en torno al negocio de la droga lo hacen porque resulta especialmente lucrativo debido a la prohibición. Resultaría además contradictorio, pues el gran daño que producen estas organizaciones está asociado con la clandestinidad y con la persecución que realizan los cuerpos policiales y militares que cumplen con el deber de luchar contra las drogas. Por estas razones, solamente se tendría en cuenta este fin en caso de que se considere que el uso del derecho penal resulta proporcional para proteger la salud pública.

conjunto de tipos penales, realmente contribuye a salvaguardar la salud pública. Esto remite al primer paso del test: la adecuación.

El segundo elemento es determinar si las políticas de drogas resultan adecuadas para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo, esto es, si efectivamente permiten salvaguardar la salud pública mediante la reducción de la oferta. Aunque en los últimos años los esfuerzos por reducir la producción y distribución de drogas han aumentado —especialmente en Colombia, que es considerado el mayor productor de drogas como la cocaína—, la oferta no ha tenido una reducción considerable.⁴ La evidencia disponible señala que a pesar de los enormes recursos invertidos en destruir los cultivos y atacar el narcotráfico, la producción mantiene niveles relativamente estables y la distribución y el tráfico de drogas, con variaciones en su lógica y rutas, mantienen activo el mercado ilegal. Dado que las políticas contra las drogas han demostrado no ser efectivas, no pueden ser consideradas adecuadas y no pasarían este nivel del test.

No obstante, un posible contraargumento a esta afirmación es que el prohibicionismo, si bien no ha logrado reducir la oferta, ha ejercido cierto control sobre la misma, evitando que se desborde. [Sin embargo], la experiencia de los países que han implementado políticas alternativas en materia de drogas muestra que al levantar la criminalización no solo no se desborda la oferta, sino que puede ser incluso controlada de manera más adecuada. Por ejemplo, en Holanda el gran tráfico es perseguido, pero se ha despenalizado de facto la distribución minorista y el consumo de la marihuana. Igualmente, en vez de criminalizar al consumidor de drogas más duras como la heroína, se le brinda una amplia gama de programas de apoyo, como el suministro de metadona para evitar el síndrome de abstinencia o como la ayuda profesional voluntaria para quien así lo desee. Estas políticas de reducción del daño han dado buenos resultados en los países que las han adoptado, como lo demuestran todos los estudios en forma consistente. Incluso mejores resultados que los alcanzados por países con prohibición absoluta y criminalización completa.⁵

Teniendo en cuenta estos elementos, es posible afirmar que la criminalización de las conductas relacionadas con drogas no resulta adecuada para alcanzar el fin constitucional que persiguen, pues no conduce efectivamente a

4 (N. del E.) Sobre esta escasa efectividad de las políticas de drogas en reducir la oferta, véase también el capítulo 12 (III) de esta compilación.

5 (N. del E.) Para un examen de la respuesta que el Estado colombiano ha brindado a los usuarios de sustancias estupefacientes, consúltese Uprimny, Guzmán, Parra Norato y Bernal Uribe (2014).

salvaguardar la salud pública. Esto implicaría declarar que no resultan proporcionales, pues no pasan el primero de los niveles del análisis de proporcionalidad constitucional. Sin embargo, para efectos argumentativos procederemos a analizar los otros niveles.

El siguiente nivel de análisis es entonces si la criminalización resulta necesaria, esto es, efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado o si existen otros mecanismos menos lesivos, es decir, menos restrictivos de los derechos constitucionales. Como se deriva del análisis presentado en el nivel anterior, para reducir los efectos de la oferta de drogas sobre la salud pública hay políticas alternativas que resultan menos lesivas y más eficaces. En efecto, la evidencia disponible sugiere que las políticas de reducción del daño limitan menos los derechos fundamentales afectados por las políticas prohibicionistas, como la autonomía personal, pues evitan la marginalización y la estigmatización de los consumidores, disminuyen los riesgos que genera el consumo en malas condiciones sanitarias y reducen el campo para los efectos del crimen organizado en torno al negocio de la droga. En consecuencia, el uso del derecho penal como parte de la guerra contra las drogas no solamente constituye una medida que no es adecuada para proteger la salud pública, sino que tampoco es necesaria.

En el tercer nivel de análisis la pregunta es por la proporcionalidad de la medida en estricto sentido. De acuerdo con este principio, a mayor afectación de uno de los principios en juego, mayor debe ser el grado de satisfacción del otro. [Al respecto encontramos] que mientras el grado de afectación de los derechos señalados es intenso, el grado de satisfacción de la salud pública es leve. La autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana son limitados intensamente en razón de la privación de la libertad y las consecuencias que ello tiene en la vida profesional, familiar y social de quienes son condenados, en especial cuando se trata de personas que tienen una participación marginal en el negocio de las drogas, como ocurre en la mayoría de los casos (Uprimny y Guzmán, 2010). En contraste, la salud pública no se ve garantizada o promovida con este tipo de medidas y, como se ha evidenciado anteriormente, existen políticas que permitirían protegerla mejor.

Además, los costos en los que se incurre anualmente para proceder a la investigación, el juzgamiento y la sanción de quienes intervienen en el negocio de la droga son muy elevados y resultan desproporcionados en relación con los beneficios que se alcanzan tanto en reducción de la oferta, como de la demanda. Estos costos no se reducen a los económicos pues [...] hay costos sociales y constitucionales que se derivan del sufrimiento y la limitación de derechos que

deben enfrentar las personas que se someten al sistema judicial por su participación, generalmente marginal, en el negocio de las drogas. De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que la utilización del derecho penal como una de las herramientas de las políticas de drogas resulta también desproporcionada desde el punto de vista constitucional.

Este análisis nos permite evidenciar que el uso del derecho penal como parte de las políticas de drogas en el país ha llevado a la configuración de un marco normativo desproporcionado. En efecto, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad penal, que es un principio básico del derecho penal según el cual las penas deben ser proporcionales a la gravedad de los delitos y al daño que producen, los tipos penales relacionados con drogas establecen sanciones difíciles de justificar a la luz del daño directo y concreto que podrían llegar a ocasionar quienes incurren en dichas conductas. Desde el punto de vista utilitario, estas medidas tampoco resultarían proporcionales pues implicarían costos para el Estado que no lograrían justificarse a partir de los beneficios obtenidos con ellas. Finalmente, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad constitucional, estas medidas resultarían también desproporcionadas pues vulnerarían principios constitucionales fundamentales, sin que se obtenga una intensa satisfacción de los principios que juegan en sentido contrario. En esa medida, se trata de medidas que no resultan razonables y justificables en el marco de un Estado social de derecho.

El impacto del uso del derecho penal como elemento central de las políticas de drogas prohibicionistas es entonces negativo tanto para quienes lo padecen de manera directa, como para las instituciones. En relación con los primeros, la judicialización y pérdida de la libertad tiene consecuencias negativas, tanto en el goce de sus derechos como en sus relaciones familiares y sociales. Pero además, si se tiene en cuenta que estos mecanismos tienden a reproducir los sesgos propios del derecho penal, que incluyen una afectación mayor a los grupos sociales que enfrentan mayores condiciones de vulnerabilidad, tendría efectos negativos especialmente desproporcionados.

Esta suerte de selectividad del derecho penal en el caso de los delitos relacionados con drogas tendería a acentuarse en las personas de escasos recursos e incluso en las mujeres, si se tiene en cuenta que la mayoría de las mujeres privadas de la libertad en el país lo están por este tipo de delitos (Guzmán y Uprimny, 2010).⁶

6 (N. del E.) Sobre la feminización de los delitos de drogas véase el capítulo 12 (II-D) de esta compilación.

En el caso de las instituciones, tanto el sistema judicial como el carcelario tienden a verse especialmente congestionados por cuenta de la ampliación excesiva del uso del derecho penal como parte de las políticas antidrogas.

Estos elementos en conjunto deberían llevar a reconsiderar este uso del derecho penal en el ámbito de estas políticas. Colombia debería avanzar hacia alternativas al uso del derecho penal y, en particular, a la privación de la libertad frente a los delitos relacionados con drogas.⁷

Referencias

- Guzmán, D. E. y Uprimny, R. (2010). Políticas de drogas y situación carcelaria en Colombia. En Metaal, P. y Youngers, C. (eds.). *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina* (pp. 40-50). Washington: WOLA y Transnational Institute. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.192.pdf
- Uprimny, R. (2012a). Las drogas: la alternativa regulatoria (I). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-i-columna-334699>
- Uprimny, R. (2012b). Las drogas: la alternativa regulatoria (II). *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/drogas-alternativa-regulatoria-ii-columna-337205>
- Uprimny, R. y Guzmán, D. E. (2010, enero). *La prohibición como retroceso*. Washington Office on Latin America (WOLA) - Transnational Institute. Recuperado de <http://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug%20Policy/2011/Spanish/joint%20pubs/dlr4s.pdf>
- Uprimny, R., Guzmán, D. E., Parra Norato, J. y Bernal Uribe, C. (2014). Políticas frente al consumo de drogas de uso ilícito en Colombia. En Pérez Correa, C. y Youngers, C. (eds.). *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina* (pp. 80-93). México: Colectivo de Estudios de Drogas y Derecho (CEDD). Recuperado de http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/prop_del/reporte-completo.pdf

⁷ (N. del E.) Algunas alternativas regulatorias razonables frente al prohibicionismo pueden encontrarse en Uprimny (2012a, 2012b). Por su parte, el capítulo 20 (D) de esta compilación evalúa los alcances y retos de las Cortes de Drogas, que pretenden ser una alternativa a la prisión para las personas que cometen delitos relacionados con drogas.

Capítulo 13

JUSTICIA TRANSICIONAL

A. Potencialidades y limitaciones del enfoque restaurativo en el marco de la justicia transicional

Rodrigo Uprimny Yepes y María Paula Saffon (2006)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 109-138). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf

Este texto pretende responder a la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto es posible enfocar los complejos problemas que plantea la justicia transicional en Colombia tomando como paradigma dominante un enfoque de justicia restaurativa? Para intentar responder a este difícil interrogante, procederemos de la siguiente forma. En un primer punto, comenzaremos por precisar brevemente cuál es nuestro entendimiento de estos conceptos, lo cual nos obligará a hacer una breve historia de su desarrollo. Luego, en una segunda parte, mostraremos que existen sin lugar a dudas complementariedades entre la justicia transicional y la justicia restaurativa, que explican y hacen razonable recurrir a ciertos mecanismos restaurativos en los procesos de transición de la guerra a la paz. Sin embargo, en un tercer punto, analizaremos las evidentes tensiones que también existen entre estos conceptos, lo cual mostrará los límites de los enfoques de justicia restaurativa como paradigma dominante para diseñar los mecanismos de justicia transicional, no solo a nivel general sino también específicamente en el caso colombiano. Esto nos llevará entonces a concluir que, frente a graves atentados contra los derechos humanos, el enfoque restaurativo no puede ser el imperante y que, por ende, los procesos de justicia transicional tienen que contener elementos retributivos, que pueden ser moderados por dinámicas de justicia restaurativa, pero no sustituidos por esta última.

1. Justicia transicional y justicia restaurativa: breve historia y aproximación conceptual

A pesar de que en la actualidad existe la tendencia a defender la aplicación del paradigma de justicia restaurativa a procesos de justicia transicional, los orígenes de un tipo de justicia y otro son muy disímiles. Así, mientras que la justicia transicional surgió con el propósito esencial de equilibrar las exigencias de justicia y de paz en contextos excepcionales de transición de la guerra a la paz o de la tiranía a la democracia, caracterizados por la necesidad de enfrentar la violación masiva y sistemática de derechos humanos, la justicia restaurativa apareció como un paradigma alternativo y crítico del funcionamiento del sistema penal en condiciones de normalidad y, en concreto, de la manera como este castiga las formas ordinarias de crimen presentes en una sociedad.

En efecto, la justicia restaurativa se enmarca en un movimiento más amplio —y también relativamente reciente— de crítica al carácter represivo y retributivo del derecho penal, que se nutre de gran variedad de fuentes religiosas, culturales y éticas (Minow, 1998, pp. 91-92; Teitel, 2003, p. 82), y que ha surgido fundamentalmente a través de la práctica (Ashworth, 2002, p. 578). En razón de lo anterior, la noción de justicia restaurativa ostenta diversos significados, y se refiere a teorías y procesos plurales (Ashworth, 2002, p. 578). No obstante, en términos generales, la justicia restaurativa se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre víctima y victimario. Una perspectiva como esta encuentra justificación en el hecho de que el castigo retributivo del ofensor es visto como insuficiente para restablecer la convivencia social pacífica, pues no toma en cuenta de manera preferente los sufrimientos y las necesidades de la víctima, ni permite la adecuada reincorporación del delincuente a la comunidad.

Como lo demuestra el anterior razonamiento, la justicia restaurativa fue ideada y ha sido normalmente utilizada como paradigma alternativo para confrontar los delitos ordinarios que suceden en una comunidad. No obstante, en una oportunidad, este paradigma fue aplicado a un proceso transicional: aquel que le dio fin al régimen político del *apartheid* en Sudáfrica. A partir de entonces, y a pesar de los resultados mixtos que produjo y de las intensas críticas que ha recibido (Crocker, 2002; Hamber, 2003; Wilson, 2002), son muchos los que han defendido la conveniencia política y la superioridad ética de emplear

la justicia restaurativa como paradigma básico de la justicia transicional (véase Minow, 1998; Tutu, 1999).

A una posición como esa se oponen quienes, como nosotros, sin desconocer las inmensas cualidades y potencialidades de la justicia restaurativa, consideramos que esta puede perfectamente complementar a la justicia transicional, pero nunca debería sustituirla.¹ Los siguientes párrafos documentan esta posición.

2. Perdón, reparación y transición: las complementariedades entre justicia restaurativa y justicia transicional

Si bien el presente documento defiende la tesis de que la justicia restaurativa tiene una naturaleza y unas finalidades distintas a las de la justicia transicional y, por tanto, no puede pretender sustituirla, también es claro que la justicia restaurativa puede complementar positivamente a la justicia transicional de varias maneras.

En un primer nivel, la justicia restaurativa y la justicia transicional presentan una preocupación similar, lo que conlleva a que entre las dos exista una complementariedad conceptual. La justicia transicional comparte con la justicia restaurativa el ansia por superar el pasado y por mirar ante todo hacia delante; en este caso, para refundar el futuro de una sociedad entera sobre la base de unos lazos comunitarios fuertes. En esa medida, toda fórmula de justicia transicional se orienta a buscar un equilibrio entre las exigencias de justicia y paz, con la finalidad primordial de lograr una reconciliación democrática y una paz duradera. Por ello es posible afirmar que, en lugar de contradecirse, la justicia transicional y la justicia restaurativa se complementan en el plano conceptual.

Esta complementariedad conceptual se materializa, además, de dos maneras distintas en el nivel práctico de la justicia transicional. Por un lado, con el fin de alcanzar efectivamente la paz y la reconciliación, la justicia transicional admite en ciertos casos y bajo circunstancias determinadas la concesión de perdones a los responsables de crímenes atroces. La admisión de estos perdones puede ser crucial para el éxito de un proceso transicional, tanto por el hecho de que [de] ella puede depender que los actores armados decidan desmovilizarse, como porque la inclusión de dichos perdones en la fórmula de justicia transicional puede aminorar los costos de esta última y reducir los problemas producidos por la ineficacia del sistema de justicia.

1 (N. del E.) Al respecto puede verse Uprimny (2006).

Por otro lado, como lo ha expuesto lúcidamente Iván Orozco, en ciertos contextos transicionales, las herramientas de la justicia restaurativa pueden ser útiles para llevar a cabo un proceso exitoso de justicia transicional. Tal es el caso de las transiciones que tienen lugar luego de ciertas guerras civiles o conflictos armados que presentan formas de barbarie simétricas u horizontales, en las que cada actor armado (y las bases sociales que lo apoyan) es a un mismo tiempo víctima y victimario de atrocidades. En estos casos, en donde según Orozco se estaría en realidad en presencia de una “doble transición” (2002, 2005), las fórmulas restauradoras basadas en perdones recíprocos son no solo más legítimas sino que incluso parecen políticamente más viables y adecuadas que cuando se trata de la transición de una dictadura estable a una democracia, que es una transición “simple”.

En un segundo nivel, la justicia restaurativa y la justicia transicional presentan complementariedades adicionales, en la medida en que a través de las herramientas de la justicia restaurativa es posible efectuar un acompañamiento del proceso de justicia transicional, que puede resultar muy necesario para su éxito. Así, por ejemplo, tal y como sucedió en Irlanda del Norte o como muy posiblemente ocurriría en Colombia si se lograra el desmonte total de los grupos paramilitares, para bien o para mal la desmovilización de los actores armados puede dejar grandes vacíos en el ejercicio del control social, pues los actores armados ejercían esas funciones.

La justicia restaurativa actuaría en estas situaciones como un complemento importante de la justicia transicional que, lejos de pretender enfrentar los crímenes atroces cometidos con anterioridad a la transición, se encargaría de que esta fuera estable y duradera, mediante el cubrimiento de los vacíos de justicia producidos por la transición, y a través de la promoción de una cultura jurídica basada en el diálogo y en mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

3. Los límites de los enfoques restauradores en los procesos transicionales

A pesar de las complementariedades arriba señaladas, en el plano conceptual la justicia restaurativa evidencia serios límites para poder servir de paradigma de justicia en un proceso de justicia transicional cualquiera. Pero, además, en razón de la naturaleza específica del conflicto colombiano, el enfoque restaurador resulta verdaderamente inconveniente para afrontar la transición por la que pasaría el país en caso de que prosperaran las negociaciones de paz con los

grupos paramilitares o, eventualmente, con otros grupos alzados en armas. Finalmente, existen restricciones jurídicas que limitan la posibilidad de convertir en dominantes los enfoques restauradores en los procesos transicionales.

Por un lado, aunque la justicia restaurativa y la justicia transicional coinciden en el propósito genérico de la reconciliación, son muchas y muy importantes las diferencias conceptuales que existen entre ambas. En particular, cabe resaltar las muy diversas concepciones de reconciliación que puede tener cada una (Crocker, 2002). Para la justicia restaurativa, la reconciliación implica necesariamente que todos los actores, víctimas y victimarios, estén absolutamente de acuerdo sobre la necesidad de perdonarse y vean en el restablecimiento de sus vínculos sociales y en la armonía entre unos y otros, valores fundamentales.

No obstante, como lo evidencia Crocker, esta forma de comprender la reconciliación resulta muy exigente y bastante problemática cuando se la aplica a procesos de justicia transicional. Dicho nivel de compromiso, que Crocker (2002) califica como una forma de reconciliación con un contenido “grosso”, obedece a una visión comunitarista de la reconciliación, que presenta graves inconvenientes en una transición que busca tener un carácter democrático. De hecho, pretender que todos los que se vieron afectados por actos de violencia que atentaron contra la dignidad humana sean capaces de construir vínculos sociales estrechos con sus agresores implica excluir, marginar y deslegitimizar el punto de vista de muchos. Esta visión “gruesa” de la reconciliación no admite discrepancias; todos debemos estar de acuerdo con que el perdón y el olvido son los mecanismos más loables para lograr la paz. Pero el problema radica en que es muy posible que, en realidad, no todos aceptemos esta forma de superar el conflicto previo como la más idónea. Y, en un ambiente democrático, deberíamos tener la posibilidad de expresar nuestras opiniones e insatisfacciones, de deliberar en torno a nuestras diferencias de perspectiva, sin necesidad de ser vistos como obstáculos indeseables para la reconciliación.

Así, siguiendo la terminología de Crocker (2002), existe otra manera más “fina” de comprender la reconciliación fruto de un proceso transicional: aquella basada en la “reciprocidad democrática”. Esta implica que, sin necesidad de tener visiones idénticas, todos los miembros de la sociedad en transición sean capaces de reconocer a los demás (incluidos sus victimarios) como ciudadanos congéneres con la capacidad de deliberar en igualdad de condiciones y de tomar decisiones democráticas acerca del futuro de la sociedad. En este contexto, los actores políticos pueden decidir que la manera más adecuada de llevar a cabo la transición es a través del perdón y del establecimiento de lazos comunitarios

fuertes, pero también pueden no hacerlo. Y, en cualquiera de los casos, la decisión sería legítima y parecería justa.

De las opuestas concepciones de reconciliación antes mencionadas surge también una diferencia fundamental entre la justicia restaurativa y la justicia transicional en lo que se refiere a la manera como cada una comprende y califica el castigo. Así, el concepto de reconciliación propio de la justicia restaurativa conlleva una visión del castigo como algo indeseable y contrario al objetivo mismo de la reconciliación. Si esta implica una armonía social basada en estrechos vínculos entre antiguas víctimas y victimarios logrados a través del diálogo y del perdón, entonces el castigo de los victimarios no hace sino impedir la consecución de esa armonía. El problema de las visiones restaurativas es, no obstante, que confunden el castigo con la venganza y que ocultan las importantes funciones que el primero puede cumplir en un proceso transicional.

En efecto, por muy diversas razones, resulta inapropiado conceptualmente equiparar castigo y venganza, dadas las características de impersonalidad, proporcionalidad e individualidad propias del primero y ausentes en la segunda, y dadas las disímiles finalidades que uno y otra cumplen: retribución, reparación y verdad, el castigo, y simple retaliación, la venganza. Así, el castigo no tiene únicamente un carácter retributivo, pues promueve, a través del juzgamiento de los victimarios, los derechos de las víctimas a la reparación y a la verdad. Pero, además, es fundamental reconocer que, en ciertos contextos, el carácter retributivo del castigo tiene una gran potencialidad (incluso superior a aquella del perdón y el olvido) para alcanzar la reconciliación y para fundar sobre sí las bases de un orden democrático estable, en la medida en que establece, con mayor claridad, el reproche social frente a los comportamientos inaceptables de ciertos actores.

Por eso, en el paradigma de la justicia transicional, es posible dotar al castigo de los victimarios de un significado que, en vez de contraponerlo a la reconciliación, lo muestre como un elemento apropiado (incluso necesario) para alcanzarla. Los profundos traumas dejados por una guerra civil o por una dictadura hacen que muchos ciudadanos observen con inconformidad todas aquellas fórmulas transicionales que busquen darle un peso exclusivo a la paz. Así, es bien posible que la reconciliación nacional tenga un carácter más verdadero y durable si se encuentra precedida por el sometimiento de los responsables de crímenes atroces, aun cuando este sometimiento reconozca excepcionalmente —en razón de las exigencias políticas de los actores armados para aceptar la transición— algunas formas de amnistía o de rebaja de penas. De hecho, si las

víctimas de los crímenes saben que estos serán sancionados de alguna manera, tal vez se encuentren más dispuestas a reconciliarse con sus agresores, una vez hayan pagado por sus afrentas.

A las anteriores consideraciones se aúna el hecho de que el castigo de los responsables de crímenes masivos impide que en el nuevo régimen creado por la transición surja una cultura de impunidad. El mensaje enviado con el castigo es, justamente, que los individuos no pueden violar los derechos humanos sin que ello tenga serias repercusiones. Además de propugnar por el respeto de estos derechos, un mensaje como ese busca, sobre todo, asegurar la garantía de no repetición, crucial para el verdadero éxito de un proceso transicional. De hecho, cualquiera que sea la fórmula de justicia transicional escogida, es preciso recordar que el objetivo básico de toda transición consiste en la instauración de un nuevo orden político y social, que deje atrás de manera definitiva el anterior estado de cosas y que garantice que los actos atroces perpetrados antes de la transición no volverán nunca a cometerse.²

La garantía de no repetición está entonces en el corazón de la justicia transicional. La promesa creíble de que no habrá víctimas futuras es lo que permite flexibilizar el castigo de esos crímenes en los procesos de transición. Pero precisamente para que esa promesa sea creíble, una dosis proporcionada de retribución y castigo parece ineludible, por las funciones de prevención general, positiva y negativa, que el derecho penal contemporáneo —o al menos algunas de sus corrientes— reconoce a la pena.³ El castigo de los crímenes de lesa humanidad y la amenaza futura del mismo pueden tener un efecto de carácter preventivo en contra de las violaciones de derechos humanos, en el sentido tanto de desincentivar la repetición de esas conductas por parte de los victimarios —en razón de su temor al castigo—, como de reforzar la adhesión ciudadana a los valores democráticos e impedir que el sentimiento de rabia e injusticia producido por la impunidad cause en las víctimas deseos de vengarse a través de actos de esa naturaleza.

Adicionalmente, el castigo de los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad facilita el surgimiento de un ambiente generalizado de respeto por las instituciones democráticas creadas en la transición, en tanto que traza una clara distinción entre el régimen anterior —caracterizado por la injusticia y la atrocidad— y el nuevo orden —fundado en la justicia y en la protección de los

2 (N. del E.) Sobre esta fórmula de justicia transicional pueden consultarse Uprimny y Saffon (2006) y el capítulo 20 (E) de esta compilación.

3 Para una explicación de estas nociones, ver Ferrajoli (1995, p. 262 y ss).

derechos humanos—. De esa manera, el castigo deja en claro que los derechos humanos no son simples herramientas discursivas utilizadas para legitimar el proceso transicional, sino que su respeto es exigible y su violación sancionable indefectiblemente.

Por otro lado, además de los argumentos antes esgrimidos, es relevante decir algunas palabras acerca de las razones por las cuales la aplicación del paradigma de justicia restaurativa a un eventual proceso de justicia transicional en Colombia no parece conveniente de ninguna manera. A diferencia de lo que sostiene Iván Orozco, a nuestro parecer, la transición por la cual pasaría la sociedad colombiana tras darle un fin parcial o total al conflicto armado no encajaría en el modelo de “doble transición” basado en perdones recíprocos expuesto por el autor. Y esto por varias razones:

Primero, en Colombia, en lugar de formas de victimización simétrica u horizontal de los diversos actores armados y sus bases sociales de apoyo, el conflicto produce una victimización múltiple de la sociedad civil por parte de los actores armados. La sociedad civil no apoya activamente a uno u otro bando, sino que sufre indiscriminadamente los ataques de todos. Así, un modelo de justicia transicional fundado en los perdones recíprocos que se otorgarían entre sí los distintos actores armados excluiría la posibilidad de que la sociedad civil participara en la concesión (o incluso en la negación) de tales perdones y, en consecuencia, tendría un alcance político limitado y sería éticamente muy cuestionable.

Segundo, la violencia propia del conflicto armado colombiano se ha caracterizado de tal manera por su masividad y sistematicidad, que hasta la relativamente sencilla tarea de identificar a los actores que eventualmente participarían en los procesos restaurativos de concesión de perdones recíprocos se torna altamente compleja. En efecto, la naturaleza del conflicto hace bastante difícil saber qué actores habrían de pedir perdón y qué actores tendrían la facultad de concederlo.

Tercero, los crímenes contra la dignidad humana que han sido cometidos a lo largo del conflicto armado son actos abominables e imperdonables. Por eso, dentro de un proceso transicional como aquel por el que podría pasar Colombia, con algunas excepciones, el castigo se hace exigible, no solo porque produciría la condena pública de tales comportamientos, sino porque el nuevo orden social y democrático que se construiría a través de la transición implicaría la total exclusión de los mismos y encontraría en el respeto de los derechos humanos su fundamento básico.

Cuarto, el empleo de mecanismos propios de la justicia restaurativa podría tener resultados contraproducentes en el país en términos del objetivo de la reconciliación nacional. De hecho, la verdad del conflicto armado es todavía ignorada por los miembros de la sociedad, que aún no compartimos un relato común acerca de nuestro pasado. Así, mientras que para algunos la reconciliación nacional es el objetivo preponderante de la transición, para otros, a dicho objetivo deben sumarse también las importantes exigencias de justicia y verdad. En ese entender, de escogerse el paradigma restaurativo, estos últimos sectores de la sociedad podrían ser reprochados por los defensores de la reconciliación en razón de obstaculizarla con sus reclamos, y terminarían por ser silenciados. Una situación como esa no solo haría de los mecanismos de la justicia restaurativa instrumentos de impunidad, sino que podría incubar gérmenes de resentimiento y violencia por parte de los silenciados, que pondrían en serio peligro la durabilidad de la reconciliación alcanzada.

Quinto, no es claro si en Colombia la utilización del esquema restaurativo podría garantizar la no repetición de las atrocidades cometidas, garantía que es un elemento fundamental de la justicia transicional. La historia de nuestro país evidencia que los perdones de graves violaciones de derechos humanos no traen necesariamente como resultado el final de la violencia y la instauración de una cultura de respeto de dichos derechos. Por el contrario, en muchos casos han sido precisamente esos perdones los que, al dejar heridas abiertas y mostrar que los crímenes contra la dignidad humana no son castigados severamente, han hecho que la violencia continúe, e incluso se recrudezca.

Sexto, siguiendo la idea neoinstitucionalista según la cual las reglas débiles o poco claras dan pie para que los sujetos se aprovechen de ellas, es bastante posible que, ante la existencia de reglas que no contemplen sanciones claras, los actores armados terminen aprovechándose de ellas en lugar de someterse a sus mandatos. En ese orden de ideas, un enfoque predominantemente restaurativo, lejos de garantizar la transición de la guerra a la paz y de la impunidad al respeto del Estado de derecho, podría profundizar la indefinición de los derechos y las normas, precisamente por la falta de una sanción y condena claras por su transgresión, con lo cual los actores poderosos se sentirían legitimados para continuar manipulando las reglas como mecanismo para perpetuar su irrespeto frente al Estado de derecho.

Finalmente, pero no por ello menos importante, existen razones jurídicas que restan fundamento a la idea de que la justicia restaurativa pueda ser el esquema dominante para hacer frente a las graves violaciones de los derechos

humanos en los procesos transicionales, y son las que se refieren al estado actual del derecho internacional. Hoy, a pesar de ciertas controversias, parece claro que los derechos de las víctimas y los deberes del Estado de sancionar las violaciones de los mismos limitan las posibilidades de perdón de las más graves violaciones de los derechos humanos.⁴ Por ello, el perdón de los crímenes atroces es no solo incompatible con el derecho internacional vigente, sino que muy probablemente activaría a la Corte Penal Internacional, la cual tiene competencia para asumir casos de personas enjuiciadas internamente cuando “la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la Corte” (art. 17. 2.a. del Estatuto de Roma). Es claro que una amnistía de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra queda incluida en esa hipótesis.

Por todas las anteriores razones, parece apropiado concluir que en los procesos de justicia transicional en general, y en aquellos que hayan de llevarse a cabo en Colombia en particular, el castigo de crímenes atroces juega un papel crucial, que refuerza (en lugar de contradecir) el objetivo de reconciliación nacional. De ahí que no parezca conveniente, por razones tanto teóricas como prácticas, que los mecanismos de justicia restaurativa sustituyan a la justicia transicional y, en especial, a la función retributiva propia de esta.

4. Conclusiones: la posibilidad de perdones, pero proporcionados y “responsabilizantes”, con un claro componente retributivo

La línea de razonamiento trazada en este documento lleva a concluir que la individualización y el castigo de los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad resultan importantes para el éxito de un proceso de justicia transicional y para la estabilidad del nuevo orden social y político incubado en su seno, por lo que el enfoque de la justicia restaurativa no puede ser el imperante en estos contextos. Los procesos transicionales en general, y en especial aquellos que tengan lugar en Colombia, deben enmarcarse en un modelo de justicia transicional fundado en perdones “responsabilizantes”. De acuerdo con este modelo, la concesión de perdones a los responsables de crímenes atroces debe tener un carácter excepcional e individualizado, y debe estar siempre regida por el principio de proporcionalidad. Lo anterior significa que el perdón de estos crímenes procede exclusivamente cuando se muestra como el único medio existente para alcanzar los logros de la paz y la reconciliación nacional,

4 (N. del E.) Al respecto véase Botero y Restrepo Saldarriaga (2006).

y cuando es proporcional a la gravedad de los crímenes, al nivel de mando del victimario y a las contribuciones que este haga a la justicia.

Ahora bien, parecería deseable que el esquema de perdones “responsabilizantes” se viera en lo posible complementado por mecanismos propios de la justicia restaurativa que, siendo adicionales al castigo, pudieran responsabilizar a los victimarios ante la sociedad, e hicieran posible el esclarecimiento de la verdad del conflicto y la reparación de las víctimas. Además de la implementación de estos mecanismos restaurativos en el proceso de justicia transicional, sería también deseable que la justicia restaurativa hiciera un acompañamiento de la transición en aquellos sectores sociales afectados por la ausencia de control social dejada por la finalización del conflicto.

Así las cosas, el modelo de justicia transicional basado en perdones “responsabilizantes” hace posible la consecución de un equilibrio adecuado entre las exigencias de paz y justicia. En efecto, dicho modelo contempla el castigo de los crímenes atroces como regla general, pero admite excepcionalmente el perdón “responsabilizante” de estos últimos, siempre y cuando el mismo sea necesario para la consecución de la paz y tenga un carácter proporcional. Adicionalmente, el modelo fundado en perdones “responsabilizantes” es del todo compatible con las exigencias impuestas por el derecho internacional en esta materia y, por tanto, parecería estar “blindado” jurídicamente. Por último, este modelo de justicia transicional parece adecuarse plenamente a las particularidades y restricciones impuestas por el contexto colombiano.

Referencias

- Ashworth, A. (2002). Responsibilities, Rights and Restorative Justice. *The British Journal of Criminology*, 42 (3), 578-595.
- Botero, C. y Restrepo Saldarriaga, E. (2006). Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia. En Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo Saldarriaga, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 45-107). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf
- Crocker, D. A. (2002). Democracy and Punishment: Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation. *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 509-549.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Hamber, B. (2003). Dealing with the Past: Rights and Reasons: Challenges for Truth Recovery in South Africa and Northern Ireland. *Fordham International Law Journal*, 26, 1074-1094.

- Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- Orozco, I. (2002). La posguerra colombiana: divagaciones sobre la venganza, la justicia y la reconciliación. *Análisis Político*, (46).
- Orozco, I. (2005). La barbarie horizontal: un desafío al movimiento de derechos humanos. En *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Temis.
- Teitel, R. (2003). Transitional Justice Genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, 16, 69-94.
- Tutu, D. M. (1999). *No Future without Forgiveness*. New York: Doubleday.
- Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 17-44). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006). La ley de “justicia y paz”: ¿una garantía de justicia y paz y de no repetición de las atrocidades? En Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 173-197). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf
- Wilson, R. (2002). Challenging Restorative Justice. *Human Rights Dialogue*, 2 (7), 15-17.

B. La reparación integral desde una perspectiva de género¹

Diana Esther Guzmán (2009)

Extractos tomados de:

Guzmán, D. E. (2009). Reparaciones para las mujeres víctimas de la violencia en Colombia. En Díaz Gómez, C., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 193-226). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.164.pdf

Las mujeres son víctimas de múltiples formas de violencia en el contexto del conflicto armado colombiano. Esta situación ha sido ampliamente denunciada por las organizaciones que trabajan por los derechos de las mujeres, y empezó a ser reconocida por organismos internacionales y algunas autoridades nacionales, como la Corte Constitucional colombiana. Sin embargo, el mayor reconocimiento no se ha traducido en una respuesta institucional adecuada, en especial, en relación con las vulneraciones y daños sufridos por las mujeres, así como con los efectos diferenciados e incluso desproporcionados que se derivan de la violencia en su contra. Esto es particularmente evidente con respecto a la reparación, en donde las mujeres empiezan a estar cada vez más presentes en los debates, pero siguen ausentes de la regulación y especialmente de la forma como esta es aplicada e interpretada.²

1 Este artículo incorpora parcialmente elementos desarrollados en artículos anteriores y, en particular, en Barraza y Guzmán (2008) y Guzmán (2009b).

2 (N. del E.) Al estudiar este texto, es necesario tener presente que el mismo fue concebido con anterioridad a la expedición de algunas normas que efectivamente han incorporado el enfoque de género en materia de reparación, tales como la Ley 1448 de 2011 (Ley de Víctimas y Restitución de Tierras) y el Auto de Seguimiento 092 de 2008 de la Corte Constitucional. En tal sentido, aunque la autora presenta un panorama diferente al que se encuentra en la actualidad, buena parte de sus recomendaciones siguen siendo totalmente pertinentes. Para otras aproximaciones más recientes al tema, consúltese el capítulo 7 (I-C) de esta compilación, así

Este documento tiene como finalidad enfatizar en la importancia de introducir una perspectiva más sensible a la faceta de género en las reparaciones, para lo cual resulta fundamental incluir la voz de las mujeres en el diseño, implementación y evaluación de las políticas de reparación que se adopten en el país. Para desarrollar esta idea, el documento se divide en [dos] partes principales. La [primera] pretende mostrar el estado actual de las reparaciones en Colombia para las mujeres víctimas de violaciones de sus derechos humanos. [La segunda] parte muestra algunos elementos que intentan aportar al debate, indicando ciertos puntos que resultan fundamentales para que las reparaciones se conviertan en una oportunidad importante para superar la doble exclusión que viven las mujeres. Esto es, para superar las formas de discriminación que enfrentan en su vida diaria y la exclusión de la regulación específica en materia de reparación.

1. El estado actual de las reparaciones en Colombia

Son múltiples las limitaciones que persisten para asegurar la garantía y la realización del derecho a la reparación, en particular en relación con las mujeres víctimas de la violencia. En efecto, existen barreras importantes de acceso a los mecanismos y a las medidas de reparación, y la normatividad en sí misma resulta insuficiente para asegurar una reparación adecuada. Dicha insuficiencia deriva, entre otras causas, de que el grueso de las regulaciones no ha sido desarrollado tomando en consideración la voz de las mujeres y, menos aún, los efectos específicos del conflicto en sus vidas, y las condiciones de discriminación y exclusión que originan la violencia de género.

Para entender las limitaciones aludidas, se presentará una breve descripción de las distintas vías para acceder a la reparación [...] que han sido creadas específicamente para satisfacer a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos (a); y se incluirá un balance final con una corta reflexión sobre su efectividad y los posibles impactos de la política de reparación existente (b).

a. Los principales mecanismos de reparación

Los dos mecanismos más importantes que se han creado para que las víctimas de violaciones de los derechos humanos puedan acceder a la reparación son: i) el procedimiento judicial especial establecido mediante la Ley 975 de 2005

como Bolívar y Guzmán (2013); Guzmán y Chaparro González (2013); Guzmán, Pijnenburg y Prieto (2012); Guzmán y Prieto (2013); Uprimny y Guzmán (2010).

(conocida como la Ley de Justicia y Paz) y ii) la reparación administrativa regulada por el Decreto 1290 de 2008.

i. Reparación judicial a través de la Ley de Justicia y Paz

La Ley 975 de 2005 abre varios caminos para que las víctimas de hechos atroces sean reparadas por parte de los perpetradores (actores armados ilegales desmovilizados de acuerdo con los procedimientos establecidos por dicha ley).

En concreto, prevé un mecanismo en sede judicial y autoriza la creación de algunas medidas para la reparación administrativa. En el marco de esta ley, para que una víctima pueda acceder a la reparación en sede judicial es necesario que cumpla con varios requisitos. En primer lugar, debe ser una víctima de graves violaciones de los derechos humanos y delitos que correspondan con crímenes de lesa humanidad. En segundo lugar, la vulneración sufrida debe haber sido cometida por aquellos alzados en armas que se desmovilizaron en virtud de la Ley 975. En tercer lugar, el desmovilizado debe haber aceptado su responsabilidad penal en el proceso adelantado en virtud de la Ley de Justicia y Paz, y debe estar obligado a reparar. Si cumple con los requisitos enumerados anteriormente, la víctima puede activar los procedimientos previstos para acceder a la reparación por esta vía. Para tal efecto, debe iniciar el trámite del incidente de reparación integral, que se abre a petición expresa de la víctima, del fiscal delegado o del Ministerio Público, una vez la Sala del Tribunal Superior del distrito judicial correspondiente declare la legalidad de la aceptación de cargos (art. 23, Ley 975 de 2005).

La regulación de la vía judicial enfrenta a las víctimas a una serie de barreras de acceso a la reparación, que están estrechamente vinculadas con las barreras de acceso a la justicia. En Colombia existen múltiples barreras de acceso a la justicia, relacionadas entre otros elementos con: i) las dificultades económicas que enfrentan las víctimas para desplazarse a las sedes judiciales —que en el caso de Justicia y Paz se encuentran ubicadas solo en tres ciudades del país—; ii) las dificultades impuestas por las condiciones geográficas y los problemas de movilización asociados; y iii) el desconocimiento de los afectados sobre sus derechos y los mecanismos jurídicos que tienen a disposición para hacerlos efectivos.

Estas barreras impiden o dificultan el acercamiento de toda persona a los procedimientos judiciales. Sin embargo, existen algunos factores que limitan especialmente el acceso de las mujeres víctimas de violencia de género, como la invisibilidad de algunas formas de abusos y las dificultades que enfrentan para reconocer públicamente que fueron víctimas de violencia sexual (Saffon y

Guzmán, 2008).³ Estas barreras, sin embargo, no fueron tomadas en consideración a la hora de realizar la regulación correspondiente. [De otro lado], existen barreras específicas adicionales para acceder a la reparación por esta vía. Estas tienen que ver con: a) los mensajes equívocos que ha lanzado el Estado en relación con la reparación y que desincentivan la participación de las víctimas en el incidente —como los relacionados con la falta de recursos—; b) los requisitos para que proceda el incidente de reparación integral y el grado de participación de la víctima en el mismo, en particular porque se exige que la víctima acredite el daño sufrido y esto puede resultar complejo, especialmente en relación con hechos como la violencia sexual, en donde en muchas ocasiones el paso del tiempo dificulta la prueba; c) el miedo de las víctimas a participar en un proceso de conciliación con sus victimarios, no solamente por el recuerdo de las atrocidades sufridas, sino porque esta conciliación tendría lugar en medio del conflicto armado y con riesgos de seguridad inminentes; d) las dificultades de las víctimas para aportar un acervo probatorio suficiente en el incidente de reparación, teniendo en cuenta que en sede judicial el estándar probatorio es muy alto; e) la incertidumbre sobre la suerte que correrán los bienes despojados por la fuerza por los actores armados; f) la falta de claridad sobre si los procedimientos tomarán en consideración las garantías de privacidad y reserva que requieren, por ejemplo, las víctimas de violencia sexual, y g) la incertidumbre sobre si las sentencias que condenen a reparación serán sensibles a las necesidades específicas de las mujeres víctimas de la violencia de género y, en particular, de violencia sexual.

Además de lo anterior, existen al menos dos elementos adicionales que resultan complejos. En primer lugar, por esta vía solamente pueden ser reparadas las víctimas de quienes se desmovilicen y sean juzgados de acuerdo con este procedimiento. Esto implica que, al menos en principio, se trata de las víctimas de paramilitares. Por tanto, en términos de reparaciones, resulta ser un mecanismo excluyente que puede generar desigualdades entre las víctimas. En segundo lugar, se trata de una vía que ha mostrado ser lenta, a pesar de que el procedimiento especial que fue previsto en la Ley 975 de 2005 es relativamente sencillo —al menos en teoría—. Al finalizar el año 2008 —es decir, después de tres años de su entrada en vigencia— ninguna víctima había sido reparada, pues no había casos en los que se hubiere llegado al incidente.

3 (N. del E.) Sobre el acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas del conflicto armado, véase el capítulo 7 (I-C) de esta compilación.

Aunque las razones por las cuales no se ha logrado reparar a las víctimas por esta vía son múltiples —entre las que se cuentan el gran número de versionados y la extensión de sus testimonios frente a un número relativamente bajo de fiscales y magistrados—, el efecto es que el panorama de las reparaciones por esta vía es cada vez más desalentador.

ii. Reparación por vía administrativa y el Decreto 1290 de 2008

El Gobierno nacional creó un programa de reparación individual por vía administrativa mediante el Decreto 1290 de 2008, que ya se encuentra en funcionamiento y otorga medidas de reparación para las víctimas de grupos armados organizados al margen de la ley.

En términos generales, el programa de reparaciones individuales por vía administrativa constituye una alternativa para dar respuesta relativamente pronta a las solicitudes de reparación de un número importante de víctimas del conflicto armado colombiano. Por esta vía, la reparación puede ser solicitada sin que la víctima requiera de la representación y asesoría de un abogado, ni exige erogaciones importantes por parte de esta. En virtud del Decreto, se pueden ordenar medidas de “indemnización solidaria” (art. 5), rehabilitación y satisfacción.

Este programa ha recibido múltiples críticas. Estas se relacionan, en primer lugar, con el universo de víctimas, ya que a pesar de que debería brindar la posibilidad de reparar a todas las víctimas del conflicto de forma pronta y efectiva, no incluye a las víctimas de agentes del Estado. En segundo lugar, el Decreto considera como fundamento de la reparación el deber de solidaridad del Estado, y no su responsabilidad —por acción u omisión— en las violaciones ocurridas. Esto resulta problemático en la medida en que el Decreto no contribuye al reconocimiento de las responsabilidades que deberían darse con ocasión del proceso de reparación. En tercer lugar, el monto máximo de reparación resulta ser muy bajo, pues al menos por ahora incluye una suma única de dinero con la que pretenden repararse múltiples violaciones de los derechos humanos sufridas por la víctima [Decreto 1290 de 2008, artículo 5, parágrafo 4].

Las víctimas de violencia de género encuentran limitaciones adicionales para acceder a la reparación por esta vía. En efecto, aunque en esta se introducen los delitos contra la libertad e integridad sexual como una de las violaciones [por] reparar, no existe ningún otro tipo de reconocimiento, ni ninguna medida que permita enfrentar tanto los efectos diferenciados y desproporcionados de la violencia sobre las mujeres como las condiciones de discriminación y exclusión que dieron origen a las violaciones.

El programa, de acuerdo con la forma como fue regulado por el Decreto, tiene varias carencias que son problemáticas para la reparación de la violencia de género. En primer lugar, no contempla mecanismos que incentiven a las mujeres que han sufrido violencia sexual y otras formas de violencia de género a que se reconozcan a sí mismas como víctimas y decidan solicitar la reparación en sede administrativa. Uno de los mayores obstáculos que enfrentan estas mujeres en su búsqueda por la reparación es precisamente su silencio, que puede ser ocasionado por el temor a la reacción del entorno cercano, como también un resultado de la falta de mecanismos y respuestas adecuadas por parte del Estado. En segundo lugar, no divisa medidas que permitan dimensionar el daño, en cuanto a particularidades del mismo, y valorarlo en consecuencia. En tercer lugar, tampoco prevé procedimientos específicos que impidan la revictimización de las mujeres que decidan solicitar la reparación por esta vía. Así, por ejemplo, no hace ninguna previsión sobre la privacidad y reserva que puedan tener los órganos competentes frente a las víctimas.⁴

Por lo anterior, los procedimientos establecidos en el Decreto 1290 de 2008 para la reparación en sede administrativa no permiten enfrentar muchas de las barreras de acceso a la reparación. Adicionalmente, aun frente a las víctimas que finalmente accedan, no necesariamente garantiza que obtengan una reparación adecuada y efectiva.

b. Balance: problemas de diseño y de impacto

De acuerdo con lo dicho, la política de reparación para las víctimas de violaciones de los derechos humanos en Colombia está integrada en la actualidad por dos regulaciones especiales, que en principio tienen un carácter temporal. Esto implica que no estarían llamadas a responder a las atrocidades que se sigan cometiendo en el contexto del conflicto armado interno. Una segunda característica común a estas dos regulaciones es que a pesar de dirigirse a un universo de víctimas parcialmente distinto, aun si resultaran plenamente exitosas, no alcanzarían la reparación de las víctimas de todos los actores del conflicto, con lo cual pueden generarse asimetrías que redundarían en una mayor discriminación para los beneficiarios.

⁴ (N. del E.) Atendiendo a preocupaciones de esta índole, en Dalén y Rojas Castro (2015) se formuló una propuesta concreta de formación de funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en asuntos relacionados con la violencia sexual ocurrida en el conflicto armado.

Además, resulta problemático que la política no haya incorporado una perspectiva sensible a las afectaciones diferenciadas de la violencia. Primero, aunque en el decreto de reparaciones administrativas se incorpora el principio de género y los criterios de reparación restaurativa que orientan la vía judicial se ocupan en algunas líneas del asunto, lo cierto es que la política en general no permite el reconocimiento de las diversas formas de violencia de género que afectan a las mujeres y, menos aún, de los impactos diferenciados y de los riesgos específicos que enfrentan. De esta forma, el efecto que pueden tener las reparaciones en la vida de las mujeres es a todas luces parcial e insuficiente y puede incluso llegar a tener consecuencias contraproducentes.

Las reparaciones pierden su potencial para responder de manera efectiva a los daños sufridos y sus efectos pueden ser insuficientes, al negarse en su dimensión simbólica y práctica el reconocimiento de la faceta de género de los abusos contra las mujeres. Pueden convertirse entonces en una acción institucionalizada que no contribuye al empoderamiento de la víctima como ciudadana de pleno derecho, puesto que permanecen intactas las discriminaciones que permitieron la violencia y los impactos diferenciados.

Así, las medidas de reparación efectivamente otorgadas en virtud de una política de reparación que no incorporen la perspectiva de las mujeres pueden tener un efecto contradictorio en sus vidas, pues sin cumplir sus objetivos últimos, y a pesar de constituir una respuesta no proporcional a los daños sufridos, consiguen en todo caso desestimular la participación de las víctimas en otros mecanismos por medio de los cuales podrían acceder a la realización de sus demás derechos. Estas medidas, incluso, logran llegar a constituir un mecanismo que desarticula las demandas sociales de las mujeres.

2. Superar la doble exclusión

Los argumentos desarrollados hasta ahora muestran que las mujeres víctimas del conflicto en Colombia sufren una doble exclusión. Por un lado, la que surge de las formas de discriminación que enfrentan en sus vidas diarias. Estas constituyen el origen de la violencia en contra de ellas, que a su vez se ve acentuada por el conflicto y sus efectos. Por el otro, la exclusión de la política de reparación desarrollada en el país a través de regulaciones concretas.

En materia de reparación, esta doble discriminación es aún más complicada, porque impide que se cumpla con la finalidad de reconocimiento de las víctimas como ciudadanas de pleno derecho. En esa medida, puede llevar a reparaciones inadecuadas y también a que se pierda el efecto simbólico y práctico

que debería tener este derecho sobre la vida de las víctimas, así como el sentido político que orienta su implementación.

Para evitar la discriminación, resulta fundamental enfrentar el reto de entender las reparaciones desde el punto de vista de las mujeres, incorporando una perspectiva sensible a sus derechos humanos y a sus condiciones reales de discriminación y exclusión. Esto requiere de un esfuerzo considerable, cuya realización es importante, no solamente como una manifestación de la voluntad política para hacer frente a las agresiones sufridas por las mujeres, sino como el camino para asegurar reparaciones adecuadas y efectivas en el marco del conflicto.

A continuación, se señalan algunos elementos que resultarían centrales en la estructuración de una política de reparaciones que incorpore una perspectiva sensible a la faceta de género.

a. *Los propósitos de la reparación: ¿cómo enfocarlos?*

Un primer elemento que resulta importante es orientar y estructurar las reparaciones desde su diseño, de acuerdo con enfoques conceptuales y metodológicos adecuados. En este sentido, es relevante que se tomen en consideración al menos dos enfoques generales: i) un enfoque que logre reconocer que las mujeres han sido afectadas de manera diferenciada por el conflicto armado, y ii) un enfoque que permita designar más allá de la restitución y que oriente la reparación hacia la transformación de las condiciones de discriminación y exclusión que permitieron la violencia y afectaciones diferenciadas, en primer lugar, constatando que el retorno a una situación anterior no solo puede resultar insuficiente para las víctimas, sino incluso inconveniente. Así, la política podría orientarse desde un enfoque de género y un enfoque transformador que se articulen con el fin de lograr el triple propósito de: reconocer a la víctima, sus afectaciones diferenciadas y la existencia de condiciones de discriminación y exclusión que las menosprecian (Guzmán, 2009a; Uprimny y Saffon, 2009).⁵

b. *La participación de las víctimas*

Además de diseñar y estructurar la política desde enfoques conceptuales y metodológicos que sean adecuados para garantizar los derechos de las mujeres y permitir la superación de las discriminaciones directas e indirectas que las

5 (N. del E.) Al respecto véase también Uprimny y Guzmán (2010).

afectan, resulta fundamental que en el proceso de diseño se escuche la voz de las mujeres y se introduzca una perspectiva sensible a la faceta de género de los abusos. Esto es, que la política y sus mecanismos particulares se estructuren a partir de un ejercicio participativo amplio, en el que se ofrezcan las condiciones necesarias para que las mujeres puedan expresar sus perspectivas, más allá de las discriminaciones estructurales que las afectan, y al mismo tiempo puedan evidenciar estas últimas.

c. El reconocimiento de las formas de violencia

Uno de los aspectos que más limita la posibilidad de que las mujeres puedan ser reparadas por los daños sufridos es la invisibilidad de las violencias y de las afectaciones concretas presentes en sus vidas y en sus entornos. La falta de reconocimiento de las formas de agresión contribuye, como se sostuvo en el documento, a que las reparaciones tengan un efecto parcial e incluso contradictorio y asimétrico en relación con las víctimas.

Una reparación adecuada debe tomar en consideración tanto las particularidades de las violaciones como los efectos de las mismas. Frente a las mujeres, esto implica reconocer que tienden a ser víctimas de ciertas manifestaciones de la violencia que no aplican con la misma frecuencia en los hombres, y que el impacto de estas manifestaciones crea en ellas efectos diferenciados y en ocasiones desproporcionados.

Adicionalmente, entiende que estas diferencias están asociadas a los patrones de discriminación y exclusión que afligen a las mujeres en todas las esferas de la vida, y que por el conflicto armado tienden a acentuarse y exacerbarse. Este reconocimiento de la afectación diferenciada de la violencia puede tener en sí mismo un impacto reparador.

d. Entender el contexto de la violencia

Este elemento resulta fundamental para abordar el tema de las reparaciones a las mujeres víctimas de la violencia en Colombia, al menos por dos razones. En primer lugar, porque el origen de la agresión se encuentra en las diversas formas de discriminación que evidencian en sus vidas cotidianas. En segundo lugar, porque conocer el contexto de la violencia puede ayudar a establecer el impacto de la misma y las condiciones que se requerirían para superar sus impactos y avanzar en la eliminación de sus causas. Es decir, constituiría no solamente una forma de verdad con efecto reparador para las víctimas, sino un

elemento fundamental en la estructuración de un proyecto político que persiga la superación de las formas de discriminación que permitieron la violencia diferenciada contra las mujeres.

e. *La identificación del daño*

Otro punto fundamental es identificar el tipo de daño que se puede producir con las violencias de las cuales son víctimas las mujeres, y conocer sus características particulares y su magnitud. Generalmente, este elemento se da por sentado a partir de las definiciones que se han desarrollado en el ámbito jurídico y en los tribunales que deben otorgar la reparación. Sin embargo, las definiciones tradicionales de daño tienen limitaciones importantes, en particular en relación con la extensión y tipo de vulneraciones sufridas por las mujeres. La identificación y el reconocimiento del daño, en la dimensión verdadera en la que impacta a las mujeres, son los elementos esenciales al momento de establecer cuáles son las medidas específicas de reparación que deben otorgarse y el contenido concreto de las mismas.

f. *La conceptualización y determinación de las medidas*

Otro factor de gran importancia en el diseño de una política de reparación desde la perspectiva de las mujeres es la determinación de las medidas. A partir del conocimiento del contexto de la violencia, del reconocimiento de las afectaciones diferenciadas y de los daños específicamente sufridos, es fundamental que las medidas que se adopten resulten idóneas tanto en su dimensión simbólica como práctica. Esto es, que, por un lado, contribuyan efectivamente al reconocimiento de la mujer como una ciudadana, empoderada para ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los otros ciudadanos, y que, por el otro, procuren responder de manera proporcional a las afectaciones sufridas, a pesar de las dificultades —y de la casi imposibilidad— que implica.

Adicionalmente, es importante considerar estas medidas desde una perspectiva de transformación social, es decir, que desde su conceptualización sean pensadas como elementos relevantes en la estructuración de una sociedad más democrática e igualitaria y que en su determinación contribuyan efectivamente a superar las formas de discriminación y violencia que afectan a las mujeres de manera particular. En el caso del despojo de tierras, por ejemplo, las medidas de reparación deben ser entendidas como una oportunidad para superar la discriminación en el acceso a la propiedad. Esto, entonces, debería verse reflejado en

mecanismos concretos que permitan volver a la situación anterior de tenencia y también, incluso, a acceder efectivamente a la propiedad que anteriormente les fue negada, en virtud de la exclusión y marginación social en la que se encontraban en razón de su género.⁶

g. Los mecanismos y procedimientos para superar las barreras

Finalmente, todos los elementos mencionados deben verse concretados en mecanismos y procedimientos que eviten que las mujeres se vean afectadas por barreras de acceso a la reparación. Esto implica ir más allá de las regulaciones neutrales tradicionales y adoptar mecanismos verdaderamente adecuados para evitar que las mujeres encuentren obstáculos adicionales o diferenciados de acceso a la reparación. Para esto pueden requerirse mecanismos suplementarios para que, por ejemplo, se creen las condiciones necesarias para que las mujeres pasen por un proceso de empoderamiento que facilite su autorreconocimiento como víctimas de una violación de los derechos humanos y de la extensión de las afectaciones sufridas.

Referencias

- Barraza, C. y Guzmán, D. E. (2008). Proceso de reparación para las mujeres víctimas de violencia en el marco del conflicto armado colombiano. En *Sin tregua. Políticas de reparación para las mujeres víctimas de violencia sexual durante dictaduras y conflictos armados*. Chile: Corporación Humanas.
- Bolívar Jaime, A. P. y Guzmán, D. E. (2013). Restitución de tierras para mujeres, niños, niñas y adolescentes: un deber inaplazable. Módulo para la Unidad de Restitución de Tierras. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Dalén, A. y Rojas Castro, S. (2015). *Formación en violencia sexual en el conflicto armado: una propuesta metodológica para funcionarios*. Documentos 22. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_re-cursos/fi_name_recurso.705.pdf
- Guzmán, D. E. (2009a). Reparaciones con enfoque de género: el potencial para transformar la discriminación y la exclusión. En VV.AA. *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia* (pp. 165-192). Bogotá: Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer-UNIFEM.
- Guzmán, D. E. (2009b). Reparaciones frente a la violencia de género en el marco del conflicto armado. Alcances y límites del marco normativo colombiano. En

6 (N. del E.) Sobre la perspectiva de género en materia de restitución de tierras, véase Guzmán y Chaparro González (2013).

- Uprimny, R. (ed.). *Reparaciones en Colombia. Análisis y propuestas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Investigaciones Jurídico-sociales Gerardo Molina.
- Guzmán, D. E. y Chaparro González, N. (2013). *Restitución de tierras y enfoque de género*. Documentos 12. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.365.pdf
- Guzmán, D. E., Pijnenburg, A. y Prieto, S. (2012). Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violaciones graves de derechos humanos en el contexto del conflicto armado. Justicia transicional. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Guzmán, D. E. y Prieto, S. (2013). *Acceso a la justicia. Mujeres, conflicto armado y justicia*. Documentos 10. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.364.pdf
- Saffon, M. P. y Guzmán, D. E. (2008). En el marco de la Ley de Justicia y Paz. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas del conflicto armado: problemáticas, diagnóstico y recomendaciones. En *Recomendaciones para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las mujeres víctimas del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: Grupo de trabajo “Mujer y género, por la verdad, la justicia, la reparación y la reconciliación”.
- Uprimny, R. y Guzmán, D. E. (2010). *Justicia transicional desde abajo y con perspectiva de género*. Bogotá: Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, Unifem.
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2009). Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. En Díaz Gómez, C., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 31-70). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.164.pdf

C. La restitución de tierras, los imperativos de la justicia transicional y los principios del derecho privado

Rodrigo Uprimny Yepes y Nelson Camilo Sánchez León (2012)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. y Sánchez León, N. C. (2012). Justicia transicional civil y restitución de tierras. Consultoría para la Organización Internacional para las Migraciones- OIM y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural - MADR. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

A nivel comparado, no existe una definición aceptada del término “justicia transicional civil” y, de hecho, rastrear ese concepto en la literatura especializada no es una tarea sencilla. Si bien existe abundante literatura académica que reconoce y analiza distintos mecanismos de justicia transicional civil [...] que han operado para enfrentar el pasado, para garantizar reconocimiento a las víctimas y para hacer responsables a los perpetradores, lamentablemente las lecciones de esta literatura no han sido articuladas para pensar, a nivel conceptual, las implicaciones dogmáticas y normativas de la aplicación de las normas de derecho privado en contextos de transición.

Sin embargo, el término justicia transicional civil puede empezar a entenderse como la combinación entre los aspectos del derecho privado y la justicia transicional (Atuahene, 2010, p. 66).¹ Con la noción de “justicia transicional civil” no se propone una visión totalmente novedosa de las reparaciones o de la justicia transicional; más bien lo que se busca es reconstruir preocupaciones

1 Esto bajo el entendido de que el derecho privado es aquella rama del derecho que regula las relaciones entre individuos. Si bien el término “derecho civil” es más limitado que el de derecho privado, pues este último recoge contenidos de carácter social y económico más amplios como el derecho de familia y el derecho agrario, en adelante usaremos el término “justicia transicional civil”, en lugar de “justicia transicional privada” para no crear confusiones con una posible sugerencia de que los mecanismos de la justicia transicional deberían salir de la órbita de acción oficial o del Estado.

que ya estaban presentes, pero en forma implícita, en ciertos programas de restitución masiva o en reflexiones teóricas. [Esta reconstrucción tiene] el fin de proponer un marco teórico a la restitución masiva de propiedades, que se preocupe por las consideraciones especiales que tiene dicho mecanismo cuando se diseña e implementa como parte de una estrategia más amplia que busca enfrentar el pasado, pero al mismo tiempo avanzar en procesos de reconciliación y democratización de la propiedad agraria.

Para presentar esta propuesta, en esta sección empezaremos por delimitar de manera general el objeto de estudio. Para ello, en primera medida distinguiremos entre el daño que se produce por la violación de las normas civiles en contextos ordinarios y los daños que se generan tras la desposesión masiva y violenta de propiedades. En segundo lugar, presentaremos algunos mecanismos de derecho privado que han sido desplegados en el contexto comparado para enfrenar algunos de estos daños. A partir de ellos, en tercer lugar, presentaremos las potencialidades que puede tener la justicia civil para contribuir con los objetivos de una transición democrática. Finalmente, nos concentraremos en el estudio de los principios generales de derecho civil y su aplicación en tiempos de transición, tanto de manera general como específica, a partir de los postulados de la acción de restitución contenida en la Ley 1448 de 2011.

1. El impacto de la desposesión masiva

Tradicionalmente, en nuestro medio el derecho civil se ha entendido como el “derecho común” encargado de la regulación general de la vida social y de la resolución de conflictos que ocurren en sectores sociales diversos, tales como los intercambios comerciales y las relaciones de familia. Así, los conflictos sociales que conoce la jurisdicción civil están generalmente relacionados con la producción, adquisición o circulación de la propiedad privada. Se trata, además, de un área de regulación jurídica en donde predomina el principio de la autonomía privada de la voluntad, esto es, la libertad de las personas de definir la forma como establecen sus derechos y obligaciones.

En contraste, en contextos violentos y de violación masiva, el daño civil se extrapola y toma una identidad distinta, tanto en lo individual como en lo colectivo. Así, a nivel individual, tanto la jurisprudencia de tribunales internacionales como la doctrina especializada abundan en la caracterización del desplazamiento forzado producto del conflicto armado como una violación grave y sistemática de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos

Humanos ha señalado en su jurisprudencia que con esta práctica se vulneran los derechos a la integridad personal, libertad personal, propiedad privada, y a la circulación y residencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005a, 2005b, 2006a, 2006b). Por otro lado, en el nivel colectivo, la literatura especializada ha documentado cómo el despojo masivo de propiedades produce consecuencias que van más allá del desmedro individual de patrimonios. Bernadette Atuahene, por ejemplo, sostiene que el despojo masivo puede generar efectos sociales y políticos desestabilizadores, así como la negación propia de la ciudadanía social. Para esta autora, si la sociedad empieza a percibir que la distribución de la propiedad es altamente ilegítima, es posible que se produzca desobediencia de las leyes que regulan los procedimientos de adquisición de dicha propiedad (2009, p. 829).

Los contextos en los que se desarrollan las políticas de restitución masiva de tierras se caracterizan por compartir ciertas características que se relacionan con esta situación. Primero, la restitución debe ser implementada en momentos de ruptura y cambio social que dan espacio a las demandas de reparación de las injusticias pasadas. Segundo, las reclamaciones de restitución adquieren un peso moral que va más allá de la simple resolución de la alteración de un patrimonio o del incumplimiento de un contrato: se basan en la experiencia de momentos traumáticos y complejos de victimización y, en esa medida, se apoyan en sentimientos de duelo y memoria compartida (Fray y James, 2011).

La conjunción de estos factores —violencia, falta de reconocimiento y precariedad económica derivada del despojo— es lo que conlleva que el daño que se produce con el despojo masivo tenga un carácter distinto a otros daños civiles. Sobre este punto, siguiendo la teoría de autores como John Locke, Carole Pateman y Charles Mills, Atuahene sugiere que la desposesión masiva conlleva una invisibilización u ostracismo social que se basa en la deshumanización y la exclusión de las víctimas del contrato societario (Atuahene, 2007, p. 1427).

Escenarios masivos de individuos y comunidades invisibilizadas pueden llevar a enfrentamientos violentos que, a su vez, aumentan los costos de transacción y la inestabilidad política y económica. La probabilidad de ocurrencia de estos eventos está determinada por el número de grupos oprimidos, su reacción frente a la invisibilización, su capacidad de organización y su adaptación al estado de descontento (Atuahene, 2007, p. 1441).

2. Los mecanismos de derecho privado que han sido implementados para la promoción de los objetivos de la transición o en contextos de transición

Aun cuando tradicionalmente no se han percibido como un mecanismo de justicia transicional, los litigios civiles de responsabilidad extracontractual o aquellos que pretenden la responsabilidad de propiedad despojada ilegítimamente tienen la potencialidad de remediar abusos pasados y enfrentar la acción ilegal (O'Donnell, 2011, p. 50).

2.1. Juicios de responsabilidad civil

En la actualidad, existe un pequeño pero creciente número de demandas y acciones legales contra actores económicos —especialmente compañías mercantiles— que han participado en violaciones manifiestas de los derechos humanos en situaciones de conflicto o dictadura. Estas demandas generalmente se han presentado, tanto en jurisdicciones nacionales como de otros países, recurriendo al derecho de daños.²

La tendencia a exigir la responsabilidad de empresas por graves violaciones de derechos humanos inicialmente se basó en iniciativas adscritas a la corriente sobre responsabilidad corporativa y derechos humanos, sin tomar en cuenta si dicha responsabilidad se exigía o no en un contexto de transición. No obstante, en la práctica, la gran mayoría de los casos que han alcanzado un interés global se han referido a situaciones de conflicto o posconflicto. Ello ha llevado a que exista un naciente interés académico por la relación entre la responsabilidad corporativa y la justicia transicional.

2.2. Restitución de propiedad cultural

Durante las últimas décadas, el sistema internacional ha intentado enfrentar la destrucción y el despojo de propiedad cultural producto de los conflictos armados. Así, después de la destrucción y robo de múltiples bienes culturales acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial, se promulgó la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.

2 La denominación “derecho de daños” es una definición acuñada en España para referirse a lo que el derecho anglosajón llama *Law of Civil Remedies*. En este sentido, con derecho de daños se hace referencia tanto al derecho de la responsabilidad extracontractual continental europeo como al angloamericano (International Commission of Jurists, 2008, p. 3).

Algunos años más tarde, la Unesco redactó la Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícitas de Bienes Culturales, de 1970.

Si bien ambas convenciones eran medidas en la dirección correcta, la Unesco estimaba que tenían diversas limitaciones y, por ello, solicitó al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado [International Institute for the Unification of Private Law - Unidroit] un estudio de los aspectos de derecho privado relacionados con la restitución de bienes culturales (Doyal, 2001). Este requerimiento eventualmente llevó a la creación del Convenio de Unidroit sobre Bienes Culturales Robados o Ilícitamente Exportados de 1995.

El tratamiento de la buena fe por parte del Convenio Unidroit puede ser relevante para el diseño de otros sistemas de restitución. Siguiendo los lineamientos del *Common Law*, el Convenio Unidroit determina que el poseedor de un bien robado deberá restituirlo. Para balancear este requerimiento, sin embargo, el Convenio establece que un poseedor de buena fe que ejerció diligencia debida en la compra del objeto tiene derecho a una justa compensación.

2.3. Programas de restitución de viviendas, tierras y patrimonios

La cuestión de la restitución de propiedades ha figurado de manera prominente en muchas transiciones políticas y acuerdos de paz desde el final de la Guerra Fría. Si bien tanto los procesos de despojo como las iniciativas de restitución son ampliamente contextuales, Fray y James, siguiendo la experiencia comparada pero principalmente la Sudafricana, identifican seis momentos específicos en los que estos procesos se desarrollan (2011, pp. 44 y ss.). La primera etapa se relaciona con la afectación de las relaciones entre los pueblos y las comunidades con sus tierras. Por un lado, a partir de la desposesión material o el traslado masivo de comunidades y, por otro, mediante la modificación de las formas de prueba de estas relaciones (por ejemplo, la creación de sistemas de titulación nuevos) o mediante la modificación de los títulos existentes.

El segundo momento es aquel de consolidación temporal y social del despojo. Con el paso del tiempo, además, la tierra puede ser vendida o transada en múltiples ocasiones, con lo cual se hacen desaparecer los rastros de la relación inicial de los despojados con su tierra.

El tercer momento es la creación de la política de restitución. Diseñar una política de restitución conlleva identificar categorías de posibles reclamantes, a partir de características históricas, étnicas, raciales u otras. La creación de criterios de legitimación introduce, a su vez, criterios de exclusión. Además, sin

importar el alcance de la política, siempre existirán brechas entre la restitución en la planeación y lo que ocurre en la práctica.

El cuarto momento es aquel en el cual se presentan las reclamaciones masivas de restitución. Si bien la definición de categorías delimita los tipos de peticiones, la práctica hará una nueva delimitación: grupos concretos de personas y comunidades se presentarán, mientras otros legitimados para hacerlo no lo harán.

El quinto momento es el escenario de posrestitución. Es decir, una vez realizada la transferencia de títulos o la formalización de la propiedad y la entrega material de los bienes. En algunos casos, existen tanto restricciones temporales a la disposición de la tierra, como medidas de desarrollo rural específicas para confrontar el dilema de qué hacer con esta.

El sexto y último momento se desarrolla en el mediano y largo plazo, cuando las víctimas y los reclamantes de tierras ya no reciben tratamiento privilegiado por parte del Estado. Las experiencias internacionales han sido mixtas, así como las interpretaciones de lo que, en últimas, se ha alcanzado y de lo que sería posible alcanzar tras la implementación de las medidas de restitución. Por ejemplo, el debate de si la formalización es la medida más adecuada para prevenir futuros despojos, en tanto que con esta se alienta un mercado de tierras que tiende a producir mayor concentración, lo cual en definitiva contradice el espíritu de muchas políticas masivas de restitución.

3. La potencialidad de los mecanismos de derecho privado para avanzar en los objetivos de la transición

Incluso para las teorías más instrumentalistas sobre la justicia, es evidente que la jurisdicción civil, como parte de la administración de justicia de un Estado de derecho, tiene potencialidades fácilmente identificables para la protección de derechos y la promoción de los valores asociados con un Estado democrático, como el aseguramiento del principio de la seguridad jurídica.

Igualmente, bajo una concepción más amplia de justicia, como la que evoca la justicia de transición, es posible identificar cómo los juicios civiles pueden generar importantes contribuciones a los objetivos generales de un proceso de reafirmación de los derechos de las víctimas y de reconciliación. Un panel de expertos en derecho privado, convocado por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) para estudiar temas de responsabilidad de compañías en casos de violaciones de derechos humanos, elaboró una serie de argumentos al respecto,

los cuales podemos adaptar para situaciones de transición o posconflicto (International Commission of Jurists, 2008, pp. 4 y ss.).

En primer lugar, un fallo dentro de un proceso civil puede tener un impacto significativo en la situación y en las vidas de aquellos que han sufrido violaciones manifiestas de los derechos humanos, al proporcionar remedios legales apropiados. Es decir, al garantizar un mínimo de acceso a la justicia.³

En segundo lugar, con este acceso a la justicia y la consecuente asignación de responsabilidades, la justicia civil puede influenciar notablemente los modelos de comportamiento en una sociedad, elevar las expectativas acerca de cuáles son las conductas aceptables y prevenir que se repita una conducta concreta, tanto por el sujeto que ha sido considerado responsable como por otros sujetos que actúan en circunstancias parecidas o se encuentran en situaciones similares.

En tercer lugar, una ventaja significativa que tienen las jurisdicciones civiles en muchos países es que pueden garantizar, muchas veces, la única alternativa posible de conocimiento de un caso. Así, incluso cuando las autoridades estatales son reticentes a la hora de adelantar procesos penales, es posible reclamar la responsabilidad legal civil en casos de violación y de presunta complicidad de actores económicos.

En cuarto lugar, aun cuando el derecho civil no usa el lenguaje del derecho de los derechos humanos (y, por ejemplo, puede no clasificar el daño como “tortura”, “desplazamiento forzado”, etc.), las jurisdicciones civiles protegen intereses como la vida, la libertad, la dignidad, la integridad física y mental, y la propiedad.

Finalmente, los procesos civiles pueden facilitar el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas, pues los estándares de derecho penal podrían convertirse en exigencias muy elevadas en tiempos de transición. [Por ejemplo], a los efectos de la responsabilidad civil es irrelevante si el civilmente obligado — por ejemplo, una sociedad mercantil— era o no un autor principal o accesorio. En general, todos los sujetos cuya conducta contribuya en mayor o menor medida al daño sufrido por otro pueden tener que asumir su responsabilidad civil, hayan o no instigado la situación, causado de forma activa el daño o ayudado al sujeto principal.

3 (N. del E.) Para una evaluación del acceso a la justicia en Colombia, véase el capítulo 7 (I) de esta compilación.

Ahora bien, de manera concreta, la restitución de propiedades puede cumplir un rol muy importante en la reconstrucción de historias de vida individuales y colectivas. La literatura especializada sostiene que, al prometer recomponer el pasado, la restitución de propiedades representa un punto de partida muy importante: la instalación de un nuevo paradigma en las relaciones de propiedad.

[De otra parte], el resarcimiento de una comunidad o de la relación de un individuo con la sociedad es un proceso complejo que requiere una cantidad considerable de curación privada y de reconciliación que se debe realizar por fuera de la acción estatal. Parte de esta recuperación puede tomar forma en medidas de restauración de la dignidad tales como las disculpas públicas y la revelación de la verdad, entre otras, pero estas no pueden enfrentar enteramente la invisibilización relacionada con la propiedad. Esta invisibilización incluye vulnerabilidad económica y, por ello, para enfrentarla se requiere la restitución de patrimonio como un elemento central de reversión (Atuahene, 2009).

La restitución de bienes o la reconstrucción de patrimonios, además, tienen la capacidad de incrementar el bienestar de individuos y comunidades en el largo plazo, lo cual es crucial para incrementar la legitimidad del *statu quo* de la propiedad. Michael Sherraden, por ejemplo, señala que los bienes generan varios efectos de bienestar positivos para las víctimas: mejoran la estabilidad económica de los hogares; generan expectativas y enfoques en el futuro; estimulan el desarrollo de capital humano y otros capitales; permiten que las personas se enfoquen y se especialicen; generan una red de protección frente al riesgo; generan dividendos personales, sociales y políticos, y aumentan el bienestar de los descendientes (Sherraden, 1991, pp. 151 y ss.).

Ahora bien, para que la restitución de tierras pueda alcanzar [estos propósitos] de justicia, debe ser entendida más allá de la resolución formal de las peticiones de restitución. Si bien la formalización de la tierra es una tarea importante, esta no constituye la etapa final del camino, sino más bien el inicio de un intrincado y complejo proceso de reconstrucción comunitaria (Uprimny y Sánchez León, 2010a, p. 15).⁴ Con base en la experiencia internacional,

4 Sobre este punto, en otros textos hemos defendido que para contribuir efectivamente con los objetivos de una justicia de transición en Colombia, una política de restitución de tierras debería ser vista no solo en clave de justicia correctiva, sino además como un mecanismo que ayude a tender puentes con instrumentos de justicia distributiva que busquen contrarrestar la inequidad en la propiedad de la tierra y, al mismo tiempo, como una política que permita un proceso de reasentamiento, reconstrucción de lazos sociales y de explotación

académicos y expertos internacionales han señalado algunas características que debería cumplir dicho proceso para realmente contribuir con objetivos más amplios de justicia. Entre ellos, Rhodri Williams y Scott Leckie han señalado, entre otros, los siguientes.

En primer lugar, la restitución, para ser considerada como un componente de los programas transicionales, debe ser concebida de tal manera que apoye esfuerzos paralelos dirigidos a suministrar un resarcimiento más amplio e impedir futuros conflictos. Williams sostiene que en los contextos transicionales contemporáneos, las reparaciones y la restitución deben ser comprendidas como funcionalmente separadas, pero también como respuestas complementarias a las violaciones de derechos humanos, cada una de las cuales debe hacerse disponible en proporción de las necesidades manifiestas.

En segundo lugar, los procesos de restitución deben ser diseñados de manera tal que complementen esfuerzos más amplios relacionados con el desarrollo, para poner fin o evitar conflictos relativos a la tierra y a la propiedad. Dentro de este contexto, habitualmente la mejor manera de ver la restitución es como una medida provisional que aplica criterios jurídicos para resarcir daños específicos y que solo debe ser coordinada —no subsumida— en esfuerzos de reforma a largo plazo basados en consideraciones abiertamente políticas.

En tercer lugar, de acuerdo con Williams, para que los programas de restitución tengan éxito en sus propios términos, y para evitar suscitar falsas expectativas, sus objetivos deben ser claramente concebidos y mutuamente complementarios. En lo fundamental, la restitución debe ser concebida como un recurso legal disponible en igualdad de condiciones para todas las víctimas de despojo ilícito (Leckie, 2008; Williams, 2008).

4. La articulación de las potencialidades y limitaciones de la justicia civil en tiempos de transición

El hecho de que instrumentos de justicia civil —administrados dentro de objetivos amplios y coordinados— puedan contribuir con los fines de la transición es una conclusión importante, pero que requiere de al menos dos precisiones para no sobrevalorar su posible impacto. En primer lugar, las potencialidades del derecho privado para alcanzar ciertos objetivos más generales de democratización y reconciliación no pueden exagerarse. Es decir, se debe evitar sobrecargar

productiva de los predios restituidos, con políticas fuertes de apoyo posrestitución y una modificación del modelo de desarrollo rural actual (Uprimny y Sánchez León, 2010a, p. 21).

de objetivos y expectativas a los mecanismos de derecho civil. Así las cosas, si bien los procesos judiciales de restitución, por ejemplo, deberían hacer contribuciones a la verdad y al esclarecimiento del despojo masivo, no se puede pretender que las decisiones judiciales reconstruyan el mapa del despojo o que sustituyan una eventual comisión de la verdad.

En segundo lugar, el hecho de reconocer que los principios y mecanismos del derecho privado tienen potencialidades para facilitar los derechos de las víctimas no puede hacer olvidar que en tiempos de transición estos sistemas enfrentarán los desafíos y las limitaciones de cualquier sistema judicial: falta de capacidad para atender una problemática masiva, contextos socioculturales de desapego de las normas, problemas de corrupción derivados del conflicto o la represión, etc. Por ende, es necesario repensar estas potencialidades y limitaciones para que puedan ser adaptadas a las necesidades de la transición, maximizando las potencialidades y reduciendo las limitaciones. De esto se trata, en últimas, la tarea de pensar en el diseño de un sistema de justicia civil transicional.

La adaptación de este sistema normativo a las condiciones especiales que derivan de un contexto de despojo masivo violento debe partir de considerar cuatro características específicas de los fundamentos y funcionamientos del sistema: los principios fundacionales, los alcances sustantivos de los derechos, las reglas procesales y de administración de los casos, y las reglas sobre pruebas. [Aquí] nos ocuparemos de revisar los principios fundantes del derecho privado y su complementariedad o tensión con los objetivos de la transición.⁵

4.1. *Los principios de derecho privado en contextos de transición*

Como todos los sistemas normativos, el derecho civil se asienta en una serie de presupuestos y expectativas normativas. Estos presupuestos se expresan a partir de principios y generan las presunciones generales de aplicación y de interpretación de las normas. Fundamentalmente, la legislación civil parte del supuesto de que personas libres interactúan entre ellas y en relación con las cosas en un ambiente libre y justo. Dos principios cardinales se desprenden de esta ficción jurídica: la autonomía privada de la voluntad y el orden público justo.

5 (N. del E.) Vale advertir que las demás características específicas del sistema, que omitimos aquí, son desarrolladas con detalle en los demás capítulos del libro del que provienen estos extractos.

El carácter libertario e individualista que inspira los sistemas de derecho civil parte de la base de que los sujetos deben ser, en general, libres para autorregularse. [Esta] presunción general de la autonomía privada de la voluntad se articula con otros principios y características determinantes del derecho privado. Por ejemplo, la capacidad —o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones—, la protección y regulación de las formas de declaración de la voluntad, y la presunción de la buena fe subjetiva, entre otras.

Estos principios tienen un elemento común: el supuesto de un contexto pacífico y libre de vicios, en donde por regla general existe una libre circulación de bienes y las decisiones son tomadas de manera consciente y sin vicios. En la medida en que este orden pacífico y justo es presumido, la consecuencia principal de la aplicación de la teoría de la autonomía privada de la libertad es la restricción de la actividad estatal, la cual debe ser mínima.

La segunda ficción general que asume el derecho civil es que, si bien la interacción individual buscará el bienestar personal y la ganancia, las relaciones privadas se sostienen en un orden general medianamente justo y equitativo. De allí que la autonomía individual sea admitida de manera general, pero con restricciones: es admisible siempre que no contraríe disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público.

Evidentemente, en contextos de violencia sistemática, como son las épocas de conflicto armado, e incluso de posconflicto, es necesario revisar estos principios fundamentales para reconfigurarlos con el orden imperante y con la necesidad social de sobrepasar dicha situación. Ahora bien, en tanto que la justicia transicional se fundamenta en una faceta tanto correctiva como prospectiva, la tarea no es alterar la fundamentación del derecho civil, sino más bien reconstituirlo para generar, a partir de su aplicación temporalmente adaptada, un horizonte de orden justo y equitativo en donde impera la voluntad libre. Las presunciones o ficciones generales que se establecen para facilitar la regulación de las relaciones sociales deberán entonces confrontarse con la realidad y, en caso necesario, ceder ante los imperativos específicos del contexto.

De manera complementaria, la aplicación de estos principios debe tener en cuenta la visión prospectiva de esta justicia y sus objetivos generales de reconfiguración de un orden justo y democrático. Es por ello que la vocación de la aplicación de las normas durante la fase de restitución de derechos y recomposición de relaciones jurídicas y sociales debe tener como telón de fondo un corte claro con las injusticias pasadas y un compromiso de reconstrucción de cara al futuro.

Así las cosas, para aprovechar las potencialidades de la justicia civil como un mecanismo de justicia que pueda contribuir con los objetivos de la transición, se debe partir de una reinterpretación de los principios más básicos de este sistema normativo para readecuarlos —mas no reemplazarlos— en tiempos de transición. Esto no quiere decir [...] que todos los principios de derecho privado o de derecho procesal civil son, *per se*, contrarios al ideario que pretende la implementación de las medidas de transición. Principios como los de acceso a la justicia, debido proceso, celeridad y economía procesal, pueden ser compatibles con las necesidades y los objetivos de la justicia transicional.

Esta compatibilidad no es predicable de manera general. En algunos casos, la implementación en la práctica de estos principios requerirá un estudio de su complementariedad con otros principios y, en otros, requerirá de su ponderación concreta. En este mismo sentido, principios como la preponderancia de la justicia material, el impulso oficioso, la informalidad, el *in dubio pro víctima*, el enfoque diferencial, entre otros, deberán entrar a jugar como determinadores específicos en la aplicación de otros principios como los de contradicción, legalidad de la sentencia, cosa juzgada, justicia rogada, etc.

4.2. Los rasgos de justicia transicional civil en la acción de restitución de tierras

Por expresa disposición normativa [arts. 1 y 8, Ley 1448 de 2011], el proceso especial de la acción de restitución de tierras se enmarca dentro del paradigma de la justicia transicional. En esta sección analizaremos los enfoques generales de la Ley, con el objetivo de determinar cómo estos establecen un modelo específico de justicia transicional civil que debe ser tenido en cuenta en los procesos judiciales de restitución y formalización de tierras.

4.2.1. El enfoque transicional

La Ley de Víctimas [Ley 1448 de 2011] es una pieza de un engranaje más grande y así debe ser entendida. En primer lugar, es una ley que complementa otras normas que se han adoptado en el pasado para la atención y reparación de algunas víctimas del conflicto (como las víctimas del desplazamiento, de la desaparición forzada, del secuestro, de las minas antipersonal, entre otras). En segundo lugar, la Ley 1448 se inserta dentro de lo que en Colombia se ha denominado como el esquema de Justicia Transicional. De este esquema hacen parte otras normas como la Ley 975 de 2005 (conocida como la Ley de Justicia y Paz) y la Ley 1424 de 2010 (conocida como Ley de Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica). Estas normas fueron establecidas para dotar al país de

mecanismos que permitan hacer un tránsito de una situación de conflicto y de violación masiva de derechos humanos a un escenario de paz y reconciliación.

Ahora bien, este enfoque —y las características [especiales] del modelo transicional adoptado en Colombia— establece una orientación específica en la forma como debe ser vista la acción judicial de restitución. Una de estas características es la propia naturaleza de la acción de restitución. El legislador no creó un procedimiento civil o agrario abreviado, sino más bien un procedimiento atípico, que como tal debe ser entendido. Dado el carácter transicional de estas medidas, sería un error entender dicho proceso como un proceso de pertenencia abreviado, en el cual la única modificación por tener en cuenta es la reducción de los términos procesales. De hecho, algunas de las características específicas de esta acción guardan mayor cercanía con otros procedimientos constitucionales que con algunos procesos de orden civil, como sería la acción de tutela o la acción constitucional de extinción de dominio.

Una segunda característica derivada de estas necesidades —y que hace que la acción de restitución sea extraña a la tradición de los procesos judiciales de aclaración de propiedad privada—, es el hecho de que el proceso es tanto administrativo como judicial. Las dos etapas del proceso tienen una función específica, con una identidad definida y son complementarias. Las dos fases tienen una importancia capital para la resolución de las peticiones y así deben ser entendidas.

Una tercera característica de este proceso, que se convierte en un importante rasgo distintivo del modelo de justicia transicional civil propio de la experiencia colombiana, es que involucra modificaciones procesales no solo dentro de la disciplina del procedimiento civil, sino que además involucra cuestiones relativas al derecho agrario. En virtud de ello, las autoridades administrativas y judiciales deberán tener en cuenta las instituciones jurídicas propias del derecho agrario, como la posesión económica del suelo y su establecimiento como condición de subsistencia de la propiedad sobre la tierra; la prescripción adquisitiva agraria, y la extinción del dominio privado sobre fundos rurales dejados de explotar durante determinado tiempo.

4.2.2. El enfoque províctima

El objetivo fundamental de la Ley 1448 no es otro que la dignificación y el reconocimiento de las víctimas como sujetos de derechos, como actores políticos y como constructores de paz. Para materializar este objetivo, la Ley establece dentro de sus principios generales cuatro criterios rectores que deberán guiar

todas las actuaciones que realicen las autoridades en cumplimiento de la ley, lo cual incluye, obviamente, la fase administrativa y judicial de la acción de restitución.

- Dignidad: todo acto que se realice para el cumplimiento de la ley deberá basarse en el respeto a la integridad y a la honra de las víctimas, quienes deberán ser tratadas con consideración y respeto, y deberán ser consultadas para que se garantice su participación en las decisiones que las afecten.
- Buena fe: en todo momento se deberá presumir la buena fe de las personas que decidan hacer parte de los procedimientos de la ley.
- Enfoque psicosocial: a partir de [este principio], el Estado reconoce los impactos por el sufrimiento emocional y moral, así como los daños en la dignidad y pérdidas en la estabilidad vital y existencial de las personas, familias y comunidades, [...].
- Enfoque de derechos: [...] las acciones que se desarrollen en cumplimiento de la ley deberán basarse en los derechos de las víctimas, con particular atención a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; a la participación; a la atención humanitaria; a la protección y la seguridad; a la reunificación familiar; a la atención diferencial; al acceso a información y a la justicia; entre otros.

4.2.3. El enfoque transformador⁶

La política de reparaciones debe no solo conformarse con retornar a las víctimas a la situación en la que se encontraban antes de la ocurrencia de las violaciones. Debe ir más allá: tomar la reparación como una oportunidad no solo para enfrentar los daños ocasionados con los crímenes padecidos por las víctimas, sino también para superar sus condiciones de exclusión, bajo el entendido de que transformando dichas condiciones se evita la repetición de los hechos y se sientan las bases para un ejercicio serio de reconciliación en el país.

Un ejemplo de la aplicación concreta de este enfoque puede verse en las medidas de restitución de tierras, por ejemplo, en aquellos casos en los que la “restitución” pura y simple no le ofrece a la víctima restituida —y a su núcleo familiar— garantías de no repetición, y de reconstrucción de un proyecto de vida digno y estable. La restitución con criterio transformador debe entonces

6 (N. del E.) Para profundizar en este enfoque transformador, véanse Uprimny y Saffon (2009), Uprimny y Sánchez León (2010b) y el capítulo 13 (E) de esta compilación.

contener medidas de política dirigidas a la formalización de los inmuebles restituidos (seguridad jurídica); el saneamiento de pasivos relacionados con el inmueble; [y el otorgamiento de] insumos que le permitan a la víctima y su familia la explotación del inmueble con carácter productivo y su estabilización socioeconómica.

4.2.4. El enfoque diferencial

El Estado debe ofrecer garantías especiales y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de violaciones como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de derechos humanos y víctimas de desplazamiento forzado. Además, el Estado está obligado a adoptar criterios diferenciales que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales; así como a realizar esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencia y reparación contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes.

En materia de restitución de tierras específicamente, existen tres disposiciones que se constituyen en mandatos legales precisos para la introducción de este enfoque. Se trata de los artículos 13, 114 y 115 de la Ley 1448. De hecho, en el artículo 114 se introduce un requisito de “atención preferencial” para mujeres en los trámites administrativos y judiciales del proceso de restitución.⁷ Estas medidas incluyen, entre otras, la instalación de ventanillas de atención preferencial, personal capacitado en temas de género y medidas para favorecer el acceso de las organizaciones o redes de mujeres a procesos de reparación.

Referencias

- Atuahene, B. (2007). From Reparation to Restoration: Moving Beyond Restoring Property Rights to Restoring Political and Economic Visibility. *SMU Law Review*, 60, 1419-1462.
- Atuahene, B. (2009). Things Fall Apart: The Illegitimacy of Property Rights in the Context of Past Property Theft. *Arizona Law Review*, 51 (4), 829-870.

7 (N. del E.) Sobre el tema específico de la restitución de tierras con enfoque de género, véanse Bolívar Jaime y Guzmán (2013) y Guzmán y Chaparro González (2013). En cuanto al acceso a la justicia para las mujeres víctimas del conflicto armado, consúltese el capítulo 7 (I-C) de esta compilación.

- Atuahene, B. (2010). Property and Transitional Justice. *UCLA Law Review. Discourse* (65).
- Bolívar Jaime, A. P. y Guzmán, D. E. (2013). Restitución de tierras para mujeres, niños, niñas y adolescentes: un deber inaplazable. Módulo para la Unidad de Restitución de Tierras. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005a). Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005b). Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006a). Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2006. Serie C, No. 140.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006b). Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.
- Doyal, S. (2001). Implementing the Unidroit Convention on Cultural Property into Domestic Law: The Case of Italy. *Columbia Journal of Transnational Law*, 39 (3), 657-700.
- Fray, D. y James, D. (2011). Giving Land Back or Righting Wrongs? En Walker, C., Hall, R. y Kepe, T. (eds.). *Land, Memory, Reconstruction, and Justice: Perspectives on Land Claims in South Africa*. South Africa: University of KwaZulu Natal Press.
- Guzmán, D. E. y Chaparro González, N. (2013). *Restitución de tierras y enfoque de género*. Documentos 12. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.365.pdf
- International Commission of Jurists (2008). *Corporate Complicity and Legal Accountability*. Geneva: ICJ.
- Leckie, S. (2008). *Housing, Land and Property Rights in Post-Conflict United Nations and Other Peace Operations: A Comparative Survey & Proposals for Reform*. Oxford: Oxford University Press.
- O'Donnell, T. (2011). The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa? *European Journal of International Law*, 22 (1), 49-80.
- Sherraden, M. (1991). *Assets and the Poor. A New American Welfare Policy*. New York: M.E. Sharpe.
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2009). Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. En Díaz Gómez, C., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 31-70). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional

(ICTJ), Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.164.pdf

Uprimny, R. y Sánchez León, N. C. (2010a). Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 12 (2). Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1373/1263>

Uprimny, R. y Sánchez León, N. C. (2010b). Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En Díaz Gómez, C. (ed.). *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.179.pdf

Williams, R. (2008). El derecho contemporáneo de restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional. En Díaz Gómez, C. (ed.). *Reparaciones para las víctimas de la violencia política*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional - ICTJ.

D. Justicia étnica colectiva y justicia transicional

César Rodríguez Garavito y Yukyan Lam (2011)

Extractos tomados de:

Rodríguez Garavito, C. y Lam, Y. (2011). *Etnorreparaciones: la justicia colectiva y la reparación a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Documentos 1. Bogotá: Documentos Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.199.pdf

1. El problema: el punto ciego de la justicia étnica colectiva en las discusiones sobre justicia transicional

El despojo masivo de tierras en Colombia —que se calcula en más de 5,5 millones de hectáreas (cerca del 11 % del área agrícola nacional)—¹ presenta desafíos complejos para la justicia transicional. A los formidables problemas de implementación de las políticas de restitución —que van desde la inexistencia de información catastral sistemática hasta la falta de títulos de propiedad por parte de campesinos poseedores que fueron desplazados de sus parcelas, pasando por la amenaza contra la vida de quienes reclaman la restitución—, se suman los dilemas de concepción de los programas centrados en devolverles las tierras a quienes fueron despojados de ellas.²

Como lo han mostrado Saffon y Uprimny (2010) y Uprimny y Sánchez León (2010), este énfasis en la restitución, propio de la lógica restaurativa de la justicia transicional, puede reñir con principios éticos, políticos y jurídicos igualmente importantes. En particular dado que, desde una perspectiva de

1 Véase Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2009).

2 (N. del E.) Sobre estos problemas y dilemas pueden consultarse Bolívar Jaime (2015) y Gutiérrez Baquero (2015a, 2015b).

justicia conmutativa, dicha lógica se concentra en devolver las cosas al estado anterior al despojo, los programas inspirados exclusivamente en ella pueden dejar de lado consideraciones de justicia distributiva. Por sí solos, por ejemplo, podrían reforzar la distribución altamente inequitativa de la tierra que ya existía en Colombia antes del despojo masivo de las últimas décadas, o limitarse a devolver tierras precarias a pequeños campesinos.

Este texto busca, [entonces, incorporar] otro criterio de justicia que —a pesar de tener profundas repercusiones sociales, económicas y jurídicas en Colombia— no ha sido incluido sistemáticamente a la discusión y las políticas sobre reparaciones a las víctimas. Se trata de un criterio de justicia étnica colectiva (JEC), que es analíticamente distinto a los [...] de justicia transicional y justicia social. El concepto y los estándares jurídicos de JEC que postulamos son aplicables a todas las formas de reparación. Sin embargo, para darles arraigo fáctico, en las secciones en que presentamos el marco analítico sobre JEC, nos concentramos en una forma específica de reparación que es central para los grupos étnicos, esto es, la relacionada con la tierra y el territorio.

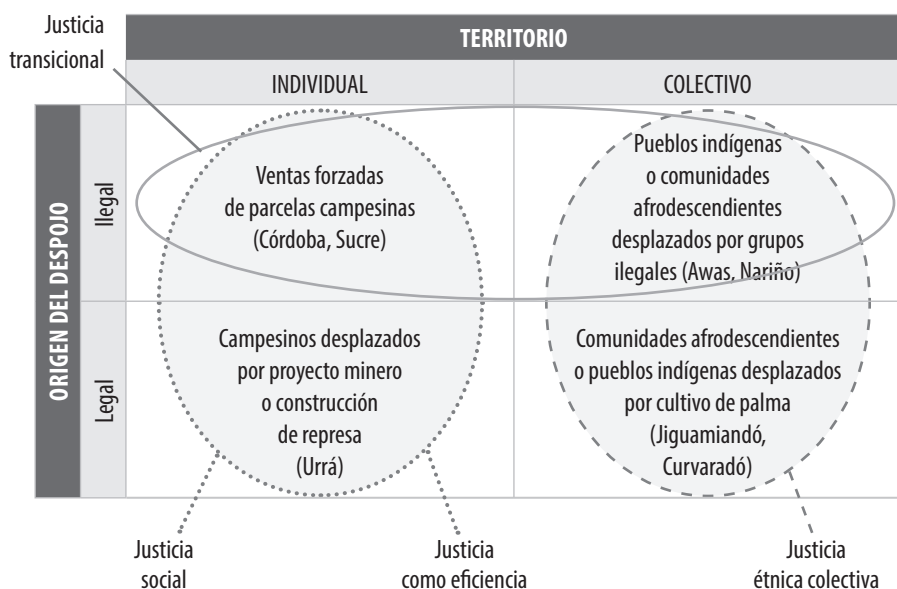
Dividimos el resto del texto en [tres] partes. En la siguiente, [...] caracterizamos los distintos criterios de justicia que subyacen a diferentes aproximaciones de solución de [los conflictos de tierra y desplazamiento forzoso] —desde la justicia transicional hasta la justicia social, pasando por la justicia como eficiencia económica y la justicia étnica colectiva—. Posteriormente, emprendemos un análisis jurídico a fin de determinar las consecuencias prácticas que tiene la JEC para las políticas y el marco jurídico sobre reparaciones en Colombia. Concluimos el texto con precisar los estándares que, según la JEC, deben guiar la reparación a grupos étnicos que han sido víctimas de violencia, despojo y desplazamiento forzado.

2. Cuatro criterios de justicia de tierras

[La figura 1] resalta cuáles conflictos son privilegiados por cuatro criterios de justicia distintos sobre la asignación de tierras: la justicia transicional, la justicia social, la justicia como eficiencia y la justicia étnica colectiva.³

3 (N. del E.) En el texto original, con base en Rodríguez Garavito (2010), se desarrollan con más detalle los tipos de conflictos de tierra y desplazamiento forzoso insertos en la figura 1 (territorios individuales/colectivos y despojos legales/ilegales). Esa tipología es fundamental si se tiene en cuenta que, como explican los autores, “[...] para entender las aproximaciones a conflictos de tierras que se debaten en momentos de transición como el colombiano, es necesario primero elucidar la gama de despojos que buscan atender” (p. 12).

Figura 1. Criterios de justicia sobre distribución de tierras



En la fila superior del cuadro se destaca el énfasis de la justicia transicional en las víctimas de despojos ilegales en contextos de conflicto armado. Además, tiene una mirada centrada en el pasado y es guiado por la justicia conmutativa, con su énfasis en la restauración de la situación anterior al daño. Aunque en el cuadro incluimos tanto los despojos de tierras individuales como los que tienen lugar sobre tierras colectivas, hasta el momento la discusión sobre justicia transicional en Colombia ha tendido a centrarse en los primeros, como lo han mostrado varios autores y la mención recurrente a las 5,5 millones de hectáreas de campesinos desplazados de parcelas individuales (Bergsmo, Rodríguez Garavito, Kalmanovitz y Saffon, 2010).

En la columna izquierda se ubican dos enfoques sobre la cuestión agraria: la justicia social y la justicia como eficiencia, que tienen en común el énfasis en las tierras individuales pero sostienen visiones contrastantes sobre el criterio para asignarlas. En tanto que la justicia social enfatiza la redistribución de tierras a pequeños campesinos como mecanismo de inclusión y equidad social, la justicia como eficiencia privilegia criterios de mercado para promover la productividad rural a través de inversión privada a gran escala. Y, a diferencia de la justicia transicional, la mirada de ambos enfoques se encuentra puesta en el futuro, esto es, en la transformación de la estructura agraria.

Más allá de los detalles de estas aproximaciones a la cuestión agraria, lo que interesa aquí es mostrar su ubicación en relación con el enfoque que resaltamos en este texto y que no ha recibido una atención equivalente en los estudios sobre tierras y reparaciones: *la justicia étnica colectiva*. Su nota característica es que recae sobre territorios comunales que sirven como espacio de ejercicio y afirmación de la cultura de una colectividad (en el caso colombiano, los pueblos indígenas y las comunidades negras).

[De otro lado], en comparación con la justicia social, en términos de la conocida distinción de Nancy Fraser sobre criterios de justicia, mientras que la justicia social se centra en la redistribución como mecanismo para contrarrestar inequidades materiales, la justicia étnica gira alrededor del reconocimiento cultural como forma de corregir inequidades de estatus (Fraser, 2003). El reconocimiento de la diferencia cultural, por tanto, es la condición para promover la redistribución de oportunidades materiales mediante “el fomento [del] desarrollo económico y social [de las comunidades]” [Ley 70 de 1993, art. 1]. Por este énfasis, además, la justicia étnica se distancia claramente de la justicia como eficiencia, cuyo criterio de asignación de tierras es la maximización de la utilidad social, medida no como una relación entre colectividades, sino entre agentes individuales del mercado.

Para efectos del tema específico de este artículo —las etnorreparaciones en contextos de conflicto armado como el colombiano— resulta especialmente importante examinar la relación entre la justicia étnica y la justicia transicional. La comparación arroja dos diferencias y una coincidencia centrales. En cuanto a las diferencias, la justicia colectiva, al contrario de la justicia transicional, busca resarcir los daños causados por violaciones históricas y masivas de derechos que dieron lugar a las relaciones desiguales entre grupos étnicos (p. ej. la esclavización de la población afrodescendiente y el genocidio contra los pueblos indígenas en tiempos de la colonización).

Una diferencia adicional entre la JEC y la justicia transicional es que la primera no solo mira hacia el pasado, sino también hacia el futuro. Esto es así porque busca transformar, en lugar de restaurar, las relaciones históricas entre grupos étnico-raciales. La JEC también mira hacia el futuro en la medida en que busca promover una sociedad multiétnica y pluricultural como la contemplada por la Constitución Política colombiana (art. 7), en la cual se reafirme la identidad cultural de dichas colectividades.

No obstante estas diferencias, la JEC y la justicia transicional coinciden en un aspecto fundamental: el interés por reparar los daños del desplazamiento

forzado y el despojo de territorios colectivos, ocasionados en el pasado más reciente (el del conflicto armado aún vigente). Esta intersección entre los dos criterios (representada por la casilla superior derecha del cuadro 1) es justamente en la que se centra la discusión sobre las etnorreparaciones, incluyendo la idea del “enfoque diferencial” formulada por la Corte Constitucional [Auto 04 de 2009, en seguimiento de la sentencia T-025 de 2004].⁴

Contra el telón de fondo de la caracterización de la JEC y de otros criterios de justicia esbozados en esta sección, en lo que viene pasamos del análisis conceptual al estudio de las consecuencias prácticas de este enfoque, como ha sido concretado en el derecho internacional y la normatividad colombiana.

3. La justicia étnica colectiva en la práctica: las pautas del derecho nacional e internacional

Con el propósito de impulsar las iniciativas incipientes de reparación a grupos étnicos en Colombia, ofrecemos a continuación nuestro resumen de los criterios específicos que se deberían aplicar al momento de diseñar e implementar medidas para la JEC a favor de los grupos étnicos del país.

3.1. *¿Cuándo y qué reparar? Aspectos generales de reparaciones especialmente importantes para la JEC*

Ciertos conceptos y características generales sobre reparaciones tienen especial relevancia cuando los beneficiarios de las mismas son grupos étnicos. Uno, en particular, es el principio de que el derecho a la reparación puede surgir tanto de acciones como de omisiones. Siempre que la conducta implique la transgresión de una responsabilidad internacional o interna, es necesaria la reparación, sea la conducta (o su consecuencia) intencional o no. Este concepto es particularmente pertinente para los grupos étnicos que, frecuentemente, son víctimas de circunstancias discriminatorias no intencionadas —por ejemplo, obstáculos en acceder a la justicia o una mala distribución de recursos socioeconómicos que perjudica a la población afrodescendiente de forma desproporcionada—.

De hecho, la conducta puede no solo ser no intencionada, sino también sus consecuencias tal vez no son consideradas dañinas según la perspectiva de

4 (N. del E.) En otro lugar del texto original, los autores explican que “El enfoque diferencial, según la Corte, debe garantizar que la atención humanitaria, los programas sociales y las políticas de verdad, justicia, reparación y no repetición para los grupos étnicos protejan su identidad cultural y la relación colectiva con el territorio que ella comprende” (p. 9).

la corriente dominante de la sociedad. Así, otro principio sobre reparaciones que es especialmente relevante para la JEC es que el análisis de la conducta que da lugar al derecho de reparación debe tener en cuenta la perspectiva de las víctimas afectadas. Como observa Lenzerini, los grupos étnicos, por sus características, pueden sufrir los efectos de la conducta de manera desproporcional o pueden verse afectados de maneras distintas, y como consecuencia la perspectiva de los grupos étnicos afectados de hecho debe tener mayor peso [...] (2008).

Esta perspectiva de enfoque diferencial adquiere relevancia no solo al decidir cuándo son necesarias las reparaciones sino también a la hora de determinar la forma y el objetivo que deben tener dichas medidas de reparación. En otras palabras, una vez se ha establecido que una violación ha sido cometida y, por tanto, se requiere reparación, el significado de la violación y las medidas de reparación correspondientes deben ser determinados usando el lente del grupo étnico.

La importancia de evaluar la situación desde la perspectiva de los grupos étnicos [por ejemplo] se evidencia en la sentencia T-769 de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia. En este caso, la Corte Constitucional citó el concepto del Relator Especial sobre la situación de Derechos Humanos y Libertades Básicas de los Pueblos Indígenas: “Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos *que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar*”⁵ (énfasis agregado).

3.2. ¿Etnorreparaciones para qué?

Una mirada integral al pasado, al presente y al futuro

La JEC se distingue de los otros tipos de justicia justamente por su preocupación no solo por la situación del pasado, sino también por cómo transformar esta situación hacia el futuro. A nivel práctico, esto requiere reconocer el pasado, analizar las necesidades del presente y formular medidas para garantizar los derechos en el futuro.

Empezando por el reconocimiento del pasado, dos aspectos centrales de las etnorreparaciones son la rendición de cuentas por daños o agravios que no han sido reparados, y la responsabilidad de la sociedad de formular medidas

5 Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009 (34).

para responder a los daños no reparados, como lo anota Charles Ogletree (2003), director del Comité Coordinador de Reparaciones del TransAfrica Forum.

Sin embargo, las medidas de reparación para injusticias históricas no se enfocan solamente en lo ocurrido en el pasado. Su determinación también implica analizar las necesidades presentes y futuras de los grupos étnicos,⁶ tal como lo exige la JEC. En este sentido, el profesor Ogletree resalta que es fundamental estudiar el pasado para entender y tener una explicación para el presente, y analizar el presente para revelar la existencia persistente de la discriminación racial (Ogletree, 2003). De esta forma, se pueden tomar en consideración los agravios históricos y su impacto superviviente a la hora de formular medidas de reparación efectivas y transformadoras.

De hecho, en Colombia, la PGN [Procuraduría General de la Nación] ha avanzado en esta dirección, recomendando que las medidas de reparación deben

... reconocer la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, derivada de la exclusión, el racismo y la marginación histórica a los que han sido sometidos, elementos que deben ser tenidos en cuenta en la formulación y adopción de los programas judiciales, administrativos o mixtos para la reparación de las víctimas (Procuraduría General de la Nación, 2008, p. 32).

Asimismo, la Corte Constitucional, en el Auto 05 de 2009, “ha insistido en que *dada la situación de histórica marginalidad y segregación que han afrontado los afrocolombianos*, estos deben gozar de una especial protección por parte del Estado”⁷ (énfasis agregado).

Consecuentemente, como parte de la JEC, es totalmente legítimo y, de hecho, crucial que las medidas de reparación en beneficio de grupos étnicos incluyan iniciativas de acción afirmativa que busquen restaurar y promover su acceso a oportunidades y recursos para el desarrollo cultural, social y económico, los cuales les fueron negados históricamente.⁸

6 El análisis de estas necesidades, como se explicará infra, tiene que ser realizado con la participación y retroalimentación de los grupos étnicos afectados, tanto por razones prácticas como por obligaciones jurídicas (p. ej., las normas que exigen la consulta previa).

7 Corte Constitucional, Auto 05 de 2009 (párr. 19).

8 (N. del E.) Al respecto véase Rodríguez Garavito y Baquero Díaz (2015).

4. ¿Cómo reparar violaciones del derecho al territorio? Un ejemplo emblemático de etnorreparaciones

Utilizamos el ejemplo de etnorreparaciones por violaciones del derecho al territorio porque en el área de JEC es el caso que más ha sido abordado y, a la vez, ilustra varios de los principios y criterios que detallamos en este apartado sobre cómo hacer efectiva la JEC en la práctica.

Como punto de partida, aplica de manera contundente el criterio de analizar el significado de la violación a través del lente del grupo étnico afectado. Para los pueblos indígenas y afrodescendientes, las tierras (en especial las tierras ancestrales) y sus recursos naturales son de suma importancia. Dada la relación estrecha entre la identidad cultural y el territorio, así como las graves consecuencias que puede implicar para otros derechos el irrespeto de los derechos territoriales, las medidas de reparación tienen que incluir garantías para asegurar, tanto en la normatividad como en la práctica, los derechos territoriales colectivos.

Más aún, debido al significado que tienen para los grupos étnicos la tierra, el territorio y los recursos naturales, la restitución (acompañada por la reparación por cualquier daño ambiental causado) es la regla general de reparación cuando estos grupos han sido despojados de las tierras que han ocupado o usado tradicionalmente. Esta regla, a su vez, concuerda con el principio de respeto por la identidad cultural del grupo afectado, dada la importancia del territorio para su supervivencia no solo física sino también cultural. Únicamente en casos de imposibilidad de restitución por razones válidas, el Estado puede acoger la alternativa de proporcionar compensación justa. Dicha compensación debe consistir en otras tierras, territorios o recursos de igual calidad, tamaño y estatus legal o, en caso de no ser posible, pueden acoger compensación monetaria o cualquier otra forma apropiada.⁹

El requisito de compensación justa contiene componentes tanto procedimentales como sustantivos. En cumplimiento de los primeros, y en concordancia con la obligación de consulta [...], la obtención de acuerdo por parte del

9 (N. del E.) Estos principios se encuentran consolidados, por ejemplo, en los artículos 10 y 28 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, así como en el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen: Misión a Nueva Zelandia, E/CN.4/2006/78/Add.3, 13 de marzo de 2006, párrafo 27.

grupo étnico por medio de un proceso transparente es de vital importancia.¹⁰ En cuanto al aspecto sustantivo, las tierras alternativas deben ser iguales en calidad, tamaño y situación legal. Si se otorga compensación monetaria, el monto debe también considerarse como justo y equitativo.

Reconociendo la importancia de restituir a los pueblos indígenas sus territorios de ocupación o uso tradicional, [...] el Convenio 169 de la OIT establece una presunción contra la reubicación de pueblos indígenas y afrodescendientes. Primero reconoce que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.¹¹ Así, la reubicación de estos grupos es permitida solamente cuando es considerada necesaria como una medida excepcional.¹² El Convenio continúa estableciendo que cuando el retorno no sea posible la alternativa es proveerlos con “tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro”.¹³

Por tanto, la forma ideal de reparación es la restitución de las tierras ancestrales a los grupos étnicos. La decisión de la Corte IDH [Interamericana de Derechos Humanos] en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya es ilustrativa:

La Corte considera que la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya es la medida de reparación que más se acerca a la *restitutio in integrum*, por lo que dispone que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la Comunidad el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce.¹⁴

10 (N. del E.) Es necesario precisar que se ha omitido una sección del texto original dedicada a los criterios prácticos que deben guiar el procedimiento de las etnorreparaciones. El primero de esos criterios exige, justamente, que “A lo largo de todo el proceso de determinación de las medidas de etnorreparación, es necesario consultar con el grupo étnico que, a su vez, debe retener cierto nivel de control sobre su implementación” (p. 26). En relación con la obligación de consulta previa puede verse también el capítulo 10 (III) de esta compilación.

11 Convenio 169 de la OIT, artículo 13 (2).

12 Convenio 169 de la OIT, artículo 16 (2).

13 Convenio 169 de la OIT, artículo 16 (4).

14 Corte IDH, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párrafo 210.

En cuanto a la normatividad colombiana, las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de la OIT sobre estos criterios hacen parte del marco normativo, ya que este instrumento fue ratificado e incorporado a la legislación interna mediante la Ley 21 de 1991. Desde entonces, sus principios han sido reiterados por varios órganos estatales. Por ejemplo, la PGN ha emitido pautas detalladas sobre los temas de territorio y reparaciones, haciendo énfasis en que las medidas de reparación deben incluir, respetar y garantizar los derechos colectivos de las comunidades étnicas sobre su territorio (Procuraduría General de la Nación, 2008, p. 112).

Los temas del territorio y de su significado para los pueblos indígenas y afrodescendientes han sido abordados ampliamente por la Corte Constitucional de Colombia. Por ejemplo, el Auto 05 explica que, para los pueblos afrocolombianos:

...el territorio tiene una importancia muy profunda que va más allá de simplemente contar con un lugar para vivir y sostenerse. El territorio es una expresión de su memoria colectiva, de su concepción de la libertad [...]. El territorio es una concepción integral que incluye la tierra, la comunidad, la naturaleza y las relaciones de interdependencia de los diversos componentes. Del territorio también hacen parte los usos y costumbres vinculados a su hábitat que las comunidades afrocolombianas han mantenido por siglos y que se expresan también en los saberes que la gente tiene.¹⁵

La Corte Constitucional ha fallado en el sentido de que para ambos pueblos, indígenas y afrocolombianos, la relación que tienen con el territorio y sus recursos naturales implica que el desplazamiento forzado constituya una amenaza directa a su supervivencia cultural.¹⁶ Por eso, el principal objetivo en relación con las poblaciones desplazadas forzosamente es garantizar su retorno en condiciones de seguridad y dignidad. A su vez, el Estado debe atender los casos especiales en los cuales individuos, familias o comunidades no puedan regresar a sus territorios debido a las amenazas persistentes por parte de aquellos que los desplazaron.¹⁷

15 Corte Constitucional, Auto 05 de 2009, párrafo 93.

16 Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (9-10).

17 Corte Constitucional, Auto 04 de 2009 (34).

5. Conclusiones

[A lo largo de este texto explicamos que] en el contexto colombiano en particular —en concordancia con el derecho internacional, la legislación nacional actual y las decisiones fundamentales de la Corte Constitucional de Colombia (entre otros, los Autos 04 y 05 de 2009)— las reparaciones para pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes deben 1) partir de un análisis de las violaciones desde la perspectiva del grupo étnico afectado, 2) considerar las injusticias históricas sufridas a raíz de la discriminación racial y étnica, así como el impacto persistente de tales injusticias, 3) ser consultadas con los grupos étnicos afectados que, a su vez, deben tener algún nivel de control sobre su implementación, 4) considerar la dimensión colectiva tanto de la violación como de la reparación, 5) basarse en el respeto por la identidad cultural del grupo étnico como colectividad, 6) orientarse a las necesidades del grupo, tal como las define el mismo grupo, y 7) tomar en cuenta la importancia especial que tiene el territorio para los grupos étnicos, lo que implica una preferencia por la restitución como forma de reparación.

El contexto colombiano presenta tanto oportunidades como desafíos para la realización de la JEC. En cuanto a las oportunidades, [...] a finales de los años ochenta y comienzos de los noventa, Colombia emprendió transformaciones constitucionales y jurídicas que, acompañadas por la titulación de territorios colectivos a pueblos indígenas y comunidades negras, marcaron avances fundamentales, aún cuando dichas reformas y programas no hubieran sido diseñados explícitamente como formas de reparación o de JEC. La existencia de normas provenientes de aquella época —como la Ley 70 de 1993, o la Ley 21 de 1991, que incorporara a la legislación nacional el Convenio 169 de la OIT, sobre la consulta previa a grupos étnicos— sigue ofreciendo una oportunidad fundamental para la realización de los principios de la JEC.

Las dificultades, sin embargo, son aún más considerables. En las dos décadas transcurridas desde entonces, indígenas y afrocolombianos han sufrido, con una intensidad y frecuencia sin precedentes, desplazamiento, despojos y otras graves violaciones de derechos humanos. El resultado ha sido una verdadera contrarreforma que ha detenido y, en buena medida, contrarrestado los avances de aquella época, como lo muestra la ocupación masiva de territorios colectivos afrocolombianos por parte de actores legales e ilegales en el Pacífico, o el riesgo de extinción en el que se encuentra más del 60 % de los pueblos indígenas (Organización Nacional Indígena de Colombia, 2010). Incorporar

sistemáticamente la JEC, por tanto, es uno de los principales desafíos para cualquier legislación o política sobre reparaciones que aspire a cumplir con el derecho internacional y nacional, y a promover la transición hacia la paz.¹⁸

Referencias

- Bergsmo, M., Rodríguez Garavito, C., Kalmanovitz, P. y Saffon, M. P. (eds.) (2010). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: PRIO & Torkel Opsahl Publisher.
- Bolívar Jaime, A. P. (2015). La restitución de tierras en el 2015: a prueba de fuego. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/la-restitucion-de-tierras-en-el-2015-prueba-de-fuego-opinion-aura-patricia-bolivar-jaime/416182-3>
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2009). *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Garantizar la observancia de los derechos de la población desplazada*. Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado.
- Fraser, N. (2003). Redistribution or Recognition? A Critique of Justice Truncated. En Fraser, N., y Honneth, A. (eds.). *Redistribution or Recognition?* London: Verso.
- Gutiérrez Baquero, L. G. (2015a). ¿La restitución tardará 10 o 500 años? *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/la-restitucion-tardara-10-500-anos-opinion-laura-gabriela-gutierrez-baquero/425819-3>
- Gutiérrez Baquero, L. G. (2015b). De la microfocalización y otros demonios de la restitución. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/laura-gabriela-gutierrez-baquero-de-la-microfocalizacion-otros-demonios-de-la-restitucion/433229-3>
- Lenzerini, F. (2008). *Reparations for Indigenous Peoples in International and Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ogletree, C. (2003). The Current Reparations Debate. *U.C. Davis Law Review* (36), 1051-1072.
- Orduz Salinas, N. (2011). *Tejiendo derechos. La reparación a los pueblos indígenas* (No. 2). Bogotá: Dejusticia y Organización Nacional Indígena (ONIC). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.213.pdf
- Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) (2010). *Palabra dulce, aire de vida*. Bogotá: ONIC.
- Procuraduría General de la Nación (2008). *Primero las víctimas: criterios para la reparación integral de los grupos étnicos*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

18 (N. del E.) En Orduz Salinas (2011), a modo de cartilla, se presentan algunas herramientas conceptuales y jurídicas más concretas en torno a la JEC.

- Rodríguez-Garavito, C. (2010). Ethno-Reparations: Collective Ethnic Justice and the Reparation of Indigenous Peoples and Black Communities in Colombia. En Bergsmo, M., Rodríguez Garavito, C., Kalmanovitz, P. y Saffon, M. P. (eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: PRIO & Torkel Opsahl Publisher.
- Rodríguez Garavito, C. y Baquero Díaz, C. A. (2015). *Reconocimiento con redistribución: el derecho y la justicia étnico-racial en América Latina*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.745.pdf
- Saffon, M. P. y Uprimny, R. (2010). Distributive Justice and Restitution of Dispossessed Land. En Bergsmo, M., Rodríguez Garavito, C., Kalmanovitz, P. y Saffon, M. P. (eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: PRIO & Torkel Opsahl Publisher.
- Uprimny, R. y Sánchez León, N. C. (2010). Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 12 (2). Recuperado de <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1373/1263>

E. Reparaciones transformadoras: un mecanismo para aliviar las tensiones entre justicia correctiva y justicia distributiva¹

Rodrigo Uprimny Yepes (2009)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. (2009). Reparaciones transformadoras de violaciones masivas de derechos humanos: entre justicia distributiva y justicia correctiva. Lección inaugural presentada como profesor visitante en la Universidad de Utrecht en la Cátedra Unesco de Educación para la Paz, los Derechos Humanos y la Democracia 2009 (con especial énfasis en Latinoamérica).

Recientemente, un principio jurídico y político se ha consolidado, según el cual las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos tienen derecho a ser reparadas en forma integral y pronta por el daño sufrido. Obviamente, apoyo vigorosamente este principio, que ha rescatado a las víctimas, los sobrevivientes y sus familiares del olvido en que se encontraban en el pasado.

Sin embargo, este principio de reparación integral genera paradojas y dilemas difíciles en sociedades que intentan saldar cuentas frente a violaciones graves y masivas de los derechos humanos, ocurridas en regímenes autoritarios o durante conflictos armados.² Estas sociedades enfrentan también, usualmente, profundas desigualdades sociales y económicas, y una pobreza extrema muy extendida. El ideal de reparación integral se torna problemático en ese contexto, pues [genera una] tensión entre el deber de los Estados de realizar todos los esfuerzos para rectificar un daño injusto perpetrado contra una víctima (justicia correctiva) y su deber de realizar igualmente todos los esfuerzos por

1 (N. del E.) Este texto fue originalmente publicado en inglés en Uprimny (2009).

2 Tengo muy claro que existen diferencias importantes entre una violación de los derechos humanos y una infracción al derecho internacional humanitario. Sin embargo, en esta presentación, por economía de lenguaje y porque no tiene implicaciones serias en mi argumentación, usaré la expresión *violación de los derechos humanos* para hacer referencia a ambos tipos de violaciones.

alcanzar una distribución equitativa de los bienes y las cargas entre todos los miembros de la sociedad (justicia distributiva).

Mi objetivo es encontrar una armonización entre los imperativos de la justicia distributiva y aquellos de la justicia correctiva en estas situaciones. Este propósito explica la estructura de mi presentación. Empezaré, en la parte 1, por una explicación más detallada de la paradoja y el dilema de las reparaciones en esos contextos transicionales.³ La parte 2 [...] presentará la noción de “reparación transformadora” como un mecanismo para establecer los puentes necesarios entre la política social y los programas de reparación con el fin de superar, o al menos reducir, las agudas tensiones entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en estos muy difíciles contextos. Luego, en la parte 3, aplicaré ese concepto bastante abstracto a las complejas y difíciles decisiones que tienen que tomar quienes diseñan programas de reparación en contextos transicionales. Finalmente, en la parte 4, haré unos comentarios finales breves, en especial para enfrentar las posibles objeciones a este enfoque.

1. La paradoja de la reparación integral después de violaciones masivas de los derechos humanos

El principio de reparación integral establece que todas las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos deben recibir una reparación plena, o al menos proporcional a la gravedad de la violación y al daño sufrido por la víctima. La reparación está entonces guiada por el ideal de restitución integral o plena (*restitutio in integrum*, según su expresión latina), que significa que el Estado debe hacer todos los esfuerzos posibles para borrar los efectos del crimen y deshacer el daño causado, con el fin de restituir a la víctima a la situación en la que se encontraba antes del crimen. Es pues una expresión clásica de justicia correctiva puesto que el propósito principal de la reparación, conforme a las doctrinas jurídicas dominantes en este campo, es rectificar o borrar un daño injusto perpetrado contra una víctima específica.

Este principio de reparación integral me parece incontrovertible frente a casos aislados de violaciones graves de los derechos humanos en una “sociedad

3 (N. del E.) Tal como indica el autor, este texto se basa en las reflexiones colectivas que Dejusticia ha desarrollado por años a propósito de las tensiones que surgen al enfrentar el ideal de reparación integral en contextos profundamente desiguales. Véase Uprimny y Saffon (2009a, 2009b). Y sobre las reparaciones transformadoras con enfoque de género, véase el capítulo 13 (B) de esta compilación, así como Guzmán (2009). En cuanto al enfoque transformador de la restitución de tierras, véase Uprimny y Sánchez León (2010).

bien ordenada”, por usar la conocida expresión de John Rawls (1973, párr. 69), pues debemos esforzarnos por restaurar la dignidad y rectificar el daño ocasionado a víctimas de crímenes atroces. Por el contrario, este principio de restitución plena se torna enigmático en contextos transicionales, luego de violaciones graves y masivas de los derechos humanos. Estas sociedades suelen enfrentar también profundas desigualdades y una amplia pobreza. Son, en cierto sentido, “sociedades bien desorganizadas”. En ese tipo de contextos, el principio de reparación integral entra en una tensión aguda con otros deberes del Estado, en especial con su obligación de proveer servicios sociales a todas las personas pobres, incluso si no han sido víctimas de crímenes atroces. Esta paradoja o enigma de la reparación en contextos transicionales proviene, entonces, de la combinación de la situación fáctica que esas sociedades enfrentan y de las normas éticas y jurídicas que se supone deben respetar. Procedo pues a describir ambos aspectos.

1.1. *La situación fáctica*

Un punto obvio pero esencial es que esas sociedades han sufrido violaciones masivas y graves de los derechos humanos; hay entonces miles, o incluso millones de víctimas, así como miles de victimarios. Mi tesis es que en esos contextos es incluso imposible lograr una justicia humana perfecta, pues no es factible castigar a todos los perpetradores conforme a su culpa ni reparar a las víctimas de acuerdo al daño sufrido.

Un segundo punto importante es que esas sociedades enfrentaban desigualdades sociales y económicas profundas y muchas personas estaban sumidas en la pobreza extrema antes de que el conflicto armado o la dictadura ocurrieran; usualmente, el conflicto armado y el régimen autoritario tienden a agravar la pobreza y la desigualdad. Es importante enfatizar en que no todas las víctimas son pobres y no todos los grupos de bajos ingresos son obligatoriamente victimizados. En contextos transicionales, existe entonces una relación compleja entre la pobreza, la discriminación y los procesos de victimización, y entre los grupos de víctimas y los grupos de personas pobres y discriminadas. La siguiente tabla intenta una presentación esquemática de esa situación, inspirada por preocupaciones similares desarrolladas por Pablo Kalmanovitz (2009).

Por último, en contextos transicionales los Estados son usualmente débiles a nivel institucional y enfrentan además restricciones económicas severas. Esto es especialmente cierto en las situaciones de posconflicto, pues las guerras suelen acabar la infraestructura material y afectar severamente la capacidad de

Tabla 1. Víctimas y pobreza en “sociedades bien desorganizadas”

	Víctimas	No víctimas
Personas pobres	I	II
Personas de clases media y alta	III	IV

control territorial de los Estados. Por el contrario, los Estados posdictatoriales pueden ser fuertes y estar dotados de recursos económicos importantes.

1.2. Las tensiones normativas

El Estado tiene que reparar a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos porque tal es su obligación, conforme a principios de justicia correctiva, que son vinculantes en el derecho internacional. Como ese deber no depende de las condiciones económicas de las víctimas, los Estados tienen que reparar a todas las personas de las casillas I y III de la anterior tabla. Pero al mismo tiempo, el Estado que está saliendo de un conflicto armado tiene el deber de otorgar servicios sociales a todas las personas pobres, incluso si estas no han sido víctimas de crímenes atroces, de conformidad con principios de justicia distributiva y en desarrollo de sus obligaciones frente a los derechos económicos, sociales y culturales, que son también parte del conjunto de los derechos humanos. Este deber implica, entonces, que el Estado debe proveer servicios a todas las personas de las casillas I y II.

Estos Estados, como se explicó, son institucionalmente débiles y enfrentan restricciones económicas severas, por lo cual tienen dificultades agudas para implementar, ya sea programas integrales de reparación de víctimas,⁴ o políticas sociales exhaustivas para la población pobre; como es obvio, tienen aún mayores dificultades para desarrollar ambos tipos de políticas al mismo tiempo.

En este complejo contexto surgen preguntas obvias, pero, al mismo tiempo, muy difíciles de responder: ¿qué debe hacerse en ese tipo de situación? ¿Deben los Estados concentrar sus esfuerzos en lograr la reparación integral de las

4 Esto muestra que mi presentación está centrada en los dilemas de los programas masivos de reparación, los cuales son usualmente de naturaleza administrativa, incluso si en ocasiones tienen algún control judicial. No voy a analizar en esta exposición la reparación judicial de casos individuales.

víctimas, conforme a los principios de justicia correctiva? Esto no es para nada obvio, por cuanto esos esfuerzos de reparación tienen en ciertas circunstancias consecuencias negativas en términos de justicia distributiva. Por ejemplo, las reparaciones pueden emplear recursos para reparar víctimas en buena posición económica (personas en la casilla III), mientras que esos recursos son requeridos urgentemente para financiar políticas sociales a fin de reducir la pobreza y satisfacer necesidades actuales de personas pobres, pero que no fueron victimizadas (casilla II).

Los esfuerzos de reparación pueden también, en algunos casos, afectar la coherencia de la política global del Estado, pues la lógica de los programas de reparación puede ser muy distinta a aquella que fundamenta las otras intervenciones estatales. Por ejemplo, de acuerdo con ciertos análisis, en Suráfrica hubo importantes tensiones entre los esfuerzos por restituir la tierra y aquellos que fueron desarrollados para adelantar una reforma agraria profunda, ya que los primeros enfatizaban los derechos individuales de las víctimas a la reparación, mientras que los segundos perseguían una redistribución colectiva de la propiedad agraria (Williams, 2008).

Además, en ciertos casos, el principio mismo de reparación integral conduce a paradojas difíciles [...]: si la víctima era antes del crimen una persona pobre en una sociedad muy desigual (casilla I), entonces el propósito de restitución plena parece un ideal de justicia muy débil porque implicaría retornar a la persona a una situación previa de privaciones materiales y discriminación. En ese caso, la restitución integral “es casi cruel” (Carranza, 2009) porque conduce a la violación de los derechos sociales de la persona y a la consolidación de una estructura social que desconoce principios de justicia distributiva. Por el contrario, si la víctima era una persona muy pudiente en una sociedad desigual (casilla III), parece también injusto intentar a toda costa restablecerla en la situación en que se encontraba antes del conflicto, porque se estarían usando recursos escasos para reconstituir fortunas, cuando esos mismos recursos son requeridos urgentemente para financiar servicios sociales para población pobre no victimizada (casilla II).

Teniendo en cuenta esas paradojas y problemas del ideal de reparación integral en ese tipo de situaciones, uno podría entonces argumentar que los Estados que intentan superar violaciones masivas de derechos harían mejor en concentrarse en los esfuerzos de justicia distributiva y poner en marcha servicios sociales y programas de desarrollo para reducir la pobreza y la discriminación de todas las personas pobres (casillas I y II), incluso si eso implica dejar

de lado la reparación de las víctimas.⁵ Sin embargo, esta segunda alternativa no parece apropiada tampoco, pues es insensible con el sufrimiento y las necesidades específicas de las víctimas. Además, esa alternativa violaría los deberes estatales de tomar medidas de justicia correctiva frente a las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos, justicia que es también un imperativo ético y una norma vinculante del derecho internacional.

Las víctimas tienen derecho a la restitución plena, o al menos a una reparación proporcional al daño sufrido; pero este ideal parece difícilmente alcanzable en contextos transicionales, no solo debido a las restricciones económicas e institucionales, sino también por cuanto una implementación estricta de dicho principio puede contradecir ideales de justicia distributiva y vulnerar los deberes estatales frente a la población de escasos recursos, si se trata de sociedades con alta desigualdad y pobreza extendida. Para enfrentar ese dilema, [...] propondré la noción de “reparación transformadora” como una forma de puente o vínculo entre [las políticas sociales y las políticas de reparación] y como una estrategia para reducir las tensiones entre la justicia distributiva y la justicia correctiva en esos contextos.⁶

2. El concepto de reparaciones transformadoras y el esfuerzo por articular la justicia distributiva y la justicia correctiva

El concepto de “reparaciones transformadoras” que hemos propuesto en *Dejusticia* es en el fondo muy simple; es un esfuerzo por armonizar en contextos transicionales de sociedades “bien desorganizadas” el deber estatal de reparar a las víctimas con consideraciones de justicia distributiva. Este concepto está basado en dos ideas principales, la primera vinculada al propósito que debería darse a las reparaciones en esas situaciones y la segunda al alcance que deberían tener tales programas.

2.1. El propósito de las reparaciones transformadoras

El primer fundamento de la idea de reparaciones transformadoras es que el propósito de la reparación de violaciones masivas de derechos humanos en sociedades desiguales no debería ser restaurar a las víctimas pobres a su situación

5 Esta es la propuesta desarrollada por Kalmanovitz (2009).

6 (*N. del E.*) Es necesario advertir que aquí hemos omitido una sección importante del texto original, en la que se analizan las diferencias entre la política social y los programas de reparación. Al respecto véase Uprimny y Saffon (2007).

previa de precariedad material y de discriminación, sino “transformar” esas circunstancias, que pudieron ser una de las causas del conflicto y que en todo caso son injustas. En ese sentido, las reparaciones en estos contextos transicionales deberían ser comprendidas no solo como un instrumento para saldar cuentas con una injusticia que ocurrió en el pasado, sino como una oportunidad de impulsar un mejor futuro.

La razón para defender este propósito transformador, en vez de acoger la finalidad reparatoria dominante en la doctrina jurídica actual, es que se trata de esfuerzos por corregir injusticias del pasado pero en una sociedad profundamente desigual y con una pobreza muy amplia. La finalidad reparatoria es legítima cuando la sociedad ha logrado, en cierta forma, resolver los problemas de justicia distributiva y ha alcanzado una división equitativa de las cargas y los beneficios entre todos sus ciudadanos.

El propósito reparatorio es entonces adecuado cuando se trata de violaciones aisladas en una sociedad razonablemente justa en términos distributivos; pero este propósito se torna inaceptable en sociedades extremadamente desiguales, en especial si se trata de reparar víctimas pobres, al menos por las siguientes dos razones: primero, la restitución preservaría las condiciones de pobreza, discriminación y exclusión social que hacen vulnerables a las víctimas a nuevas violaciones de sus derechos humanos. La persistencia de esta vulnerabilidad es entonces contraria al derecho que tienen las víctimas de que se les otorguen garantías de no repetición. En segundo lugar, incluso si no fuera claro que esas condiciones de pobreza y discriminación fueran fuentes de nuevas atrocidades, es deber de los Estados intentar superarlas por cuanto son contrarias a principios de justicia distributiva y obstaculizan el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por todas las razones anteriores, las reparaciones en contextos transicionales no deberían ser vistas únicamente como una forma de rectificar un problema del pasado; deberían ser concebidas como un instrumento para promover una transformación democrática y lograr mejores condiciones de justicia distributiva para todos. Es obvio que cualquier programa de reparación tiene que mirar al pasado pues la verdad acerca de la victimización debe ser revelada y reconocida; la memoria de esos hechos terribles debe ser preservada; el sufrimiento de las víctimas debe ser resarcido; pero el propósito de todos esos esfuerzos no es volver al pasado; la idea es, recordando el título de una exitosa película, ...volver al futuro.

2.2. El alcance de los programas de reparación

El segundo fundamento de nuestra propuesta de reparaciones transformadoras es que el alcance de los programas de reparación obviamente tiene que estar fundado en criterios de justicia correctiva, puesto que se trata de enfrentar el sufrimiento de las víctimas, pero debe también responder a consideraciones de justicia distributiva. Esto significa que el deber estatal de reparar integralmente a las víctimas debe ser concebido, de conformidad con algunos desarrollos contemporáneos de la teoría jurídica sobre la estructura de las normas, como principios o mandatos *prima facie*, y no como reglas estrictas o mandatos definitivos. En ese sentido, el derecho de las víctimas a obtener reparación integral está reconocido y los Estados deben hacer todos los esfuerzos para satisfacerlo; pero esa obligación debe ser ponderada frente a consideraciones de justicia distributiva y debe, en ciertos casos, ceder ante dichas consideraciones.

En forma esquemática, es posible pensar que hay tres relaciones posibles entre los mandatos de justicia distributiva y aquellos de justicia correctiva, frente a la ocurrencia de un daño. En la primera hipótesis, la reparación integral del daño resulta injusta distributivamente; en la segunda hipótesis, la reparación es exigida incluso por criterios de justicia distributiva; en la tercera hipótesis, el deber de reparar el daño resulta neutro en términos de justicia distributiva. Así pues, si uno asume que el mandato de reparación integral es una obligación *prima facie*, y no una regla, entonces es posible articular la siguiente tesis: el deber de reparar integralmente subsiste cuando no violenta en forma profunda los imperativos derivados de principios de justicia distributiva. Conforme a esa tesis, las hipótesis dos y tres no resultan problemáticas, pues en ambas subsiste el deber de reparación integral por ser neutro o incluso exigido por los principios de justicia distributiva; por el contrario, en la primera hipótesis, podría limitarse o incluso eliminarse el deber de reparar ese daño, si la afectación de los principios de justicia distributiva resulta muy intensa.

2.3. Las reparaciones transformadoras: un concepto reconstructivo

Con la noción de “reparaciones transformadoras” no estamos proponiendo una visión totalmente novedosa de las reparaciones; solo hemos querido reconstruir las preocupaciones que ya estaban presentes, pero en forma implícita, en las mejores decisiones tomadas en ciertos programas de reparación o en las mejores reflexiones teóricas en torno a esas prácticas.

Es importante precisar que, de todos modos, se trata de programas de reparación, puesto que el título básico para que una persona pueda recibir los

beneficios es que haya sido víctima de una violación grave de los derechos humanos, aunque ese hecho no le confiere en forma mecánica e inmediata el derecho definitivo a recibir una compensación proporcional al daño sufrido. Ciertas consideraciones de justicia distributiva pueden limitar las compensaciones para algunas personas, o pueden implicar su exclusión como beneficiarias de reparaciones materiales. Además, el propósito esencial sigue siendo enfrentar, o al menos aliviar, el sufrimiento de las víctimas y sus familiares, reconocer el injusto daño que han tenido que soportar y hacer todos los esfuerzos por restaurar su dignidad.

Por último, pero no por ello menos importante, un enfoque transformador es útil para lograr los vínculos necesarios entre la política social, las estrategias de desarrollo y los programas de reparación (sin obviamente disolver sus especificidades) por cuanto dicho enfoque enfatiza la necesidad de que haya coherencia entre los esfuerzos de reparación a las víctimas y las políticas para reducir la desigualdad y la pobreza. No estoy proponiendo que los programas de reparación sean sustituidos por políticas de desarrollo puesto que [...] esa sustitución erosionaría, o incluso destruiría totalmente, el derecho específico de las víctimas a obtener reparaciones. Simplemente, estoy resaltando que un enfoque transformador de las reparaciones estimularía, o incluso forzaría, a quienes toman las decisiones de política a buscar articulaciones positivas entre los programas de reparación, la política social y las estrategias de desarrollo. Este refuerzo de la coherencia de la política estatal es muy importante puesto que fortalece la sustentabilidad y la legitimidad de los programas de reparaciones.

3. El concepto de reparaciones transformadoras en la práctica

Intentaré, entonces, ilustrar cómo este concepto de reparaciones transformadoras puede ser útil frente a las difíciles decisiones que deben tomarse en la discusión, el diseño y la implementación de un programa de reparaciones.

Una de las decisiones más sensibles que debe hacerse al diseñar un programa de reparaciones es la selección de los beneficiarios. Si se tiene una perspectiva puramente correctiva, el criterio esencial de escogencia debería ser la gravedad de la violación de los derechos humanos y la magnitud del daño a la víctima. Estos factores son obviamente relevantes; pero un enfoque transformador tomaría en consideración no solo el sufrimiento previo de las víctimas, sino también las necesidades actuales de los potenciales beneficiarios. Este último criterio justificaría que se diera prioridad a las personas que viven en

condiciones económicas más vulnerables y minimizaría esas reparaciones materiales para las víctimas más pudientes, aunque obviamente el sufrimiento de estas víctimas debería ser adecuadamente reconocido y ellas deberían recibir reparaciones simbólicas significativas. Puede mencionarse la propuesta de la Comisión de Recepción, Verdad y Reconciliación de Timor del Este de priorizar ciertas víctimas para la recepción de las compensaciones materiales, porque la escogencia de los primeros beneficiarios no se basó en la magnitud del daño sufrido sino en criterios actuales de vulnerabilidad: enfoque de género, necesidades actuales de las personas y posibilidad de empoderar ciertos grupos, y por ello se priorizó a los niños, las viudas, las madres jefes de hogar y las víctimas de violencia sexual (Bolívar Jaime, 2009).

Un segundo aspecto en el que un enfoque transformador puede marcar una diferencia es en la selección de los beneficios que serán otorgados: deberían preferirse aquellos que empoderan a las personas en situaciones de vulnerabilidad o reducen la pobreza y la desigualdad. Por esa misma razón, deberían evitarse aquellos beneficios que reafirman estereotipos o prácticas discriminatorias o acentúan desigualdades, incluso en aquellos casos en que dichos beneficios pueden parecer apropiados desde una perspectiva de restitución integral. Por ejemplo, la decisión de varios programas de reparación de limitar las compensaciones por muertes o desapariciones a una determinada suma, sin que interese si la víctima recibía altos o bajos ingresos, es una expresión de esa idea.⁷

Un tercer factor en donde el concepto de reparaciones transformadoras puede jugar un papel importante es el procedimiento. Los mecanismos para la adopción e implementación del programa deben ser vistos como oportunidades para reducir la discriminación y empoderar a las víctimas más vulnerables, por medio de procedimientos participativos apropiados. Una experiencia interesante en este aspecto es el programa de reparaciones colectivas del Perú.⁸ Conforme a los hallazgos y las recomendaciones de la Comisión de la Verdad, aproximadamente 900 comunidades campesinas fueron escogidas para recibir una reparación colectiva. La idea es que cada comunidad recibe una suma fija

7 Por ejemplo, el programa chileno de compensación otorgó una suma fija, sin importar el ingreso previo de la víctima: todas las familias de las personas asesinadas o desaparecidas recibieron una pensión mensual de aproximadamente 500 dólares. Véase Lira (2006, p. 59). Por el contrario, si los recursos son escasos, podría ser contrario a la justicia distributiva, aunque conforme al ideal de *restitutio in integrum*, estimar las compensaciones monetarias de acuerdo al ingreso de la persona fallecida.

8 Para un análisis de este caso, véase Díaz (2009).

de dinero (unos 33.000 dólares), y son los miembros de la comunidad quienes deciden colectivamente a qué proyecto se dedican esos recursos. Sin embargo, ciertas evaluaciones han mostrado que usualmente los líderes de las comunidades son hombres, con lo cual las mujeres son excluidas del proceso decisorio. Existe así el riesgo de que su discriminación en la comunidad se vea acentuada, por lo cual se ha recomendado incorporar una perspectiva de género en el desarrollo de estos programas.

Los análisis desarrollados en los párrafos precedentes refuerzan la importancia de adoptar enfoques diferenciales, y en especial una perspectiva de género, tanto en el diseño como en la implementación de los programas de reparación, si queremos otorgarles realmente un potencial y significado transformador (Díaz, 2009, p. 187; Mudell, 2009, p. 2).

Finalmente, un enfoque transformador enfatizaría la necesidad de articular la política social y las reparaciones en un doble sentido. Primero, la lógica y la dinámica de los programas de reparación deben ser compatibles con la estrategia general de desarrollo del Estado, como se explicó anteriormente. De otro lado, en circunstancias muy específicas, podría ser posible recurrir a ciertos servicios sociales como formas de reparación. Sin embargo, es necesario tomar todas las cautelas para que dichos servicios adquieran realmente un carácter reparador, lo cual se podría lograr por distintos procedimientos, como los siguientes: por ejemplo, vincular ciertos servicios sociales a procesos participativos y a gestos simbólicos significativos de reconocimiento de atrocidades y responsabilidades; o podrían justificarse algunas formas específicas de acción afirmativa para víctimas en ciertos servicios sociales, etc.

4. Reflexiones finales

En esta presentación propuse el concepto de reparaciones transformadoras como un enfoque que podría ayudar a enfrentar las paradojas y dificultades de los programas de reparaciones frente a violaciones masivas de derechos humanos, en sociedades con profundas desigualdades y pobreza extendida.

Ahora bien, estoy consciente de que a pesar de sus potencialidades prácticas, la idea de reparaciones transformadoras es polémica y puede ser criticada severamente. En discusiones anteriores de esta perspectiva, algunos colegas han expresado cinco tipos de reservas: i) algunos argumentan que es un concepto inútil pues la idea transformadora está incorporada en la garantía de no repetición, que ya es un componente de la reparación; ii) otros críticos desarrollan el argumento contrario, pues consideran que esta idea es contraria al

derecho a la reparación de las víctimas, tal y como se encuentra reconocido en el derecho internacional. Otros académicos iii) temen que este concepto transformador debilite el derecho específico de las víctimas a la reparación pues podría legitimar la limitación de los beneficios o la exclusión de ciertas víctimas; por el contrario, iv) otros analistas atacan el propósito transformador pues consideran que es excesivamente ambicioso y que podría condenar al fracaso los programas de reparación; [...]. Finalmente, v) algunos condenan esta noción por inconsistente, pues no sería posible construir una institución con base en dos principios de justicia no solo distintos, sino muchas veces incompatibles.

Entiendo estas críticas; creo que son importantes y pertinentes, pero pueden ser respondidas. La perspectiva transformadora de las reparaciones no es igual a la garantía de no repetición; pretende superar formas de desigualdad y de pobreza por cuanto son injustas, incluso si estas no constituyen factores que pudieran generar nuevos ciclos de violencia. Es cierto que la perspectiva transformadora no encaja bien en las doctrinas jurídicas dominantes sobre el derecho a la reparación, pero constituye igualmente una interpretación posible y razonable de los estándares internacionales actuales.⁹ Un concepto transformador de las reparaciones, lejos de debilitar las pretensiones de las víctimas, les otorga mayor significado y posibilidad de realización pues muestra que la compensación a las víctimas es compatible con la lucha por una sociedad más justa para todos y todas. Este enfoque transformador no sobrecarga tampoco a los programas de reparación con objetivos inalcanzables. No se pretende que las reparaciones sean la mejor forma de enfrentar las desigualdades estructurales en una sociedad; la propuesta es más humilde: las reparaciones deben ser vistas como una oportunidad modesta, pero significativa, para profundizar la democracia y mejorar la justicia distributiva. Finalmente, el uso de distintos principios de justicia (correctiva y distributiva) es admisible, pues juegan papeles distintos y complementarios. Además, no es inusual que una institución jurídica y política esté basada en principios diversos de justicia. Por ejemplo, algunos de los teóricos más lúcidos han sostenido que la pena en la justicia criminal está fundamentada en una combinación de las visiones utilitarias y retribucionistas del castigo (Hart, 1990, pp. 163 y ss).

De esta manera, el concepto de reparación transformadora puede ser, con todas sus limitaciones, un instrumento útil en la difícil batalla por la dignidad humana en sociedades como Colombia, con millones de víctimas de crímenes

9 Hemos mostrado esa compatibilidad en Uprimny y Saffon (2009b).

atrocies, pero igualmente millones de personas que, en situaciones materiales muy difíciles de pobreza y exclusión, se esfuerzan todos los días por vivir con dignidad. La noción de reparación transformadora es por ello un esfuerzo por tomar muy en serio, en contextos transicionales, la tesis de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles y políticos, y de los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de alcanzar ese hermoso ideal de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”.

Referencias

- Bolívar Jaime, A. P. (2009). Mecanismos de reparación en perspectiva comparada. En Díaz Gómez, C., Sánchez León, N. C. y Uprimny, R. (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 71-143). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.164.pdf
- Carranza, R. (2009, septiembre). The Right to Reparations in Situation of Poverty. Presentado a la Conferencia en La Haya en el marco de “Fighting Impunity in Peace Building Contexts”.
- Díaz, C. (2009). La reparación colectiva: problemas conceptuales en perspectiva comparada. En Díaz Gómez, C., Sánchez León, N. C. y Uprimny, R. (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 171-192). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.164.pdf
- Guzmán, D. E. (2009). Reparaciones con enfoque de género: el potencial para transformar la discriminación y la exclusión. En VV.AA. *¿Justicia desigual? Género y derechos de las víctimas en Colombia* (pp. 165-192). Bogotá: Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer-Unifem.
- Hart, H. L. A. (1990). Introducción a los principios de la pena. En Betegón J. y De Páramo, J. R. (eds.). *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. Madrid: Ariel.
- Kalmanovitz, P. (2009). Corrective Justice vs Social Justice in the Aftermath of War. Presentado en el seminario “Land Reform and Distributive Justice in the Settlement of Internal Armed Conflicts”.
- Lira, E. (2006). The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile. En De Greiff, P. (ed.). *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press.
- Mudell, K. (2009, septiembre). Limitations and Opportunities of Reparations for Wo-

- men's Empowerment. ICTJ briefing, presentado en la Conferencia de La Haya, en el marco de "Fighting Impunity in Peace Building Contexts".
- Rawls, J. (1973). *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Uprimny, R. (2009). Transformative Reparations of Massive Gross Human Rights Violations: Between Corrective Justice and Distributive Justice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 27 (4).
- Uprimny, R., y Saffon, M. P. (2007). Reparación integral, atención humanitaria y política social. *Caja de Herramientas*, (124).
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2009a). El potencial transformador de las reparaciones. Propuestas de una perspectiva alternativa de reparaciones para la población desplazada en Colombia. En Codhes (ed.). *Desplazamiento forzado. ¿Hasta cuándo un estado de cosas inconstitucional?* (vol. I). Bogotá: Codhes.
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2009b). Reparaciones transformadoras, justicia distributiva y profundización democrática. En Díaz Gómez, C., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 31-70). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.164.pdf
- Uprimny, R. y Sánchez León, N. C. (2010). Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En Díaz Gómez, C. (ed.). *Tareas pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Dejusticia.
- Williams, R. (2008). El derecho contemporáneo de restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional. En *Reparaciones para las víctimas de la violencia política* (pp. 441-459). Bogotá: ICTJ.

Capítulo 14

JUSTICIA CIVIL

Congestión, tipos de procesos frecuentes y formas de terminación de los procesos civiles¹

Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas (2006)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Las cifras de la justicia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 363-374). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

La historia de la congestión en la justicia civil no es nueva. De acuerdo con las cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y el Consejo Superior de la Judicatura (1997), desde 1959 hasta el inicio de la década de los noventa existió un aumento sostenido de los procesos pendientes en Colombia, que logró su punto más alto en 1989, cuando alcanzó casi los 6.000 procesos represados. Luego de una baja significativa entre 1989 y 1991, desde 1992 las cifras se estabilizaron con un número de procesos pendientes por 100.000 habitantes de alrededor de los 4.700.

La disminución de procesos pendientes en este periodo obedece a dos factores. Por una parte, al traslado de un número considerable de procesos sobre sucesiones, alimentos y otros asuntos a la jurisdicción especializada de

1 (N. del E.) Para la lectura de estos extractos es preciso recordar que fueron escritos bajo la vigencia del Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), que fue derogado por la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), cuya entrada en vigencia se ha hecho de forma gradual, atendiendo a los términos del artículo 627 de la misma ley. Vale advertir, asimismo, que estos extractos en gran medida recogen y actualizan los resultados de Rodríguez Garavito (2001) y Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2003, pp. 273-284). En el último de estos textos, se evalúa el funcionamiento de la justicia civil como un exponente de la llamada “justicia rutinaria”. Para la distinción entre justicia rutinaria y justicia protagonista pueden verse el estudio preliminar, la introducción a la Parte dos y el capítulo 9 (I-B) de esta compilación.

familia, a partir de su creación en 1989. Por otra, a finales de la década de los ochenta y a comienzos de los años noventa entraron en vigencia diversos mecanismos de descongestión judicial, como la celebración obligatoria de audiencias de conciliación en los procesos civiles, la autorización a los notarios para tramitar sucesiones no contenciosas y celebrar matrimonios, y la promoción de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como el arbitraje y la amigable composición. Esta reducción se ha mantenido en los últimos años, [...].²

Sin embargo, los dos grupos de medidas mencionados —creación de una jurisdicción especializada y promoción de soluciones extrajudiciales de las disputas— tuvieron una repercusión parcial en la reducción de inventarios de procesos civiles. En efecto, después de la disminución de 1990 y 1991, las existencias se estabilizaron en un índice de congestión de procesos que seguía siendo muy elevado: en 1994, el número de procesos pendientes era de 1'586.956. A pesar de su contundencia, estas cifras podían llevar a equívocos, puesto que cerca del 60 % de los procesos pendientes habían sido abandonados por las partes y, en consecuencia —teniendo en cuenta que ellos dependen del impulso de las partes interesadas— no tienen ningún trámite. Estos procesos pendientes o inactivos tenían el efecto de inflar artificialmente la cifra sobre la congestión judicial.

Existen algunos elementos que pueden contribuir a la descongestión de la justicia civil en el futuro. Si se discrimina el número de entradas que recibe cada uno de los tipos de juzgados civiles, se aprecia cómo la carga de trabajo se concentra especialmente en los despachos municipales y de circuito. En el periodo 1999-2003, los despachos municipales recibieron en promedio 393.710 negocios, y los del circuito, 158.685; mientras los tribunales recibieron tan solo 14.432 (Consejo Superior de la Judicatura, 2004, p. 81). Ello permite concluir, como lo hace el Consejo Superior de la Judicatura, que las estrategias de descongestión deberían recaer sobre los juzgados municipales.

Es preciso señalar que, desde 1999, la disminución en los índices de represamiento ha ido acompañada de un continuo descenso en la demanda de la justicia civil. El descenso en la demanda puede explicar en parte la reducción del número de procesos anualmente represados, ya que no se observa un claro aumento en la capacidad de gestión de los jueces.³

2 (N. del E.) Más adelante (p. 368), el texto original demuestra cómo, en el periodo 2000-2004, el represamiento “ha tendido a disminuir, al pasar de cifras aproximadas de 83.500 procesos anuales, represados en el 2000, a cerca de 63.000, en 2001, y 41.500, en el 2004 (Consejo Superior de la Judicatura, 2005b, p. 319)”.

3 (N. del E.) Vale anotar que, con los años, las altas cifras de congestión de la jurisdicción

[Por su parte, en cuanto al tipo de procesos más frecuentes, vale decir que] los conflictos civiles son muy variados —desde incumplimiento de contratos hasta accidentes de tránsito, pasando por disputas conyugales—, pero algunos son más importantes que otros, en términos de frecuencia. De ahí la importancia de establecer qué tipo de conflictos y procesos predomina en la jurisdicción civil.⁴

Investigaciones empíricas al respecto ya habían señalado el claro predominio del cobro coactivo de deudas (Rodríguez Garavito, 2001). Este predominio está reflejado en el hecho de que la justicia civil colombiana se dedica fundamentalmente a resolver procesos ejecutivos, esto es, procesos encaminados al pago de deudas garantizadas con un título valor (cheque, pagaré, etc.). Estos estudios se basaban en una serie de cifras ofrecidas por el DANE en el periodo 1973-1994, que señalaba que a lo largo de este lapso los procesos ejecutivos representan entre un 60 y 70 % de los procesos pendientes. Esta tendencia se constata en la actualidad [tabla 1].

Esta composición del litigio civil permite formular una conclusión central en relación con la justicia civil en Colombia: la mayor parte de las disputas que se tramitan en ella no sigue el modelo clásico del proceso, en el que las dos partes discuten los hechos y aportan pruebas, con el fin de obtener una sentencia favorable. Efectivamente, en lugar de este tipo de litigio incierto en el que el rol del juez es adjudicativo, el proceso típico de la justicia civil es aquel en el que se busca un mecanismo coactivo para hacer efectivas obligaciones indiscutidas. De ahí la preponderancia de los procesos ejecutivos frente a los declarativos.

Ahora bien, si se comparan las salidas por tipo de procesos con las entradas registradas en un mismo periodo, puede verse cómo los procesos ejecutivos constituyen gran parte del represamiento total de la jurisdicción civil. Así

civil se han mantenido. Para finales de 2010, se encontraba que la jurisdicción ordinaria aportaba 89,9 % del inventario de procesos represados, y, dentro de ella, los procesos civiles ocupaban un 58 % del inventario pendiente (Consejo Privado de Competitividad, 2012, p. 203). No obstante lo anterior, también se ha venido presentando durante los últimos años una reducción sostenida de los inventarios, pasando de 1'716.009 en 2008 a 625.205 procesos acumulados en 2013, lo que representa una disminución de más del 60 %. Esta desacumulación se debe especialmente a la evacuación de inventarios sin trámite gracias a la aplicación de figuras judiciales como el desistimiento tácito y la exclusión de inventarios (Consejo Superior de la Judicatura, 2014, pp. 223 y ss).

4 (N. del E.) Debe recordarse que el derogado Decreto 1400 de 1970 definía cuatro categorías centrales de procesos: de liquidación, de jurisdicción voluntaria, declarativos y ejecutivos. Este último tipo de proceso, todavía vigente, busca hacer efectiva una obligación clara y exigible que proviene de un título ejecutivo.

Tabla 1. Justicia civil. Entrada de procesos civiles por año según la clase de negocios (porcentajes en orden descendente)

Tipos de proceso	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	Promedio 1997-2003
Ejecutivo-singular	67,3	66,3	65,18	60,4	55,2	53,7	54,9	60,33
Ejecutivo-con título hipotecario	8,7	9,4	10,57	7,4	15,8	16,1	12,7	11,60
Otros procesos civiles	10,6	11,0	9,80	12,0	11,7	11,6	12,2	11,25
Tutelas	1,6	2,0	4,26	8,4	6,7	9,0	10,7	6,17
Declarativos-ordinarios	5,3	5,0	4,73	6,4	5,9	5,3	5,0	5,37
Declarativos-abreviados	6,5	6,3	5,46	5,3	4,8	4,4	4,5	5,29
Totales	100	100	100	100	100	100	100	100

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura (2005a), cálculos de los autores.

por ejemplo, de acuerdo con las cifras del Consejo Superior de la Judicatura, el acumulado al año 2002 muestra que en el caso de los ejecutivos, las salidas son menores a las entradas, creándose así un estado de represamiento; al contrario, en casi todos los demás tipos de procesos se registra un breve aumento de las salidas con respecto a las entradas, lo que significa que en este segundo tipo de procesos no existe congestión (Consejo Superior de la Judicatura, 2003, p. 33).

A ello se suma el hecho de que, como se constató en otra investigación (Rodríguez Garavito, 2001), la mayoría de estos procesos ejecutivos es impulsada por entidades financieras que buscan el cobro de deudas originadas en operaciones de crédito (crédito hipotecario, tarjetas de crédito, etc.). Efectivamente, los litigantes frecuentes de la justicia civil resultaron ser entidades medianas o grandes con experiencia en el litigio, que inician procesos donde se reclaman cifras relativamente pequeñas de dinero. De acuerdo con esa investigación, dentro de estas empresas se encuentran principalmente bancos, corporaciones de ahorro y vivienda y compañías de financiamiento comercial que utilizan la justicia civil como medio de recuperación de cartera dentro del desarrollo normal de su actividad económica.

Así se pone en evidencia que este tipo de entidades financieras no solo capta gran parte de la actividad de la justicia civil, sino que son responsables de buena parte del represamiento de procesos que allí se presenta. Además, esta dinámica de la justicia civil refleja su 'rutinización' o 'trivialización', en tanto que

gran parte de la jurisdicción se dedica a resolver conflictos que, por su cantidad, ya se encuentran establecidos.⁵

[Finalmente], respecto a la manera como terminan los procesos civiles en Colombia, ya otras investigaciones (Rodríguez Garavito, 2001) habían constatado el predominio de los procesos que llegan hasta sentencia y la escasa presencia de aquellos que terminan con una conciliación entre las partes. Dicha investigación mostró cómo entre los años 1992 y 1996, el 78 % de los procesos terminó con sentencia, y solo un 5 %, con un acuerdo conciliatorio. Con base en las cifras del Consejo Superior de la Judicatura (2005a) se elaboró un promedio de las salidas de la jurisdicción civil según la forma de terminación en el periodo 1997-2003. La siguiente es la tabla de resultados:

Tabla 2. Justicia civil. Porcentajes de salidas de procesos civiles por año según la forma de terminación

Formas de terminación	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	Promedio
Sentencia	23,2	24,3	27,2	26,6	27,8	29,5	31,0	27,3
Nulidad y otras salidas	28,9	24,8	21,6	24,8	22,8	23,7	26,0	24,4
Pago	22,8	23,4	22,1	22,1	21,3	21,7	21,1	22,0
Salidas por retiro	16,2	15,6	18,5	16,1	17,4	15,9	13,5	16,2
Conciliación	3,5	4,1	3,9	3,6	3,7	3,2	2,6	3,5
Perención	1,3	3,3	3,0	3,1	3,2	2,6	2,8	2,8
Desistimiento	3,2	3,2	2,7	2,4	2,3	2,0	1,8	2,5
Transacción	0,9	1,2	1,1	1,2	1,5	1,3	1,2	1,2
Total salidas	100	100	100	100	100	100	100	100

Fuente: Consejo Superior de la Judicatura (2005a), cálculos de los autores.

5 (N. del E.) Estas tendencias se mantienen hasta la actualidad. En 2010, por ejemplo, los procesos ejecutivos de mínima y menor cuantía constituían el 75 % de los procesos que se tramitaban ante la justicia civil (Consejo Privado de Competitividad, 2014, p. 193). Este carácter selectivo de la justicia civil es abordado en el capítulo 4 de esta compilación. Por su parte, las disfuncionalidades del sistema judicial en general se evalúan en los capítulos 7 y 8 de esta compilación.

Los porcentajes de procesos que terminan en sentencia aún siguen siendo muy amplios en relación con los procesos que terminan por conciliación o transacción. En efecto, en el periodo 1997-2003, el 27 % de los procesos que salieron de la jurisdicción civil terminaron en sentencia y tan solo un 4,7 % en alguna forma de conciliación (3,5 %) o transacción (1,2 %). Este rasgo muestra que en la justicia civil colombiana los procesos iniciados tienden a recorrer todas las etapas procesales, debido a que no existen filtros intermedios eficaces que impidan la continuación del litigio.⁶

Si se analiza desde una perspectiva comparada, este fenómeno puede ser la principal causa de la congestión en los juzgados civiles en Colombia. En efecto, en países como Estados Unidos, el alto número de demandas interpuestas ante los juzgados civiles no da lugar a la congestión registrada en Colombia, fundamentalmente porque existe una práctica generalizada de negociación durante el proceso, en la que el juez y los abogados de las partes juegan un papel central. De hecho, menos del 10 % de los procesos civiles iniciados en ese país llegan hasta la fase de juicio, dado que existe una intensa actividad de acercamiento entre las partes dentro de un lapso corto posterior a la presentación de la demanda. Esta unión íntima entre litigio y negociación ha dado lugar a que se hable de la “litigociación”, para caracterizar el funcionamiento de la justicia civil estadounidense (Jacob, 1996, p. 56).

Referencias

- Consejo Superior de la Judicatura (2003). *Informe al Congreso de la República 2002-2003*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo Superior de la Judicatura (2004). *Informe al Congreso de la República 2003-2004*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo Superior de la Judicatura (2005a). *Banco de datos estadístico*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

6 (N. del E.) El texto referido señala que existen otros factores determinantes de la congestión y el desgaste de la justicia civil tales como, por un lado, la práctica de los abogados litigantes de interponer demandas con el fin de intimidar o amenazar a sus demandados; y, por otro lado, la gratuidad de los servicios judiciales, que lleva a que no existan desestímulos para que los litigantes frecuentes (las entidades financieras, por ejemplo) acudan a la justicia para el cobro de deudas pequeñas. “De esta forma, la renuencia tradicional en Colombia al cobro de tasas judiciales termina beneficiando la actividad rutinaria de usuarios ubicados por fuera de las poblaciones que son el objetivo de las políticas de promoción del acceso a la justicia” (Rodríguez Garavito, 2001, p. 610).

- Consejo Superior de la Judicatura (2005b). *Informe al Congreso de la República 2004-2005*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo Superior de la Judicatura (2014). *Informe al Congreso de la República. Gestión de la administración de justicia - 2013*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- Consejo Privado de Competitividad (2012). *Informe nacional de competitividad 2011-2012*. Bogotá: Consejo Privado de Competitividad.
- Consejo Privado de Competitividad (2014). *Informe nacional de competitividad 2013-2014*. Bogotá: Consejo Privado de Competitividad.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y Consejo Superior de la Judicatura (1997). *Derecho de acceso al servicio de justicia. Primera encuesta nacional de justicia 1997*. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).
- Jacob, H. (1996). *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*. New Haven: Yale University Press.
- Rodríguez Garavito, C. (2001). La justicia civil y de familia. En García Villegas, M. y Santos, B. de S. (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 547-613). Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2003). Entre el protagonismo y la rutina: análisis sociojurídico de la justicia en Colombia. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, (139), 231-304.

Capítulo 15

JUSTICIA INTERNACIONAL

El retraso procesal en el sistema interamericano de derechos humanos

Nelson Camilo Sánchez León y Laura Lyons Cerón (2015)

Extractos tomados de:

Sánchez León, N. C. y Lyons Cerón, L. (2015). El elefante en la sala. El retraso procesal en el sistema de peticiones individuales del sistema interamericano. En VV.AA., *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_re-cursos/fi_name_recurso.759.pdf

Históricamente, el sistema interamericano de derechos humanos ha sido considerado como el “último recurso de justicia” de las víctimas de violaciones de derechos humanos en las américas (Abramovich, 2009, p. 9). Los distintos mecanismos a través de los cuales los órganos de derechos humanos han cumplido esta labor de justicia han sido variados y, con el tiempo, han evolucionado tanto en sus aspectos procesales como en su estrategia de aplicación. Como parte de esta evolución, el sistema de casos y peticiones individuales ha tomado una especial centralidad en las actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Comisión) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, Corte Interamericana).

Pero, al mismo tiempo, la evolución y el éxito del sistema de peticiones y casos han dado lugar a una expansión de la demanda que parece haber rebasado la capacidad institucional de respuesta. Existe un proceso contradictorio y que genera una enorme tensión: entre mayor demanda de justicia llega al sistema, menores son los recursos que existen para enfrentarla. Esto ha dado lugar, como es de esperarse, a un profundo retardo procesal en la capacidad de respuesta del sistema.

El objetivo de este capítulo es presentar el estado actual del sistema de peticiones y casos, haciendo una evaluación de las estrategias implementadas por la CIDH en años recientes para combatir el atraso procesal. A partir del

estudio de la información disponible sobre el sistema de casos durante el periodo 2002-2013, se analizará la evolución del sistema y se planteará el panorama actual. Al mismo tiempo, en este capítulo se analizarán los resultados del plan de combate al atraso procesal lanzado en 2007 por la CIDH, y de la ejecución del Plan Estratégico 2011-2015, en lo relacionado con el sistema de peticiones y casos. Finalmente, el capítulo cerrará con algunas recomendaciones basadas en los hallazgos encontrados en esta investigación.

1. El estado actual del sistema de peticiones

Para evaluar el estado actual del sistema de peticiones y casos elaboramos una base de datos a partir de los Informes Anuales publicados por la CIDH entre 2002 y 2013, así como los Informes Anuales de la Corte Interamericana correspondientes a los años 2006-2013. Con esta base pretendemos consolidar información sobre dos aspectos: i) el flujo de casos y peticiones, ii) la duración del trámite.

1.1. Flujo de peticiones y casos

Esta sección describe el flujo de peticiones y casos del sistema interamericano, desde el momento en que las peticiones se presentan a la CIDH, hasta que eventualmente encuentran una solución, bien sea en la etapa del procedimiento ante la Comisión, con la publicación de un informe de fondo o la aprobación de un acuerdo de solución amistosa, o en la etapa del procedimiento ante la Corte IDH mediante la emisión de una sentencia sobre el fondo del asunto.

En el procedimiento de casos y peticiones individuales hay diferentes filtros a través de los cuales pasan las peticiones en diversas etapas del procedimiento; [...]. [En efecto], en el procedimiento de los casos y las peticiones individuales ante el sistema interamericano se presenta un primer filtro ante la Secretaría Ejecutiva, que consiste en la decisión de apertura de las peticiones que se toma luego de la revisión inicial de las mismas. En esta instancia del proceso, la CIDH evalúa si las peticiones cumplen con los requisitos establecidos en el Reglamento, especialmente con el artículo 28 del mismo. [Así las cosas], de las 17.466 peticiones recibidas por la Comisión, 8.450 no son aceptadas, esto es, el 48 % de las peticiones recibidas no siguen siendo tramitadas por la Comisión. De las restantes, solamente 1.818 (10 % del número de peticiones recibidas) son aceptadas, cifra que no alcanza a representar la quinta parte del número de decisiones sobre apertura tomadas en total en estos años (10.294).

[Posteriormente], las peticiones aceptadas por la Secretaría Ejecutiva son objeto de un pronunciamiento sobre su admisibilidad. Esta decisión de la Comisión constituye el segundo filtro por el que deben pasar las peticiones para ser solucionadas. De conformidad con los datos del flujo de peticiones, la CIDH ha tomado 733 decisiones sobre admisibilidad entre 2002 y 2013. Esta cifra representa apenas el 4,2 % de las peticiones recibidas y el 40 % de las 1.818 peticiones aceptadas. De las 1.818 peticiones aceptadas luego de la evaluación inicial, 136 son inadmitidas por la Comisión, lo que corresponde al 0,78 % del número total de peticiones recibidas. De las peticiones restantes, 597 son admitidas, es decir, el 3,42 % del total de peticiones recibidas y el 32,84 % de las aceptadas luego de la revisión inicial; estas peticiones admitidas continúan en trámite ante la Comisión.

En este punto, es pertinente resaltar que solamente el 59 % del total de peticiones recibidas ha sido objeto de decisión sobre apertura, lo que significa que anualmente alrededor de 600 peticiones son enviadas a la lista de espera, teniendo en cuenta que la Comisión recibe en promedio 1.455 peticiones y toma en promedio 858 decisiones sobre apertura al año. Luego de la admisibilidad, las peticiones pasan a ser objeto de decisiones de fondo por parte de la Comisión. De acuerdo con los datos encontrados, de los 597 casos admitidos por la Comisión, 312 son objeto de un informe de fondo, esta cifra corresponde al 52 % de los casos que han sido admitidos y al 1,79 % de las peticiones recibidas.

Se debe resaltar que la Comisión, en cualquier momento del procedimiento, puede decidir sobre el archivo de una petición o caso, decisión que se toma si no se cuenta con la información necesaria para tomar una decisión sobre el caso, si el peticionario decide desistir o si se presenta una injustificada inactividad del peticionario que constituya un fuerte indicio de su desinterés en la tramitación de la petición. Así, a pesar de que la CIDH pueda archivar una petición si no recibe respuesta alguna por parte de los peticionarios luego de haberla solicitado después de realizar la evaluación inicial, la mayoría de las decisiones de archivo han sido tomadas por la Comisión entre la apertura de los casos y la evaluación de admisibilidad de los mismos. Estas decisiones constituyen otra de las maneras en que los casos salen del procedimiento ante el SIDH, así, de las 17.466 peticiones recibidas, 343 (1,96 %) fueron archivadas por la Comisión.

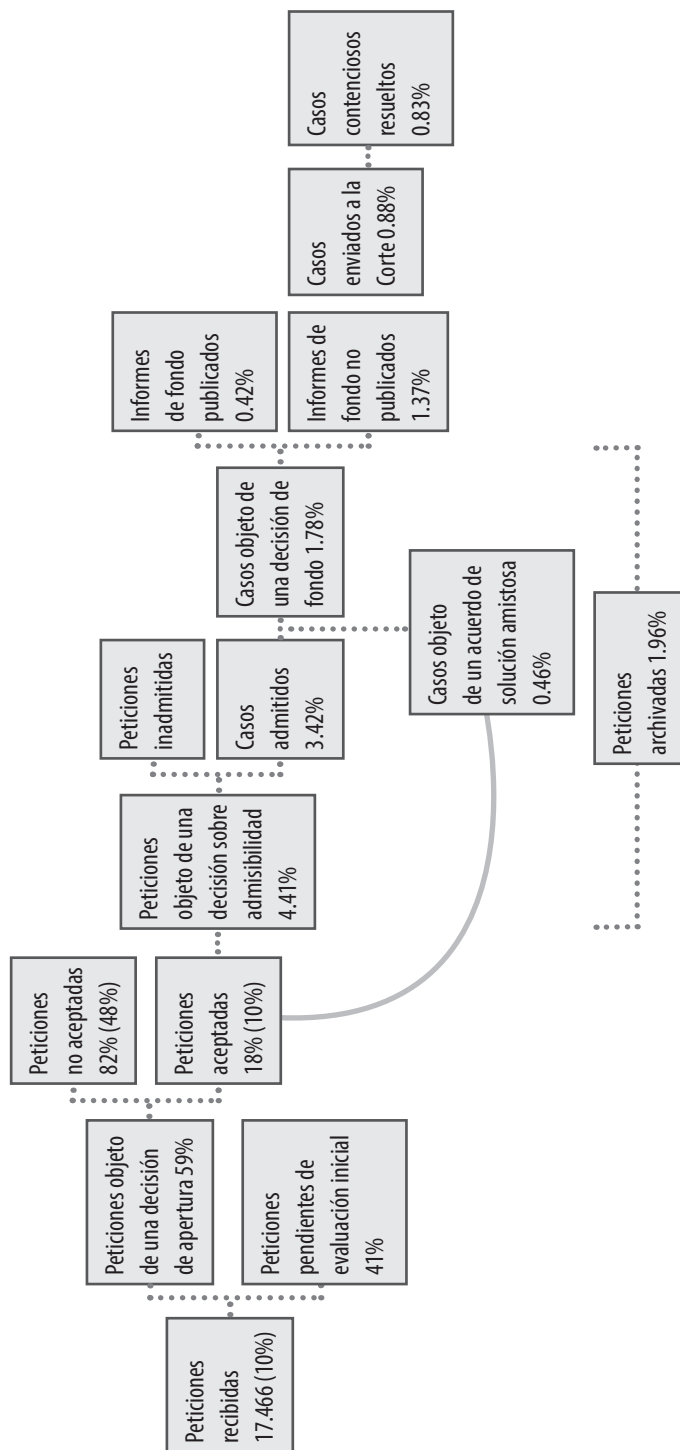
En este punto, es necesario resaltar la diferencia entre los informes de fondo aprobados (no publicados) y los informes de fondo publicados. Los informes de fondo no publicados por la Comisión hacen referencia a aquellos casos que son posteriormente remitidos a la Corte IDH, y los informes de fondo

publicados por este órgano se refieren a los casos de aquellos países que no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, y a aquellas peticiones en las que la Comisión no encuentra una violación de los derechos humanos. Así, 73 informes de fondo han sido publicados por la Comisión, cifra que representa el 23 % de la totalidad de los informes de fondo y el 0,42 % de la totalidad de las peticiones. Igualmente, 239 informes de fondo han sido aprobados, es decir, el 76,6 % de la totalidad de los informes de fondo y el 1,36 % de los informes recibidos por la Comisión. Igualmente, un poco más de la mitad de los casos que son objeto de una decisión de fondo aprobada por la Comisión (239) son remitidos a la Corte IDH, es decir, 154 casos son remitidos, lo que corresponde al 0,88 % del total de peticiones recibidas, y el 64 % de los casos que cuentan con un informe de fondo aprobado. Lo anterior nos permite afirmar que el 36 % restante (85 casos) sigue pendiente de esta decisión.

Finalmente, solamente 145 peticiones llegan a ser casos contenciosos resueltos por la Corte IDH, lo que, a pesar de representar el 94 % de los casos remitidos a este organismo, corresponde a apenas el 0,83 % del total de las peticiones recibidas por la Comisión.

Así, en conclusión, a pesar de las distintas posibilidades de dar solución a los casos y las peticiones individuales a lo largo del procedimiento ante el sistema interamericano, solamente el 2,24 % de las peticiones (392) logran obtener una resolución de fondo. De estas peticiones, 312 son resueltas por medio de informes de fondo y 80 por medio del procedimiento de solución amistosa. Aunque se reconoce que en muchos casos las peticiones no llegan a ser resueltas por los órganos de protección de los derechos humanos por razones ajenas a las falencias en su funcionamiento, en muchos casos la disparidad que se presenta entre el número de peticiones recibidas por la Comisión y el número de peticiones o casos resueltos, es causada por el alto nivel de congestionamiento procesal al que se enfrentan la CIDH y la Corte IDH en la actualidad. Esto tiene como consecuencia que los órganos de protección de los derechos humanos no puedan resolver la demanda de peticiones, y que muchas de estas se encuentren detenidas en alguna etapa del procedimiento en espera de alguna decisión.

Figura 1



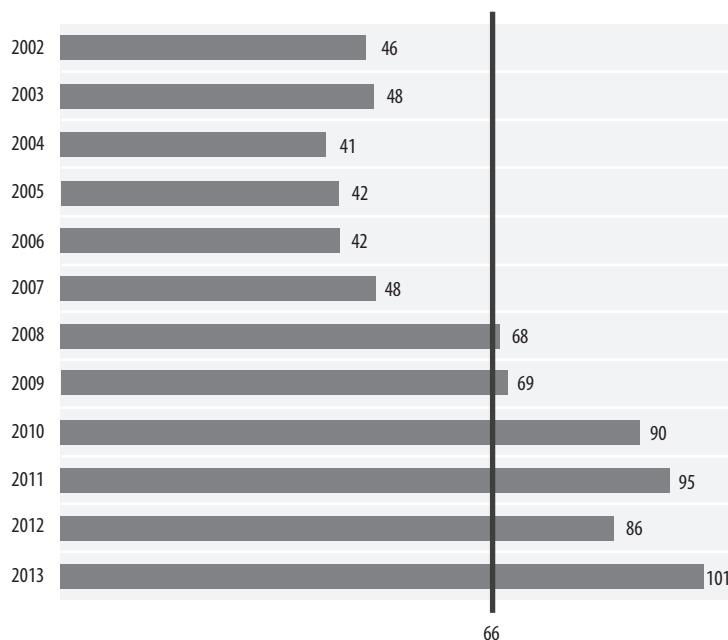
1.2. Duración del trámite de peticiones y casos individuales ante el sistema interamericano

En adelante presentaremos los datos obtenidos, dividiendo su análisis por etapa procesal.

a. Admisibilidad

El promedio total de meses transcurridos entre la recepción de las peticiones y el informe de admisibilidad de las decisiones tomadas entre 2002 y 2013, es de 66 meses. Este tiempo ha aumentado significativamente desde el 2002, año en el que el tiempo promedio de espera para la decisión de admisibilidad fue cuatro años y medio menor que en el 2013. Es decir, de 2002 a 2013, el tiempo promedio de espera para obtener una decisión de admisibilidad aumentó en un 116 %. Como se puede observar, se presentó un aumento significativo en el tiempo de espera para una decisión de admisibilidad luego de la reforma del año 2009 al Reglamento de la Comisión.

Gráfica 1. Decisiones de admisibilidad [promedio de meses de espera]

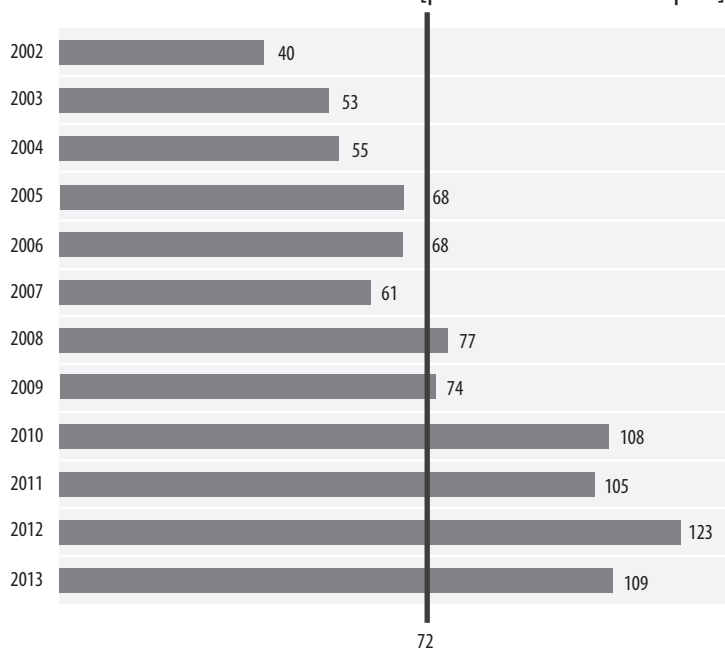


b. Inadmisibilidad

La información contenida en la base de datos arroja que la CIDH tarda en promedio un poco más de un año en determinar la inadmisibilidad de las peticiones que en determinar su admisibilidad.

El tiempo de espera para la obtención de una decisión de inadmisibilidad, al igual que en el caso de las peticiones admitidas, ha aumentado significativamente desde el 2002, año en el que los peticionarios tuvieron que esperar casi tres veces menos que en el año 2013 para obtener una decisión de este tipo por parte de la Comisión. [Por su parte], después de la reforma del año 2009 al Reglamento de la Comisión, el tiempo de espera para obtener una decisión de inadmisibilidad de las peticiones aumentó significativamente, [...].

Gráfica 2. Decisiones de inadmisibilidad [promedio de meses de espera]

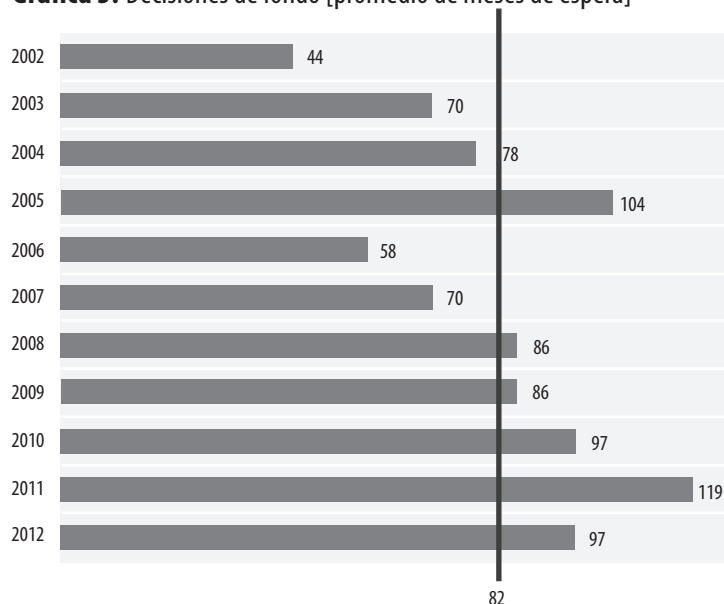


c. Fondo

Como se desprende de la gráfica 3, entre 2002 y 2005 se presentó un aumento gradual en el tiempo de adjudicación de las cuestiones de fondo de los casos; [...] [Informes anuales de la CIDH].

Sin embargo, el aumento gradual en el tiempo de adjudicación de las cuestiones de fondo tuvo un punto de quiebre en el 2006, año en el que disminuyó considerablemente el tiempo de espera entre la recepción de las peticiones y

Gráfica 3. Decisiones de fondo [promedio de meses de espera]



la aprobación de los informes de fondo. A pesar de ello, el tiempo de adjudicación de las cuestiones de fondo continuó en aumento a partir del año 2007, con excepción del 2012, en el que se presentó una disminución en el tiempo de adjudicación de las cuestiones de fondo.

d. Archivo

En este punto es necesario resaltar que, a pesar de que la CIDH ha tomado decisiones de archivo en los años anteriores al 2009, solamente a partir de ese año la Comisión publicó información referente a estas decisiones. Así, de las 343 decisiones de archivo emitidas por la Comisión entre 2002 y 2013, según

Gráfica 4. Decisiones de archivo [promedio de meses de espera]

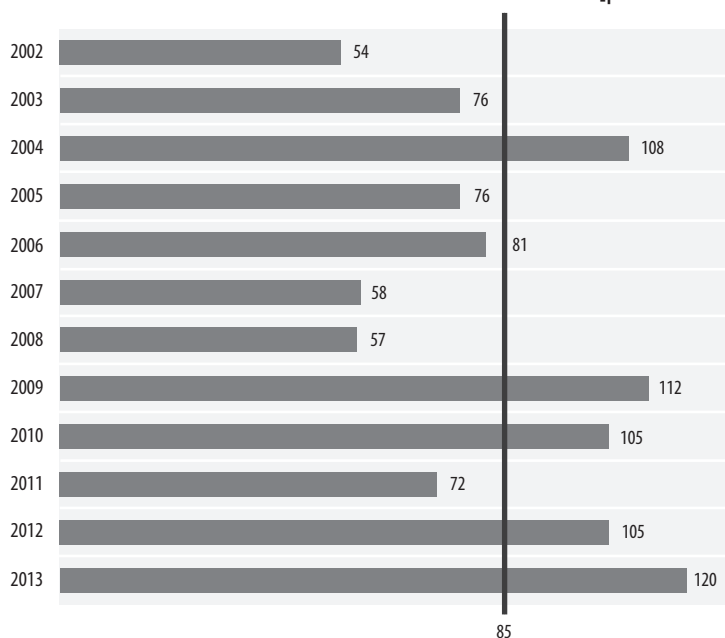


la información proporcionada en sus informes anuales, solamente 198 correspondientes a esta franja de tiempo fueron incluidas en nuestra investigación.

e. Solución amistosa

A pesar de que en el 2013, el tiempo de espera para la ratificación de los acuerdos de solución amistosa supera en 66 meses al tiempo de espera registrado en el año 2002, el tiempo promedio anual de duración de esta tramitación ha venido aumentando y disminuyendo indiscriminadamente a través de los últimos once años, teniendo en cuenta que la firma de acuerdos de solución amistosa depende de la voluntad de las partes.

Gráfica 5. Ratificación de los acuerdos de solución amistosa [promedio de meses de espera]

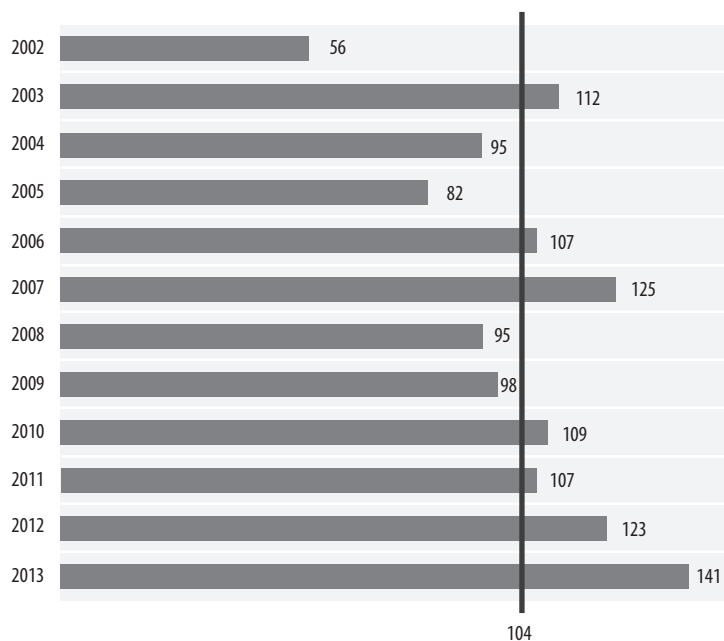


f. Solución de casos contenciosos

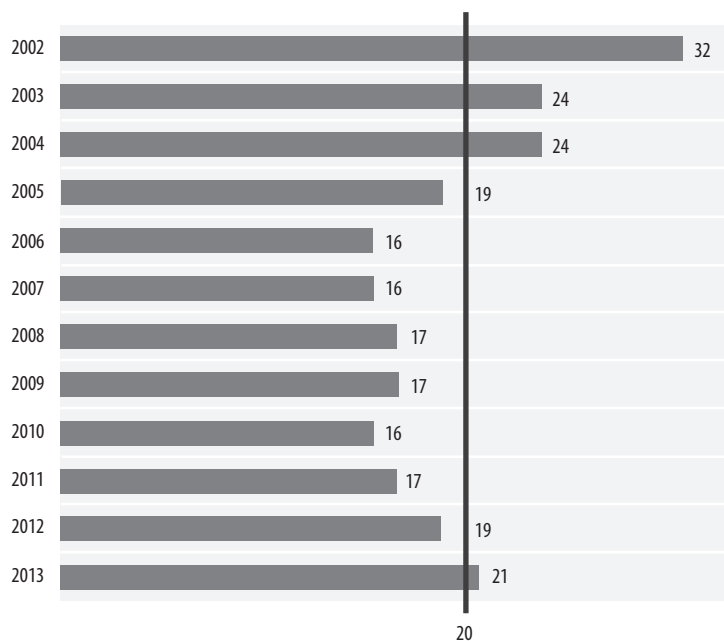
[El tiempo de espera para obtener una sentencia de fondo por parte de la Corte] ha aumentado gradualmente en los últimos años debido al aumento en el tiempo de espera en el trámite ante la Comisión, pues de acuerdo con los datos obtenidos después de la realización de la base de datos, la Corte en los últimos años ha disminuido el tiempo de adjudicación de los casos.

Finalmente, los datos contenidos en la gráfica 7 nos permiten observar la disminución que se ha presentado en la tramitación de casos ante la Corte. Así,

Gráfica 6. Tiempo de adjudicación de casos contenciosos [promedio de meses de espera]



Gráfica 7. Tiempo transcurrido entre la remisión de los casos a la Corte y la emisión de sentencias [promedio de meses de espera]

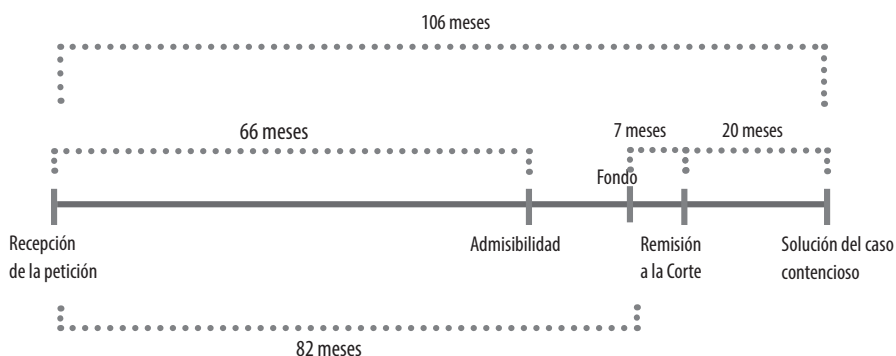


entre 2008 y 2013, la Corte tardó en promedio cuatro meses menos en decidir casos contenciosos, a pesar de que en los años anteriores (2002 a 2007) resolvió en promedio 14 casos menos que entre 2008 y 2013.

g. Duración total del procedimiento

La información indica, entonces, que a pesar de las diferentes reformas al Reglamento de la Comisión, el nivel de retraso procesal sigue aumentando a medida que pasan los años. Esto es producto del aumento en el número de peticiones recibidas y del congestionamiento que se presenta al interior de los órganos de protección. Así, es probable que en los próximos años el tiempo de espera para lograr algún tipo de decisión por parte de la Comisión o de la Corte sea mayor a diez años.

Figura 2. Duración del procedimiento



2. Avances en el cumplimiento del Plan Estratégico [2011-2015]¹

En 2011, la CIDH avanzó notablemente en la planeación de su trabajo del sistema de casos introduciendo elementos de gestión de resultados a partir del Plan Estratégico 2011-2015. De esta manera, el punto de partida para evaluar los avances de la CIDH en materia del Sistema de Casos y Peticiones está en las propias metas y proyecciones de este órgano. En esta sección haremos una evaluación de estos resultados, discriminados por etapa del procedimiento.

La meta principal de la CIDH en cuanto a la etapa preliminar del estudio de peticiones fue reducir el tiempo de respuesta sobre la tramitabilidad de las

¹ (N. del E.) En el texto original se explican con detalle las metas fijadas por este Plan Estratégico de 2011, que ha sido el primero de ese tipo que ha publicado la CIDH.

mismas, al punto que el tiempo máximo de espera de nuevas decisiones fuera de tres meses. Para ello, la CIDH se puso como meta realizar 16.250 evaluaciones jurídicas en el periodo y 10.000 entre enero de 2011 y diciembre 31 de 2013.

El cumplimiento de esta meta es prácticamente imposible de evaluar, pues la CIDH no ha sido consistente en la presentación de la información necesaria para hacer seguimiento. Una evaluación completa podría hacerse conociendo el número de peticiones evaluadas y el lapso de tiempo en que se realizó el estudio (para confrontarlo con la meta de tres meses). Ninguno de estos dos datos ha sido publicado en los informes anuales. Respecto del primero, para efectos de esta evaluación nos contactamos con personal de la Secretaría Ejecutiva, quien nos refirió que datos no consolidados indicarían que entre 2011 y 2013 se habrían realizado 4.463 evaluaciones jurídicas. Este número corresponde a menos de la mitad de la meta programada. Sin embargo, es de aclarar que en la desagregación año por año, presentada en el mismo documento, la meta es incluso más ambiciosa pues la suma de los tres primeros años sería de 14.667 evaluaciones. Teniendo en cuenta esta última meta, el nivel de cumplimiento es aún más pobre: el cumplimiento global de la meta sería del 30 % de lo proyectado.

Como se anotó, la meta del Plan Estratégico es contradictoria, pues el total estimado de evaluaciones por realizar es de 16.250 evaluaciones jurídicas, pero cuando se suman las metas desagregadas año a año el total sería de 24.559. Bajo el primer supuesto, entre 2014 y 2015, para el cumplimiento de la meta, el grupo de registro debería completar la evaluación jurídica de 13.626 peticiones. Para ello, sería necesario realizar 6.813 evaluaciones jurídicas por año. Es decir, la productividad debería aumentar más de 500 % respecto al año 2013. Sin embargo, [...] en lugar de ir subiendo, la productividad de esta etapa ha decaído levemente en los últimos tres años.

Ahora bien, las evaluaciones jurídicas no necesariamente terminan en una recomendación de aceptación o no de la petición. En muchos casos, tras evaluar una petición se encuentra que no tiene la información necesaria y se realiza una nueva solicitud de información al peticionario. Por tanto, el dato relevante a efectos de medir el avance de la petición es la decisión sobre apertura o la de no aceptación de la petición. Los datos presentados en los informes anuales indican que entre 2011 y 2013, la Comisión tomó 2.624 decisiones sobre apertura (este dato incluye 522 decisiones de aceptación a trámite y 2.102 decisiones de no aceptación). Como resultado del aumento de las peticiones recibidas y la menor producción esperada en evaluación de las mismas, el número de peticiones pendientes aumentó de 6.134 en 2011 a 8.548 en 2013.

a. Admisibilidad

En materia de metas de producción de informes de admisibilidad los resultados son muy pobres. Para 2011, el año de inicio, la meta del Plan era emitir 220 informes sobre admisibilidad. Esta meta de productividad no se cumplió, pues se realizaron 78 informes, lo que corresponde al 35 % de lo propuesto. En 2012, la CIDH estableció una meta similar y se adoptaron solamente 54 informes, es decir, el 24 % de lo planeado. Para el tercer año, la situación fue aún más dramática, pues el Plan Estratégico dobló la meta a 440 informes al año y la producción de la CIDH bajó a 53 informes sobre admisibilidad, lo cual representó el 12 % de lo presupuestado. Así, si se mantuviera el ritmo de producción de informes de 2013 (53) se requerirían 43 años para cumplir con el objetivo trazado a 2015.

b. Fondo

La meta principal trazada por la Comisión en su Plan Estratégico es lograr que el tiempo promedio entre la declaración de admisibilidad y la emisión del informe de fondo sea de doce meses. Esta meta no se cumplió entre 2011 y 2012, pues en estos años la CIDH tardó en promedio 40 meses (28 meses más de lo planteado en el Plan Estratégico) entre la decisión de admisibilidad y la emisión de los informes de fondo.

La falta de cumplimiento de este objetivo se deriva de la baja producción de informes de fondo, si se compara con las proyecciones hechas en el Plan Estratégico. Así, para 2011, la meta era producir 55 informes, de los cuales se aprobaron solo 30, lo que corresponde al 54 % de los previstos. Para 2012, esa meta ascendió sustancialmente a 165 informes de fondo. Sin embargo, solo se logró la producción del 10 % de los informes previstos, es decir, 16. La tendencia se profundizó en 2013, pues la meta era aún mayor (330 informes de fondo) y la producción fue menor: solamente 19 aprobados.

La meta de productividad para los años 2014 y 2015 es similar a la de 2013: 330 informes sobre fondo al año. Así las cosas, a corte 31 de diciembre de 2013, la CIDH había producido 65 informes de 550 proyectados, lo cual equivale a un 11,8 % de la meta a esa fecha, y un 5,3 % del total proyectado para el cuatrienio (1.210 informes).

3. Conclusiones y recomendaciones

El atraso procesal es un problema en constante aumento. Todas las mediciones y evaluaciones realizadas durante la última década así lo demuestran.

Los resultados de la investigación que presenta este capítulo llevan a dos conclusiones contundentes. Por un lado, el atraso procesal del sistema de casos y peticiones ha aumentado a lo largo de la última década, a pesar de las medidas que se han adoptado para controlarlo y reducirlo. Hoy en día, la situación es tan problemática como lo era en 2011 cuando el último análisis estadístico fue publicado y cuando la CIDH presentó públicamente su estrategia para combatirlo. En segundo lugar, los resultados muestran que las expectativas del Plan Estratégico 2011-2015 fueron realmente exageradas. El nivel de cumplimiento en todas las metas no superó el 30 % de lo esperado en el rubro en el que mayores resultados fueron alcanzados.

Las reformas al manejo de casos han producido avances importantes pero insuficientes. Un sistema de procesamiento de casos de la magnitud que tiene el sistema de casos y peticiones del SIDH requiere de un modelo de administración y gestión, como los que actualmente se desarrollan en los sistemas judiciales de la región. La CIDH debería iniciar un diálogo profundo con las administraciones de los poderes judiciales de la región, especialmente aquellos que se han destacado por sus avances en la materia. Además, este diálogo debería estar orientado a estrategias de creación de herramientas objetivas de medición de resultados y de producción de la información pública requerida para hacer dicho seguimiento.

Un punto inicial para este debate, que proviene de la idea central de gestión establecida para los sistemas judiciales, implica diferenciar entre el nivel de gobierno, el de gerencia y el de operación del trámite específico de los casos. Estos niveles deben estar manejados por profesionales con perfiles idóneos para ello (dicho sea de paso, los abogados no somos el perfil idóneo para la gerencia, por ejemplo). Por ello, valdría la pena preguntarse si los comisionados y el secretario, que son elegidos por su trayectoria en derechos humanos, son los más adecuados para tomar autónomamente decisiones de gestión en la CIDH.

El acceso a información clave para hacer seguimiento sigue siendo precario y fragmentado. La poca información pública que da a conocer la CIDH es inconsistente y generalmente no es útil para hacer un adecuado seguimiento.

Así las cosas, con la falta de acceso a esta información, todas las evaluaciones realizadas al sistema de casos (incluyendo la que presenta este capítulo) están incompletas. En otras palabras, hay muchas evaluaciones, pero ninguna es realmente confiable. Para avanzar en esta tarea es fundamental que la CIDH permita el acceso público a información relevante. Un primer paso para identificar esta información debería ser iniciar un diálogo con investigadores para

determinar qué tipo de información puede ser útil y necesaria, y poder así identificar si esta es producida y no publicada o si se requeriría producirla y qué se necesitaría para hacerlo.

Las reformas reglamentarias no han sido efectivas para reducir el problema. Una de las salidas más debatidas cuando se habla de cómo enfrentar el congestionamiento del sistema de peticiones y casos de la CIDH (o de cualquiera de sus procedimientos) es recurrir a una reforma reglamentaria. No obstante, la evidencia indica que no ha existido un impacto positivo o una correlación directa entre reformas reglamentarias y descongestión. Por el contrario, como lo muestran otras investigaciones, después de la adopción de la reforma de 2001, de hecho, el tiempo de procesamiento aumentó exponencialmente al haber dividido las etapas de admisibilidad y fondo.

Es cierto que mediante reformas a los reglamentos de los órganos se pueden generar situaciones que impacten el procesamiento de los casos e incluso el rol de los órganos en el desempeño de sus funciones. Sin embargo, es evidente que los cambios reglamentarios no son suficientes para intervenir un problema de la magnitud que representa el congestionamiento procesal en la CIDH.

El sistema de casos requiere de reformas sustantivas que no admiten espera. El problema sigue en aumento y su situación es dramática. Es necesario plantear modificaciones sustanciales al sistema de casos, lo cual debe incluir reformas profundas a los órganos de protección (CIDH y Corte IDH).

Pese a que durante años varias voces han defendido estas propuestas, políticamente han tenido muchos detractores. Defensores del sistema han sido temerosos a la hora de implementar cambios radicales en el sistema de peticiones individuales, por varias buenas razones. Por un lado, por la dificultad de encontrar un modelo que garantice el adecuado balance entre una tramitación eficiente de casos, pero que sirva a los propósitos generales del sistema, entre ellos, el reconocimiento de las víctimas. Los modelos comparados no han resultado del todo atractivos —como el actual modelo adoptado por el sistema europeo— por considerarse que para evitar el congestionamiento se ha limitado el acceso de las víctimas al sistema. Por otro lado, plantear reformas sistemáticas en un contexto político adverso puede llevar a más retrocesos que avances. El proceso de fortalecimiento demostró que hay diversos intereses que apuestan por un debilitamiento del sistema y que tienen un poder considerable en la toma de decisiones regionales. En ese contexto, las reformas deberían quedarse en aquellos escenarios en donde se puedan controlar los posibles resultados de estas discusiones.

Estos argumentos deben ser tenidos en alta consideración. Sin embargo, en el actual estado del sistema, la peor decisión parece ser aquella de dejar todo como está. La promesa del sistema de ser el último recurso de justicia para las víctimas es cada vez más lejana, y sirve menos a las víctimas y al compromiso general de subsidiariedad del sistema.

Las víctimas no solamente deben esperar años para tener decisiones sobre su situación. Además, la duplicidad de procedimientos y los cambios de criterio entre uno y otro órgano llevan a que sus peticiones sean descartadas con base en interpretaciones contradictorias. A menos de que el SIDH funcione como un verdadero sistema, cualquier propuesta de solución no tendrá ningún impacto verdadero. El sistema de casos y peticiones debe verse como un todo e involucrar a los actores del sistema, empezando por los órganos principales de derechos humanos de la OEA.

Ahora bien, teniendo en cuenta la importancia del problema, lo que está en riesgo al promover propuestas de reforma, y la poca información disponible para realizar propuestas concretas, una forma en la que se puede avanzar en esta tarea es en la promoción de un diálogo informado sobre aspectos clave para una formulación de alternativas. Ello pues, en primer lugar, las recomendaciones de gestión para el trámite de casos de cualquier entidad deben hacerse de manera específica cuando se tiene la caracterización de los procesos. En segundo lugar, para hacer recomendaciones adecuadas de gestión se requiere recabar información específica con quienes realizan el trámite del proceso, a fin de identificar los problemas y las estrategias de solución concretas.

Un primer punto para este diálogo debe ser la evaluación de los motivos por los cuales no se cumplieron las metas establecidas en el Plan Estratégico. De la misma manera, esta discusión debería plantearse preguntas sobre el tipo de estrategias de descongestión que podría explorar la CIDH. Un segundo punto de diálogo podría orientarse hacia la evaluación y el análisis de las recomendaciones que han sido formuladas en anteriores investigaciones a la CIDH. Un tercer tema de análisis debería concentrarse en los modelos de gestión diferenciados (pero conectados) entre los trámites administrativos y las decisiones de fondo de los casos. Esto implica identificar las actuaciones que entran a una u otra categoría, y, por otro lado, efectuar un rediseño de procesos cuando se tenga claro qué tipo de actuaciones son las que quedan en uno u otro lado. Finalmente, sin pretender que esta lista es exhaustiva, un punto de partida debe ser el análisis específico de la caracterización de los casos que se tramitan en el sistema para analizar cuáles son las mejores opciones de mejora de gestión.

En definitiva, los problemas del sistema de peticiones y casos son latentes y, lamentablemente, no hay respuestas mágicas para su solución. Cualquier tipo de reforma tiene, además, que enfrentar diversos retos políticos y técnicos. Pero estas dificultades no pueden seguir aplazando una urgente necesidad de intervención. El diálogo técnico puede ayudar [para] avanzar en esta tarea. Negar el problema o simplemente lamentarlo ya no es una opción sostenible.

Referencias

- Abramovich, V. (2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos. Sur*, 6 (11), 7-39.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Plan Estratégico 2011-2015. Parte I. 50 años defendiendo los derechos humanos. Resultados y desafíos. Recuperado de <http://scm.oas.org/pdfs/2011/CP26757S-2.pdf>

Capítulo 16

OTRAS FORMAS O EXPERIENCIAS DE JUSTICIA

A. Los mecanismos de informalización de la justicia en la Constitución de 1991

Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas (2006)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 308-310). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

La Constitución de 1991 prevé espacios informales para la resolución de conflictos.¹ Todos ellos buscan convertirse en alternativas más próximas a la comunidad y al ciudadano ordinario, para que este pueda resolver de manera más rápida y concertada sus conflictos. Algunas de estas figuras han tenido un importante desarrollo legal e institucional. Así, se ampliaron considerablemente las materias sobre las cuales puede recaer la conciliación, como en los conflictos de familia. Igualmente, se estableció que en ciertos casos de demandas contra el Estado también podría operar la conciliación.

Asimismo, se establecieron innovaciones procesales para descongestionar los juzgados, pues se dispuso que en los procesos en que no se hubiera proferido sentencia de primera o única instancia y que versaran sobre materias susceptibles de transacción, no laborales, penales o contencioso-administrativas, las partes, de común acuerdo, pueden pedir al juez que se someta el asunto a conciliación y, en caso de que esta fracase, a arbitramento.

Por otro lado, y con el fin de desarrollar las anteriores reformas, se autorizó la creación de centros de conciliación y arbitramento en entidades no

1 (N. del E.) Sobre informalización de la justicia, consúltense también García Villegas y Uprimny (2006, pp. 254-258), Uprimny (1994) y Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006, pp. 308 y ss.).

estatales, como los colegios de abogados, las cámaras de comercio, los consultorios jurídicos y otras entidades similares. También se autorizó la creación de conciliadores en equidad ante los cuales se pueden tramitar todas las materias susceptibles de transacción. Y se aprobó la figura de los jueces de paz, de elección popular, que entrarán a funcionar próximamente.

Finalmente, al lado de lo anterior, se han diseñado en algunas ciudades programas de casas de justicia (Pearson, 1997), que equivalen a los juzgados “multipuertas” de otros países, y que pretenden que las personas de barrios pobres puedan encontrar, cerca de su residencia, no solo jueces y fiscales ante quienes tramitar sus demandas, sino también un abanico de mecanismos extra-judiciales de resolución de los litigios, como la conciliación y la mediación. Estas casas de justicia buscan no solo descentralizar la oferta judicial, a fin de hacerla más accesible a los sectores populares, sino también articular elementos de justicia “formal” con el desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y prácticas de justicia comunitaria.²

Estas reformas no solo han dado algunos resultados positivos, sino que tienen potencialidades democráticas, puesto que en parte restituyen a la comunidad y a los ciudadanos la capacidad para arreglar de manera voluntaria sus propios litigios, con lo cual a su vez se descarga al aparato judicial.

Pero tienen también riesgos antidemocráticos, en la medida en que el criterio central ha sido simplemente descongestionar los tribunales por su incapacidad para procesar todos los casos que debían conocer. Es, entonces, una estrategia que funciona más en beneficio de los operadores de la justicia, que en el de sus usuarios. En lugar de fortalecer el sistema judicial para que tramite adecuadamente los conflictos entre todos los ciudadanos, la estrategia pareciera ser la de excluir los conflictos de los pobres del acceso a los jueces. Se crea una justicia “administrativizada” de segunda para los pobres, mientras se reserva la justicia judicial a los estratos medios y altos de la población, con lo cual se viola el principio constitucional de acceso a la justicia, que es uno de los elementos medulares del Estado social de derecho.

Los procesos de “informalización” no deben hacerse como un simple mecanismo para descargar al poder judicial de sus obligaciones constitucionales, sino que deben estar acompañados del principio del acceso a la justicia.³

2 (N. del E.) Para una breve evaluación del funcionamiento actual de las casas de justicia en Colombia, véase el capítulo 16 (C) de esta compilación.

3 (N. del E.) Sobre los riesgos y las potencialidades de la justicia informal, véanse el capítulo 16 (B) de esta compilación y Uprimny Yepes (1998). Sobre los problemas de acceso que

Referencias

- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). Sistema judicial y conflicto armado en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 235-262). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Pearson, A. (1997). *Evaluación preliminar sobre el desarrollo de Casas de la Justicia en Ciudad Bolívar en Bogotá y el distrito de Aguablanca*. Bogotá.
- Uprimny, R. (1994). Justicia y resolución de conflictos: la alternativa comunitaria. *Pensamiento Jurídico*, (1), 71-103. Recuperado de http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38890/pdf_293
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny Yepes, R. (1998). Justicia y conflicto en Colombia: alcances y límites de la informalización de la justicia. *Justicia y Desarrollo*, 3.

aquejan al sistema judicial colombiano, véanse los capítulos 7 (I) y 19 (A) de esta compilación.

B. Los riesgos y las potencialidades de la justicia informal¹

Rodrigo Uprimny Yepes (2001)

Extractos tomados de:

Uprimny, R. (2001). Jueces de paz y justicia informal: una aproximación conceptual a sus potencialidades y limitaciones. En VV.AA., *Los medios alternativos de resolución de conflictos*. Barquisimeto: XXVI Jornadas J. M. Domínguez Escobar. Colegio de Abogados del Estado de Lara. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.51.pdf

En las últimas décadas, en la mayoría de los países de América Latina se han impulsado mecanismos tendientes a la desprofesionalización y desjudicialización de la resolución de los conflictos entre los ciudadanos, como la conciliación, el arbitraje, la mediación, las casas de justicia o los jueces de paz, entre otros.² Todos estos mecanismos —a pesar de sus diferencias— comparten un propósito y un diagnóstico. Todos ellos parten de una cierta desconfianza frente a la justicia formal del Estado puesto que no la consideran un instrumento eficaz, transparente y adecuado para zanjar las controversias cotidianas de los ciudadanos. Todos ellos buscan, entonces, ser alternativas más próximas a la comunidad y al ciudadano ordinario para que este pueda resolver de manera más rápida sus conflictos.

Estos mecanismos tienen potencialidades democráticas pero presentan también riesgos y limitaciones importantes, por lo cual su puesta en marcha ha suscitado importantes controversias. La finalidad de este texto es intentar situar el debate contemporáneo sobre estos instrumentos, [...]. Comenzaré, entonces, por i) recordar las razones del auge de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos o formas de justicia informal o comunitaria, por citar

1 Este texto se basa en trabajos realizados anteriormente por el autor, en especial en los siguientes: Uprimny (1993, 1994, 2000).

2 (N. del E.) Para un breve acercamiento a las características y el funcionamiento actuales de las casas de justicia en Colombia, véase el capítulo 16 (C) de esta compilación.

las denominaciones más usuales, para luego señalar ii) sus potencialidades pero también sus limitaciones y riesgos, lo que me llevará a iii) pensar en propuestas para potenciar las virtudes de esos mecanismos y disminuir sus peligros.

1. Las razones del auge de la justicia informal

Mi hipótesis de partida es [...] que inevitablemente seguirán existiendo formas de justicia comunal porque hay una cantidad considerable de conflictos que no son, ni pueden ser, adecuadamente resueltos por la justicia estatal. Una obvia pregunta surge: ¿cuáles son las razones para que esas disputas no puedan ser tramitadas satisfactoriamente por las autoridades judiciales oficiales? Los factores son múltiples pero creo que, por razones metodológicas, podemos englobarlos en tres grandes categorías: i) por una serie de obstáculos a la entrada, que impiden que ciertos conflictos accedan al aparato judicial; ii) por una serie de disfuncionalidades del aparato judicial formal del Estado, que hace que este resuelva inadecuadamente ciertas disputas; y, más específico en el caso de ciertos países,³ iii) por una serie de distorsiones de la política judicial que pueden acentuar esas dificultades del aparato judicial formal. Veamos pues cómo esos factores obstaculizan la adecuada resolución judicial de muchos conflictos sociales.

La sociología jurídica ha detectado numerosos tipos de obstáculos para que ciertas disputas accedan a la administración de justicia formal. No pienso describir sistemáticamente esas barreras, sino simplemente señalar unas pocas, que nos den una idea del fenómeno.

En primer término, hay trabas económicas que dificultan un trámite adecuado de los conflictos de baja cuantía, pues la relación entre el costo judicial y el valor del litigio aumenta cuando disminuye el valor de las pretensiones, por lo cual el proceso resulta proporcionalmente más caro para los sectores populares.

En segundo término, existen obstáculos de tipo espacial, de suerte que para muchos usuarios acudir a los despachos judiciales demanda una gran cantidad de tiempo, y muchas personas de escasos recursos no pueden disponer de él, por cuanto se encuentran en la lucha diaria por la subsistencia. Pero es más, existen muchos lugares a donde simplemente no llega el aparato judicial estatal.⁴

3 (N. del E.) Sobre las disfuncionalidades del sistema judicial colombiano, consúltense los capítulos 7 y 8 de esta compilación.

4 (N. del E.) En los capítulos 6 (B) y 9 (II) de esta compilación se estudia la enorme bre-

En tercer término, podemos agregar la existencia de barreras temporales y procesales, que hacen que el trámite judicial de muchos conflictos, que las personas esperan que sean resueltos rápidamente, pueda tomarse tres, cuatro o cinco años, en el mejor de los casos. No es pues extraño que muchos ciudadanos de nuestro país se abstengan de acudir al aparato judicial debido a la percepción negativa que tienen acerca de la complejidad y lentitud de los trámites.

En cuarto término, existen barreras educativas y de asesoría técnica. Así, la sociología jurídica ha mostrado que, debido a su falta de conocimientos jurídicos y de recursos profesionales, los sectores populares recurren mucho menos a la justicia, incluso cuando tienen derecho a hacerlo.

Finalmente, ciertos tipos de conflictos tienen muchas dificultades, por su propia naturaleza, para ser adecuadamente resueltos por la justicia formal; tal sucede, por ejemplo, con muchas disputas comunitarias y colectivas, ya que la justicia del Estado liberal de derecho fue diseñada fundamentalmente para resolver conflictos interpersonales.

Las barreras a la entrada, por utilizar el argot de los economistas, impiden entonces que un número considerable de litigios accedan al aparato judicial en nuestros países. Ahora bien, uno podría argumentar que esos problemas de acceso a la justicia pueden ser enfrentados removiendo esos obstáculos a la entrada y ampliando la oferta judicial. En otros casos, el aumento de los recursos para la rama judicial⁵ o el mejoramiento de la eficiencia de los jueces en la resolución de los casos puede también facilitar el acceso a la justicia para los ciudadanos.

Sin embargo, la estrategia de ampliación del aparato estatal es insuficiente, al menos por dos razones: de un lado, en las actuales coyunturas fiscales de nuestros países, no es realista pensar que vaya a haber un aumento muy significativo del gasto en justicia puesto que nuestros Estados tienen que satisfacer muchas otras necesidades (salud, educación, vivienda, etc.), en un contexto de enormes restricciones presupuestales. Y, de otro lado, porque esa estrategia de aumento de la oferta judicial puede ser contraproducente, en determinados casos. En efecto, en ciertos eventos, si los conflictos accedieran al aparato estatal, sería peor, porque muchas veces la respuesta de la administración de justicia formal es, como dirían los sociólogos “funcionalistas”, disfuncional, o

cha regional que existe en Colombia en materia de presencia y eficacia judicial.

5 (N. del E.) Sobre la situación presupuestal del sistema judicial colombiano, consúltense los capítulos 8 (B) y 19 (C) de esta compilación.

sea, agrava el conflicto en vez de mejorarlo. Por ejemplo, piensen ustedes que exista una diferencia muy fuerte entre lo que establece el derecho estatal y el criterio de justicia de las comunidades; en ese contexto, permitir que esos conflictos accedan a un aparato judicial, que se funda en valores distintos a los de la comunidad, en vez de mejorar las condiciones de convivencia, puede generar nuevos conflictos más graves.

La crisis de la justicia como mecanismo de solución de las pequeñas controversias entre los ciudadanos es un fenómeno bastante universal, que parecería derivar de deficiencias estructurales del derecho liberal para enfrentar la conflictividad en las modernas sociedades de masas. Esto explicaría que ciertas orientaciones de las reformas a la justicia, y en particular su informalización, se encuentren en varios países, tanto desarrollados como subdesarrollados. Sin embargo, estos problemas de acceso y de disfuncionalidad del aparato judicial pueden agudizarse en ciertos países por algunas características específicas de su evolución cultural y de las transformaciones de sus sistemas político y judicial. Por ejemplo, en Colombia, un factor que agravó la crisis de la justicia fue que, durante muchos años, el Estado centró su interés en la reorganización de los aparatos judiciales de excepción necesarios para reprimir el enemigo político de turno: movimientos cívicos y populares, guerrillas, narcotráfico.⁶ Así, la justicia, vista como un soporte de los operativos bélicos liderados por el Ejecutivo, perdió cada vez más su capacidad de resolver adecuadamente los conflictos sociales cotidianos. Su permanente utilización con criterios excepcionales, en el empeño por combatir en forma bélica grandes desafíos, ha impedido que ella cumpla su propio papel regulador de la convivencia ordinaria y ha acentuado así las causas de la guerra y la violencia entre los colombianos.

2. Posibilidades, limitaciones y riesgos de la justicia informal

Constatada la necesidad de la justicia comunitaria, el interrogante natural que surge es el siguiente: ¿conviene o no permitir que esta se desarrolle espontáneamente, sin ningún tipo de orientación jurídica ni estatal? La respuesta no es fácil pues la justicia informal tiene potencialidades democráticas pero presenta también riesgos, que no son deleznable, como lo veremos a continuación.

Simplificando, creo que estos mecanismos son importantes porque generan paz y fortalecen la democracia. Así, de un lado, la justicia comunitaria

6 (N. del E.) Sobre los efectos del abuso de la figura del estado de excepción en Colombia, véase el capítulo 10 (I-D) de esta compilación.

representa un mecanismo de pacificación, que debería permitir reducir la violencia, en la medida en que genera nuevos espacios, como señala Edgar Ardila, consensuales y constructivos (1999, pp. 56 y ss), para ventilar litigios que antes no tenían formas adecuadas de resolución. En efecto, esa incapacidad de la justicia formal para solucionar muchos conflictos cotidianos no solo le resta credibilidad y legitimidad, sino que puede alimentar la violencia, especialmente en los sectores populares. Esos litigios no resueltos, a pesar de tener un bajo valor económico, tienen una gran significación vivencial para las personas involucradas; es más probable que genere violencia una disputa en torno a 200 dólares entre personas que ganan el salario mínimo —conflicto que nunca llegará a los tribunales por su escaso monto— mientras que un debate en torno a cien mil dólares entre personas de altos ingresos es fácil que sea resuelto de manera pacífica por un juez civil.

De otro lado, estos procesos [de informalización de la justicia] incrementan la democracia, y ello al menos por cuatro razones: i) porque acercan la justicia a los criterios populares de equidad; ii) porque son procesos participativos, pues restituyen a las personas y a las comunidades la capacidad de resolver sus propias controversias, ya que en general las decisiones se fundan en el asentimiento de las partes involucradas; iii) porque se fundan en el consenso, en la búsqueda de acuerdos, con lo cual incrementan la deliberación democrática, puesto que los ciudadanos deben aprender a defender los derechos propios pero reconociendo la legitimidad de los derechos ajenos; y iv) finalmente, porque, como lo han mostrado los llamados enfoques “transformadores” en el campo de la mediación, una solución conciliada de un conflicto tiende a fortalecer dos virtudes democráticas esenciales para un ciudadano: su autonomía, pues le enseña a manejar sus propios problemas, pero también la búsqueda del acuerdo obliga a la persona a comprender al otro y a expresar preocupación y consideración por sus intereses y valores, lo cual la vuelve más compasiva, solidaria y con capacidad de reconocimiento del valor de las diferencias y del pluralismo.

Pero hay más. La justicia informal también puede permitir una cierta descongestión de los tribunales de controversias que, por sus características, no conviene que reciban un tratamiento judicial. Este alivio de la carga de trabajo de los jueces podría permitir que el aparato judicial se tornara más eficaz para solucionar otros conflictos que sí requieren intervención judicial. El acceso a la administración de justicia, y su credibilidad y legitimidad, deberían verse incrementados, lo cual redundaría en beneficio de la democracia y la paz en nuestras sociedades.

La justicia informal tiene entonces virtudes democráticas indudables. Sin embargo, sus limitaciones y riesgos son también considerables. Así, estas formas de resolución de conflictos operan adecuadamente solo en determinados contextos, por lo cual suelen no ser viables en otros escenarios. En particular, numerosas investigaciones empíricas han concluido que el presupuesto para que funcionen justicias consensuales es la existencia de una sociedad civil vigorosa, que se funde en valores compartidos. Ahora bien, muchas de nuestras sociedades se encuentran fracturadas culturalmente, ya sea por fenómenos de violencia o por la coexistencia de estructuras sociales y grupos muy heterogéneos, de suerte que prácticamente no existen comunidades, en el verdadero sentido del término, lo cual dificulta mucho la puesta en marcha exitosa de formas de justicia comunal.

Pero no solo existen escenarios en donde las propuestas de justicia informal pueden ser ilusorias, por cuanto tienen muy pocas posibilidades de funcionar, sino que incluso la cuestión es más grave: en determinados casos estas estrategias operan, pero, en vez de contribuir a democratizar la sociedad, lo que hacen es perpetuar situaciones de dominación y exclusión. Y es que los riesgos de estos procesos no son para nada deleznable.

Así, el primer peligro de los mecanismos informales es que su desarrollo puede generar resultados injustos, ya sea para las propias partes, cuando hay desigualdad entre ellas, o ya sea para terceros que no participan en las negociaciones. Así, la justicia comunitaria, cuando hay profunda desigualdad entre las partes, tiende a darle la victoria a los más poderosos, como lo demuestran distintos estudios empíricos. Y, en otros eventos, dos personas pueden llegar a un acuerdo que sea adecuado y útil para ellas; sin embargo, ese pacto puede tener efectos desastrosos para otras personas, que no pueden incidir en el desarrollo de las conversaciones. En tales casos, la informalización puede tener efectos perversos, al legitimar acuerdos que son convenientes para los partícipes, pero que tienen resultados globales injustos. Esto muestra que la justicia comunitaria no siempre es muy justa.

De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, en ciertos contextos, la justicia informal puede degenerar en prácticas despóticas de venganza y violencia entre los pobladores. En especial, la justicia comunitaria de tipo sancionador puede ser muy problemática pues carece de las condiciones necesarias —neutralidad, independencia, respeto al diferente, etc.— para imponerse como un sistema legítimo de imposición de castigos, por lo cual el rechazo sistemático de la policía y de los jueces puede conducir a prácticas de justicia comunitaria

caracterizadas por la intolerancia y la eliminación del agresor (limpieza social), aun tratándose de miembros de la misma comunidad. Por ello, la justicia comunitaria debe estar inserta en una sociedad organizada por un sistema constitucional de protección de derechos. Esto muestra, entonces, que la justicia no puede ser solamente comunitaria, a riesgo de dejar de ser justicia.

En tercer término, la justicia informal puede trivializar las demandas ciudadanas de cambio social. Hace un cierto tiempo, algunas perspectivas radicales criticaban el reformismo político porque decían que era un mal sustituto de la revolución, por cuanto la puesta en marcha de cambios puntuales postergaba el logro de las transformaciones verdaderamente importantes y estructurales de la sociedad. Con ese criterio, podría uno entonces criticar a la justicia comunitaria, porque esta puede operar incluso como un sustituto de las reformas sociales, al desagregar las demandas ciudadanas frente a problemas estructurales de inequidad y discriminación, los cuales deberían ser enfrentados por medio de decisiones de justicia estatal o de reformas políticas, y no como acuerdos intersubjetivos entre las partes. Por ello, la justicia informal puede bloquear ciertas reformas, que son necesarias en términos de justicia social, al evitar el pronunciamiento de los tribunales sobre estos aspectos. Todo esto muestra que la justicia comunitaria no siempre es progresista.

En tal contexto, y en cuarto término, estos procesos de informalización también pueden operar como un mecanismo sutil para desactivar ciertos movimientos de organización comunitaria, en la medida en que se obliga a los movimientos sociales a pasar por determinados cauces jurídicos y formas institucionales. La justicia comunitaria sería entonces un dispositivo para judicializar la participación social y hacerle perder así su carácter comunitario. Así, la justicia comunitaria no siempre es tan comunitaria como se piensa.

Por último, estos procesos pueden legitimar una descarga de las obligaciones que tiene el Estado social de brindar el servicio público de administración de justicia, con lo cual se produce una discriminación inconstitucional entre los ciudadanos: habría entonces una justicia judicial de primera, que opera para los ciudadanos más pudientes, mientras que estos mecanismos informales constituirían una justicia de segunda para los pobres y marginados. Los procesos de informalización, en vez de operar como una nueva oferta de servicios judiciales, se traducen en un nuevo obstáculo al acceso a la justicia. De esta manera, la justicia comunitaria no siempre es igualitaria ni equitativa.

Los anteriores factores hacen que lo que normalmente constituye una de las grandes ventajas de estos mecanismos —su informalidad— se convierta en

un peligro, por la eliminación de las garantías y la vulneración de los derechos ciudadanos. No debemos olvidar que las formalidades —que no el ritualismo— tienen en su origen un rol garantista. No por casualidad afirmaba Montesquieu que “las formalidades de la justicia son necesarias a la libertad”.

3. Elementos para el desarrollo de la justicia comunitaria

Es importante [...] comprender que la justicia comunitaria no sirve para todo, pues no es adecuada para enfrentar ciertos conflictos. Por consiguiente, es necesario desarrollarla por medio de estrategias que potencien sus virtudes democráticas y pacificadoras, y reduzcan sus riesgos antidemocráticos. No creo que existan fórmulas claras ni mágicas en este aspecto; sin embargo, me permito ofrecer, para la discusión, algunas líneas de reflexión y de trabajo, que considero que pueden ser útiles.

En primer término, creo que nuestro horizonte teórico y práctico debe ser el siguiente: la informalización de la justicia es interesante, siempre y cuando esta se piense en términos de democratización de la resolución de los conflictos. Esto significa que no basta decir que hubo un progreso por cuanto algunos procedimientos judiciales fueron simplificados o se sustrajo del aparato judicial el conocimiento de un litigio. Lo importante es determinar si esa informalización contribuyó a la democracia o no.

En segundo término, es importante articular, hasta donde sea posible, los procesos de informalización con movimientos comunitarios y estímulos a la participación ciudadana. Por ejemplo, todo indica que una de las virtudes que han tenido algunas de las casas de justicia en Colombia es que, si bien están conformadas por entidades estatales, han logrado insertarse en algunas dinámicas comunitarias, gracias a la actividad creativa de algunos de los funcionarios de esas casas.

En tercer término, los procesos de desarrollo de formas comunitarias de justicia no deben ser desvinculados de la puesta en marcha de estrategias de reconstrucción y democratización del aparato judicial formal. Así, como ya lo señalé, la ausencia de una justicia estatal eficaz y democrática aumenta considerablemente los riesgos de que la justicia comunitaria evolucione en forma perversa y se convierta en un instrumento despótico y autoritario. Pero, igualmente, muchas investigaciones han mostrado que la eficacia de la justicia formal estimula ciertos mecanismos de resolución alternativa de conflictos como la conciliación, pues las partes saben que si no llegan a un acuerdo, de todos

modos habrá una decisión rápida de la controversia por parte de un juez, lo cual incentiva a las personas a encontrar ellas mismas una solución. La justicia informal no debe entonces ser vista como sustituta, sino como complementaria de la justicia estatal formal.

En cuarto término, el desarrollo de la justicia comunitaria debe ser concebido como un proceso permanente de aprendizaje, a fin de evitar un excesivo gusto por la novedad que termine por cancelar y dejar de lado experiencias previas exitosas, únicamente por el prurito, de parte de algunas agencias estatales o privadas, de incorporar una nueva herramienta o institución. Por ello es necesario diseñar mecanismos de evaluación permanente de las distintas formas de resolución alternativa de los litigios, con el fin de contar con elementos empíricos que permitan decidir cuáles instrumentos funcionan adecuadamente, y deben ser fortalecidos, y cuáles, por el contrario, no dan los resultados esperados, y deben entonces ser reformados o abandonados.

Lo anterior nos conduce a una quinta idea, que es fácil de formular pero muy difícil de implementar y es esta: la puesta en marcha de formas de justicia comunitaria debe ser entendida, desde el Estado, como una política pública global, y desde las comunidades, como una forma de creación de movimiento social. La justicia es una tarea que no se logra, de manera concomitante, sin la realización de otras tareas, tan complejas o aún más complejas que ella, que a falta de términos más específicos podemos denominar como procesos de construcción social e institucional. Esto significa que, en lo posible, la justicia comunitaria debe estar articulada al conjunto de las dinámicas locales, pues para que brinde sus potencialidades pacificadoras y democratizadoras, los distintos mecanismos no pueden ser desarrollados en forma aislada. De igual manera, la justicia comunitaria debe vincularse a ciertos procesos globales.

Finalmente, como es obvio, una reflexión ineludible y permanente es la evaluación de los tipos de conflictos que deben pasar por el aparato judicial y [los que] no, de acuerdo con sus características. Así, puede sostenerse que las disputas de menor incidencia, esto es, aquellas que se circunscriben a bienes transables o, incluso, las que ven afectado un interés público pero cuya denuncia o trámite resulta aún más costosa para la víctima, pueden eventualmente quedar libradas a la voluntad de las partes, o ser resueltas al margen de la función judicial. En cambio, ameritan trámite judicial aquellos conflictos que involucren un interés general relevante, por los bienes o principios que afectan, o por los sujetos involucrados. Esto significa que es necesario establecer una cierta jerarquización de los conflictos en virtud de su distinta relevancia

pública, pero tal definición debe ser no solo objeto de debate democrático, sino que tiene, además, que articularse a estrategias de acceso a la justicia, porque uno de los grandes defectos de las reformas judiciales en el país es que han sido pensadas desde la oferta —desde los operadores— y no desde la demanda —desde los usuarios—.

[Para concluir, cabe agregar] que un último gran reto para potenciar las virtudes democráticas de la justicia comunitaria consiste en lograr una aproximación distinta al conflicto, que permita una reconstrucción democrática de nuestras sociedades a partir de una valoración positiva de las controversias, como un espacio de divergencias, que pueden ser tramitadas y resueltas pacíficamente. Esto significa que la mejor forma de enfrentar los dilemas muy serios que plantean quienes son críticos, y con razones importantes, de las justicias informales, es afirmando que la participación social y el debate para resolver los conflictos permiten construir democracia y afianzar la paz.

Así, Albert Hirshman, retomando la idea de Marcel Gauchet y Helmut Dubel al respecto, considera que la integración social en la democracia se logra, no negando el conflicto, sino gracias a la experiencia del mismo, pues los lazos comunitarios se refuerzan debido a que los seres humanos, luego de confrontarse, terminan por construir un orden democrático cohesivo, al constatar que el conflicto puede ser regulado, sin que tenga que traducirse obligatoriamente en guerras y violencias. Y en este campo la justicia comunitaria en particular, y el derecho en general, pueden jugar un papel muy interesante. La concepción elaborada en el siglo pasado por el gran jurista alemán Rodolfo von Ihering sigue teniendo plena actualidad, y es la idea de que el derecho encierra una antítesis inseparable: la lucha y la paz; la paz es la finalidad del derecho, pero la lucha es el medio para alcanzarla. Estas palabras ilustran la manera como pueden y deben operar estos mecanismos de justicia comunitaria. Su finalidad es la paz, pero solo pueden lograr tal cometido si reconocen el conflicto y la lucha, y a partir de ellos construyen procesos de paz y de democracia.⁷

7 (N. del E.) Sobre informalización de la justicia, consúltense también García Villegas y Uprimny (2006, pp. 254-258), Uprimny (1994) y Uprimny, Rodríguez Garavito y García Villegas (2006, p. 308 y ss.). Sobre los riesgos y las potencialidades de la justicia informal, véase Uprimny Yepes (1998). Es necesario advertir, finalmente, que en esta selección de extractos se ha dejado por fuera una sección gruesa del texto original, en la cual se defiende la figura de los jueces de paz como un entronque necesario y conveniente entre justicia comunitaria y justicia oficial.

Referencias

- Ardila, E. (1999). Hacia un modelo de justicia desde la comunidad. *Justicia y Desarrollo. Corporación Excelencia en la Justicia*, (10), 54–63.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). Sistema judicial y conflicto armado en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 235-262). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C. y García Villegas, M. (2006). Justicia, democracia y violencia en Colombia: la evolución del sistema judicial en las últimas dos décadas. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 265-317). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Uprimny, R. (1994). Justicia y resolución de conflictos: la alternativa comunitaria. *Pensamiento Jurídico*, 1, 71-103. Recuperado de http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38890/pdf_293
- Uprimny Yepes, R. (1998). Justicia y conflicto en Colombia: alcances y límites de la informalización de la justicia. *Justicia y Desarrollo*, 3.
- Uprimny, R. (1993). Jueces de paz, resolución de conflictos y democracia en Colombia. Bogotá: PNUD, PNR (mimeo).
- Uprimny, R. (2000). ¿Son posibles los jueces de paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos? *Pensamiento Jurídico*, 18. Bogotá: Universidad Nacional. Recuperado de http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39238/pdf_421

C. Características y funcionamiento de las casas de justicia¹

Mauricio García Villegas y Carolina Villadiego Burbano (2015)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. y Villadiego Burbano, C. (2015). Casas de justicia: una buena idea mal administrada. Razón Pública. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/8401-casas-de-justicia-una-buena-idea-mal-administrada.html>

1. Justicia fuera de la Rama Judicial

El año pasado, la Rama Judicial estuvo en paro durante varios meses. Esto perjudicó tanto a los ciudadanos que estaban privados de su libertad o que necesitaban resolver sus conflictos judiciales, como a las personas y entidades públicas que litigan ante la rama.

Sin embargo, un paro judicial no significa que dejen de prestarse todos los servicios de justicia en Colombia. Es más, una porción importante de dichos servicios está por fuera de la Rama Judicial, y esto sucede con las casas de justicia, de las cuales hablaremos aquí.

Según un estudio de Dejusticia, a partir de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas (ENNJ), los colombianos recurren más a las autoridades administrativas que a las judiciales cuando apelan al Estado para la solución de sus conflictos (La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora y Uprimny, 2014).² Así lo hizo

1 (N. del E.) Los resultados completos de esta investigación pueden consultarse en García Villegas, Espinosa Restrepo, Lalinde Ordóñez, Arroyave Velásquez y Villadiego Burbano (2015).

2 (N. del E.) El estudio de Dejusticia que aquí se cita está parcialmente reproducido en los capítulos 7 (I-B), 7 (II-B) y 19 (A) de esta compilación.

un 67,9 % de la población general en el año 2013, un 58,5 % de la población en extrema pobreza y un 72,2 % de la población discapacitada.

Una de tales entidades “administrativas” son las casas de justicia. Según la ENNJ, el 77,9 % de la población conocía su existencia.

2. Las casas

Las casas de justicia son centros que reúnen distintas agencias del Estado, nacionales y locales, para ofrecer servicios de justicia en forma coordinada.

La idea fue propuesta en 1976 por Frank Sander, un profesor de Harvard especializado en mecanismos para la resolución alternativa de conflictos, y fue adoptada por países como Francia, como una forma de brindar acceso a la justicia en zonas altamente conflictivas.

En otras partes del mundo existen instituciones similares, aunque sus objetivos pueden ser diferentes. En América Latina, estos centros se han creado con dos grandes propósitos: concentrar en un solo lugar la oferta de servicios estatales de justicia en zonas vulnerables, y fomentar el uso de mecanismos alternativos para la resolución de los conflictos.

En Colombia existen actualmente más de cien casas de justicia. Las primeras fueron creadas durante la década de los noventa y se concentran en zonas estratégicas. Los centros surgen por iniciativa de los gobiernos municipales y son coordinados por el Ministerio de Justicia, que fija sus lineamientos generales.

En 2013, las casas de justicia recibieron 183.401 solicitudes. Las mujeres fueron sus usuarias principales y el motivo más común para solicitar servicios ante ellas fueron los conflictos familiares, aunque no es posible precisar de cuáles tipos de conflictos se trataba. Las entidades que recibieron más solicitudes fueron las comisarías de familia (con competencia para resolver conflictos de índole familiar) y las inspecciones de policía (competentes para promover la convivencia pacífica).

3. Algunas dificultades

La creación de nuevas casas de justicia no ha respondido a una planeación seria ni basada en el análisis de la conflictividad territorial. Además, el repertorio y la cobertura de los servicios varían bastante entre uno y otro centro, puesto que dependen de la voluntad de las instituciones involucradas.

En general, las comisarías de familia y las oficinas de coordinación son las entidades con mayor presencia en las localidades, junto con la Fiscalía y la

Defensoría del Pueblo como representantes de la Nación. Pero por regla general no hay jueces en las casas de justicia, lo que no deja de ser paradójico.

Agrupar los servicios de justicia tiene grandes ventajas, como concentrar su oferta en un solo lugar. Pero si no existe coordinación efectiva ni hay acuerdos mínimos sobre los servicios que deben brindarse, dicha agrupación tiene desventajas como que:

- Las casas tienden a convertirse en simples espacios físicos donde confluyen varias instituciones, pero no en instrumentos para la provisión integrada de los servicios de justicia.
- No se utilicen modelos adecuados de gestión.
- No existan incentivos para recolectar información confiable, completa y sistemática, de modo que no es posible evaluar con rigor la eficacia del programa.

Por otro lado, aunque las casas de justicia prestan servicios de conciliación en derecho y en equidad que sin duda benefician al usuario, estos servicios tienen varios problemas; por ejemplo:

- Hay confusión entre la conciliación en derecho y en equidad.
- No se articulan debidamente estos dos mecanismos.
- Falta control en el ejercicio de la conciliación en equidad, pues algunos conciliadores intervienen en controversias sobre las cuales carecen de competencia.
- Faltan incentivos adecuados para los conciliadores en equidad que ejercen sus funciones de manera gratuita.

4. Recomendaciones

Las casas de justicia reflejan la arquitectura compleja del sistema de justicia en Colombia. Son una iniciativa especialmente valiosa en un país donde hace tanta falta mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia. Pero, al igual que cualquier otra herramienta de acción pública, esta idea debe ser analizada con detenimiento, y tanto sus objetivos como sus estrategias y su diseño organizacional deben estar sujetos a revisión permanente.

Además, las casas deberían rendir cuentas para que la ciudadanía conozca sus funciones y resultados, incluyendo sus costos de inversión y de funcionamiento. Su sistema de información no solo debe ocuparse de las solicitudes y los trámites internos, sino también del contexto social, de las necesidades jurídicas de la población local y de la oferta judicial que existe en el territorio donde operan. La información, por supuesto, necesita ser confiable y detallar el

contenido de las solicitudes recibidas, la atención y el seguimiento de los servicios prestados.

Las casas deben ser lugares donde se resuelven conflictos ciudadanos mediante acciones concertadas y organizadas, no apenas simples espacios donde confluyen diversas entidades oficiales, y deben responder a las necesidades jurídicas específicas del territorio donde se encuentren. Bien orientadas, las casas podrían mejorar la prevención, aumentar la oferta de justicia, coordinar los servicios y fortalecer la justicia en equidad.

No menos, importa repensar el diseño organizacional de las casas de justicia, para lo cual convendría:

- Pensar en un sistema de coordinación efectiva entre las casas de justicia del país, que tenga facultades de planeación estratégica.
- Pensar en modelos diversos para adaptarse mejor a las cambiantes necesidades de justicia local.
- Coordinar estas acciones con otros programas o políticas relacionadas.

Las acciones antedichas permitirían que las casas ayuden a consolidar la presencia estatal en el territorio, particularmente en la periferia, donde es fundamental fortalecer las instituciones de justicia.

Referencias

- García Villegas, M., Espinosa, J. R., Lalinde Ordóñez, S., Arroyave, L. y Villadiego Burbano, C. (2015). *Casas de Justicia. Una buena idea mal administrada*. Documentos 23. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.761.pdf
- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf

D. La justicia penal comunitaria en cuatro barrios de Bogotá y los tipos de justicia privada

Mauricio García Villegas (2000)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. (2000). Justicia penal comunitaria en Bogotá. *Pensamiento Jurídico* (12), 167-208. Recuperado de <http://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39232>

En 1997, el Ministerio de Justicia contrató al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes (Cijus) para llevar a cabo un proyecto de investigación sobre justicia comunitaria en barrios marginados del sur y sur-oriente de la ciudad de Bogotá. El proyecto tuvo por objeto identificar mecanismos informales de justicia que pudieran ser comparados con el funcionamiento de centros de conciliación previstos por la Alcaldía y la Cámara de Comercio para ser instalados en estos mismos barrios a finales del año 1998. El texto que sigue a continuación recoge mis impresiones sobre la justicia comunitaria en barrios marginados del sur de Bogotá, a partir del trabajo con los investigadores del proyecto durante la última etapa del mismo y sobre todo a partir de la lectura e interpretación de su propio trabajo etnográfico.¹

En lo que sigue trato los siguientes puntos: en un primer apartado [...] hago una descripción de cuatro barrios estudiados en el proyecto y de sus características más sobresalientes. Posteriormente, expongo una clasificación de tipos de justicia privada y finalmente extraigo algunas conclusiones.

1 (N. del E.) Es necesario llamar la atención sobre el hecho de que el texto original contiene múltiples notas al pie, en las cuales se transcriben fragmentos de entrevistas que soportan cada uno de los diagnósticos aquí recogidos. Por razones de espacio, se han omitido esas valiosas notas al pie, pero se recomienda enfáticamente su consulta para quien pretenda ahondar en los detalles y las reflexiones de este artículo.

1. Casos

A continuación hago una descripción de cuatro barrios.²

1.1. Caso 1: Tibabuyes

Durante los años setenta, Tibabuyes empezó a ser un sitio atractivo para las poblaciones migrantes hacia Bogotá. La legalización del barrio solo se produjo en 1980. Jorge Rojas, uno de los pioneros del barrio y líder de la JAC [Junta de Acción Comunal] con vínculos políticos de la capital, logró la construcción de una escuela, de los cimientos de la parroquia del barrio, así como los primeros servicios públicos.

Los habitantes que fundaron el barrio aprecian la ayuda de la Junta de Acción Comunal así como la de los políticos. No obstante, reconocen que la cohesión de la comunidad alrededor de la Junta en aquel entonces era mayor que hoy en día, debido a que inicialmente todos los habitantes dependían de ella para la satisfacción de sus necesidades más básicas. [En efecto, a mediados de los ochenta] había una fuerte integración comunitaria en torno a las necesidades básicas. Este entusiasmo se ha ido desvaneciendo: por una parte, pocos habitantes participan de modo activo en la Junta y, por otra, cada uno tiende a solucionar sus conflictos de manera autónoma; la mayoría ha perdido la memoria del proceso de creación del barrio y por eso, creen algunos, predominan los intereses dispersos e individuales.

1.1.1. La erradicación de las pandillas

La falta de cohesión social de Tibabuyes, sin embargo, no fue un obstáculo para que, a finales de la década anterior y a principios de esta, la comunidad lograra consolidar una singular reacción ante el crimen. Esta reacción fue promovida por la comunidad —liderada por el actual presidente de la Junta, Melquisedec Cenón— y contra la pandilla entonces reinante en el barrio —compuesta por jóvenes de adentro y de afuera de Tibabuyes—. Estas acciones se llevaron a cabo —según los mismos líderes locales— con el fin de disuadir a los nuevos habitantes provenientes de afuera e inclinados al delito de que permanecieran en el barrio. No hay claridad respecto a la manera como se logró esta expulsión, pero

2 Otros barrios estudiados no serán incluidos, bien porque sus características y tipo de justicia están comprendidas en uno de los barrios escogidos o bien porque la investigación no se pudo llevar a cabo con el rigor requerido.

los comentarios de los líderes comunitarios y las opiniones de la gente dan a entender que hubo acciones de “limpieza social” en colaboración con la policía.

1.1.2. Justicia, conciliación, etc.

La percepción que los habitantes tienen de la policía no es unánime. Algunos la consideran represiva y peligrosa. Para otros, en cambio —entre quienes suelen estar los líderes de la JAC—, la policía es necesaria y su presencia debe ser más constante. De otra parte, Tibabuyes no tiene comisarías de familia, ni casas de justicia, ni centros de conciliación, ni inspecciones de policía. “Aquí nos cuidamos los unos a los otros”, dice Elisabeth Acuña, una habitante del barrio.

La idea que los habitantes tienen de la justicia oficial también es variable y con frecuencia está ligada al concepto de inequidad gubernamental. “En realidad —dice Hernando Vega— aquí no hay justicia del Estado: aquí toca arreglárselas por sí mismo. Es por eso que la comunidad colabora mucho para la seguridad del barrio: se echan ojo el uno al otro; aquí los problemas se arreglan ‘a lengua o a tiro’, pero nunca a través del Estado”.

1.2. *Caso 2: San Martín*

La historia de la creación de San Martín es típica de los barrios del sur de Bogotá: su formación se inició hace unos 35 años con el arribo paulatino de campesinos que provenían de Norte de Santander, los Llanos, Boyacá y Quindío, entre otras regiones. Al principio no se contó con el apoyo de entidades públicas o privadas. En San Martín no hubo mayor organización comunitaria, ni siquiera para tratar de satisfacer sus necesidades básicas; ante la carencia de servicios, como el de acueducto, la gente iba a las montañas a recoger agua de la quebrada. Los servicios oficialmente se obtuvieron por la intervención de la JAC, pero especialmente por la de los políticos. La intervención del Estado fue prácticamente nula.

Hoy en día San Martín es un barrio consolidado, compuesto por poblaciones de estratos 1, 2 y 3, lo cual lo ubica en una posición semiperiférica, en términos de marginalidad económica.

1.2.1. Conflictividad, jóvenes y...

Los adultos tienen por lo general una visión negativa de los jóvenes: los consideran “inútiles e incapaces de emprender algo positivo”. Esto genera en los jóvenes una imagen igualmente negativa de los mayores: los tachan de “amargados e intolerantes”.

Entre los jóvenes dominan el desempleo, el consumo de droga, las pandillas y las madres solteras. Es muy frecuente que los jóvenes recurran a la violencia para resolver sus conflictos. En algunas ocasiones los miembros de la JAC y otras personas han intentado un diálogo con los jóvenes. Sin embargo, también se habla de la existencia de grupos de “limpieza social” contra los jóvenes delincuentes o consumidores de droga.

Los conflictos más comunes se originan por “chismes”, linderos o por los juegos infantiles. Por lo general, la víctima no denuncia estos casos, bien sea porque considera que no vale la pena, porque la solución es muy demorada o porque le da miedo de las represalias que se puedan derivar de su denuncia. El diálogo es un mecanismo poco utilizado cuando surgen estos conflictos, debido a que predomina la desconfianza y la prevención entre vecinos. Esta falta de comunicación, sin embargo, en opinión de algunos, es lo que hace que las peleas no sean tan frecuentes. Cada cual se ocupa de lo suyo y trata de evitar problemas. Sin embargo, los problemas graves siempre aparecen y son cada vez peores. La inseguridad hace parte de la vida cotidiana en San Martín.

1.2.2. Comunidad y justicia oficial

La opinión que los habitantes de San Martín tienen de la justicia oficial es por lo general negativa y con frecuencia está ligada a la idea de inequidad estatal y de mal gobierno. La imagen que se tiene de las comisarías de familia es igualmente negativa. Algunos consideran que las conciliaciones fueron inventadas por el Estado para “lavarse las manos” y “salir del paso”, pero que nunca resuelven el conflicto. Otros estiman que la conciliación es una figura necesaria, pero que para poder aplicarla debe haber un proceso previo de sensibilización. De la policía tampoco se tiene una buena imagen.

En contraste con lo anterior, la mayoría de la población del barrio opina que la labor de la JAC ha sido positiva. La pavimentación de las calles, las obras de canalización, el arreglo de parques y plazas, la consecución del servicio de transporte, etc., le han dado legitimidad a la JAC y a los políticos locales.

1.3. *Caso 3: Comuneros*

En el año de 1981, cerca de 130 jóvenes familias que residían en inquilinatos de Santa Fe de Bogotá y provenían de diversas regiones del país contactaron al padre Saturnino Sepúlveda con la esperanza de conseguir vivienda propia. El padre estuvo de acuerdo en ayudarles y condicionó su ofrecimiento a la

realización de talleres que él mismo dirigiría, con la asistencia de los interesados y en los cuales se trataban temas de organización comunitaria. Posteriormente compraron el terreno y efectuaron los trámites correspondientes ante la oficina de Catastro para su registro. Luego se inició el trabajo comunitario.

No contaron con ninguna clase de ayuda por parte del Estado. Ellos mismo construyeron las viviendas e instalaron los servicios básicos como el alcantarillado, el agua y la luz. Para facilitar el trabajo, en cada cuadra había un grupo de cinco personas (presidente, vicepresidente, fiscal, secretario y tesorero), y luego solo un coordinador, quienes se encargaban de resolver el problema del alcantarillado. En enero de 1982 se conformó la Asociación de Vecinos (AV) mediante una asamblea general. Esta entidad, conformada por los presidentes o coordinadores de cada cuadra, era la encargada de recoger una cuota a los habitantes del barrio para cubrir los gastos de los comités.

Inicialmente el diario vivir de los habitantes de Comuneros se caracterizó por el trabajo conjunto de hombres, mujeres y niños. Esta unión generó un ambiente de convivencia pacífica y de dedicación a la labor de construcción, ayuda y protección mutua. Sin embargo, con el tiempo —a medida que se iba consolidando el sector y muchos de los antiguos habitantes decidieron vender sus casas— se fueron creando tiendas de consumo de licor [y] llegaron nuevos habitantes que no tenían la idea de autogestión comunitaria promovida por el padre Saturnino, algunos de ellos desplazados por la violencia.

De todos modos, la comunidad seguía unida frente a las manifestaciones criminales. En el año de 1987 se presentó el caso de una serie de violaciones a mujeres de la comunidad. Se realizó una asamblea y crearon tres grupos: de mujeres (vigilancia desde sus hogares), de jóvenes (vigilaban en las calles durante el día) y de adultos (en la noche, de a dos personas por turnos de tres horas). Así atraparon a uno de los violadores, lo ataron a un poste durante diez horas y lo golpearon con correas, zapatos, le arrojaron agua y al día siguiente lo entregaron a la policía del barrio Santa Librada. Durante cuatro meses realizaron esta labor de vigilancia. Así bajó la delincuencia.

La mediación también era un mecanismo importante, especialmente cuando se trataba de conflictos intrafamiliares; en estos casos, el coordinador por cuadra, que era una persona muy respetada, intervenía como mediador y resolvía el problema. Además, la gente había sido capacitada por el padre Saturnino en estos temas de convivencia pacífica. Pero la función del coordinador permaneció solo mientras se solucionó el problema del alcantarillado. Luego se acabó.

1.3.1. Conflictividad y vida cotidiana actual

En Comuneros, los conflictos más frecuentes están ligados a los jóvenes. Los conflictos entre jóvenes y adultos son frecuentes. Entre ellos la violencia es utilizada como medio para “hacer justicia”.

Todo parece indicar que en Comuneros se han presentado prácticas de “limpieza social”. El exterminio de jóvenes (sin estudio, sin empleo y con problemas de droga) no parece ser solo obra de organizaciones clandestinas, sino de sujetos individuales. Algunos creen que los autores de esos homicidios son personas del mismo barrio; algunos se atreven a señalar a los miembros de la JAC y de la Asociación.

1.3.2. Relación Estado-comunidad y percepción de la justicia privada

Las relaciones de la comunidad con el Estado han sido escasas. La eventual presencia de autoridades administrativas en el barrio ha ocasionado choques y reacciones de rechazo a los programas impulsados por el Estado. Solo la escuela, los hogares de madres comunitarias y la policía dan cuenta de una presencia remota.

La relación de los jóvenes con la policía no es buena. Ellos se quejan de que la mayoría de los miembros de la policía son irrespetuosos. Muchos jóvenes los acusan de ser agresivos, de excederse en el uso de la violencia y abusar de su autoridad. También son tachados de ser los autores materiales de prácticas de “limpieza social”. En términos generales, la comunidad no cree en la justicia oficial y prefiere las vías de hecho para la solución de sus conflictos.

Muchos habitantes del barrio no rechazan de plano las prácticas de “limpieza social” como medio para “resolver” el conflicto de la drogadicción y la delincuencia juvenil. Otros critican este procedimiento. Hay más acuerdo en relación con la intervención de los líderes comunitarios a través de la mediación y sobre todo cuando se trata de resolver problemas entre personas del barrio. Aunque se nota un deterioro de esta función durante los últimos años.

1.4. *Caso 4: Manuela Beltrán (Ciudad Bolívar)*

Este barrio se encuentra ubicado en una de las zonas más pobres y violentas de la ciudad de Bogotá. Esta situación marginal se manifiesta en la deficiente prestación de los servicios públicos esenciales y de manera especial en la precaria oferta de justicia. Cerca del 45 % de sus pobladores proviene del sector rural y de otras zonas del país.³ La violencia, la pobreza y la migración constante de

3 Según la División de Participación Ciudadana de la Contraloría Distrital de Santafé de

personas que huyen del campo por la violencia, han hecho que este sector despierte la atención de amplios sectores de la sociedad.

1.4.1. Creación y consolidación del barrio

El barrio Manuela Beltrán fue fundado en 1982. En la fundación y consolidación del barrio, intervino activamente el sacerdote Saturnino Sepúlveda, quien recibió el terreno como pago por la realización de un proceso de sucesión. La ayuda del padre Sepúlveda fue un factor determinante para que el barrio se legalizara y se consolidara rápidamente. En la etapa de creación del barrio los primeros pobladores no recibían ayuda estatal: la construcción de las viviendas —en terrenos invadidos—, la pavimentación de las calles y la consecución de los servicios públicos básicos fueron una lucha de la comunidad, con el apoyo de organizaciones externas del orden privado, [...]. Sin embargo, luego de los dos primeros años de fundado el barrio, el proceso comunitario iniciado por el padre Sepúlveda, a diferencia de lo que sucedió en Comuneros, perdió fuerza y hoy en día es prácticamente inexistente.

1.4.2. Jóvenes y conflicto

La visión de conflictividad en el sector varía según el actor que la describa: para los adultos los problemas más frecuentes son el alcoholismo, el maltrato familiar (aunque para algunos adultos estos no son tan comunes), la inseguridad (hurtos, homicidios) y el chisme. Para los jóvenes, en cambio, el desempleo, la incomprensión y en general la falta de oportunidades, son los principales problemas que los aquejan. Dentro de su misma comunidad los jóvenes son observados con recelo, desconfianza y temor. Sin embargo, el problema de los jóvenes no es solo un problema de imagen; la existencia de pandillas de delincuentes que se reparten y controlan el territorio del barrio es un problema que nadie desconoce. Por lo general, los delitos cometidos por pandillas quedan impunes debido al miedo de las víctimas a denunciar.

En este barrio la violencia es un instrumento esencial de solución de conflictos. No solo hay mucha oferta de soluciones violentas a los conflictos debido a la abundancia de bandas y de población armada, sino que también existe una cultura de la fatalidad de la violencia, de su carácter inevitable cuando de solucionar conflictos sociales se trata (Pécaut, 1997). Esta cultura da por descontada la oferta estatal de justicia y supone un abandono social radical.

Bogotá, 1997 c: 25.

La falta de cohesión social [...] es, paradójicamente, una causa circunstancial de la ausencia de conflictividad. La vida privada y el miedo a intervenir se convierten en barreras infranqueables para los habitantes del sector. En general, se presentan pocos conflictos entre vecinos. Sin embargo, a largo plazo estos “conflictos frustrados” son la causa de conflictos posteriores de mayor envergadura y de mayor violencia.

1.4.3. El Estado y otras instancias

La presencia estatal más significativa es la de la policía, y en alguna medida el ejército. La relación con la policía es tensa y problemática. Algunos jóvenes del barrio aseguran que en varias ocasiones la policía los ha maltratado y amenazado. Este tipo de prácticas provoca reacciones inmediatas de desconfianza, rechazo y defensa. En ocasiones, sin embargo, jóvenes pertenecientes a pandillas buscan a la policía con el objeto de denunciar enemigos pertenecientes a otros grupos armados.

Las instancias de representación estatal son poco eficaces. Este es el caso de las comisarías de familia y de la Junta de Acción Comunal, cuyos miembros son acusados de hacer politiquería en beneficio propio. En contraste con esta situación, la Fundación Social —ONG privada de origen católico— ha jugado un papel importante en la consolidación de varios de los proyectos comunitarios, entre los cuales se destacan 1) el apoyo a las madres comunitarias, 2) la creación del Colectivo Bellavista⁴ y 3) el centro comunitario Celodije.⁵

2. Combinación de variables y tipos de justicia predominantes en los barrios

Luego de haber recogido lo esencial de los casos, el paso siguiente consiste en identificar factores comunes que permitan su comparación. Esa tarea implica un delicado balance entre la especificidad de cada situación y las estructuras comunes que las afectan.

4 El Colectivo está integrado por los diferentes grupos barriales: comités de salud, canalización, pavimentación, solidaridad, educación, JAC, organización de padres de familia, madres comunitarias, centro cultural y, en general, la comunidad de Bellavista. El objetivo es que todos los grupos se apoyen mutuamente para el desempeño de los trabajos que se desarrollan en el sector y para la resolución de sus conflictos.

5 Esta entidad está integrada por actores de la comunidad y su razón de ser es el desarrollo, capacitación y organización de la comunidad.

2.1. *Sociedad autocompositiva y reacción frente al crimen*

Cuatro premisas empíricas ponen en evidencia los límites del concepto de sociedad autocompositiva⁶ en los casos estudiados:

- i) Los barrios analizados [albergan] poblaciones culturalmente heterogéneas que se encuentran repentinamente en un territorio urbano que les es extraño y se ven involucradas en un proyecto común de sobrevivencia.
- ii) Los resultados de la investigación muestran un proceso que va desde una integración comunitaria fuerte, al momento de la creación del barrio, hasta una situación de mayor o menor debilitamiento de las prácticas de cooperación, coordinación y solidaridad en la comunidad. Existe una correlación entre la mayor carencia de necesidades básicas satisfechas y la mayor integración social. En la actualidad, ninguno de los barrios analizados puede ser catalogado como una sociedad autocompositiva. Las diferencias culturales, la secularización abrupta, el desempleo, la delincuencia juvenil, la ilegitimidad institucional, el debilitamiento de las prácticas políticas, y el abandono estatal, entre otras circunstancias, crean un tipo de sociedad en crisis, más o menos fragmentada.
- iii) En una situación de debilitamiento de los lazos sociales —contraria a la situación de autocomposición—, la conflictividad social pacífica disminuye y las manifestaciones violentas de la conflictividad aumentan. La violencia crea una tendencia hacia el repliegue de las acciones colectivas y hacia el silenciamiento de la comunicación entre las personas y de los conflictos. La investigación comprobó una sorprendente escasez de conflictos cotidianos en medio de un ambiente de violencia y agresividad. En estas circunstancias, las prácticas de justicia comunitaria no penales son escasas.
- iv) Los barrios estudiados se distinguen según el mayor o menor grado de la reacción comunitaria frente al crimen. Para los barrios analizados, el escaso componente inicial de autocomposición da lugar,

6 (N. del E.) En otro lugar del texto original, el autor explica que por autocomposición social se entiende “el mayor o menor volumen e importancia de mecanismos alternativos de solución de conflictos que posee una comunidad” (p. 168). Al respecto consúltense, en general, las páginas 167 a 173 del texto original, en las que se encuentra el marco teórico de esta investigación y en las cuales se desarrollan conceptos tales como integración social, pluralismo jurídico y marginalidad social.

posteriormente, a una reacción integrada y comunitaria frente a crimen. Por el contrario, en las sociedades en donde este componente fue más débil o inexistente, la reacción comunitaria frente al crimen también fue débil o inexistente.

2.2. Pluralismo jurídico⁷

Aquí también son de rigor varias referencias a los barrios que nos ocupan:

- i) Todo un espectro de posibilidades se presenta en estos barrios: desde grupos armados de protección ciudadana que ejercen justicia propia hasta intervención de la policía y de la Fiscalía en la imposición del orden, pasando por prácticas de colaboración entre la policía y los ciudadanos y por mecanismos comunitarios de seguridad y de sanción.
- ii) En estos territorios marginados y socialmente poco consolidados la coyuntura tiene una importancia excesiva. No solo los habitantes, sino también las autoridades oficiales —cuando tienen presencia— actúan en medio de las afugias ligadas a los problemas de seguridad del diario vivir. Desde el punto de vista oficial, se nota la carencia de políticas públicas en materia de orden público frente a estos barrios. Desde el punto de vista social, se aprecia una reducción de las expectativas a la temporalidad inmediata. Este repliegue de la visión de mediano y largo plazo hace inestables, y a veces efímeras, las manifestaciones de los órdenes jurídicos y sus relaciones.

2.3. Marginalidad

Mientras la reacción frente al crimen —analizada anteriormente— es un factor interno, la marginalidad pone en relación al barrio con su entorno: da cuenta de relaciones que el barrio posee con el resto de la ciudad. Los cuatro casos presentan diferentes grados de marginalidad social. La medida de dicho grado

7 (N. del E.) En el texto original, el autor analiza así este concepto: “El fenómeno del pluralismo jurídico puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista o dimensiones que no se excluyen entre sí: uno de ellos hace énfasis en la presencia de diferentes códigos de conducta que derivan del carácter híbrido de una cultura en la cual se mezclan e interactúan diferentes visiones del mundo; una segunda perspectiva analiza este fenómeno como un hecho social que pone de presente la coexistencia de varios órdenes normativos en un mismo espacio-tiempo; finalmente, este fenómeno puede ser apreciado como un hecho derivado de un tipo de aplicación distorsionada del derecho por parte del Estado. Estas tres visiones pueden ser denominadas como cultural, sociológica e institucional respectivamente” (p. 169).

parece depender de por lo menos tres factores: marginalidad económica, clientelismo y represión policiva. Así, la ubicación social será más periférica (extraña) mientras mayor sea la marginalidad económica y la represión policiva y menor la intervención clientelista.

Aquí también son necesarias unas breves anotaciones sobre las características de los barrios estudiados.

- i) La participación política no clientelista es prácticamente nula en estos barrios. Por lo tanto, la mayor relación política del barrio con el entorno se presenta en términos de mayor o menor importancia del clientelismo. Como se vio en Tibabuyes y San Martín, las prácticas clientelistas —a través de la JAC— son vistas como algo positivo y representan un factor —aunque débil— de cohesión social.
- ii) La represión policiva es un indicio no solo de criminalidad sino de “extrañamiento” o de alejamiento del barrio frente al resto de la ciudad. En los barrios en donde la represión policiva es fuerte, el contacto entre la población y el policía es mínimo y está basado en la desconfianza y el temor.
- iii) La marginalidad económica está dada por cifras de pobreza obtenidas en las instancias oficiales capitalinas. Desde este punto de vista, Comuneros y Manuela Beltrán son los más extraños, mientras San Martín y Tibabuyes son barrios semiperiféricos.
- iv) En síntesis, dos grandes ejes temáticos aparecen de manera recurrente en los cuatro barrios estudiados: en primer lugar, el tema de la marginalidad social y, en segundo, el tema del mayor o menor grado de reacción comunitaria contra las manifestaciones criminales. Ahora bien, la aplicación del primer factor —marginalidad social— da lugar a la diferenciación de dos grupos: Comuneros y Manuela Beltrán, por un lado, y San Martín y Tibabuyes, por el otro. La introducción del segundo factor permitirá diferenciar todos los barrios en términos de cuatro casos de justicia comunitaria. Veamos.

Justicias privadas

Este primer modelo prevalece en territorios urbanos marcados por la marginalidad social; aquí la justicia es ejercida por los mismos miembros de la comunidad, los cuales viven en una constante sensación de abandono y de lejanía en relación con las instituciones del Estado. Estos pobladores hacen parte de lo que Boaventura de Sousa Santos denomina la *sociedad civil extraña* (Santos, 1998).

Con frecuencia sucede que las personas del nuevo barrio se conocen al momento inicial de la creación, bien sea cuando tiene lugar la invasión o bien cuando se lleva a cabo la compra de terrenos. De un momento a otro [estas personas] se encuentran en la situación de tener que construir una comunidad. Como resultado, se crea un barrio en el que las personas difícilmente comparten presupuestos contractuales —valores, medidas, espacio-tiempos— comunes y, en consecuencia, poseen un nivel de integración mínimo.

De otra parte, la intervención oficial para la solución de los conflictos sociales es solo esporádica y cuenta con muy poca ascendencia en las representaciones de los pobladores; incluso las prácticas clientelistas carecen de influencia significativa. Las relaciones entre los individuos de estos barrios y el Estado solo aparecen regidas por el contrato social en dos eventos: un primer momento cuando la comunidad logra obtener el reconocimiento de su existencia por parte de la oficina de planeación distrital y logra la instalación de los servicios públicos básicos y, en un segundo evento, cuando la policía ingresa temporalmente al barrio con el objeto de prevenir o reprimir acciones delictivas.

Ahora bien, cuando se combina la marginalidad con la segunda variable, esto es la reacción frente al crimen, la justicia privada adquiere matices. Veamos.

En el caso de Comuneros, el abandono social se intenta compensar con fuerte reacción comunitaria contra el crimen y el ambiente externo. Aquí prevalece un tipo de justicia que podemos denominar *justicia privada fundamentalista*. Ella tiene lugar en una comunidad marginal, dotada de una fuerte introyección, una fuerte integración en relación con la lucha contra la criminalidad, una marcada desconfianza en relación con agentes externos, incluso en relación con el clientelismo y una fuerte represión estatal. La persona cuyo comportamiento desviado se juzga es considerada como un enemigo y no como un delincuente. Es, por tanto, una justicia no pluralista en tanto no tiene en cuenta el punto de vista *del Otro*. Por ello esta no es una justicia dialógica, neutral e independiente al conflicto, sino al contrario, una justicia involucrada y comprometida que se afirma en la protección incondicional de los intereses de la comunidad. La introyección comunitaria, liderada por actores sociales cuyas decisiones carecen por completo de control, conduce eventualmente a la conformación de grupos de “limpieza ciudadana”.

En Ciudad Bolívar también proliferan las prácticas de justicia privada y el abandono social es igualmente fuerte; sin embargo, en lugar de una reacción colectiva frente al crimen lo que existe es una especie de repliegue de las prácticas colectivas y de prevalencia del conflicto entre grupos armados que

se disputan el poder interno o que simplemente intentan mantener ámbitos limitados de poder dentro del barrio. El tipo de justicia que predomina en este barrio será denominado *justicia privada anómica*. Ella tiene lugar en aquellos barrios ubicados en la periferia de la ciudad, caracterizados por la falta de integración social frente al crimen, por la ausencia del Estado, salvo en su manifestación represiva, [y] por la presencia de grupos armados que operan con impunidad. La impunidad es casi total y cada cual ejerce justicia “por su propia mano”; ejerce un tipo de justicia, desde luego, no dialógica, parcializada y en defensa de intereses particulares.

Justicias mixtas

Pero no todos los barrios corresponden a este modelo de marginalidad. Tibabuyes y San Martín son barrios que pueden ser catalogados como semiperiféricos. Allí existe una relativa fuerte presencia del Estado —a través de las prácticas clientelistas—, los índices de pobreza no son extremos y la represión oficial es débil. Con frecuencia, los mecanismos y actores de la justicia oficial tienen presencia en estos barrios, de tal manera que se presenta una permanente interrelación entre prácticas comunitarias y oferta oficial de justicia.⁸ En estos territorios urbanos prevalece un tipo de justicia que denominamos *justicia mixta*.

La integración frente al crimen sirve aquí también para diferenciar el caso de Tibabuyes del de San Martín. En el primero se presentan prácticas colectivas en torno a la seguridad, lideradas por actores sociales que participaron en la creación del barrio. Los resultados de estas campañas son sin duda buenos. Sin embargo, el carácter estrictamente comunitario de estas prácticas de justicia deja latente el peligro eventual de la conformación de grupos de “limpieza ciudadana”. El tipo de justicia prevaleciente en este barrio puede ser denominado como *justicia mixta comunitarista*. Los líderes comunitarios logran congregarse a la comunidad en torno a campañas de seguridad, tales como la instalación de alarmas, la organización de rondas, etc.

En San Martín, en cambio, no parece existir el peligro de una justicia comunitaria fundamentalista; sin embargo, la falta de integración social en el barrio y los crecientes problemas sociales de la juventud ponen la alerta en relación con la posibilidad de una caída en las prácticas propias de la justicia

8 Aquí es especialmente importante el concepto de pluralismo jurídico y de interlegalidad (Santos, 1987) o interpluralidad (Fitzpatrick, 1983). Ambos conceptos sirven para mostrar la interpenetración entre prácticas de normatividad social o comunitaria y normatividad estatal.

comunitaria anómica. Aquí estamos en presencia de una **justicia mixta abierta**. Existe una débil cohesión social; los pobladores de estos barrios no emprenden acciones colectivas, ni siquiera cuando se trata de mejorar las condiciones de seguridad. La policía y los organismos de control imponen orden en el barrio ante la actitud más o menos indiferente de sus habitantes.

Una síntesis de los tipos mencionados puede ser apreciada en el siguiente cuadro:

Justicias		Reacción frente a la inseguridad	Marginalidad		
			Marginalidad	Cientelismo	Represión policiva
Justicia privada	Fundamentalista (Comuneros)	Fuerte	Periférica	Débil	Fuerte
	Anómica (C. Bolívar)	Débil			
Justicia mixta	Abierta (San Martín)	Débil	Semiperiférica	Fuerte	Débil
	Comunitarista (Tibabuyes)	Fuerte			

3. Comentarios finales

- i) Los cuatro casos estudiados propician el surgimiento de prácticas de justicia privada, algunas de ellas armadas y violentas. La impresión más fuerte que se tiene cuando se estudian estos barrios es la de que ellos conforman una parte de la sociedad que vive abandonada a su propia suerte.⁹ Al Estado le corresponde una importante cuota de responsabilidad —por acción y por omisión— en la creación, desarrollo y proliferación de grupos armados. La función del Estado no se debe limitar a ofrecer soluciones judiciales a los problemas que se presentan en un barrio; es necesario además que dichas soluciones sean útiles y eficientes para los pobladores, de tal manera que se deslegitime el mercado privado de justicias.
- ii) La justicia privada de tipo criminal carece de las condiciones necesarias —neutralidad, independencia, respeto al diferente, etc.— para

9 Véase Santos y García Villegas (2001).

imponerse como un sistema legítimo de solución pacífica de conflictos. Si bien en ciertas circunstancias la justicia privada fundamentalista puede resolver eficazmente la conflictividad criminal existente, los riesgos que acarrea son demasiado grandes para ser aceptada.

- iii) La mayor parte de los problemas sociales en los barrios periféricos y semiperiféricos de Bogotá se concentra en la población juvenil: desempleo, drogadicción, incertidumbre, inseguridad, desarraigo familiar, etc. La crisis de los presupuestos contractuales —valores, medidas y espacio-tiempo privilegiado (Santos, 1998, p. 8) — que afecta a la sociedad colombiana durante las dos últimas décadas tiene un efecto especialmente devastador en los jóvenes de los barrios pobres. Es en esta población en donde se observa con mayor dramatismo el colapso de las expectativas ciudadanas que son la base del contrato social.
- iv) Las prácticas clientelistas establecen una vinculación precaria entre la comunidad y el Estado. La introducción de prácticas clientelistas en los barrios tiene por efecto una cierta apertura de la comunidad hacia el exterior. Esto se traduce, de un lado, en la disminución de la integración social comunitaria que dio origen al barrio y, del otro, en la disminución de la represión policiva. Estas prácticas representan un mal menor en relación con la ausencia total de vínculos institucionales. Sin embargo, sus efectos a largo plazo no son nada alentadores.
- v) Quizás la más importante lección derivada del estudio de los casos contenidos en esta investigación es la siguiente: las necesidades de justicia no son independientes de otras necesidades sociales. La justicia no es ni, por un lado, un agregado social autónomo, ni, por el otro, una fórmula milagrosa capaz de resolver todos los conflictos sociales. En este sentido los esfuerzos, no solo estatales, sino también comunitarios, destinados a crear mecanismos judiciales o extrajudiciales para la solución de los conflictos deben ir de la mano con esfuerzos destinados al fortalecimiento de la integración social. La justicia es una tarea que no se logra sin la realización de otra tarea, aún más compleja y difícil, que, a falta de un término más específico, denominamos aquí construcción social.

Referencias

- Fitzpatrick, P. (1983). Marxism and Legal Pluralism. *Australian Journal of Law and Society* 1, 1 (2), 45-59.
- Pécaut, D. (1997). Presente, pasado y futuro de la violencia. *Desarrollo Económico*, 36 (144), 891-930.
- Santos, B. de S. (1987). Law: A Map of Misreading. Toward a Posmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 14 (3), 279-302.
- Santos, B. de S. (1998). *Reinventar a Democracia*. Lisboa: Gradiva.
- Santos, B. de S. y García Villegas, M. (eds.) (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.

PARTE 4

ALGUNAS RECOMENDACIONES PARA LAS REFORMAS A LA JUSTICIA

Capítulo 17	SOBRE LAS REFORMAS NORMATIVAS DE LA JUSTICIA	822
	A. Lecciones sobre cómo no hacer una reforma constitucional Rodrigo Uprimny Yepes y Sebastián Lalinde Ordóñez	823
	B. Las reformas judiciales y el compromiso de lucha contra la desigualdad social César Rodríguez Garavito	832
Capítulo 18	LA JUSTICIA CON ÉNFASIS TERRITORIAL	836
	A. Cómo pensar la justicia en zonas de conflicto armado Mauricio García Villegas	837
	B. Recomendaciones para el fortalecimiento de la justicia local Mauricio García Villegas, Jose Rafael Espinosa y Felipe Jiménez Ángel	840
Capítulo 19	SOBRE EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA	844
	A. Alternativas para mejorar el acceso a la justicia Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde Ordóñez, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	845
	B. El Consejo Superior de la Judicatura: por una Sala Administrativa menos corporativa y una Sala Disciplinaria menos política Miguel Emilio La Rota	854
	C. Prouestas relativas al presupuesto y la rendición de cuentas de la Rama Judicial Miguel Emilio La Rota, Carolina Bernal Uribe, Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes	858
Capítulo 20	RECOMENDACIONES EN TEMAS ESPECIALIZADOS DE JUSTICIA	864
	A. Recomendaciones en torno a la tutela contra sentencias Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes	865
	B. Cómo mejorar los procesos de investigación penal de crímenes complejos Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal Uribe	868
	C. Recomendaciones relativas a la defensa pública penal en Colombia Carolina Bernal Uribe	873

D. Las Cortes de Drogas:	
¿una alternativa a la privación de la libertad?	878
Diana Esther Guzmán	
E. Una propuesta de marco jurídico	
para la transición en Colombia	890
Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque y Nelson Camilo Sánchez León	

Capítulo 17

SOBRE LAS REFORMAS NORMATIVAS DE LA JUSTICIA

A. Lecciones sobre cómo no hacer una reforma constitucional¹

Rodrigo Uprimny Yepes y Sebastián Lalinde Ordóñez (2015)

Extractos tomados de:

Uprimny Yepes, R. y Lalinde Ordóñez, S. (2015) De la enciclopedia china a la reforma de equilibrio de poderes. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).

El Proyecto de Acto Legislativo “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones” (en adelante reforma de equilibrio de poderes) es una enmienda constitucional que, en nuestro sentir, es inconvenientemente grande, en la medida en que modifica muchos temas que difícilmente se pueden agrupar bajo un mismo rótulo. Desde esta perspectiva, la reforma de equilibrio de poderes se asemeja a la enciclopedia china mencionada por Jorge Luis Borges en su ensayo *El idioma analítico de John Wilkins*. En este texto Borges describe la pretensión del lenguaje de comprender, expresar y representar la infinita riqueza de la realidad.

Siguiendo esta lógica, Borges cuenta que según cierta enciclopedia china, los animales se dividen en “(a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables,

1 (N. del E.) Este documento se basa en Uprimny (2014a, 2014b) y se refiere al contenido y articulado del proyecto de reforma de equilibrio de poderes, aprobado y conciliado en Senado y Cámara de Representantes en primera vuelta y publicado por el Gobierno en el Decreto 158 de 2015. Vale advertir que esta reforma fue finalmente aprobada por el Congreso de la República en junio de 2015 (acta sesión de comisión de mediación al Proyecto de Acto Legislativo número 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado –acumulado con los números 02, 04, 05, 06 y 12 de 2014–, “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste constitucional y se dictan otras disposiciones”).

(k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas”.

Pues bien, la tesis que acá defendemos es que, tal como los animales en la enciclopedia china de Borges se subdividen en un sinnúmero de clasificaciones, donde es posible que las sirenas no compartan ningún elemento en común con los perros sueltos, salvo que ambos son animales, la reforma de equilibrio de poderes se puede subdividir a su vez en múltiples temas que no guardan ninguna relación o equivalencia entre ellos, salvo que hacen parte de una misma reforma constitucional.

Más allá de que compartamos o no el diagnóstico que antecedió a la reforma de equilibrio de poderes y algunas de sus propuestas, somos de la opinión de que no es conveniente mezclar en una sola enmienda constitucional artículos que no tienen un elemento articulador claro y común, ya que ello supone unos riesgos enormes.²

En primer lugar, una reforma que quiera tener un impacto duradero en el tiempo presupone identificar un problema y preguntarse cómo puede la Constitución solucionarlo. El riesgo de intentar solucionar simultáneamente muchos problemas que no están articulados entre sí es que la reforma puede resultar contradictoria, carecer de coherencia y convertirse en una suerte de “colcha de retazos”. Por ejemplo, nos preguntamos por qué la eliminación de la posibilidad de reelección del presidente, de los miembros del Consejo Nacional Electoral, del contralor General de la República, de los contralores departamentales, distritales y municipales; del registrador Nacional del Estado Civil, del procurador General de la Nación y del defensor del Pueblo, no va acompañada de un debate acerca de la prohibición de prorrogar el periodo de los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República que hoy es permitida por el artículo 372 de la Constitución. Desde luego que si la reelección de un servidor público le puede restar independencia, como se ha argumentado para prohibir la reelección de todos los cargos a los que alude la reforma, este mismo argumento podría aplicar para los miembros del Banco de la República.³

2 (N. del E.) Tal como lo precisan los autores en el texto original, esta investigación se basó no solo en el trámite legislativo del respectivo Proyecto de Acto Legislativo, sino también en entrevistas semiestructuradas realizadas en febrero de 2015 a Gustavo García (funcionario del Ministerio del Interior), Claudia López (senadora) y Antonio Barreto (académico de la Universidad de los Andes).

3 (N. del E.) Sobre el tema específico de reelección y reforma a la justicia, los autores recomiendan consultar Uprimny (2014a, 2014b). Y, de manera más general, sobre el contenido que debe tener una reforma judicial, véanse, entre otros, Lalinde Ordóñez (2014), Sánchez

En segundo lugar, las reformas que tienen como propósito corregir muchos problemas no articulados entre sí suelen ser voluminosas y, en consecuencia, más permeables a que en los debates en el Congreso les incluyan disposiciones que sean aprobadas sin mayor discusión y sin que la opinión pública se entere oportunamente y haga control ciudadano. Para ilustrar lo anterior, piénsese en el texto aprobado por la plenaria del Senado en la primera vuelta del trámite legislativo en el que se modificó el artículo 250 de la Constitución para permitir que en casos excepcionales en los que la Fiscalía General de la Nación puede realizar capturas sin orden judicial previa, la función de control de garantías se realice en un término que no puede superar las 72 horas, término que hoy en día es de 36 horas para todos los casos. Sin entrar a ponderar si el término de las 72 horas es razonable y conveniente, lo claro es que esta disposición fue aprobada en los primeros debates de la reforma sin mayor conocimiento de la sociedad y sin mayor discusión ciudadana, a pesar de que es restrictiva del derecho a la libertad, una de las garantías más relevantes de la Constitución. Si bien es cierto que este artículo fue finalmente desechado en los debates en la Cámara de Representantes por razones distintas a la presión ciudadana, es indicativo de los riesgos que se corren con unas reformas constitucionales de las dimensiones del actual proyecto de equilibrio de poderes.

Ligado a esto, Antonio Barreto sostiene que hasta el momento los proyectos de reforma constitucional en Colombia habían sido ajenos a que el Gobierno y los congresistas le colgaran asuntos que no estaban asociados con la misma, pero que con la actual reforma, aquella sana costumbre se estaba perdiendo y que con este precedente es posible que las reformas constitucionales se vuelvan como las leyes del plan nacional de desarrollo que tradicionalmente han sido una oportunidad para que se incluyan múltiples reformas legales que difícilmente están articuladas con el resto de la ley, pero que aun así son aprobadas. Según Barreto, en Colombia, antes de la reforma de equilibrio de poderes, existía cierta disciplina legislativa, de acuerdo con la cual la reforma a la justicia era un tema, la reforma política era otro, la fiscal era otro, etc. La dificultad entonces que supone mezclar temas desarticulados en una reforma tan larga es que ella se convierta en una ocasión para que oportunistas aprovechen y tramiten artículos que no persiguen un interés general muy claro.

León (2013), Uprimny (2013a, 2013b, 2014a, 2014b, 2014c, 2015), Uprimny y Villadiego Burbano (2015).

En tercer lugar, el artículo 375 constitucional ordena que las reformas constitucionales en el Congreso sean debatidas y aprobadas en dos periodos ordinarios y consecutivos. Esto obliga a estudiar en tiempos muy breves reformas de gran envergadura que merecen un estudio más reposado que minimice las posibilidades de cometer errores. Esto es particularmente cierto en las reformas a la parte orgánica de la Constitución, fragmento de la Carta que es muy sensible a cualquier cambio, pues conforma en conjunto un sistema coherente. De allí que cualquier modificación o derogatoria de uno de sus artículos deba ser muy cuidadosa porque podría desajustar imperceptiblemente otra parte de la Carta. Por ejemplo, el Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2014 Senado, que es uno de los proyectos que acumulado con otros conforma la reforma de equilibrio de poderes, previó una duración del periodo presidencial de cinco años sin modificar los periodos de otros funcionarios del Estado llamados a controlar al presidente y a su Gobierno. Esto significa que un presidente con un periodo de cinco años tendría la facultad de integrar más ternas que las que tiene un presidente con un periodo de cuatro años.⁴

En cuarto lugar, las reformas a la parte orgánica de la Constitución no suelen tener mayor impacto mediático. Antonio Barreto plantea una distinción en lo que él llama un reformismo constitucional de alta intensidad y un reformismo de baja intensidad que depende de qué tanto la sociedad y los medios de comunicación están atentos y vigilantes a la reforma. Las reformas de baja intensidad son aquellas que prenden pocas alarmas sociales. Por el contrario, las reformas constitucionales de alta intensidad son aquellas que inmediatamente

4 Rubiano Galvis (2009, pp. 93-94) explica así la herramienta de los periodos como contrapeso al poder y como garantía de independencia: “La Asamblea Constituyente quiso un grado de influencia política en el proceso, pero limitó esa politización fijando periodos escalonados para los magistrados y para quienes los nominan. Concentrémonos para este punto en la incidencia del presidente de la República. De acuerdo con la Constitución, el periodo de los magistrados es de ocho años y el de los presidentes es de cuatro. [...] //. Como los periodos de los magistrados son de ocho años y los de los presidentes de cuatro, solo algunos presidentes pueden enviar ternas para suplir vacantes. Además, deben hacerlo en el tercer año de su mandato, de manera que los magistrados elegidos solo sean un contrapeso del Gobierno que los eligió durante menos de dos años, y en cambio, ejerzan también su cargo durante el Gobierno del presidente siguiente”. Agrega Rubiano Galvis (p. 94) a lo anterior que “[e]ste escalonamiento de periodos es una expresión concreta del sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) propio de toda democracia constitucional, en virtud del cual los poderes públicos del Estado se controlan mutuamente y limitan sus posibles excesos de poder [...]. En este caso, es también una garantía para preservar la independencia judicial de la Corte y liberarla de estar sometida a los intereses políticos del gobierno de turno”. Desde luego que este modelo se ha modificado ligeramente debido a la renuncia de algunos magistrados.

prenden las luces de toda la comunidad. Por ejemplo, dice Barreto, reformas a la Constitución dirigidas a reconocer la existencia de familias homosexuales o a permitir el aborto son generalmente de alta intensidad, pues “prenden las alarmas sociales”. Desde este punto de vista, el profesor Barreto indica que la reforma de equilibrio de poderes es una enmienda de baja intensidad, por cuanto a los periodistas se les dificulta entender el lenguaje de abogados que la envuelve, luego no hay mucha exposición mediática. Tampoco hay mucha atención social, pues “al ciudadano de a pie no le interesa esto. Al ciudadano de a pie lo que le interesa es si permitieron que los gay adoptaran o no”, como lo subrayó Barreto.

Asimismo, los contenidos de la reforma de equilibrio de poderes no están directamente asociados a los intereses y derechos de los ciudadanos, pues se relacionan con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para acceder a los altos cargos del Estado, con la manera de organizar la administración de la Rama Judicial, con las formas de elegir a los magistrados de las altas Cortes, etc., elementos que parecen ser más un asunto de académicos y de expertos, extraños para el ciudadano del común. En estas circunstancias, a los periodistas la reforma les suele sonar rara y lejana, luego no le hacen tanto cubrimiento o, al menos, el cubrimiento que una reforma de este impacto debería tener.⁵ Tal vez por esta misma razón, por ejemplo, muy pocas personas han discutido cómo debe ser la composición del órgano de gobierno de la Rama Judicial, lo cual es previsible cuando este tema está acompañado de otros más atractivos para la opinión pública como el juzgamiento de los aforados.

Lo esperable de una reforma mejor articulada es un mayor cubrimiento mediático y, en consecuencia, un control y una presión ciudadana más vigorosos. El riesgo entonces que se plantea es que esta reforma impacte fuertemente la organización pública sin que la comunidad se entere debidamente, pues ella, así sea de baja intensidad, es de alto impacto. Con ella se transforma significativamente la cosa pública sin tener que explicárselo a las personas, como advierte el profesor Barreto. Reformas tan extensas como esta debilitan, o al menos no promueven, la participación ciudadana (arts. 2 y 40 de la Constitución) que

5 Con esto no queremos decir que todo el articulado de la reforma de equilibrio de poderes sea muy técnico o ininteligible para el ciudadano común, y que haya pasado de manera desapercibida por la prensa. Desde luego que algunos temas han tenido más cubrimiento mediático que otros, lo cual también depende de la coyuntura del país en el momento. Por ejemplo, la reforma en la manera de juzgar a altos funcionarios del Estado fue un punto altamente debatido en los medios a raíz del escándalo de supuestos actos de corrupción que involucrarían a un magistrado de la Corte Constitucional.

es uno de los principios fundantes de la Carta. Además, resulta paradójico que la reforma de equilibrio de poderes reclame como una de sus motivaciones la falta de legitimidad democrática de las instituciones, pero que simultáneamente no incentive la participación ciudadana alrededor de ella, lo cual aumentaría su legitimidad.

En quinto lugar, la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución no son secciones autónomas e independientes. Por el contrario, una depende de la otra, pues la distribución del poder y de las competencias de las autoridades está fijada con el propósito de realizar y hacer efectivos los derechos. La no modificación de esa parte de la Constitución donde está la organización del Estado, la viabilidad presupuestal de los derechos, el proceso de toma de decisiones y las competencias puede llevar a que las reformas al catálogo de derechos terminen siendo incompletas y se queden en el papel, puesto que, como afirma Gargarella (2011, p. 302), los derechos no son autooperativos ni se autoejecutan. Gargarella acude al ejemplo de Ecuador y Venezuela para demostrar que la ampliación de los mecanismos de participación ciudadana en los marcos constitucionales de tales países ha sido nugatoria, pues se enfrenta a un presidencialismo excesivo de la parte orgánica de la Constitución que permite que instancias burocráticas traben la eficacia de tales mecanismos (pp. 295-299). En Colombia, podríamos decir algo parecido. Mientras que la parte dogmática de la Constitución declara la soberanía popular y el principio de participación, la parte orgánica podría poner en vilo la efectividad de dichos principios y de los mecanismos de participación ciudadana al someterlos a controles, umbrales y aprobaciones por parte de varias instancias burocráticas como lo son la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Congreso, el presidente, la Corte Constitucional, etc. Siguiendo esta lógica, las reformas a la parte orgánica de la Constitución deberían estar precedidas de un análisis de cómo ellas influyen en la parte dogmática de la misma, es decir, en los derechos de las personas y, viceversa, las reformas a la parte dogmática deberían estar acompañadas de modificaciones a la parte orgánica, de tal modo que la consagración de derechos tenga un respaldo en la organización y distribución del poder. Las reformas desarticuladas, que no parten de un diagnóstico unificado, corren el riesgo de carecer de este análisis o de que sea equivocado o incompleto.

En este sentido, la reforma de equilibrio de poderes no cuenta con un análisis serio de cómo ella repercute en la parte dogmática de la Constitución y en los derechos de las personas, como lo manifiesta Antonio Barreto. Para explicar este impacto que tiene la parte orgánica de la Constitución en su parte

dogmática, tomemos el ejemplo de la reforma a la justicia incluida en la reforma de equilibrio de poderes.⁶ No se puede obviar que las reformas dirigidas a mejorar la institucionalidad de la administración de justicia a la postre impactan los intereses de las personas que más barreras tienen para un acceso efectivo a la justicia. Ello es así porque si las cabezas del sistema de administración de justicia funcionan mal, habría buenas razones para pensar que toda la institución de justicia funciona mal. En otras palabras, solucionar los problemas de acceso a la justicia pasa por tener los diseños institucionales adecuados para ello.

En sexto lugar, la mezcla de diversos temas que no tienen un norte claro en una sola reforma dificulta que cada uno de ellos sea tratado integralmente, lo que hace posponer reformas que podrían evacuarse inmediatamente aprovechando la oportunidad política y las mayorías. En este orden de ideas, puede citarse el caso de la reforma a la justicia incluida en la del equilibrio de poderes, en la cual pudieron haberse definido debates que aún no son pacíficos en la práctica judicial, como es el caso del sistema de fuentes (obligatoriedad de la jurisprudencia) y la procedibilidad de la tutela en contra de providencias judiciales.⁷

En definitiva, diferentes razones se han aportado por muchos sectores para sustentar la reforma de equilibrio de poderes, lo cual impide tener un diagnóstico unificado del problema que se busca subsanar con ella y proponer un articulado que responda de manera coherente a tal problema. Así como la enciclopedia china divide a los animales en “(a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas”; la reforma de equilibrio de poderes se puede dividir en (a) una reforma política, (b) una reforma a la justicia, (c) la prohibición de la reelección presidencial, (d) la proscripción de la reelección de las cabezas de los órganos de control, (e) una reforma en el juzgamiento de los aforados, (f) etcétera. Esta reforma constituye, pues, un aprendizaje de cómo no hacer una reforma.

Borges concluye en su ensayo *El idioma analítico de John Wilkins* que “no hay clasificación del universo que no sea arbitraria y conjetural. La razón es

6 Este aparte está basado en Lalinde Ordóñez (2014, pp. 175-177).

7 (N. del E.) Sobre la necesidad y conveniencia de la tutela contra sentencias, consúltense los capítulos 10 (II-A y B) y 20 (A) de esta compilación.

muy simple: no sabemos qué cosa es el universo”. En igual sentido, esta reforma, vista como un todo, se puede clasificar de mil maneras, como la enciclopedia china. Hasta que no se acote su contenido tendremos que decir con Borges que “no sabemos qué cosa es la reforma de equilibrio de poderes”.⁸

Referencias

- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.) (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- Gargarella, R. (2011). El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional*, 48, 289-305.
- Lalinde Ordóñez, S. (2014). Hacia un diseño que garantice en grado adecuado la independencia de la Rama Judicial y la mejor fórmula de selección de magistrados de altas Cortes. En *Reforma del equilibrio de poderes y reajuste institucional en Colombia. Memorias* (pp. 171-190). Medellín: Ministerio del Interior-República de Colombia, Universidad de Antioquia-Instituto de Estudios Políticos.
- Lalinde Ordóñez, S. (2015). De la enciclopedia china al equilibrio de poderes. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/sebastian-lalinde-de-la-enciclopedia-china-al-equilibrio-de-poderes/432377-3>
- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012). Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas. Propuestas acerca de la reforma de la cúpula del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.273.pdf
- Rubiano, S. (2009). La Corte Constitucional: entre la independencia judicial y la captura política. En García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 84-145). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- Sánchez León, N. C. (2013). Las crisis de la justicia. *Caja de Herramientas*, (00356). Recuperado de <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0356/articulo02.html>
- Uprimny, R. (2013a). Independencia judicial, ¿democrática o corporativa? *El Espectador*.

8 (N. del E.) Para conocer otras reflexiones sobre la reforma de equilibrio de poderes en general, consúltense Lalinde Ordóñez (2015) y Villadiego Burbano (2015a). Y, más específicamente, sobre los cambios en materia de justicia introducidos por la reforma al equilibrio de poderes, véanse Uprimny y Villadiego Burbano (2015) y Villadiego Burbano (2015b).

- Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/independencia-judicial-democratica-o-corporativa-columna-429433>
- Uprimny, R. (2013b). ¿Una reforma judicial pero quirúrgica? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/una-reforma-judicial-quirurgica-columna-456287>
- Uprimny, R. (2014a). Artículado desarticulado. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/articulado-desarticulado-columna-520598>
- Uprimny, R. (2014b). ¿Un DANE independiente? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/un-dane-independiente-columna-525421>
- Uprimny, R. (2014c). El grado adecuado de independencia judicial. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/el-grado-adecuado-de-independencia-judicial-columna-530505>
- Uprimny, R. (2015). ¿Ganaron las cortes? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/ganaron-cortes>
- Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015). Gobierno y administración de la Rama Judicial. Análisis de las propuestas de cambio en el proyecto de equilibrio de poderes. *KAS Papers* (25). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.701.pdf
- Uprimny, R. (2014). Una reforma sin norte. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/una-reforma-sin-norte-columna-519318>
- Villadiego Burbano, C. (2015a). Luces y sombras del equilibrio de poderes. *Semana*. Recuperado de <http://beta.semana.com/opinion/articulo/carolina-villadiego-burbano-luces-sombras-del-equilibrio-de-poderes/431625-3>
- Villadiego Burbano, C. (2015b). ¿Cómo queda la justicia en el equilibrio de poderes? *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/como-queda-la-justicia-en-el-equilibrio-de-poderes>

B. Las reformas judiciales y el compromiso de lucha contra la desigualdad social¹

César Rodríguez Garavito (2006)

Extractos tomados de:

Rodríguez Garavito, C. (2006). Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia* (pp. 460-463). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

Como concluyen Jeremy Adelman y Miguel Centeno en su análisis histórico del Estado de derecho en América Latina, si los proyectos reformistas no contrarrestan los hondos problemas de desigualdad social que impiden el funcionamiento de instituciones eficientes, legítimas y equitativas, las transformaciones institucionales lograrán poco porque “las clases más pudientes usan incluso las instituciones y reglas reformadas para reforzar el patrón de aplicación desigual de la ley” (2002, p. 158).

Dado que [...] la aplicación igual de la ley a gobernantes y gobernados, a ricos y a pobres, constituye la definición misma del Estado de derecho, sin este componente las reformas continuarán arrojando resultados desalentadores. Por esto, [...] proponemos una aproximación teórica y práctica a la justicia que, al lado de instituciones facilitadoras del mercado, incorpore y dé prioridad a mecanismos de inclusión social (por ejemplo, instituciones que garanticen el acceso igualitario a la justicia) y de protección de las garantías individuales que tienden a ser sacrificadas por políticas que buscan endurecer la capacidad represiva del Estado (por ejemplo, las garantías del debido proceso y la libertad personal en la justicia penal). Aunque la reducción de los inventarios de casos

1 (N. del E.) Los planteamientos que se recogen en estos extractos en buena medida se encuentran también reflejados en los capítulos 1, 2 (A) y 4 de esta compilación, así como en García Villegas y Uprimny (2006) y Rodríguez Garavito y Uprimny (2006).

pendientes, las demoras en los trámites judiciales y los índices de impunidad son ciertamente fines importantes y condiciones necesarias de un sistema judicial eficiente y equitativo, no son suficientes para la consolidación de un Estado de derecho y una democracia robustos, en los que el goce de los derechos constitucionales y legales sea garantizado a los ciudadanos de cualquier condición social, económica o cultural. De ahí que, en contraposición con el institucionalismo de corte neoliberal [...], propongamos lo que hemos llamado institucionalismo social.²

Desde esta perspectiva, sugiero tres frentes en los que deben concentrarse las políticas de reforma judicial en el país y la región. En primer lugar, debe promoverse la aplicación de los derechos sociales, económicos y culturales. El potencial de justicia social contenido en esos derechos puede ser explotado mediante la introducción de reformas que establezcan, por ejemplo, acciones judiciales eficaces que permitan a los ciudadanos pedir a los jueces aplicar esos derechos en casos cotidianos. No obstante los avances logrados en esta dirección —como el éxito moderado de la acción de amparo constitucional (acción de tutela) en la protección de dichos derechos en Colombia—, queda todavía mucho por hacer para promover mecanismos legales e instituciones judiciales que hagan efectivos los derechos sociales.

En segundo lugar, el problema del acceso a la justicia debe ser tomado en serio. Tradicionalmente, el acceso a la justicia fue objeto de debates ocasionales y de pequeños proyectos que acompañaban los programas de reforma judicial en América Latina. Esta falla [...] hoy parece estar contrarrestándose por numerosos proyectos incluidos en las políticas de reforma judicial. Como lo han puesto de presente O'Donnell, Méndez y Pinheiro (1999) en su análisis de la situación actual del Estado de derecho en América Latina, no tiene sentido una reforma cuyo resultado sea una justicia eficiente pero accesible solo para una minoría privilegiada. Por tanto, la reforma judicial y los programas de acceso a la justicia deben ser emprendidos de forma simultánea, y se deben destinar fondos y esfuerzos suficientes para atender los dos frentes. Esta es la recomendación que surge de otros estudios empíricos sobre el tema, que muestran que las reformas más exitosas y sostenibles son aquellas que invierten esfuerzos y fondos similares en la promoción de la independencia, la eficiencia y el acceso a la justicia (Jensen, 2004; Prillaman, 2000).

2 (N. del E.) La noción de institucionalismo social se explica con detalle en el estudio preliminar y el capítulo 1 de esta compilación.

Los programas de acceso a la justicia deben incluir una amplia gama de reformas. Especial importancia tiene la creación de un sistema eficiente y adecuado de defensoría pública para quienes no tienen los medios para contratar a un abogado. Las deficiencias de los sistemas jurídicos de la región en este aspecto son alarmantes. Por ejemplo, un estudio del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia (1998) encontró que las posibilidades de que un acusado sea condenado en un juicio penal son 80 % mayores cuando el acusado está representado por un defensor público, que cuando está representado por un abogado privado. Por tanto, a pesar de que se inviertan cuantiosas sumas en adquirir computadores y equipos de alta tecnología para los jueces penales y fiscales, el sistema judicial como un todo seguirá siendo altamente inequitativo si los problemas del acceso a la justicia y la defensoría pública no son enfrentados.³

Finalmente, el énfasis actual en la reforma de los juzgados civiles y comerciales en América Latina (y, en Colombia, en la reforma de la investigación de los delitos) debe ser complementado por la atención a sectores del sistema judicial que han ocupado hasta ahora un lugar secundario en los programas. Por ejemplo, es fundamental promover la reforma y el fortalecimiento de los juzgados y las demás instituciones encargadas de resolver los conflictos que involucran a sectores vulnerables de la población.

Este es el caso, por ejemplo, de los juzgados y comisarías de familia, que conocen las disputas por violencia intrafamiliar contra mujeres y menores de edad, y de los juzgados laborales, que procesan las disputas surgidas de violaciones de los derechos de los trabajadores. Reformas como la creación de juzgados de pequeñas cuantías y de mecanismos de resolución alternativa de conflictos bajo la supervisión estatal en estos sectores, que han sido dejadas de lado en los proyectos de segunda generación, deben ser consideradas seriamente para ofrecer protección eficaz a estas y otras poblaciones en estado de subordinación o indefensión.

En síntesis, la profunda revisión de las políticas actuales de reforma al derecho y las instituciones judiciales en América Latina, mediante estrategias

3 (N. del E.) Sobre los problemas en el acceso y en la defensoría pública en Colombia véanse, respectivamente, los capítulos 7 (I) y 11 (E) de esta compilación. En cuanto a la preponderancia del criterio de eficiencia y la selectividad del sistema judicial colombiano, consúltese el capítulo 4 de esta compilación.

como las propuestas, es una condición indispensable para que dichas políticas contribuyan a consolidar el Estado social de derecho en la región.⁴

Referencias

- Adelman, J. y Centeno, M. Á. (2002). Between Liberalism and Neoliberalism. Law's Dilemma in Latin America. En Dezalay, Y. y Garth, B. (eds.). *Global Prescriptions. The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy* (pp. 139-161). Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Consejo Superior de la Judicatura (1998). *Balance sociojurídico de la justicia penal en Colombia. 1996-1997*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.
- García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). Sistema judicial y conflicto armado en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 235-262). Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- Jensen, E. G. (ed.) (2004). *Beyond Common Knowledge. Empirical Approaches to the Rule of Law*. Stanford: Stanford University Press.
- O'Donnell, G., Méndez, J. y Pinheiro, P. (eds.) (1999). *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Prillaman, W. (2000). *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America. Declining Confidence in the Rule of Law*. Westport: Praeger.
- Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez Garavito, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 109-146). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

4 (N. del E.) Es necesario advertir, sin embargo, que más recientemente se han aprobado algunas reformas judiciales que transforman de manera importante las preocupaciones que se expresan en la parte final de este texto. Por ejemplo, algunas de las figuras del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) apuntan justamente a la mejora del acceso a la justicia por parte de las poblaciones más vulnerables.

Capítulo 18

LA JUSTICIA CON ÉNFASIS TERRITORIAL

A. Cómo pensar la justicia en zonas de conflicto armado¹

Mauricio García Villegas (2008)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. (2008). Justicia con Estado. En García Villegas, M. (ed.), *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado* (pp. 209-212). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Dejusticia, Fundación Konrad Adenauer, The John Merck Fund.

La justicia es la más débil de las ramas del poder público. No dispone, como las demás ramas, de poder económico, ni político, ni militar. Sin embargo, con sus decisiones, los jueces están llamados a afectar, no solo los intereses que se mueven en dichas ramas, sino los intereses económicos, políticos y militares que existen dentro y fuera del Estado. ¿Cómo es posible esto? ¿Cómo pueden los jueces tener poder suficiente para someter a quien, en principio, tiene un poder superior? La respuesta del Estado de derecho es tan simple como difícil de lograr: con la sumisión de todo el aparato estatal al imperio de la ley. Esto supone que el ejecutivo y el legislativo son, no solo aliados de los jueces en el cumplimiento de sus funciones, sino también un apoyo indispensable, sin el cual no podrían operar adecuadamente.

Dicho en otros términos, un presupuesto esencial del buen funcionamiento de la justicia consiste en que el juez cuente con las condiciones institucionales propias del Estado de derecho, a partir de las cuales pueda tomar decisiones que sean respaldadas por los demás funcionarios y organismos del Estado. Cuando esto no sucede, estamos en presencia de jueces maniatados; de jueces que no tienen *imperium* o capacidad impositiva para hacer efectivas sus decisiones.

¹ (N. del E.) Para otros textos que, como este, se ocupan del tema de la relación entre justicia, conflicto armado y territorio, véanse los capítulos 5, 6 y 9 (II y III) de esta compilación.

Presentado de esta manera, el poder y la independencia de los jueces son esenciales para la consolidación de un Estado de derecho. Sin embargo, en la práctica, las cosas son más complicadas. Jueces y ramas judiciales hay en casi todos los países, pero eso no significa que esos jueces tengan independencia frente a las demás ramas del poder público, o frente a ciertos actores sociales poderosos, o que tengan el poder suficiente para tomar las decisiones que deberían tomar.

Como se desprende del apartado anterior, no basta con que existan los juzgados para que exista justicia y para que todos los actores sociales estén sometidos a la ley. Se requiere, ante todo, que exista un Estado detrás de ellos, y un Estado con ellos. No cualquier Estado, sino un Estado fuerte, con poder infraestructural para imponer sus decisiones y someter a quienes intentan disputarle la provisión de sus funciones. Adicionalmente, se necesita que existan unos mínimos de homogeneidad social —económica y cultural— para que pueda prosperar una ciudadanía fuerte, que le apueste a las instituciones, y en particular a la justicia, y que esté convencida de que la mejor vía para lograr que sus demandas sean satisfechas es la institucional. Una de las grandes dificultades que tiene la justicia en las zonas de conflicto armado es [...] la falta de credibilidad que ella suscita entre la población.² Finalmente, se requiere que el sistema político esté no solo disponible para todos, en especial para quienes quieren expresar su disenso, sino que esté fundado en el sentido público de la competencia política y no simplemente en un mercado clientelista.

Ese Estado y esos jueces están lejos de las zonas de conflicto armado [...]. El Gobierno y la sociedad se conforman con pensar que allí hay juzgados, sin preocuparse por saber qué hacen esos jueces, en qué condiciones viven, qué acompañamiento institucional tienen y qué es lo que deciden. Menos aún se preocupa el Estado por diseñar una política pública destinada a fortalecer la institucionalidad en esas zonas. Esa política pública sobre la justicia tendría que ser pensada como un programa integral —en el sentido explicado atrás— que incluya no solo a los demás órganos del Estado —lo cual supone una fuerte interdependencia funcional—, sino también al mercado, a la ciudadanía, al sistema político, en fin, a todos aquellos elementos que intervienen en la construcción de la institucionalidad.

2 (N. del E.) Esta situación se ilustra en los relatos de jueces que se encuentran en el capítulo 9 (III) de esta compilación. En cuanto a la percepción que los ciudadanos tienen del sistema judicial, véase el capítulo 7 (II).

La estrategia que consiste en compensar la incapacidad institucional para hacer presencia en un territorio con el envío de tropas, o de fuerza pública, o peor aún, con la entronización de intermediarios, ha debilitado a la sociedad civil tanto como a las instituciones mismas. Para fortalecer las instituciones en zonas de conflicto armado es necesario un plan mucho más complejo e integral, que tenga en cuenta las relaciones entre las entidades del Estado y entre estas y la sociedad. Para que eso sea posible hay que empezar por reconocer la debilidad del Estado o, incluso, en algunos casos, su inexistencia. Dicho en otros términos, el reconocimiento de las debilidades institucionales, aunado al propósito de remediar dicha debilidad, debe reemplazar la opción actual, que consiste en el ocultamiento de esas debilidades detrás de las rutinas jurídicas de los funcionarios públicos de esos municipios.

En síntesis, un entorno institucional consolidado —capacidad institucional— aunado al fortalecimiento de la ciudadanía y del sistema democrático, son los presupuestos esenciales a partir de los cuales se debe pensar y diseñar una reconstrucción institucional —particularmente judicial— del Estado en zonas de conflicto armado. De lo contrario, cuando las reformas institucionales se piensan de manera aislada, como si cada parte del Estado fuera autónoma y autosuficiente, el resultado es un conjunto de agregados normativos y burocráticos inocuos, en medio de un todo inoperante [...]. Esta visión integral de la problemática de la justicia, dado que se enmarca en un proyecto de construcción de Estado en zonas en donde este solo existe de manera precaria, implica, desde luego, una tarea compleja, difícil y lenta. Pero inaplazable, si el país quiere tener un Estado soberano y poderoso que le permita hacer valer la Constitución y los derechos en todo el territorio nacional.

B. Recomendaciones para el fortalecimiento de la justicia local

Mauricio García Villegas, Jose Rafael Espinosa y Felipe Jiménez Ángel (2013)

Extractos tomados de:

García Villegas, M., Espinosa, J. R. y Jiménez Ángel, F. (2013). Conclusiones y recomendaciones. En *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia* (pp. 59-62). Documentos 5. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.590.pdf

En primer lugar, es necesario diseñar una política pública judicial dirigida a cerrar la brecha regional en materia de eficacia de la justicia. Es conveniente que las diferentes entidades involucradas en el funcionamiento del sistema de justicia (al menos el Consejo Superior de la Judicatura, Ministerio de Justicia, Ministerio de Hacienda, Fiscalía, Policía – Dijin) diseñen y ejecuten un plan coordinado, con enfoque regional, dirigido a fortalecer las capacidades institucionales de los municipios periféricos. Esta política pública debería estar dirigida no solo a aumentar la presencia de funcionarios judiciales en el territorio, sino a aumentar la meritocracia en la asignación de funcionarios y, teniendo en cuenta que es aquí donde se producen los mayores cuellos de botella, a fortalecer las capacidades investigativas en el sistema penal. Esta política pública, además de i) crear nuevas plazas de jueces, funcionarios, investigadores del CTI y de la SIJIN; ii) aumentar la capacitación, y iii) dotar de la infraestructura necesaria y adecuada a los funcionarios, debería apuntar a iv) reformar la carrera judicial y la carrera administrativa de la Fiscalía para implementar un sistema de incentivos que atraiga a funcionarios idóneos (y se reduzca el riesgo de clientelismo judicial) hacia las zonas periféricas del territorio nacional.

Caben aquí dos comentarios sobre la presencia y la meritocracia en el sistema judicial.

Primero, sobre la presencia. [Existe] una concentración dramática de la oferta judicial en el país.¹ Esta concentración es aún más grave si se tiene en cuenta que los datos utilizados incluyen los juzgados que fueron creados recientemente por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. La Sala ordenó la creación de juzgados promiscuos en aquellos municipios en los que hasta hace unos meses no había juzgados, para que así existiera al menos uno en todos los municipios del país. Sin embargo, [...] estos nuevos juzgados no resolverán el problema. Para que exista una convergencia entre los municipios con alta y baja presencia de jueces es necesario adoptar indicadores de presencia que incorporen criterios de población y territorio, [...] pues eso permite hacer comparaciones adecuadas —bajo el mismo lenguaje— entre los diferentes municipios del país. Ello implica aumentar la presencia de jueces en los municipios periféricos, especialmente en algunas regiones específicas [...].

Pero los problemas de presencia no se limitan a los jueces. La cobertura de unidades locales de la Fiscalía es también bastante baja. Como señalamos, esto no significa que en los municipios en los que no hay unidades locales no opere esta entidad. Lo que significa es que en esos municipios la capacidad de la Fiscalía es menor. *Por esa razón, es conveniente crear unidades locales en los municipios en los que no hay, para así fortalecer y ampliar el rango de acción de la Fiscalía en el territorio del país.* Esto permitiría que un juez de un municipio como Sipí (Chocó), por ejemplo, en el que no existe una unidad local de la Fiscalía, no tenga que ordenar la libertad de un capturado porque no se le pudo llevar a Istmina para hacer la audiencia de legalización de captura. Con un fiscal en Sipí la audiencia se podría hacer allí mismo, el traslado se evitaría y no habría orden de libertad (al menos no por esa razón).

Segundo, sobre la carrera judicial. Es importante no solo tener en cuenta la presencia numérica de funcionarios, sino su calidad. Por esta razón, es necesario hacer una evaluación detallada del funcionamiento de la carrera judicial en los municipios periféricos del país. Los datos [...] sobre la distribución de las tasas de provisionalidad son elocuentes. De acuerdo con la investigación cualitativa que hemos realizado a lo largo de varios años y territorios, esta diferencia se explicaría por el hecho de que los municipios periféricos son menos atractivos para los concursantes, quienes prefieren ocupar cargos en municipios institucionalmente más fuertes. Por esa razón, recomendamos incorporar a los sistemas de ascenso de las diferentes instituciones involucradas en el sistema judicial (al

1 (N. del E.) Esta concentración es evaluada con detalle en García Villegas, Espinosa y Jiménez Ángel (2013, p. 10 y ss.) y en el capítulo 9 (II) de esta compilación.

menos las principales, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación, Dijin de la Policía Nacional) incentivos (económicos o de otro tipo) para que quienes ganan el concurso de méritos decidan ocupar plazas en municipios periféricos del país.

Tanto los mapas como los análisis estadísticos muestran que existen patrones de concentración del bajo desempeño institucional. Esto representa un problema para el funcionamiento del sistema judicial, pero al mismo tiempo una oportunidad para el diseño de una política pública que busque responder al problema. Aquí es donde tiene sentido el enfoque regional al que nos referimos anteriormente. En la medida en que existen patrones regionales de bajo desempeño en materia de justicia —relacionados con patrones de otros tipos de desempeño institucional— el plan coordinado puede focalizarse en regiones específicas que sean institucionalmente débiles.

En segundo lugar, es importante medir adecuadamente la eficiencia y eficacia de los jueces. Hay que superar la visión formal de las instituciones y complementarla con el estudio de los impactos reales que dichas instituciones tienen. Más que la presencia y las rutinas formales de la justicia, se debe medir el grado de control social que logra el Estado con el aparato de justicia en las regiones. *Por esa razón, es conveniente construir indicadores de evaluación de la justicia a nivel local.* Es necesario incorporar indicadores de oferta, de demanda, de eficiencia, de eficacia, de calidad y de legitimidad (percepción). En este documento hicimos un esfuerzo por proponer nuevos indicadores en materia de oferta (presencia controlada por población y territorio), eficacia (en investigación, tasa de imputaciones; en condenas, tasa de condenas; tasa de eficacia general) y calidad y riesgo de clientelismo judicial (a través de la tasa de provisionalidad). Estos indicadores pueden servir como punto de partida; sin embargo, se quedan cortos frente a las diferentes necesidades de información que requiere una política adecuada de gestión del sistema de justicia a nivel local. Esta idea está relacionada con el siguiente punto.

En tercer lugar, [...] pudimos observar que el Consejo Superior de la Judicatura (y en menor grado la Fiscalía) no cuenta con un sistema de información adecuado que permita diagnosticar, diseñar, ejecutar y evaluar de forma amplia y precisa las diferentes políticas públicas en materia de justicia. *Por esta razón, es necesario construir un sistema que permita obtener información detallada y precisa —y en lo posible en tiempo real— del funcionamiento de la justicia a nivel local.*

En sintonía con las recomendaciones anteriores creemos que —con el objeto de darle visibilidad y hacerle seguimiento al propósito de fortalecer las capacidades institucionales de los municipios periféricos— sería conveniente que

las diferentes entidades involucradas incorporaran en sus informes periódicos de gestión un aparte dedicado a dar a conocer las acciones y los resultados relacionados con este propósito.²

Referencias

- García Villegas, M., Espinosa, J. R. y Jiménez Ángel, F. (2013). *Instituciones y narcotráfico: la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia*. Documentos 5. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.590.pdf
- García Villegas, M., García Sánchez, M., Rodríguez Raga, J. C., Revelo Rebolledo, J. E. y Espinosa, J. R. (2011). *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.246.pdf

2 (N. del E.) Para otros textos que, como este, se ocupan del tema de la relación entre justicia, conflicto armado y territorio, véanse los capítulos 5, 6, 9 (II), 9 (III) y 18 (A) de esta compilación. En cuanto a la relación entre debilidad institucional y geografía en Colombia, consúltese García Villegas, García Sánchez, Rodríguez Raga, Revelo Rebolledo y Espinosa, (2011).

Capítulo 19

SOBRE EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA

A. Alternativas para mejorar el acceso a la justicia

Miguel Emilio La Rota, Sebastián Lalinde Ordóñez,
Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes (2014)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). Alternativas de política pública y reflexiones finales. En *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia* (pp. 402-422). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf

[En este capítulo] ofrecemos alternativas que podrían enfrentar los problemas [existentes en Colombia] tanto desde el lado de la demanda como desde el de la oferta de servicios de justicia. De una parte, el fortalecimiento del empoderamiento legal y los incentivos para el arreglo directo se dirigen a mejorar la demanda de servicios de justicia, incrementando la capacidad de agencia de las personas en el manejo de eventuales necesidades jurídicas, y a su vez aumentando las posibilidades de buscar y lograr acuerdos directos, y de acudir a las autoridades o a particulares que prestan servicios de justicia. De otra parte, otras alternativas se dirigen a racionalizar la oferta de estos servicios, mejorando el monitoreo de puntos de oferta judiciales, administrativos o particulares, y a la vez, reflexionando acerca de las prioridades de algunas actividades públicas de justicia frente a otras.¹

1 (N. del E.) Aquí es necesario hacer dos aclaraciones metodológicas sobre la investigación de la que provienen estos extractos. La primera es que ella se concentró en las respuestas más relevantes de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas (ENNJ), la cual se realizó en 2013 en catorce ciudades de Colombia: Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Cartagena, Pasto, Montería, Tunja, Neiva, Pereira, Villavicencio, Florencia y Quibdó. La segunda aclaración es que esta investigación analizó los resultados de la ENNJ para tres grupos poblacionales: población general, pobre y con discapacidad (La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora y Uprimny, 2014, pp. 18 y ss). A partir de estos mismos datos, en el capítulo 7 (I-B) de esta compilación se evalúan los problemas de acceso a la justicia de estos mismos grupos poblacionales.

1. Intervenciones para la demanda de justicia

1.1. Fortalecimiento del empoderamiento legal

Tal vez el principal obstáculo para la satisfacción del derecho de acceso a la justicia se relaciona con la capacidad de las personas para resolver sus conflictos. La promoción de dicho derecho parece ser una prioridad de la política judicial en Colombia, pues solo con ella puede lograrse que las personas, sobre todo las de menores recursos u oportunidades, cuenten con la facultad de agenciar los diferentes mecanismos legales y judiciales disponibles para protegerse de los demás y del Estado, como parte fundamental no solo del derecho de acceso a la justicia, sino de un Estado democrático y respetuoso de los derechos (Brinks, 2009). En este esfuerzo por conseguir un mayor nivel de empoderamiento legal es posible pensar en cinco estrategias que, a su vez, pueden lograr un mayor impacto en grupos vulnerables.

1.1.1. Orientación legal

Como lo muestran los datos de la ENNJ [Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas], las personas están más enteradas acerca de las ventanas de oferta de servicios de justicia, sin que necesariamente tengan conocimientos respecto de los mecanismos judiciales pertinentes y adecuados a propósito de una necesidad jurídica particular. Ello sugiere que es oportuno ofrecer servicios de guía legal o judicial a las personas que acuden a las diferentes ventanas de oferta, independiente del conflicto que estén intentando resolver.

Un elemento trascendental de esta alternativa es que, además de que los diferentes espacios de oferta estén equipados para ofrecer diversos tipos de servicios judiciales, dichos espacios sepan manejar –idealmente, aplicando protocolos de procedimientos– los casos que necesitan mecanismos ajenos a los propios servicios que se prestan en una u otra ventana de oferta. Esto ya sucede en múltiples escenarios. Algunas casas de justicia no solo prestan múltiples servicios —incluyendo los de conciliación, asistencia familiar y espacios de denuncia penal—, sino que además suelen contar con diligentes coordinadores que aconsejan a los usuarios acerca de los distintos mecanismos que pueden utilizar —como la interposición de una acción de tutela—. Pero que esto suceda depende del nivel de compromiso y capacidad de trabajo del coordinador de turno. Se requiere entonces una política que establezca objetivos, obligaciones claras y protocolos de comportamiento, que se implementen en espacios de oferta explícitamente designados para esto. Claro está, dicho esfuerzo requiere

la coordinación entre distintas entidades, autoridades independientes y hasta particulares, entre otros, para conseguir un adecuado flujo de información para la ejecución satisfactoria de las tareas de orientación.

1.1.2. Asistencia legal

El segundo aspecto necesario para fortalecer el empoderamiento legal de las personas es la asistencia legal que pueden recibir en el momento en que intentan resolver sus necesidades jurídicas. La diferencia con la alternativa anterior —siguiendo, más que todo, fines analíticos— es que la ayuda en asuntos jurídicos no proviene de funcionarios que desde las diferentes ventanas de oferta orientan a la persona por los diversos caminos que pueden tomar. En este caso, la asistencia proviene de profesionales del derecho que prestan una asesoría de más largo aliento, en la que conocen el caso con mayor profundidad y pueden actuar como apoderados de la persona. La asistencia legal puede lograrse por múltiples vías, algunas de ellas complementarias:

a) Defensa pública²

No conocemos de diagnósticos integrales de la asistencia legal prestada por la Defensoría del Pueblo en Colombia. Dada una investigación de campo preliminar realizada por Dejusticia, sabemos que dicha política aplica casi sin excepción a personas procesadas penalmente y a víctimas de delitos graves normalmente relacionados con el conflicto armado. Dicho servicio funciona a través de la vinculación de abogados particulares, por medio de contratos de prestación de servicios para que asuman una carga de procesos penales durante periodos de tiempo definidos.

Más allá de la discusión acerca de la conveniencia de dicho esquema, llama la atención la ausencia de un programa de asistencia legal medianamente vigoroso para asuntos distintos al penal. La defensoría pública no debe estar reservada únicamente para este tipo de procesos, sino que debe ser una herramienta de la que eventualmente puedan gozar todas las personas que se encuentren en imposibilidad económica para costear una asistencia legal, independientemente de la materia del proceso y del hecho de que la asistencia se requiera en el trámite de un proceso jurisdiccional o por fuera de él.

b) Servicios de asistencia prestados por abogados particulares

Las necesidades de asistencia legal para personas de bajos recursos son tan amplias, que no es posible canalizarlas todas a través de una entidad como

2 (N. del E.) Sobre este tema, consúltense los capítulos 11 (E) y 20 (C) de esta compilación.

la Defensoría del Pueblo. En Colombia no existe un diagnóstico completo acerca de las características de los abogados privados, ni de los niveles y particularidades de los servicios *pro bono* proporcionados por las firmas de abogados. Aunque dicho paso es necesario para la construcción de una política racional basada en datos empíricos, por ahora es posible ofrecer algunas reflexiones iniciales. La primera es que vale la pena considerar alternativas de política que busquen obligar o incentivar económicamente a los abogados particulares, específicamente a las firmas de abogados, a prestar servicios de asistencia legal a las personas de bajos recursos.

De otro lado, podrían implementarse incentivos, por ejemplo tributarios, para aquellos abogados o firmas que presten asistencia jurídica *pro bono*. Esta alternativa puede tener algunas ventajas al no necesitar un programa de asignación de casos. Asimismo, al existir ya un sistema de disciplina que aplica a todos los abogados particulares, se requiere una menor burocracia y, en principio, esta alternativa redundaría en menores costos para el sistema que aquella fundamentada en la obligatoriedad. También es una intervención que afecta menos las libertades de los asociados, al consistir en estímulos que las personas pueden seguir voluntariamente, en vez de ser una imposición de un comportamiento obligatorio.

c) Los colegios de abogados

Los colegios de abogados han sido un tema que ya se ha pensado en Colombia en varias oportunidades y es difícil concebir un esquema de asociaciones profesionales viables y efectivas en el contexto profesional colombiano (La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny, 2012b). Pero esto no debe cerrar la discusión. Los colegios de abogados pueden jugar un papel fundamental en la medición y regulación efectiva de las actividades de los profesionales del derecho, y servir como canalizadores de una política que incremente la asistencia legal gratuita ofrecida por estos. También, dichos colegios pueden ayudar con el disciplinamiento de los abogados en el cumplimiento de actividades de asistencia legal gratuita, entre otros asuntos. Esta es una alternativa conveniente, teniendo en cuenta los problemas de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, los cuales ya han sido documentados en otras investigaciones.³

d) Educación en derechos

La problemática acerca del conocimiento de instituciones jurídicas básicas está ligada con la débil educación en derechos, la cual puede ser corregida,

3 Véanse García Villegas y Revelo Rebolledo (2009) y La Rota (2009).

en parte, al menos en las personas que asisten a alguna institución educativa, con el monitoreo que se haga sobre el cumplimiento del mandato contenido en el artículo 41 de la Constitución, según el cual “[e]n todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Asimismo, se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana”.

Asimismo, la cercanía de asistencia jurídica gratuita (p. ej., consultorios jurídicos móviles) puede incentivar a las personas que no saben con certeza si alguna situación es una necesidad jurídica, pero que la perciben como injusta, a preguntar si existe algún mecanismo para corregir tal situación y, en caso de existir, promoverlo.

Paralelamente, podría pensarse en un proceso de empoderamiento de comunidades a través de la capacitación a líderes comunales, quienes podrían servirle a la respectiva comunidad difundiendo entre ella los derechos e indicándole en casos concretos si alguna situación constituye una posición jurídica que pueda ser remediada mediante la eventual intervención de un tercero.

1.2. Incentivos al arreglo directo

Quienes intentan conseguir un arreglo directo tienen mejores resultados que quienes acuden a un tercero, pues llegan a un acuerdo en una mayor proporción de casos, en comparación con aquellos que logran una decisión o conciliación. Así, acudir a un tercero puede, a la vez, ser más costoso y menos efectivo que buscar un arreglo directo.

Aunque muchos de los conflictos, por su gravedad o características, no pueden sino resolverse ante un tercero, existe todavía un espacio importante para aumentar los niveles de arreglo directo. De lo que se trata, entonces, es de que en más casos, sobre todo de niveles de afectación media y alta, las personas dejen de renunciar a hacer algo e intenten un arreglo directo, y en algunos otros, que dejen de acudir a un tercero para intentar un arreglo directo [...].

Es necesario desarrollar incentivos para que las personas intenten arreglar directamente en más casos, por ejemplo, promoviendo escenarios o foros amigables que acerquen a las partes confrontadas sin necesidad de amenazarlas con sanciones o con el uso de la fuerza. Una idea puede ser el establecimiento de una suerte de oficinas de quejas y reclamos en los lugares de trabajo, en los almacenes y en las copropiedades, de modo que tales oficinas se conviertan en un instrumento que propicie el acercamiento no forzoso entre las partes,

encuentro que puede dar lugar a un eventual arreglo directo de las controversias. En la medida en que estos espacios estén ubicados geográficamente en los mismos lugares donde se presente el conflicto y donde las partes involucradas se encuentren, y en la medida en que en ellos reine la informalidad, es esperable que las partes inmersas en la disputa acepten intentar allí una solución que no les implica mayores costos en términos de tiempo, de desplazamiento, de gastos económicos y de trámites.

2. Intervenciones para la oferta de justicia

2.1. Monitoreo de servicios “alternativos” de justicia

Insistiendo en lo hallado en la encuesta, menos de tres de cada cien conflictos acaban siendo conocidos por un juez. A su vez, aparte de la mora en los procesos, los obstáculos más relevantes mencionados se refieren a asuntos que no atañen directamente al entramado de jueces, lo que permite pensar en que buena parte del análisis debe redirigirse al fortalecimiento de las ventanas de prestación de servicios de justicia diferentes a las de la Rama Judicial, como las provistas por autoridades administrativas y por particulares. La alternativa que se considera aquí es básica. El fortalecimiento de esta oferta requiere inicialmente un mejor monitoreo del desempeño de las autoridades administrativas y de los particulares que prestan servicios de justicia. Claro está, dicho esfuerzo de monitoreo —y de articulación llegado el caso— debe tener cuidado de no añadir costos innecesarios al funcionamiento de dichos mecanismos de resolución de conflictos.

2.2. Acciones para el aumento de la idoneidad y capacidad de los funcionarios

En muchas ocasiones, el desempeño de los funcionarios públicos y los particulares responsables de recibir, dar trámite y resolver necesidades jurídicas es deficiente de diferentes maneras. De una parte, [...] encontramos casos en que los operadores jurídicos no conocen bien los procedimientos y las vías de acceso específicas para distintos conflictos y toman decisiones que contradicen los estándares de protección de derechos que han fijado las altas Cortes. Estos problemas parecen ser estructurales del sistema y afectan a todos aquellos que intentan acudir al aparato de justicia buscando ayuda para resolver sus conflictos.

También constatamos falencias en el desempeño de los operadores que afectan particularmente a ciertos grupos poblacionales. Así, muchos funcionarios no han dispuesto de una mínima logística que permita el acceso libre y privado de las víctimas de la violencia sexual o intrafamiliar (lo cual en la mayoría de ocasiones no requiere grandes exigencias en infraestructura). Y, de

manera más grave, muestran un abierto desinterés por las necesidades jurídicas características de las mujeres, la población LGBTI y la víctimas del conflicto, desestimando la importancia de sus casos, incentivando a que detengan los procedimientos, y en ocasiones, refiriéndose a los peticionarios de forma abiertamente agresiva, homofóbica, machista y racista.

Los problemas mencionados parecen lo suficientemente habituales para constituir un conflicto serio que afecta de forma significativa el acceso a la justicia de múltiples personas. Por tanto, la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación y las diversas autoridades administrativas que prestan o monitorean servicios de justicia deben revisar sus políticas de i) vinculación de operadores de justicia, ii) entrenamiento y capacitación, y iii) monitoreo y evaluación de su desempeño. Dicha revisión debe responder a estándares generales de calidad, como ciertamente lo son el conocimiento de las diferentes vías de acceso al aparato de justicia, y el conocimiento y la aplicación de la jurisprudencia de las altas Cortes. También, la calidad del desempeño de los operadores del sistema judicial depende de su interés y compromiso para proteger los derechos de las personas que hacen parte de grupos poblacionales en situaciones de desventaja o vulnerabilidad. Se les debe evaluar de acuerdo con dichos criterios.

2.3. Reflexión acerca de las prioridades de la política judicial

Se requiere una discusión transparente y franca acerca de los diferentes asuntos del sistema de justicia en los que el Estado gasta cuantiosos recursos, que pueden no tener el impacto esperado. Un ejemplo son los procuradores con funciones judiciales de la Procuraduría General de la Nación: ¿el esfuerzo presupuestal que implican estas tareas es, en un marco de escasez de recursos, tan prioritario –y, en la práctica, tan efectivo– como otras necesidades judiciales, por ejemplo, los esfuerzos urgentes en la investigación penal, la defensa penal efectiva, la asistencia legal o el simple funcionamiento adecuado de los juzgados? Los procuradores judiciales y los delegados ante las altas Cortes son una institución redundante, como sea que sus funciones están duplicadas, pues otras personas y organismos están igualmente llamados a ejercer el mismo papel.

Si bien es verdad que los procuradores judiciales y los delegados ante las altas Cortes pueden actuar como un control complementario, lo cual debe ser positivamente valorado en escenarios de corrupción y cooptación, en un contexto de escasos recursos debe priorizarse la inversión en instituciones estrictamente necesarias más que en instituciones redundantes que resultan muy poco útiles en la práctica.

¿A cuántos recursos económicos equivale la actividad de los mencionados procuradores? Asumiendo que los procuradores judiciales son 280 y los procuradores judiciales II son 350, fuentes periodísticas han calculado que el gasto en estos funcionarios es de alrededor de 180 mil millones de pesos al año.⁴ Sin embargo, esta cifra es en realidad mayor, puesto que dichos cálculos tienen en cuenta una cantidad de 630 funcionarios, mientras que, en otros documentos, la misma Procuraduría General de la Nación reporta un total de 774 procuradores judiciales. En comparación, el presupuesto destinado a la defensa pública para 2012 fue de 133 mil millones (que equivalen a 0,08 % del Presupuesto General de la Nación).

Estas preguntas acerca de la prioridad que tienen algunos asuntos judiciales frente a otros deben ser planteadas por las personas responsables de la política judicial, y no pueden pretenderse como discusiones intocables. Tal vez por las dificultades que diferentes países tienen para hacer ejercicios efectivos de priorización de recursos, el Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia del PNUD (2005, p. 37) se ve en la necesidad de recordar lo obvio, al señalar que “por la escasez de recursos, los Estados deben priorizar algunas medidas sobre otras, y por ende, deben elegir beneficiar algún sector”, lo cual puede llevar a favorecer a grupos poblacionales “llamados vulnerables” o a “sectores de bajos recursos”, así como también a apoyar actividades específicas como “programas de asistencia jurídica gratuita”.

Por último, bajo la misma lupa deben ser consideradas las permanentes solicitudes para que a la Rama Judicial le sean aumentadas sus asignaciones presupuestales, tal como sucedió en los debates acerca del proyecto de reforma a la justicia que finalmente fue archivado en 2012. Según lo encontrado por Dejusticia, los niveles reales de recursos con que cuenta la Rama Judicial, en combinación con múltiples y graves falencias (los bajos niveles de ejecución presupuestal de la rama, la poca transparencia con la que se gerencia la política judicial, los casi inexistentes niveles de monitoreo y evaluación de programas y proyectos de justicia, y la ausencia de herramientas de política pública en la concepción, implementación y ejecución de dichos programas y proyectos), crean bastantes dudas acerca de las verdaderas necesidades de recursos del poder judicial y de la conveniencia de aumentarlos (La Rota, Bernal Uribe, Santa

4 Esto, según información recaudada por el portal La Silla Vacía y teniendo en cuenta que, según el artículo 280 de la Constitución y la sentencia C-146 de 2001, tales funcionarios deben recibir igual remuneración y las mismas prestaciones que las autoridades judiciales ante las cuales intervienen (Lewin, 2013).

Mora y Uprimny, 2012a). Este tipo de elementos de juicio han de ser tenidos en cuenta en el momento de repensar cuáles son las prioridades económicas de la justicia en Colombia.⁵

Referencias

- Brinks, D. (2009). *From Legal Poverty to Legal Agency: Establishing the Rule of Law in Latin America. Informe para D. Caputo. Agenda-informe para la democracia de bienestar en América Latina*. Washington: Organización de los Estados Americanos (OEA).
- García Villegas, M. y Revelo Rebolledo, J. E. (eds.) (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.165.pdf
- La Rota, M. E. (2009). El Consejo Superior de la Judicatura: ni democrático ni independiente. *Revista de Derecho Público, Universidad de Los Andes*, (23), 1-17. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revisita/archivos/derechopub/pub93.pdf
- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012a). Autonomía presupuestal responsable y transparente. Propuesta para reformar el presupuesto del Sistema Judicial. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.263.pdf
- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012b). Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas. Propuestas acerca de la reforma de la cúpula del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.273.pdf
- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf
- Lewin, J. E. (2013). La curiosa aritmética del Procurador. *La silla vacía*. Recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/las-cuentas-del-procurador-45146>
- PNUD (2005). *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. América Latina y el Caribe*. Buenos Aires: Ediciones del Instituto Talcahuano.

5 (N. del E.) Sobre los problemas de gestión de recursos de la Rama Judicial, véase el capítulo 8 de esta compilación.

B. El Consejo Superior de la Judicatura: por una Sala Administrativa menos corporativa y una Sala Disciplinaria menos política

Miguel Emilio La Rota (2009)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E. (2009). El Consejo Superior de la Judicatura: ni democrático ni independiente. *Revista de Derecho Público. Universidad de Los Andes*, (23), 1-17. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub93.pdf

[En otros lugares se pudo verificar] que tenemos un déficit de responsabilidad democrática en la jurisdicción ordinaria y otro de independencia en la Sala Disciplinaria.¹ Estas carencias, en vez de compensarse, resultan en un aparato poco democrático por un lado y politizado por el otro. Se requiere entonces de un diseño que aproxime dichos dos extremos a un punto medio en el cual las áreas administrativa y disciplinaria estén abiertas a la influencia política y a la vez, preserven su independencia de embates externos.

Hoy en día no tenemos el nivel de detalle necesario para hacer una propuesta específica acerca de cómo han de conformarse las salas administrativa y disciplinaria. Para esto, es necesario contar con información más concreta acerca de la gestión de la administración de justicia, que posibilite analizar cómo se aplicarían los diferentes modelos de nominación, administración y sanción disciplinaria al contexto colombiano.

Pero no es prematuro afirmar que tal como quedó diseñado, el Consejo Superior de la Judicatura no funciona bien y necesita ser más representativo en los asuntos administrativos y de designación de jueces, y menos político en los

¹ (N. del E.) Este diagnóstico se encuentra desarrollado en el capítulo 8 (C) de esta compilación. Es necesario, además, advertir que estas recomendaciones deben interpretarse desde la noción de independencia democrática expuesta en el capítulo 8 (D).

temas disciplinarios. Dichos cambios del Consejo Superior de la Judicatura se analizan a partir de las siguientes propuestas:

La democratización del sistema requiere que la Sala Administrativa esté integrada por personas que no solo provengan de la magistratura, que no solo sean jueces y que representen diferentes sectores de la sociedad y diversas posiciones acerca del papel de la administración de justicia. Como lo observan Garoupa y Ginsburg, no está probado que la mayor proporción de jueces en los consejos de la judicatura logren mayores niveles de independencia del sistema (2009). En este sentido, es necesario hacer más representativa la composición de la Sala Administrativa, sin permitir capturar el sistema. Es posible, por ejemplo, repartir a los participantes de dicho proceso de tal manera que ningún sector aparte del judicial pueda contar con una mayoría simple.

Existe sin embargo el riesgo de que unos pocos integrantes del Consejo Superior designados por los poderes políticos puedan ejercer una influencia desproporcionada sobre él y terminen por cooptar el órgano a pesar de su minoría numérica. No obstante, este riesgo depende de que los miembros del Consejo que intentan capturar tengan una preeminencia sobre sus demás integrantes, al contar por ejemplo con ventajas en la información. Aunque esto sea cierto en muchos entes políticos y administrativos, no es muy factible en el caso del Consejo Superior de la Judicatura. Si acaso, serán los jueces los que gocen de la asimetría de la información a su favor, dados sus vínculos con la rama.

Así, la estructura de un sistema más democrático no significa que sea politizado. Pero los sistemas autocontenidos e impermeables pueden sufrir de altos niveles de politización interna. Aunque los jueces sean independientes de fuerzas externas, pueden ser vulnerables a otros tipos de presión, tales como la jerarquía judicial y otros tipos de influencias institucionales. A su vez, a pesar del máximo nivel de protección que goza la jurisdicción ordinaria en Colombia, la presión externa es común y constante, pasando desde el cabildeo hasta el intento de soborno y la amenaza.

Las propuestas mencionadas tendrían consecuencias respecto de la nominación de los demás magistrados y jueces de la jurisdicción ordinaria pues en el proceso de conformación de las listas de personas [por] elegir participaría un grupo de funcionarios más abierto, diverso y representativo. Ahora bien, esto no quiere decir que sea necesario acabar con la carrera judicial por méritos. Dicho sistema ha funcionado bien respecto [a] la alta proporción de jueces nombrados en propiedad tras haber tenido éxito en el concurso de méritos y quienes cuentan con más incentivos para decidir imparcialmente. Ahora bien,

para que la carrera judicial sea democrática y heterogénea se necesita que en el diseño de los exámenes, en la selección de los criterios de evaluación y en el nombramiento de jueces y magistrados, participe una Sala Administrativa que esté compuesta por personas externas a las élites judiciales, tales como representantes de las fuerzas políticas, la academia, los colegios de abogados, y sindicatos de trabajadores de la Rama Judicial.²

De otra parte, un Consejo de la Judicatura más diverso hace posible que la administración de la rama se lleve a cabo de acuerdo [con] una gestión pública moderna y se centre menos en principios y doctrinas (en el mejor de los casos) o en criterios burocráticos internos (en el peor). Si se asume que los jueces como profesionales responden a una estructura de incentivos parecida a la de las demás personas, es más probable que el entramado del aparato judicial funcione mejor si se aplican técnicas de gestión que integran, al menos en parte, dichos incentivos. Además, el monitoreo del desempeño de los jueces y la evaluación de la gestión de la rama han de depender de un órgano representativo y abierto al público.³

Por último, es necesario disminuir el número de personas de la Sala Disciplinaria que son designadas por el presidente y el Congreso, con el fin de cerrar la posibilidad de captura de dicho órgano. Queda por verse el esquema mediante el cual se ejercería la competencia disciplinaria. El diseño institucional podría variar entre i) continuar con el modelo de dos salas, siempre y cuando la composición de ambas sea independiente y representativa, ii) juntar las salas administrativa y disciplinaria, siempre que en su diseño se eviten tanto el corporativismo como la politización, iii) separar el disciplinamiento de los operarios judiciales del de los abogados y dejar el de los segundos en manos de los colegios de abogados, y/o iv) sacar la función disciplinaria de los jueces y magistrados a un órgano independiente que no hace parte de la Rama Judicial y que tampoco es capturable por las fuerzas políticas.⁴

2 También es posible hacer más horizontal la Rama Judicial incluyendo jueces de escalafones intermedios y bajos en el Consejo Superior.

3 Aunque una composición más democrática ayudaría a mejorar la administración de la rama, es posible ir más allá y replantear las funciones del Consejo. Por ejemplo, vale la pena analizar [si] la recolección, el análisis y la publicación de datos acerca del desempeño de la justicia [debería ser] una función en manos de una autoridad afuera del sistema judicial. Esta podría ser una competencia en cabeza del Ministerio de Justicia (si este vuelve a incorporarse), o de una entidad más independiente como el DANE.

4 (N. del E.) Otros miembros de Dejusticia han hecho también recomendaciones sobre el gobierno de la Rama Judicial en la misma línea de este texto. Véanse por ejemplo Espinosa

Referencias

- Espinosa, J. R. (2013). El Consejo Superior de la Judicatura: un mal diseño de papaya-zo. *Razón Pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/3733-el-consejo-superior-de-la-judicatura-un-mal-diseno-de-papayazo.html>
- Garoupa, N. y Ginsburg, T. (2009). Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence. *American Journal of Comparative Law*, 57, 103-134.
- Jaramillo, J. F. (2010). ¿Qué hacer con el Consejo Superior de la Judicatura? *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/que-hacer-consejo-superior-judicatura/121667-3>
- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012). Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas. Propuestas acerca de la reforma de la cúpula del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.273.pdf
- Uprimny, R. (2014). ¿Un DANE independiente? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/un-dane-independiente-columna-525421>
- Villadiego Burbano, C. (2015). ¿Cómo queda la justicia en el equilibrio de poderes? *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Educacion-y-Cultura/como-queda-la-justicia-en-el-equilibrio-de-poderes>

(2013); Jaramillo (2010); La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny (2012), y Uprimny (2014).

C. Propuestas relativas al presupuesto y la rendición de cuentas de la Rama Judicial¹

Miguel Emilio La Rota, Carolina Bernal Uribe,
Sandra Santa Mora y Rodrigo Uprimny Yepes (2012)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012). Autonomía presupuestal responsable y transparente. Propuesta para reformar el presupuesto del Sistema Judicial. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.263.pdf

La literatura comparada acerca del manejo presupuestal de autoridades como las judiciales indica lo problemática que puede ser la fijación de los presupuestos y la prioridad que han de tener principios gubernamentales como la transparencia y la rendición de cuentas.

1. Inconvenientes de los presupuestos fijos

Varias de las propuestas que se ventilan en el Congreso en el momento actual contienen algún tipo de fijación del presupuesto real de la Rama Judicial. Pero la imposición de niveles fijos presupuestales produce múltiples dificultades que han de ser tenidas en cuenta al considerar dicha alternativa. Primero, de manera general el amarre de recursos produce inflexibilidades presupuestales que dificultan o impiden el análisis de prioridades a través del tiempo de tal forma que los dineros se gasten en los aspectos que más los necesitan en cada momento. La fijación de un presupuesto para la Rama Judicial limita los recursos que

¹ (N. del E.) Las recomendaciones de esta sección buscan responder a los diagnósticos presentados en el capítulo 8 (B) de esta compilación. Para otras reflexiones sobre el presupuesto y la rendición de cuentas de la Rama Judicial, consúltase el capítulo 8 (A) de esta compilación, así como La Rota, Bernal Uribe, Santa Mora y Uprimny (2012); Uprimny y Villadiego Burbano (2015a, 2015b) y Villadiego Burbano (2013).

es posible destinar a otros asuntos fundamentales tales como la salud, la educación o la infraestructura. A su vez, las restricciones presupuestales disminuyen la capacidad de respuesta fiscal a choques macroeconómicos, lo que a su turno disminuye la protección de los ciudadanos frente a dificultades económicas que pueden ser graves. Así, una fórmula de amarre presupuestal resulta obligatoriamente en costos correspondientes a una mayor dificultad para responder a necesidades sociales distintas a las judiciales y para lograr una política fiscal anticíclica eficaz.

Segundo, las restricciones presupuestales a favor de organismos específicos pueden generar estímulos perversos que a la larga afectan su capacidad de gestión y su efectividad. La asignación presupuestal fija puede disminuir los incentivos para que los funcionarios encargados de la gestión de la organización justifiquen debidamente las necesidades hacia las que se consignan los recursos, y más que eso, para que se esfuercen por encontrar las maneras más eficientes para gastar los recursos asignados. Con ello, quienes tienen presupuestos fijos pueden tener menos incentivos para dar acceso a la información acerca de la utilización de los dineros públicos.

La expectativa de que la disponibilidad de recursos no dependa del desempeño de la organización le resta importancia a justificar la necesidad de recursos, argumentar su destinación, medir su adecuada utilización y rendir cuentas acerca de todos estos aspectos. Los dineros siempre estarán disponibles independientemente del desempeño de la organización. Al introducir este análisis en el contexto colombiano, observamos que los niveles de transparencia, rendición de cuentas y gestión adecuada de las autoridades judiciales son ya deficientes. El presupuesto fijo puede ahondar estos problemas.

Tercero, en parte como consecuencia de los estímulos perversos descritos, los objetivos de los funcionarios que gestionan presupuestos fijos pueden cambiar, quitándole importancia a metas relacionadas con la buena gestión o el cumplimiento de objetivos de la organización, y elevando la prioridad de otros propósitos, incluidas la satisfacción de apetitos burocráticos o la provisión de plazas clientelistas. Por ello se observa una tendencia a que los presupuestos fijos progresivamente se destinen a gastos de funcionamiento y tengan menores componentes de inversión. Como observamos anteriormente, el peso de la inversión en el sector justicia ya es bajo; pero el presupuesto fijo puede empeorarlo.

Y cuarto, los presupuestos fijos hacen difícil que las autoridades pertinentes asignen niveles presupuestales superiores a los mínimos exigidos. Así, de

llegarse a concluir que, al menos temporalmente, las necesidades monetarias del SJ [sistema judicial] son superiores a un nivel planteado constitucionalmente —lo cual, como observamos, no sabemos a ciencia cierta—, el presupuesto fijo se convierte en un obstáculo para que el sistema reciba los recursos que verdaderamente necesita.

2. La importancia en la rendición de cuentas

La experiencia comparada revisada para este documento recomienda enfocar los esfuerzos en técnicas que permitan una elevada rendición de cuentas de parte de las autoridades judiciales encargadas de la gestión presupuestal. En la publicación *Good Budgeting, Better Justice: Modern Budget Practices for the Judicial Sector*, Webber (2007) indica que el sector judicial debe entenderse a sí mismo como uno entre muchos de los sectores que compiten por los recursos limitados que debe asignar el Estado y que no cuenta con ninguna prerrogativa especial en dicha competencia. Bajo ese entendido, la rendición de cuentas le permite expresar al sector judicial sus necesidades presupuestales de manera efectiva, pues de lo contrario le sería imposible obtener el reconocimiento financiero que busca.

Adicionalmente, el autor reseña dos técnicas de planeación y estimación de gastos del poder judicial —basadas ambas en la rendición de cuentas— que han generado resultados positivos en la presupuestación, tanto en países desarrollados como en vía de desarrollo: i) la planeación y presentación multianual del presupuesto, y ii) la relación de la estimación presupuestal con los resultados de las gestiones específicas de los jueces.

Por las razones anteriores, el reto es encontrar una fórmula de protección constitucional del presupuesto del SJ que evada, o al menos minimice los riesgos de inflexibilidad presupuestal e incentivos perversos descritos en este apartado, y a la vez, que aumenten la rendición de cuentas de la rama, al menos en lo relacionado con su planeación, ejecución, monitoreo y evaluación presupuestal.

3. Propuesta de reforma constitucional

En resumen, en este documento señalamos lo siguiente:

- i) Es necesario tener precaución con las afirmaciones que resaltan la necesidad de recursos económicos para el sistema judicial: los datos analizados permiten concluir que la disponibilidad de recursos presupuestales y humanos del SJ han aumentado en términos reales y no

parecen tener niveles menores a los de la mayoría de países similares. A su vez, el mismo SJ no produce suficiente información para concluir sus necesidades reales; tampoco existen datos de suficiente calidad y desagregación para analizar si se han cumplido los presupuestos previstos para proyectos y programas de importancia de primer nivel dentro de las reformas judiciales de las últimas décadas.

- ii) El SJ tiene serias dificultades de gestión de políticas públicas, de ejecución de recursos económicos y de rendición cuentas al respecto. No monitorea ni evalúa los proyectos o programas a su cargo y ejecuta niveles comparativamente bajos de las apropiaciones de inversión a su disposición.
- iii) A pesar de las dudas que producen los puntos anteriores, razones históricas recientes fundamentan la necesidad de proteger la autonomía presupuestal del SJ, con el fin de salvaguardar la autonomía de la rama.
- iv) Sin embargo, la experiencia internacional indica que los presupuestos fijos tienen altos costos y riesgos para la capacidad del Estado de proteger a poblaciones vulnerables, y utilizar la política fiscal para proteger al país de choques económicos. A su vez, los presupuestos fijos desestimulan que el SJ planee, ejecute, monitoree y evalúe sus recursos de manera responsable y transparente, y a la vez, incentiva a que el cupo presupuestal se cope de gastos de funcionamiento y se releguen las necesidades de inversión.

Estas razones cuestionan la conveniencia de fórmulas como las debatidas hasta el momento, que incluyen un presupuesto real mínimo e inflexible por largos periodos de tiempo, o la destinación de grandes sumas de dinero para gastos de inversión por realizar en el mediano plazo. Más bien, buscamos una alternativa de norma constitucional que a la vez proteja la autonomía presupuestal del SJ, pero que cumpla con las siguientes condiciones: i) que no parta de la idea de que los recursos del sistema son insuficientes (pues no sabemos si esto es cierto); ii) que responda a la necesidad, en buena parte insatisfecha, de un desempeño institucional con niveles adecuados de gestión de políticas judiciales y transparencia acerca de su desempeño; iii) que no genere, o cuando son inevitables, minimice los riesgos de inflexibilidad presupuestal, baja rendición de cuentas y desincentivo a la inversión característicos de los presupuestos fijos; y iv) que en la medida de lo posible ayude a aumentar el nivel de la información que desde el SJ ha de producirse y utilizarse para argumentar sus necesidades presupuestales.

Consideramos que una posible solución a estos interrogantes puede ser la adopción de un situado judicial que: i) mantenga cierto nivel presupuestal dirigido al SJ que sea decidido y pueda ser modificado por ley estatutaria, ii) requiera de un mínimo nivel de argumentación empírica de parte del Consejo Superior de la Judicatura o quien haga sus veces, y iii) prevea mecanismos que permitan su inaplicación en situaciones específicas que requieran de un procedimiento decisorio más exigente que el característico de una decisión ordinaria. En línea con el argumento anterior, pasamos a explicar nuestra propuesta de situado fiscal.

- i) Los presupuestos destinados a la FGN [Fiscalía General de la Nación] y el PJ [Poder Judicial] han de preservar unos mínimos niveles decididos por medio de una ley estatutaria. Estos pueden tomar la forma de porcentaje del Presupuesto General de la Nación, o mejor aún, depender del ajuste del incremento de precios, con el fin de que en principio el SJ no vea sus recursos disminuidos en términos reales.
- ii) Estos estándares presupuestales mínimos han de ser discutidos cada cuatro años por una comisión compuesta por el ministro de Justicia, representantes de la academia jurídica, la Fiscalía General de la Nación, los sindicatos de funcionarios judiciales y el Consejo Superior de la Judicatura (o quien haga sus veces), con fundamento en un informe presentado por este último en el que se detallen el cumplimiento de sus principales objetivos, sus necesidades presupuestales y sus planes futuros. Dicha comisión ha de pasar al Congreso una recomendación de mantenimiento o modificación de estándares presupuestales mínimos, el cual puede proceder a modificarlos a través del trámite de una ley estatutaria.
- iii) En situaciones específicas puede concluirse que dichos estándares deben inaplicarse. En la discusión de anualidades presupuestales puede decidirse que el cumplimiento de los estándares mínimos es excesivo, teniendo en cuenta ya sea unos requerimientos menores del SJ o unas necesidades más apremiantes de otros sectores. Sin embargo, estas situaciones han de ser suficientemente convincentes para poder ser tramitadas en procedimientos más onerosos, de acuerdo a dos posibilidades:
 - Primero, el Consejo Superior de la Judicatura y el Gobierno —en cabeza del ministro de Justicia— deben estar de acuerdo en inaplicar el estándar mínimo en un año particular.

- Segundo, en caso de que el Gobierno y el Consejo Superior estén en desacuerdo, el estándar mínimo puede inaplicarse si durante el debate presupuestal dicha propuesta es aprobada por dos terceras partes del quórum decisorio de la Plenaria del Senado de la República.

Referencias

- La Rota, M. E., Bernal Uribe, C., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2012). Gobierno y nominaciones de la Rama Jurisdiccional: hacia una mayor rendición de cuentas. Propuestas acerca de la reforma de la cúpula del Consejo Superior de la Judicatura y la designación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.273.pdf
- Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015a). Diagnóstico y algunas propuestas de mejora a la gestión de la Rama Judicial en Colombia. Informe para el Banco Interamericano de Desarrollo. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R. y Villadiego Burbano, C. (2015b). Gobierno y administración de la Rama Judicial. Análisis de las propuestas de cambio en el proyecto de equilibrio de poderes. *KAS Papers* (25). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.701.pdf
- Villadiego Burbano, C. (2013). *La autonomía presupuestal de la Rama Judicial en el derecho comparado*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.
- Webber, D. (2007). Good Budgeting, Better Justice: Modern Budget Practices for the Judicial Sector. *Law and Development. Working Paper Series* (3).

Capítulo 20

RECOMENDACIONES EN TEMAS ESPECIALIZADOS DE JUSTICIA

A. Recomendaciones en torno a la tutela contra sentencias

Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes (2006)

Extractos tomados de:

García Villegas, M. y Uprimny, R. (2006). Una discusión conceptual: ¿qué hacer con la tutela contra sentencias? En Serie Documentos de discusión 3: Tutela contra sentencias: documentos para el debate (pp. 70-72). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.187.pdf

Creemos que la supresión de la tutela contra sentencias implicaría un grave retroceso en la efectiva protección de los derechos fundamentales y en la unificación del entendimiento del alcance de los mismos.¹ ¿Quiere eso decir que en Colombia la situación es ideal, en la medida en que existe la tutela contra aquellas providencias judiciales que sean vías de hecho, y que por ende no hay que hacer reformas? Creemos que no. Existen por lo menos siete puntos que pueden ser objeto de reforma y que tienen por objeto hacer que la tutela contra providencias judiciales sea más racional, respete las jerarquías judiciales, y no se convierta en un mecanismo de última instancia en todos los procesos. Estas reformas son relativamente simples.

En primer lugar, se deben establecer competencias especiales para resolver los casos de tutelas contra sentencias; así se evita, por ejemplo, que una sentencia de la Corte Suprema sea anulada por un juez del circuito, lo cual es contrario al principio de jerarquía judicial.

En segundo lugar, la tutela contra sentencias debe tener un término de caducidad, como cualquier otra acción judicial, [...].

1 (N. del E.) Para una defensa de la necesidad y conveniencia de la tutela contra providencias judiciales, véase el capítulo 10 (A y B) de esta compilación. En el mismo sentido, véase Uprimny (2004).

En tercer lugar, las tutelas contra providencias judiciales deberían requerir de abogado, si el proceso originario necesitaba también de abogado. Esto es importante pues evitaría la proliferación de tutelas injustificadas, ya que los jueces podrían imponer sanciones a aquellos abogados que abusen de esta acción judicial. Y no puede considerarse que este requisito implique un obstáculo al acceso a la justicia, pues si el demandante ya se valió de un abogado en el proceso original, no es desproporcionado exigirle que también recurra a un abogado para presentar la tutela.

En cuarto término, la ley debería establecer que quien quiera presentar una tutela contra una providencia judicial que ponga fin a un proceso, tendría la carga de haber invocado previamente la violación de ese derecho fundamental dentro del propio proceso, salvo que la vulneración ocurra en la propia sentencia. Esta exigencia tendría un doble propósito: i) fomentar la protección de los derechos fundamentales en el propio proceso ordinario, lo cual no solo estimula la constitucionalización del derecho sino que además controla el incremento de la demanda de tutela; y ii) evitar que aquellos que pierden un caso recurran a la tutela como un mecanismo desesperado, e inventen posteriormente el derecho violado, pues la vulneración debe haber sido invocada desde el proceso ordinario.

En quinto término, la doctrina sobre la vía de hecho debería ser perfeccionada y clarificada. En la actualidad, al menos en su enunciación formal, la tutela solo procede contra actuaciones caprichosas o manifiestamente equivocadas de los jueces, que puedan ser calificadas como vías de hecho. Y la procedencia en esos eventos debe ser mantenida, a fin de que la tutela pueda operar como un remedio último contra graves injusticias. Sin embargo, [...] una de las funciones esenciales de la tutela contra sentencias es la unificación de la interpretación del alcance de los derechos fundamentales. Y es claro que pueden existir discrepancias razonables sobre el alcance de los derechos fundamentales; sin embargo, la seguridad jurídica obliga a que solo una de las interpretaciones pueda tener fuerza vinculante y obviamente debe ser aquella del juez constitucional. Por ello, la Corte Constitucional también ha aceptado que la tutela procede contra aquellas decisiones judiciales que se aparten de la doctrina fijada por la propia Corte sobre el alcance de un derecho fundamental. [No obstante], resulta discutible denominar “vía de hecho” esas decisiones, que expresan una visión distinta, pero que puede ser razonable, sobre el significado de la Carta. La procedencia de la tutela no proviene en estos casos del carácter caprichoso de la decisión judicial revisada sino de la necesidad de unificar los criterios sobre

el alcance de los derechos fundamentales. Esto muestra pues que la doctrina de la vía de hecho resulta insuficiente.

En sexto término, y ligado a lo anterior, debe entenderse que la tutela contra sentencias de las altas Cortes (Corte Suprema, Consejo de Estado y Sala Disciplinaria del Consejo de Estado) solo debe proceder para lograr la unificación del entendimiento de los derechos fundamentales, pero no para corregir los errores judiciales derivados de interpretaciones legales o valoraciones probatorias, ya que se entiende que esos altos tribunales, por su propia jerarquía y la calidad de sus miembros, han definido esos puntos y no cometen ese tipo de errores.

Finalmente, podría pensarse que, salvo los casos de omisiones o situaciones que generen perjuicios irremediables, las acciones de tutela contra providencias que han puesto fin a un proceso podrían estar sujetas a plazos un poco más largos, pues si la persona ya esperó el trámite de un proceso ordinario, no parece existir la necesidad de que el juez constitucional deba decidir el asunto en el apremiante término de diez días. Podría preverse un término de uno o dos meses para decidir esos asuntos.

Con estos ajustes podría mantenerse una razonable legislación que permita lograr una seguridad jurídica compatible con el respeto a la cosa juzgada, la autonomía judicial y el principio de especialidad. Se evitaría también el llamado “choque de trenes” del que hablan algunos: habría una instancia clara de unificación de la doctrina constitucional, de la misma manera como habría una instancia clara de unificación de la doctrina legal en el tribunal supremo o en el contencioso, o un tribunal supremo disciplinario en el Consejo Superior de la Judicatura. Sin tutela contra sentencias no habrá ningún mecanismo para que los colombianos nos entendamos en materia judicial, lo cual es agregar un motivo más para los ya demasiados desencuentros y conflictos que vive el país.²

Referencias

- Botero, C. (2002). *Tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento jurídico*. Bogotá (mimeo). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.42.pdf
- Uprimny, R. (2004). La justicia en la encrucijada. *Revista Foro* (50). Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.50.pdf

2 (N. del E.) Sobre la tutela contra sentencias consúltase también Botero (2002).

B. Cómo mejorar los procesos de investigación penal de crímenes complejos

Miguel Emilio La Rota y Carolina Bernal Uribe (2014)

Extractos tomados de:

La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). Comentarios finales. Alternativas de política. En *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos* (pp. 144-149). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf

Las múltiples y diversas falencias encontradas durante [nuestro estudio en materia de investigación de delitos complejos] —desde generales, como la formulación de la política criminal, hasta específicas, como las herramientas aplicadas cotidianamente al recoger pruebas— permiten concluir que, más que ajustes, es necesario repensar la investigación penal de crímenes graves y difíciles como el homicidio doloso.

Esto es urgente. Hemos observado que, a pesar de haber disminuido, las tasas de homicidios en Colombia son inaceptablemente altas. Pero los resultados de la persecución penal de estos crímenes son deficientes —al proferirse condenas en aproximadamente cinco de cada cien casos que ingresan al sistema acusatorio—, en muy buena medida debido a las carencias de la etapa investigativa —alrededor de diez de cada cien casos que ingresan superan esta etapa—. ¹

Al estudiar el funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación [FGN] y de su cuerpo de investigación de policía judicial, CTI, hemos encontrado serias falencias en cuanto a: i) la baja capacidad de priorizar transparente y pertinentemente los esfuerzos del aparato de persecución penal; ii) la desarticulación

¹ (N. del E.) Sobre los problemas metodológicos en la medición del fenómeno de la impunidad, véase el capítulo 11 (A) de esta compilación.

en la repartición de funciones de investigación; iii) la inadecuación de perfiles y la poca capacitación de funcionarios responsables de las actividades de investigación, así como la insuficiente coordinación entre ellos; iv) la escasa utilización de herramientas probatorias técnicas y la consecuente dependencia excesiva en la evidencia testimonial, y v) el ejercicio de una actividad investigativa que no sigue la racionalidad de un plan metodológico, y cuyo nivel de análisis se limita a incidentes individuales y no al de conjuntos de casos.

De estos hallazgos observamos que un conjunto característico de carencias prevalece sobre todo el sistema y permea de manera transversal casi todos los niveles y ámbitos de la política pública analizada: los esfuerzos públicos de persecución penal y, en particular, de investigación de crímenes complejos, carecen de elementos de racionalidad de gestión.

A un nivel general, la política de persecución penal carece de una voluntad explícita de gestión estratégica para focalizar los esfuerzos en aquello que más impacto puede tener, y a su vez para realizar un esfuerzo analítico alimentado de múltiples casos. Por ello, [...] proponemos alternativas para el filtro y la priorización de casos, aplicando criterios relativos a, entre otros, la gravedad de los fenómenos criminales, y para la previsión del esfuerzo institucional necesario para reaccionar exitosamente a distintas situaciones delictivas, dependiendo de la dificultad investigativa que las caracteriza. Dado que la FGN ya ha dado pasos prometedores en este sentido, nuestras recomendaciones se dirigen a consolidar la implementación, la ejecución y el monitoreo de estas intervenciones, en particular, a detallar la estructura organizacional y el plan de acción necesarios para la priorización de casos, y a la vez, a la formulación de un esquema institucional concreto que prevea la manera de reaccionar a la identificación de patrones entre procesos.

Por su parte, al nivel de la gerencia, la investigación penal carece de herramientas de dirección para el manejo lógico de los recursos. La repartición difusa y desarticulada de las tareas de investigación produce, dentro de cada caso, una desconexión entre las distintas actividades realizadas para resolverlo, una ausencia de dirección, supervisión y ejecución unificadas, y la generación de estímulos perversos que promueven que las personas encargadas de los actos urgentes ignoren el objetivo último de la judicialización exitosa del homicidio.

Por lo anterior, planteamos alternativas dirigidas a agilizar los procesos y flujos de información. Siguiendo parcialmente el esquema de investigación que encontramos en la ciudad de Bucaramanga, proponemos la reestructuración del esquema de funciones para la investigación penal, la cual incluye la supresión

de la etapa de reacción inmediata en los actos urgentes, la dirección unificada a lo largo de toda la investigación, y en el mismo sentido, la ejecución unida de las actividades de indagación a lo largo de toda la investigación. Además, una unidad nueva de investigación y judicialización de homicidios dolosos, que pueda realizar las tareas de forma coordinada y unificada, no es presupuestalmente inviable en relación con los presupuestos de la FGN y de diferentes entidades territoriales.²

Tampoco parece existir un diagnóstico, y menos aún, la formulación de una política de profesionalización de las funciones de investigación. Constatamos que las personas encargadas de distintas tareas de investigación carecen de las características profesionales, las habilidades y la experiencia necesarias para la realización de dichas actividades. Asimismo, constatamos falencias importantes de las iniciativas de formación y capacitación de los funcionarios. Por esto, en el futuro próximo es necesario reforzar el papel de la Escuela de la FGN como herramienta de la política criminal, como mecanismo para la aplicación de programas de la entidad, y como guía en el desempeño del sistema investigativo y en el transcurso de la carrera de los funcionarios, desde su inicio y a lo largo de su paso por diferentes niveles y actividades.

En consecuencia, sugerimos diseñar una trayectoria en la profesión de investigación penal, con base en un diagnóstico acerca de los perfiles necesarios para esta, y que, a su vez, ha de estar acompañada por un esfuerzo de crecimiento profesional a través de la formación y la capacitación de funcionarios cuando entran y a medida que avanzan en la carrera.

Igualmente, muchas herramientas que facilitarían la recolección y el análisis de pruebas técnicas son ignoradas. Se desaprovechan tecnologías que ya existen y son enteramente accesibles para la búsqueda pronta y regular en bases de datos y sistemas de información, la pesquisa en fuentes abiertas, y la aplicación de herramientas de identificación y relacionamiento de fotos, ADN, información balística, huellas dactilares, materiales y fibras, entre mucha información que puede ser útil y está disponible. La FGN debe proveer de herramientas para la utilización de pruebas técnicas que incluyan la creación, la modificación o la reparación de sistemas de información y bases de datos de información criminalística que ya existen pero que resultan siendo irrelevantes para la investigación cotidiana de homicidios.

2 (N. del E.) Sobre la capacidad presupuestal del sistema judicial colombiano, consúltase el capítulo 8 (B) de esta compilación.

En un tercer nivel, las actividades de investigación carecen de un contenido de planificación y administración estratégica. Encontramos que la mayoría de procesos son tramitados de manera automatizada y formalista, sin la existencia de una conceptualización previa y una planificación organizativa que guíen la realización de las diferentes actividades probatorias. Esto se complementa con la desconexión entre las funciones de investigación que [...] impide el direccionamiento unificado de los procesos.

Así, junto con la propuesta de un nuevo esquema de asignación de funciones, sugerimos reevaluar las reglas existentes para que las actividades de investigación sigan un ejercicio de conceptualización y planeación de las tareas de recolección y análisis de evidencia, por ejemplo, flexibilizando las formalidades que existen para realizar los programas metodológicos e imprimiéndole un mayor contenido analítico a la gestión de cada investigación. En concreto, a los funcionarios encargados de dirigir y ejecutar la investigación penal se les debe escoger, evaluar y promover, dependiendo de su éxito en el despliegue de estrategias de investigación.

Con estas recomendaciones, damos unos primeros pasos para alimentar las modificaciones que han de tener los procesos de investigación penal de crímenes complejos. Sin embargo, dichas decisiones, dentro de muchas en la política de persecución penal de delitos graves, necesitan de más certidumbre con el fin de que estén fundamentadas en evidencia empírica. Por ejemplo, la implementación de alternativas como las sugeridas ha de estar acompañada desde su formulación de sistemas de evaluación de su impacto, lo que requiere probablemente de la realización de pilotos que puedan ser comparados con unidades de control a las que no se han aplicado las mismas intervenciones.

En últimas, los cambios en la política de persecución penal necesitarán de profundas modificaciones en el desempeño de la Fiscalía General de la Nación. Aunque llevar a cabo estos cambios puede ser difícil, no es imposible. Muchos funcionarios de la Fiscalía tienen una clara voluntad de hacer bien su labor y se encuentran insatisfechos con la situación actual. Esta es una oportunidad de cambio que las autoridades pueden aprovechar,³ buscando dar contenido y conseguir apoyo para la consolidación de un sistema acusatorio garantista y eficaz.

3 Para esto es necesario guiarse, en lo relevante, por la teoría y la evidencia empírica disponibles desde la gerencia pública. Acerca de la posibilidad de generar cambios profundos en organizaciones públicas grandes, aprovechando el descontento en las filas de las mismas burocracias, véase Kelman (2005).

Referencias

- Kelman, S. (2005). *Unleashing Change; a Study of Organizational Renewal in Government*. Washington D.C.: Brookings Institution.
- La Rota, M. E. y Bernal Uribe, C. (2014). *Esfuerzos irracionales. Investigación penal del homicidio y otros delitos complejos*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.588.pdf

C. Recomendaciones relativas a la defensa pública penal en Colombia

Carolina Bernal Uribe (2015)

Extractos tomados de:

Bernal Uribe, C. (2015). Colombia. En *Defensa penal efectiva en América Latina* (pp. 235-287). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.742.pdf

El ejercicio efectivo de la defensa penal en Colombia enfrenta varias dificultades.¹ Estas, sin embargo, no son tanto de tipo normativo como práctico, pues en la revisión del marco jurídico del derecho de defensa se encontró que la mayoría de disposiciones —con excepción quizás de las relativas al uso de la prisión preventiva o de las posibilidades de acogimiento a los beneficios de la justicia negocial frente a algunos delitos— le otorgan a la defensa la posibilidad de actuar en igualdad de condiciones con la FGN [Fiscalía General de la Nación]. Sin embargo, en la práctica se presentan inconvenientes de distinto tipo que impiden que la defensa tenga el papel protagónico que se espera de ella en un sistema adversarial. Lo anterior no significa que no existan problemas de tipo normativo pues, como puede verse por ejemplo en el momento en que surge el derecho de defensa, todavía hay posibilidades de mejorar la protección normativa de los derechos necesarios para garantizar la defensa efectiva. [A continuación formulamos algunas recomendaciones para hacer frente a aquellos problemas prácticos].

1. Adecuar los sistemas de información del SNDP [sistema nacional de defensoría pública], de la FGN y del CSJ [Consejo Superior de la

¹ (N. del E.) Las recomendaciones contenidas en esta sección buscan responder a los diagnósticos desarrollados en el capítulo 11 (E) de esta compilación.

Judicatura], para que a partir de ellos puedan identificarse las características de la demanda de defensa penal, la cantidad de usuarios que requieren de asistencia gratuita y los tipos de necesidades de dichos usuarios. Además, deben evaluarse frecuentemente² aspectos como i) la suficiencia de recursos humanos, materiales, logísticos o de otro tipo del SNDP; ii) qué posibilidad existe de optimizar los servicios del SNDP a través de la inyección de recursos económicos adicionales; y iii) el balance en términos de costos y beneficios de llevar a cabo los ajustes al SNDP que se identifiquen como necesarios, entre otros.

2. Evaluar cuál es la demanda de defensa gratuita. Esto es necesario para llevar a cabo los ajustes sobre la planta de defensores, así como sobre su forma de contratación. Luego de determinar la proporción de casos en los que se requieren los servicios del SNDP, deberá evaluarse el número de defensores necesario para atender esa demanda.

Para este análisis debe tenerse en cuenta: i) que el SNDP está en mora de ajustar los salarios de los defensores públicos para hacerlos competitivos; ii) el cuestionamiento de si la vinculación de los defensores por contratos de prestación de servicios es positiva en términos de costo-beneficio; iii) que los problemas de exceso de carga laboral podrían deberse no solo a la insuficiencia de defensores, sino también a problemas de gestión ineficiente en el manejo de casos.

Solo a partir de una evaluación como la mencionada es posible establecer si el SNDP requiere ajustes para la generación de eficiencias —y, en consecuencia, puede responder satisfactoriamente a la demanda de servicios de defensa pública con los recursos con que cuenta actualmente—, o si, por el contrario, requiere una inyección de recursos que le dé maniobrabilidad. Aunque no contamos con información cuantitativa suficiente para dar una recomendación concluyente en este sentido, parece que el servicio de defensa pública requiere ambas estrategias para responder adecuadamente a la demanda.

3. Igualar los recursos investigativos de la FGN y de la defensa. Para hacer efectiva la igualdad de armas es necesario insistir en que la defensa debe contar con posibilidades investigativas equivalentes a las de la

2 El estudio requerido podría ser similar al que hicieron la Universidad de los Andes y el Instituto SER (2004), para la entrada en vigencia del sistema acusatorio.

FGN.³ Esto supone que debe aumentarse la planta de investigadores, peritos y auxiliares del SNDP, pues actualmente no representa ni el 3 % de la de investigadores del CTI de la FGN. Asimismo, es necesario fortalecer el recurso físico del SNDP para conseguir pruebas técnicas; esto es, que se mejoren y completen los laboratorios de prueba técnica que hacen falta y se amplíe su cobertura a más municipios del país. Debido a que este último punto podría ser muy costoso, es necesario que se agilicen las vías por las cuales se llevan a cabo comisiones de servicio de los profesionales y servicios que no están en todo el territorio, sino solo en las ciudades principales.

Considerando que la FGN tiene la carga de la prueba en el proceso penal, es recomendable que la UOIC [Unidad Operativa de Investigación Criminal del SNDP]⁴ haga esfuerzos por pensar la investigación penal de modo más estratégico y eficiente.⁵ Es necesario incluir en los programas de capacitación de defensores públicos módulos sobre la utilidad de las pruebas técnicas, pues de nada serviría fortalecer la capacidad investigativa de la UOIC, si los defensores no saben cómo sacarle provecho al material recolectado por esta unidad.

Finalmente, es pertinente que la Defensoría del Pueblo reglamente la posibilidad de que usuarios privados utilicen los servicios de investigación del SNDP, pues existe una porción de indiciados / procesados que contrata los servicios de abogados privados de bajo costo, con pocas posibilidades de recolectar material probatorio para el ejercicio de la defensa.

4. Evaluar si es necesario ampliar el presupuesto de la Defensa Pública. Como no es claro que el SNDP necesite un aumento en sus presupuestos

3 (N. del E.) En el texto original se explica que “[...] el principio de igualdad de armas ha sido entendido por la Corte Constitucional ‘no solo [como] la posibilidad de controvertir frente a la otra parte en igualdad de condiciones (principio del juicio justo o equitativo), sino [también como] procurar la participación del acusado en el proceso, en condiciones que enmienden el *desequilibrio* entre los medios de que dispone este y de los que dispone el fiscal o acusador, los cuales son claramente superiores’ [sentencia T-1110 de 2005]. Así, este principio es considerado por el tribunal constitucional como una parte esencial del derecho de defensa y del debido proceso [sentencia C-127 de 2011]” (pp. 268-269).

4 (N. del E.) Al respecto, consúltese la Ley 941 de 2005, art. 20, num. 4.

5 Aunque es cierto que urge fortalecer la prueba técnica para aumentar las posibilidades de defensa en el SNDP, también debe considerarse que en ocasiones (en particular, cuando se tiene conocimiento de que el acervo probatorio que aportará la FGN al proceso es muy débil) pueden ser más efectivas y menos costosas las estrategias pasivas de defensa.

de funcionamiento e inversión, deben hacerse evaluaciones más profundas para determinar hasta qué punto es insuficiente el presupuesto. Mientras ello ocurre, podría pensarse en implementar otros mecanismos que, con mayor facilidad y prontitud, sean idóneos para reducir las carencias presupuestales. En primer lugar, deben revisarse los modelos de gestión de casos de los defensores e investigadores, pues aunque los actuales no han sido evaluados sistemáticamente, existen indicios de que podrían presentar problemas de eficiencia.⁶

En segundo lugar, el SNDP podría asegurarse la captación de recursos adicionales a los que obtiene por asignación presupuestal a través de la regulación de algunas de sus actividades. En particular, la Defensoría del Pueblo debería hacer uso de las facultades legales⁷ de crear mecanismos para cobrarles por sus servicios a i) los usuarios que a pesar de ser merecedores del servicio de defensa provisto por el Estado cuentan con capacidad de pago y ii) quienes cuentan con defensa privada, pero requieren servicios de investigación de la UOIC. Para esto, urge diseñar e implementar un mecanismo que facilite la identificación de los usuarios con imposibilidad económica real, calcule los costos de la asesoría, representación legal o servicios de investigación, y haga habitual el recaudo de los pagos por los servicios de defensa pública o investigación para la defensa por parte de la UOIC.

5. Crear una cultura de la educación legal.⁸ Aunque no es una tarea fácil, pues pasa por procesos más amplios de mejora de los niveles de escolaridad de la población general, debe insistirse en que quienes participan en el proceso penal (en especial, jueces y defensores) usen un lenguaje sencillo y claro, y se aseguren de que los indiciados / procesados

6 Estos problemas se derivan de factores como que i) actualmente la investigación y la defensa en general, no se piensan de forma estratégica, y por eso pierden eficiencia; ii) el SNDP no ha logrado identificar quiénes son las personas que realmente necesitan de sus servicios de forma gratuita.

7 Facultad de reglamentar el uso de los servicios de investigación de la UOIC por parte de indiciados / procesados o defensores privados (Ley 941 de 2005, art. 36, par.). Facultad de regular el cobro de los servicios de asesoría, defensa e investigación para los usuarios del SNDP que cuentan con capacidad económica para pagar por la defensa (Resolución 1001 de 2005, art. 8).

8 (N. del E.) Esta misma recomendación y otras relativas a la defensa pública se encuentran recogidas en el capítulo 19 (A) de esta compilación y, con todavía mayor detalle, en La Rota, Lalinde Ordóñez, Santa Mora y Uprimny (2014).

entiendan tanto la lógica y dinámica del proceso como las distintas posibilidades de actuación dentro del mismo.

6. Hacer ajustes razonables para garantizar el derecho de defensa de poblaciones vulnerables. El SNDP debe formular e implementar programas específicos, con presupuestos suficientes, para garantizar que las personas que no hablan español tengan acceso gratuito y oportuno a traductores e intérpretes. Además, debe adaptar los espacios de encuentro de los procesados privados de la libertad con sus defensores. En el caso del servicio de defensa para quienes viven en municipios apartados, es necesario que el SNDP cree incentivos para que más defensores públicos se desplacen a esas zonas. En vez de establecer requisitos menos exigentes para el ejercicio de la defensa pública en las llamadas “zonas de tratamiento especial”, el SNDP debería considerar la idea de ofrecer mejores remuneraciones —u otros incentivos— a quienes ejerzan labores de asistencia legal en dichos lugares.

Referencias

- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. y Uprimny, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.665.pdf
- Universidad de los Andes e Instituto SER de Investigación (2004). Plan operativo para la implementación de la reforma del sistema penal colombiano. Resumen ejecutivo. Bogotá.

D. Las Cortes de Drogas: ¿una alternativa a la privación de la libertad?

Diana Esther Guzmán (2012)

Extractos tomados de:

Guzmán, D. E. (2012). Las Cortes de Drogas. Los alcances y retos de una alternativa a la prisión. Informe IDPC. Londres: International Drug Policy Consortium (IDPC), Open Society Foundations, Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.272.pdf

En los últimos cuarenta años, la “guerra contra las drogas” y el uso del derecho penal como parte de la misma han contribuido a aumentar de manera significativa la población carcelaria en muchos países alrededor del mundo, y en especial en Latinoamérica. Esto ha tenido consecuencias múltiples, tanto en términos económicos, como de vidas humanas, pues la cárcel es una opción costosa, que limita profundamente los derechos de las personas privadas de la libertad y las expone a un ambiente propicio para que aumente la violencia e incluso el consumo de drogas.¹

Frente a la constatación empírica de que la cárcel no es la única, ni la mejor alternativa para enfrentar el problema de las drogas, en los últimos años se ha abierto un debate a nivel internacional sobre la importancia de encontrar alternativas a la prisión, y cuáles podrían resultar viables y adecuadas. Entre las alternativas más discutidas y desarrolladas en los últimos años se destacan las Cortes de Drogas o Cortes de Tratamiento de drogas (en adelante CdeD), cuyo objetivo fundamental es diferir el avance del proceso o la ejecución de la pena de aquellas personas que cometen delitos relacionados con drogas, mientras

1 (N. del E.) Acerca de la presión que sobre el sistema carcelario colombiano ha ejercido la penalización de los delitos de drogas, véase el capítulo 12 (II-B) de esta compilación. En cuanto a la desproporcionalidad de dicha penalización en términos de costo-beneficio, consúltese el capítulo 12 (III).

reciben un tratamiento supervisado por una corte especializada. En caso de incumplir con dicho tratamiento, la persona puede perder su libertad, pero en caso de terminarlo exitosamente, su condena puede ser levantada o disminuida.

Debido a las ventajas que algunos estudios atribuyen al modelo de las CdeD, varios países alrededor del mundo lo han adoptado en los últimos años. El primero de ellos fue Estados Unidos, en donde hay más de 2.500 Cortes de Drogas. En la actualidad es posible encontrarlas también en Inglaterra, Gales, Australia, Canadá, Chile y algunos lugares de Brasil, entre otros.

Este documento pretende aportar algunos elementos relevantes a la discusión sobre la conveniencia de adoptar CdeD. En particular, analiza cuáles son los verdaderos alcances del modelo, reconociendo sus límites y los obstáculos que existen para implementarlo. El punto de partida conceptual es que para enfrentar el problema de las drogas se requieren vías diferentes a la privación de la libertad, en especial frente a aquellas personas cuyo comportamiento delictivo está asociado con el uso de sustancias estupefacientes y aquellas que no tienen una participación importante en las redes de tráfico, pues la cárcel no ofrece respuestas al uso de drogas, pero sí aumenta la exposición a las redes criminales y promueve la desintegración familiar.

Para desarrollar su propósito, el documento cuenta con tres partes principales. La primera ofrece una aproximación a las Cortes de Drogas. En este sentido, se [describen sus objetivos generales] y se señalan los resultados que se suelen obtener con las mismas. La segunda ofrece un acercamiento a los principales problemas que suelen enfrentar y a las críticas que han recibido alrededor del mundo. La tercera, ofrece [...] algunas recomendaciones.

1. Aproximación a las Cortes de Drogas

1.1. *Objetivos generales*

El modelo de las Cortes de Drogas tendría dos propósitos fundamentales. En primer lugar, evitar que las personas que han cometido delitos de poca gravedad y que presentan consumos problemáticos de drogas deban cumplir una pena privativa de la libertad. La alternativa que se ofrece a los potenciales beneficiarios es cumplir con un tratamiento y otras condiciones relacionadas, como pasar por pruebas periódicas y aleatorias sobre consumo de drogas, para que el beneficio de la suspensión del proceso penal o de la sanción tenga efectos permanentes. Con este esquema se espera reducir la reincidencia de los beneficiarios de las CdeD, por lo cual su presupuesto esencial es que al controlar el consumo se pueden reducir los riesgos de que la persona vuelva a delinquir.

El segundo propósito esencial es reducir la congestión judicial, así como el hacinamiento carcelario y evitar que estas personas, en especial cuando no tienen antecedentes penales, se vean expuestas al ambiente de la prisión, que generalmente implica para ellas un mayor contacto con redes criminales e incluso [un aumento de] sus niveles de consumo. El tratamiento, además, en caso de ser exitoso, contribuiría a que la persona pueda buscar trabajo y conseguir cierta estabilidad que la aleje de volver a cometer delitos, con lo cual contribuiría a que se presenten menores tasas de reincidencia. En el mismo sentido, las Cortes serían claves para reducir la violencia en las comunidades, al menos la asociada con el consumo de drogas.

1.2. *Los resultados de las Cortes de Drogas*

Es importante resaltar que existen múltiples dificultades metodológicas para evaluar los resultados de las CdeD. Los estudios que se encuentran generalmente son realizados por las propias cortes o las autoridades que las implementan, lo cual puede comprometer su objetividad. Sin embargo, lo que tiende a ser más problemático es que todos los estudios siguen metodologías diferentes y tienen diversos niveles de profundidad, por lo cual recolectan variables distintas y sobre muestras no necesariamente comparables.

Sin embargo, para intentar un acercamiento a los resultados generales de las CdeD, en este documento se utilizan algunos metaanálisis reconocidos y relativamente recientes, que reúnen un grupo amplio de estudios con fortalezas metodológicas, y los analizan de manera longitudinal. De acuerdo con estos estudios, las CdeD tienen menores tasas de reincidencia, comparadas con las respuestas del sistema de justicia tradicional. En este sentido, Latimer, Morton-Bourgon y Chrétien, al analizar 54 [investigaciones] de Estados Unidos, Canadá y Australia, encontraron que la mayoría de los estudios analizados muestran que las CdeD tienen un impacto positivo sobre la reincidencia. Del total de los estudios, solamente 10 indicaron un impacto negativo en este ámbito. Esto les permite afirmar que tienen una tasa de reducción de la reincidencia del 14 % (2006, p. 9).

[Por su parte], el estudio de Shaffer encuentra además que las Cortes que generan mejores resultados son las que tienen un esquema preadjudicación, seguidas por las posadjudicación, y que aquellas que no parecen tener un efecto positivo en la reducción de la reincidencia son las que tienen esquemas mixtos, es decir, aquellas que reúnen los dos esquemas. De acuerdo con sus hallazgos, tenderían a ser más efectivas las CdeD que contemplan, como consecuencia de

las fallas, la imposición de sanciones consistentes e inmediatas (2006, p. 8). En relación con la efectividad, el estudio encuentra que las CdeD deberían garantizar que los programas y servicios ofrecidos se ajusten a las necesidades de los participantes, para lo cual requerirían brindar esquemas más flexibles, y que la forma y el número de los contactos con la Corte se ajusten al nivel de riesgo del beneficiario (2006, p. 13). Este sería, en general, un llamado a ajustar los procedimientos, servicios, sanciones y premios a las particularidades de los ofensores, para que tengan más sentido en su proceso de recuperación.

Además de los efectos positivos en la reducción de la reincidencia, las CdeD tendrían resultados positivos en la disminución de los costos. En este sentido, un metaanálisis realizado en Estados Unidos señala que producen un promedio de \$2,21 (dólares) en beneficios directos para el sistema de justicia penal por cada dólar invertido. Cuando las CdeD se enfocan en los crímenes más serios, el retorno promedio por la inversión sería de \$3,36 (Belenko, Patapis y French, 2005).

2. Los límites de las Cortes de Drogas

Aunque es importante promover las alternativas a la privación de la libertad, pues pueden reducir los costos humanos y en términos de garantías de derechos que implica la prisión, las CdeD tienen limitaciones importantes, tanto teóricas como prácticas, y enfrentan retos para su implementación muy difíciles de superar, que en algunos contextos se presentan como auténticas barreras o riesgos. A continuación, con el fin de identificar sus potenciales limitaciones, ofrezco un balance de las principales críticas que han recibido las CdeD, señalando los problemas prácticos que suelen enfrentar, de acuerdo con las investigaciones realizadas. Además, intento una primera aproximación a los retos principales que enfrentan al momento de adoptar e implementar una CdeD, enfatizando que estos pueden convertirse en verdaderas barreras o riesgos para su desarrollo en el contexto latinoamericano.

2.1. Las críticas al modelo y al funcionamiento de las Cortes de Drogas

La mayoría de las críticas dirigidas contra las CdeD se enfocan en la forma como se han diseñado algunas de ellas y a su funcionamiento particular. Sin embargo, es posible encontrar algunas críticas generales dirigidas al modelo mismo. En este sentido, la más importante enfatiza en que aunque las CdeD constituyen una alternativa a la privación de la libertad, sigue siendo un tratamiento judicial

a un problema de salud pública, por lo cual seguiría reproduciendo una aproximación inadecuada al problema de fondo, que es el consumo mismo (Justice Policy Institute, 2011a). Esta crítica adquiere particular relevancia frente a las cortes específicas que se enfocan en aquellas personas cuyo único comportamiento considerado como delictivo es el porte y consumo de estupefacientes, lo cual se presenta en países como Estados Unidos, en donde el consumo es considerado delito.

Quienes desarrollan esta crítica resaltan el hecho de que existe una tensión fundamental entre los fundamentos y objetivos del tratamiento y de la judicialización. Mientras que el tratamiento se fundamenta en el modelo de la enfermedad, al asumir que las personas que tienen consumos problemáticos deben ser tratadas como si tuvieran una enfermedad, la judicialización tiene como presupuesto teórico [el] del actor racional, que puede hacer un cálculo claro en relación con la comisión del delito y representarse las consecuencias potenciales de sus actos. La tensión resultante no sería correctamente enfrentada por las CdeD, y ese sería uno de los elementos por los cuales se presentarían elevados porcentajes de fracaso en el tratamiento, pues se esperaría de [la persona] un comportamiento racional, que le permita avanzar en su tratamiento, olvidando que entre más grave sea el problema de salud, más difícil será para ella comportarse como ese actor racional que responde al sistema de beneficios y castigos.

Además, los críticos enfatizan que, al ser una aproximación judicial, tendería a reproducir la lógica y selectividad propia del sistema penal. En este sentido, resaltan que en el fondo, el enfoque de salud pública termina por perderse en medio de los procedimientos judiciales. Además, algunos estudios, realizados principalmente en Estados Unidos, subrayan el carácter inequitativo en el acceso a las CdeD y, en consecuencia, en el acceso al tratamiento que proveen. El presupuesto de esta crítica es que las CdeD ofrecen un potencial beneficio a las personas que han cometido delitos de baja gravedad relacionados con el consumo de droga y que en la práctica quienes resultan efectivamente excluidas son las personas que tienen en general más dificultades para acceder a otros espacios de tratamiento, como la población pobre y quienes pertenecen a minorías étnicas tradicionalmente discriminadas.

Esta suerte de selectividad se vería aumentada por el hecho de que algunas CdeD tienden a enfocarse en aquellas personas que menos necesitarían de la intervención, o mejor, en los casos fáciles.² Dado que deben dar resulta-

2 (N. del E.) Sobre esta persecución prevalente de los casos fáciles en el sistema penal co-

dos y mostrar su efectividad sin elevar sus costos, algunas CdeD alrededor del mundo han tendido a hacer muy exigentes sus criterios de elegibilidad, con lo cual excluyen a personas que requerirían especialmente del tratamiento por su nivel de consumo y sus escasos recursos, pero que al tiempo enfrentarían más problemas para superar el tratamiento de manera exitosa.

Un elemento adicional que puede resultar especialmente problemático en relación con las CdeD es que en el fondo estarían creando una especie de “fueros especiales”, que podrían vulnerar el principio de igualdad al generar sistemas paralelos de justicia. Así, quienes reúnan los requisitos, pero no acepten el tratamiento, serían judicializados ordinariamente, mientras que quienes, habiendo cometido los mismos delitos, en circunstancias similares, podrían no ser sancionados. En otros casos, se podrían imponer “castigos” diferentes por la misma conducta.

Algunos estudios en Estados Unidos han resaltado otros aspectos problemáticos relacionados con el funcionamiento y los efectos de las Cortes de Drogas. Así, por ejemplo, han destacado que el incremento de las instituciones judiciales que enfrentan el problema de las drogas, como lo son las CdeD, no disminuye la presión sobre el sistema judicial sino que, por el contrario, tiende a aumentarla (King y Pasquarella, 2009). La lógica que opera es que al aumentar la oferta de justicia, aumentan los arrestos, pues los policías serían más proclives a capturar a las personas por conductas poco graves relacionadas con drogas, como ocurrió en Denver luego de instalada una CdeD (Drug Policy Alliance, 2011, p. 14).

Otros elementos que pueden resultar críticos en la implementación de las CdeD incluyen el tipo de tratamiento. En algunos países que han implementado el modelo se reporta que no se cuenta con una capacidad institucional suficiente para garantizar un buen y oportuno tratamiento para todas aquellas personas que son seleccionadas para hacer parte del procedimiento de estas cortes, y que en algunos casos las instituciones privadas con las que se contrata no cuentan con una aproximación científica al tratamiento, lo cual afecta su efectividad.

Esto conduce a otro elemento crítico del funcionamiento de las CdeD. En aquellos sitios en los cuales no se garantiza una adecuada y oportuna financiación, la intervención de las CdeD tiende a fracasar, pues el tratamiento puede tornarse inadecuado o las posibilidades de ejercer control por parte del personal encargado se torna en imposible.

lombiano, en general, y en materia de delitos de drogas, en particular, véanse respectivamente los capítulos 11 (G) y 12 (II-C) de esta compilación.

2.2. Los retos que deben enfrentar las Cortes de Drogas en la práctica

A continuación identifico y describo brevemente cinco [retos] fundamentales, enfatizando de manera especial que en el contexto de países latinoamericanos, caracterizados en general por tener una baja capacidad instalada en relación con la prevención y el tratamiento, así como limitaciones importantes de recursos, adquieren la condición de obstáculos para la implementación.

- El reto de la relevancia vs. la efectividad. Tiene que ver con la definición del grupo de los delitos para los cuales serían competentes las CdeD y de las personas que podrían ser seleccionadas para recibir sus potenciales beneficios, así como con la definición de los criterios de exclusión del programa. Si estas cortes se enfocan en quienes tienen mayor probabilidad de triunfar en el tratamiento, podrán ganar en efectividad, pero perder en relevancia.

En consecuencia, es clave que las CdeD incluyan dentro de su población beneficiaria a quienes han cometido delitos menores, incluso cuando han implicado alguna forma de violencia sobre las cosas, que irían necesariamente a la cárcel, de acuerdo con el régimen penal del respectivo país, y que tienen un consumo problemático de drogas. No deberían enfocarse en quienes tienen simple posesión o consumo, no solo porque estas conductas no deberían ser consideradas como delito en lo absoluto, sino porque para quienes tienen simplemente un consumo problemático y esa es la única conducta en la que han incurrido, deberían desarrollarse otras alternativas de política que sean potencialmente menos lesivas de sus derechos, como tratamientos con fuerte base comunitaria.

Este reto se hace más difícil de superar, convirtiéndose en una barrera fundamental para la implementación de las CdeD en países de América Latina, pues en contextos con limitaciones de recursos como los de los países de la región, puede caerse con facilidad en la tentación de enfocar las CdeD en las personas que tienen un perfil más propicio para superar exitosamente el tratamiento y no en quienes realmente pueden verse beneficiados con medidas alternativas a la prisión.

- El reto de la suficiencia y adecuación del tratamiento. Un segundo elemento clave es lograr que el tratamiento ofrecido y efectivamente impartido se base en evidencia científica sólida y no implique restricciones injustificadas a los derechos de las personas que sean sometidas a la competencia de las CdeD. Para esto es clave que el tratamiento

tome en cuenta que existen diferentes tipos de consumos y que las drogas producen efectos diversos, por lo cual es fundamental que existan tratamientos diferenciados. Pero además, se trata de garantizar que el tratamiento sea efectivamente impartido a todas las personas beneficiarias de las CdeD y que se brinde por el tiempo que resulte necesario. Otro elemento relevante es que el tratamiento sea brindado por personal capacitado y que pueda desarrollar empatía con las personas que accedan al mismo. Además, es clave que los tratamientos tomen en cuenta las diferencias culturales que tienen ciertos grupos y que pueden ser factores claves para que triunfen o fracasen con el tratamiento. Los factores diferenciales, y en particular en enfoque de género, pueden jugar un papel importante en la relevancia y adecuación del tratamiento en la vida de quienes lo reciben.

En este sentido, el tratamiento solamente tendría sentido en caso de responder a los siguientes principios fundamentales: i) respaldo científico; ii) adecuación a las necesidades; iii) suficiencia en alcance y temporalidad; iv) voluntariedad.

En América Latina, en donde en general los servicios del tratamiento no son muy accesibles, pues hay muy pocos programas de carácter público, y los privados no son vigilados o controlados adecuadamente por el Estado, este aspecto se convierte también en una barrera para la implementación de las CdeD. En este punto es importante señalar que una buena implementación de las CdeD requeriría como presupuesto básico la existencia de alternativas de tratamiento múltiples, fundadas en evidencia científica.

- El reto de la sostenibilidad. Las CdeD requieren de recursos adecuados, suficientes y oportunos. Además, es clave que se asegure una baja movilidad del personal o una alta estabilidad del mismo, pues la experiencia adquirida en este tipo de intervenciones puede resultar clave para la sostenibilidad a largo plazo de las cortes y para el mejoramiento de los tratamientos ofrecidos, así como para el trato que en general se brinda a los beneficiarios.

Este problema pasa también por generar buenos esquemas de coordinación interinstitucional y dinámicas adecuadas de trabajo conjunto. Dado que las CdeD requieren de la intervención del poder judicial, pero también de otras instituciones del Estado que se encarguen del tratamiento y de los otros servicios sociales que se provean, es clave

que haya una buena coordinación entre las diferentes autoridades con competencias directa e indirectamente relacionadas con las funciones de estas cortes. Como se señaló anteriormente, en contextos caracterizados por limitaciones de recursos, como los países de América Latina, enfrentar adecuadamente este reto puede ser especialmente difícil, pues las CdeD requerirían de presupuesto disponible y de recursos suficientes y adicionales para garantizar el acceso a tratamiento, y la existencia de personal calificado, experimentado y estable.

- El reto de la especialización y la capacidad judicial. Es clave enfrentar el reto derivado de que los jueces no suelen tener capacitación y sensibilidad específica para orientar una intervención basada en un enfoque de salud pública más que judicial punitivo. Generalmente, su acercamiento a las personas que han cometido delitos es como delincuentes, pero pocas veces se orienta a ofrecer herramientas terapéuticas para que puedan manejar el consumo problemático de drogas que pueden presentar. De acuerdo con los presupuestos teóricos que orientan el modelo, se requeriría que los jueces [fueran] líderes del proceso, comprometidos con el tratamiento. Pero además, es clave garantizar que el tribunal o los jueces tendrán la capacidad de trabajo necesaria para enfrentar la demanda por su intervención. Esto tiende a depender generalmente de los fondos con los que cuenta la CdeD, por lo cual resulta clave asegurar una adecuada financiación.
- El reto de la evaluación fundada empíricamente. Finalmente, dado que hasta ahora las evaluaciones sobre las CdeD han tenido en general problemas metodológicos que incluso podrían cuestionar su calidad y dificultan hacer generalizaciones gruesas sobre su éxito o fracaso, es clave que estos programas, como toda política pública, se desarrollen acompañados de una definición clara de objetivos, metas y formas de evaluación periódica, que permita identificar avances y retrocesos en su funcionamiento. Pero además, es clave desarrollar mediciones más académicas sobre su desarrollo, para poder realizar estimaciones más confiables sobre sus verdaderos alcances y efectos.

Este aspecto es especialmente relevante en América Latina, pues parecería prevalecer la tendencia a trasplantar instituciones extranjeras sin mayor reflexión propia sobre su conveniencia y las necesidades particulares que se derivan del contexto de los países. Igualmente, se verifica la tendencia a implementar políticas sin mayor evaluación. Sin

información sobre su desarrollo resulta imposible evaluar efectos y determinar su efectividad y verdadero alcance.

3. Recomendaciones

3.1. Necesidad de reformas de más largo alcance

- Es necesario asumir el uso de drogas como un asunto de salud pública, y no como un problema que deba ser enfrentado mediante la justicia penal. Las penas, y en especial la privación de la libertad, deberían ser reservadas solo para aquellos que cometan crímenes relacionados con drogas, pero no la simple posesión.
- Las leyes de drogas en algunos países deberían ser revisadas con el fin de despenalizar el consumo de drogas. Además, deberían implementarse alternativas a la privación de la libertad para delitos poco graves y delitos relacionados con drogas que no impliquen violencia sobre las personas.
- Un enfoque preventivo, en el cual se brinde tratamiento a la persona antes de que se involucre en el sistema de justicia penal, es la alternativa más efectiva para reducir las tasas de encarcelación y disminuir los costos económicos y sociales asociados.
- Los gobiernos deberían hacer inversiones de largo plazo en el tratamiento para reducir los usos problemáticos de drogas y los problemas sociales y de salud asociados a los mismos. En este sentido, es fundamental que se estudien las alternativas de tratamiento que se ofrecen en la actualidad, con el fin de reforzar y ampliar la oferta del mismo.

3.2. Recomendaciones frente a las Cortes de Drogas que llegaran a adoptarse

- Para evitar que las Cortes de Drogas se alejen de sus propósitos iniciales es importante que, de llegar a implementarse, sean adoptadas en el contexto de reformas más amplias, que permitan reforzar el enfoque de salud pública y enfrentar de manera más adecuada el problema de las drogas.
- Las Cortes de Drogas no deberían ser usadas para tratar los casos de personas que han sido arrestadas simplemente por posesión, y que no tengan consumos problemáticos, ni frente a aquellas personas que tengan consumos problemáticos, pero no otros delitos. En relación

con ellas deberían desarrollarse programas de tratamiento, que eviten de plano su paso por el sistema judicial.

- Es clave que las CdeD adopten criterios objetivos de admisión al programa, y que opten preferiblemente por un modelo de acción previo a la condena, y no poscondena. Además, es clave que aseguren en todo momento garantías de debido proceso, para lo cual es necesario, entre otros elementos, que cuenten con un modelo adecuado de defensa.
- Las CdeD deberían ser diseñadas de forma que privilegien el tratamiento orientado por un enfoque de salud pública, y no por un enfoque punitivo. Así, sería clave que las pruebas realizadas a lo largo del tratamiento ordenado judicialmente se dimensionen como una herramienta para el tratamiento mismo, y no como un elemento potencial para el castigo. Además, es importante que los castigos por fallar en el programa no se conviertan en un castigo más severo que aquel que recibirían las personas en caso de no haber pasado por la CdeD.
- Las experiencias conocidas demuestran que para que sean realmente efectivas, es clave que estén adecuadamente financiadas y que tengan personal especializado y cualificado para jugar un papel importante en el tratamiento de la persona.
- Los tratamientos no deberían basarse en la coerción, sino en la evidencia y en el respeto por los derechos humanos.
- Con el fin de garantizar un buen desarrollo de las CdeD que se llegaren a adoptar, resulta importante que su diseño e implementación se acompañe de mecanismos de seguimiento y evaluación permanentes que permitan dar cuenta de los avances y distorsiones que puedan presentarse en su funcionamiento.

Referencias

- Belenko, S., Patapis, N. y French, M. T. (2005). *Economic Benefits of Drug Treatment: A Critical Review of the Evidence for Policy Makers*. Missouri: Missouri Foundation for Health, National Rural Alcohol & Drug Abuse Network.
- Drug Policy Alliance (2011). *Drug Courts Are not the Answer: Toward a Health-centered Approach to Drug Use*. Estados Unidos: Drug Policy Alliance.
- Justice Policy Institute (2011). *Addicted to Courts: How a Growing Dependence on Drug Courts Impacts People and Communities*. Washington: Justice Policy Institute.
- King, R. y Pasquarella, J. (2009). *Drug Courts. A Review of the Evidence*. Washington: The Sentencing Project.

- Latimer, J., Morton-Bourgon, K. y Chrétien, J. (2006). *A Meta-analytic Examination of Drug Treatment Courts: Do They Reduce Recidivism?* Canada: Department of Justice of Canada.
- Shaffer, D. (2006). *Reconsidering Drug Court Effectiveness: A Meta-analytic Review*. Las Vegas: University of Nevada. Department of Criminal Justice.

E. Una propuesta de marco jurídico para la transición en Colombia

Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque
y Nelson Camilo Sánchez León (2014)

Extractos tomados de:

Uprimny, R., Sánchez, L. M. y Sánchez León, N. C. (2014). Algunos lineamientos para pensar el marco jurídico de la transición en Colombia en el contexto de un proceso de paz con los grupos guerrilleros. En *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada* (pp. 90-153). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.363.pdf

Ante un problema complejo que plantea varios dilemas es difícil encontrar soluciones perfectas. No queda entonces sino buscar alternativas que procuren satisfacer, en la mayor medida posible, las expectativas jurídicas, políticas y éticas que están en juego en un proceso orientado a la superación de un conflicto armado prolongado. El objetivo de este capítulo es proponer una fórmula jurídica para enfrentar las tensiones y los dilemas que genera la pregunta acerca de qué hacer con los crímenes cometidos en el marco del conflicto.

Para tal efecto, en primer lugar se expondrá la perspectiva teórica a partir de la cual se hará la propuesta que corresponde al enfoque holístico de justicia transicional. En segundo lugar, se presentará una reflexión sobre el papel de los juicios penales y el castigo en la transición colombiana de la guerra a la paz. Finalmente, se propondrá una fórmula para la selección judicial de crímenes y responsables, y el uso del componente retributivo en el caso colombiano.

1. El punto de partida: un enfoque holístico de justicia transicional

Los dilemas que enfrenta la justicia transicional están en gran medida relacionados con la paradójica relación que experimentan las sociedades en procesos de transición con el pasado y el futuro. Por un lado, es necesario facilitar el momento de la transición y asegurar su estabilidad en el tiempo, es decir, empezar a desprenderse del pasado; por el otro, es preciso procurar el remedio de

aquellos que padecieron el horror y los derechos, lo cual no parece posible sin hurgar en ese pasado que pretende dejarse atrás.

Dependiendo de la manera en que las sociedades respondan a tal dilema es posible identificar distintos tipos de transiciones. En un estudio previo, uno de los autores de este texto (Uprimny, 2006, pp. 21 y ss.) propuso una tipología ideal para clasificarlas en función del peso que se otorgaba al castigo de los victimarios y la garantía de los derechos de las víctimas. Se identificaron así cuatro modelos: el de perdones amnésicos, el de transiciones punitivas, el de perdones compensadores y el de perdones responsabilizantes.

Los dos primeros son modelos extremos: el de perdones amnésicos define la balanza en favor de la concesión de beneficios a los victimarios sin ningún tipo de consideración por los derechos de las víctimas, siendo entonces su instrumento típico la amnistía general; por su parte, el de transiciones punitivas pone el énfasis en el castigo de los victimarios, por lo cual su instrumento por excelencia es el de los juicios penales. En medio de estos dos se ubican el modelo de perdones compensadores que combina la concesión de amnistías generales con algunas medidas extrajudiciales para la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas; y el modelo de perdones responsabilizantes que incluye también este tipo de medidas extrajudiciales, pero contempla amnistías parciales y condicionadas, es decir, prevé juicios penales para algunos crímenes.

Estos tipos ideales de transición pueden a su vez ser relacionados con distintos enfoques de justicia transicional. Siguiendo a Olsen, Payne y Reiter (2010), es posible identificar cuatro grandes aproximaciones teóricas en este campo, las cuales se definen en atención al tipo de mecanismo que privilegian para avanzar hacia la consolidación de la democracia y los derechos humanos en un contexto transicional. El primero es un enfoque maximalista que reivindica la justicia retributiva y, por tanto, los juicios penales como el instrumento por excelencia para una transición exitosa. En contraste, el segundo, el enfoque minimalista, privilegia la concesión de amnistías como un mecanismo para garantizar la estabilidad necesaria a fin de avanzar en la consecución de los fines de las transiciones. El tercero, el enfoque moderado, cuya piedra angular es la justicia restaurativa, exalta el papel de mecanismos extrajudiciales de rendición de cuentas como las comisiones de la verdad, pues reconoce que la justicia retributiva puede obstaculizar la transición, pero al mismo tiempo advierte la necesidad de que exista algún tipo de atribución de responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos que pretenden ser superadas.¹ Finalmente,

1 (N. del E.) Para una evaluación de las tensiones y complementariedades entre los enfo-

el cuarto es un enfoque holístico que promueve la articulación de los distintos mecanismos judiciales —juicios penales y amnistías— y no judiciales —comisiones de la verdad y programas administrativos de reparación—, bajo la consideración de que ningún instrumento es suficiente por sí mismo para satisfacer las complejas demandas que se plantean en un proceso de transición.²

La fortaleza del enfoque holístico o integral se debe a que reconoce tanto las bondades como las limitaciones de cada uno de los instrumentos de justicia transicional, y a partir de esto procura la búsqueda de fórmulas que permitan aprovechar sus ventajas, así como reducir sus riesgos y suplir sus limitaciones. De hecho, la necesidad de combinar distintos instrumentos viene dada por la misma multiplicidad de fines a los que apunta la justicia transicional, así como por el campo de tensiones en el cual está inserta.

Tomando como punto de partida este enfoque holístico, es decir, al reconocer que el papel y el alcance de cada instrumento transicional debe definirse de cara a su mejor articulación con los otros mecanismos, la cuestión a la que intentaremos dar respuesta en las siguientes páginas es cuál debería ser la dimensión de los juicios penales y del castigo punitivo en un proceso como el colombiano que apunta a la superación del conflicto armado por la vía de la negociación.

2. El papel de los juicios penales y el castigo en la transición colombiana de la guerra a la paz

[Según el enfoque holístico], un grado de reproche penal es conveniente para asegurar los fines que en el mediano y largo plazo se persiguen con la justicia transicional. Así, reconociendo también la inconveniencia e impracticabilidad de un enfoque maximalista, la cuestión no es entonces si juzgar o no hacerlo, o si castigar o no, sino en qué medida hacerlo. La respuesta a esta cuestión implica abordar dos asuntos distintos, pero interconectados. El primero es acerca de lo que se puede hacer y el segundo acerca de lo que se debe hacer.

2.1. ¿Qué tanto se puede razonablemente juzgar y castigar?

En un contexto de violaciones masivas de los derechos humanos ocurridas en un conflicto armado de larga duración, cuya terminación se busca por la vía del

ques de justicia transicional y justicia restaurativa, véase el capítulo 13 (A) de esta compilación.

2 (N. del E.) Para un estudio comparado sobre los distintos mecanismos mediante los cuales se ha reconocido el derecho de las víctimas a la reparación, puede consultarse Bolívar Jaime (2009).

acuerdo, la justicia retributiva se enfrenta a dos obstáculos fácticos: de un lado, la negativa de los combatientes a dejar las armas a cambio de la cárcel y, del otro, la incapacidad del sistema judicial de investigar y juzgar todas las violaciones y todos los responsables en un plazo razonable.

La judicialización total y el castigo proporcionado resultan impensables de cara a una negociación de paz en la cual la lógica es que las partes hagan concesiones mutuas. La alternativa del juzgamiento y el castigo pleno solo resulta posible en el escenario de la guerra y de cara a la derrota militar. Sin embargo, en un conflicto armado en el que la violencia es el estruendoso síntoma de un problema social y político no resuelto, la terminación del conflicto por la vía de la negociación es, como lo dijo el juez García Sayán de la Corte IDH, “una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario”.³

La otra restricción tiene que ver con la capacidad del sistema judicial para investigar y juzgar todas las violaciones de los derechos humanos y todos los responsables. Es una idea extendida que ningún sistema judicial, dotado de recursos razonables, puede tramitar millares de violaciones. En el caso colombiano, como lo muestra el reciente informe del Grupo de Memoria Histórica “¡Basta ya!”, la complejidad y magnitud de las violaciones de los derechos humanos en el marco del conflicto armado han desbordado la capacidad de respuesta de las instituciones judiciales, débiles y asediadas.

2.2. *¿Qué tanto se debería juzgar y castigar?*

En un horizonte holístico de justicia transicional, la cuestión normativa sobre el nivel de persecución penal y castigo implica determinar, por un lado, cuáles son los aportes específicos que la justicia retributiva puede hacer para satisfacer los fines de una transición y que no pueden ser satisfechos por otros mecanismos, y por otro lado, cuál podría ser el grado óptimo de judicialización y castigo para potenciar y no entorpecer los otros mecanismos transicionales. Para atender estas cuestiones resulta conveniente separar dos niveles de análisis que comúnmente se suelen englobar cuando se habla de justicia retributiva: el proceso penal y el castigo. En el contexto de la posible transición en Colombia, la distinción se justifica aún más porque el propio Marco Jurídico para la Paz admite que no se haga efectivo el castigo una vez concluido el juicio, o que se

3 Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252, voto concurrente, párr. 37.

impongan penas alternativas a la prisión. Es preciso entonces preguntarse por el sentido de un juicio sin castigo.

Empecemos entonces con el tema de los juicios. Más allá de allanar el camino hacia la eventual imposición de un castigo, ¿qué puede aportar un proceso penal en un contexto de transición que no pueda ser alcanzado mediante otros mecanismos? Es posible identificar al menos dos contribuciones destacadas: la primera es que los juicios penales proporcionan certeza, más allá de la duda razonable, sobre la ocurrencia de un hecho y permiten individualizar a sus responsables. La segunda es su aptitud particular para poner en escena la atrocidad masiva (Restrepo Saldarriaga, 2013, p. 14).

En la medida en que los juicios penales se componen de una serie de etapas y procedimientos para la verificación de la verdad y tienen unos estándares probatorios más exigentes que los de mecanismos como las comisiones de la verdad, resultan más idóneos y claramente más garantistas para determinar responsabilidades individuales. Y es precisamente en este nivel de concreción del reconocimiento en el que las víctimas pueden obtener un grado de satisfacción que contribuya a la reparación del daño inmaterial por ellas padecido. Como es obvio, para que esta satisfacción realmente tenga lugar, es necesario garantizar la adecuada participación de las víctimas en los procesos penales.⁴

Este reconocimiento de la responsabilidad por un daño concreto también tiene un significado especial en relación con la posición del victimario de cara a los propósitos de la transición. La individualización de hechos permite darle un rostro a la atrocidad y, al hacerlo, abre la posibilidad de que los victimarios se enfrenten cara a cara con el dolor causado. Igualmente, la sentencia condenatoria —que es el resultado lógico de los juicios en los cuales se logra determinar la ocurrencia del hecho e identificar a los responsables— comporta un juicio de reproche que, como lo ha advertido la Corte IDH, constituye en sí misma una medida de satisfacción para las víctimas.

La particularización de hechos y responsables está relacionada también con la segunda contribución específica que pueden hacer los procesos penales. Los crímenes atroces son eventos tan desconcertantes que suelen empujar al mutismo o a la repetición de un infinito ¿por qué? Los juicios penales, con todo su ritualismo jurídico, ayudan a romper esos ciclos de silencios y preguntas sin responder. Al atribuir responsabilidades concretas por las violaciones de los

4 (N. del E.) Sobre qué tanto se garantiza el derecho a la verdad a través de la verdad judicial obtenida en los procesos transicionales, véase también Uprimny y Saffon (2006a).

derechos humanos se logra [...] dar un poco de orden a ese conjunto revuelto de eventos desconcertantes y, al hacerlo, se marca, con una fuerza simbólica que es difícil encontrar en otros mecanismos transicionales, el paso desde la barbarie hacia el respeto de los derechos.

[Adicionalmente], de acuerdo con la perspectiva de la Corte IDH, tratándose de casos de macrocriminalidad, los procesos penales no deben limitarse a identificar las responsabilidades penales individuales, sino que la debida diligencia en la investigación debe tener un horizonte más amplio que permita develar patrones y estructuras.⁵ En un contexto de justicia transicional en el que las autoridades se enfrentan al juzgamiento de violaciones masivas, es necesario que las investigaciones judiciales se orienten de conformidad con una perspectiva sistémica, pues de este modo la verdad que surja de los procesos judiciales puede contribuir a la construcción de una verdad más comprehensiva.

A partir de un enfoque integral de justicia transicional, la pregunta por el alcance de los juicios penales implica determinar hacia dónde deberían dirigirse los esfuerzos para lograr la maximización de las funciones específicas que pueden desempeñar tales juicios, esto es, el esclarecimiento de hechos delictivos, la identificación de los responsables, la representación de la atrocidad masiva y, en esa medida, el reconocimiento judicial del dolor y sufrimiento de las víctimas. Una determinación que en todo caso debe orientarse por un criterio de racionalización de recursos escasos en atención a las limitaciones del sistema judicial.

De otro lado, [...] la interpretación más razonable del marco internacional sugiere que la obligación de investigar, juzgar y sancionar incluye un deber de castigo que sea proporcional al crimen. Ahora bien, [...] el argumento de la prevención general negativa, sobre el cual se asienta la tesis del castigo proporcional, resulta discutible en contextos de transición.

Desde la teoría general de la función de la pena, autores como Carlos Santiago Nino y Diane Orentlicher han debatido intensamente sobre el papel de las cuatro funciones de la pena en procesos de transición: la prevención general negativa o disuasión, la prevención general positiva o afirmación de valores, la prevención especial positiva o resocialización, y la prevención especial negativa o incapacitación.

5 (N. del E.) Al respecto véase Corte IDH, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213, párr. 118.

Las cuatro funciones de la pena podrían tener un impacto positivo en procesos de transición. Así, con la imposición de una pena —especialmente la privativa de la libertad— se impediría la recurrencia de los delitos más graves tanto de quienes los cometieron en primer lugar (prevención especial negativa), como la repetición de conductas similares por otros en el futuro, especialmente si se garantiza una real desarticulación de los grupos al margen de la ley y de sus actividades ilícitas (prevención general negativa). Al mismo tiempo, la pena puede contribuir con el proceso de resocialización de quienes han cometido los crímenes para que participen luego del proceso general de reconciliación (prevención especial positiva) y además permitiría el restablecimiento de la confianza de los individuos en el ordenamiento jurídico a través del fortalecimiento del Estado de derecho, de la democracia y del desmantelamiento de organizaciones criminales (prevención general positiva). A todo lo cual podría uno agregar una función expresiva de la pena asociada a su función de prevención general positiva, que tiene que ver con la capacidad de los procesos penales de reconocer el dolor y sufrimiento de las víctimas al sancionar a los responsables de dicho sufrimiento, con lo cual podría evitarse la perpetuación de ciclos de venganza.

Por su parte, las visiones más críticas dudan de la real contribución de las penas en procesos de transición para promover estos objetivos. [Distintos autores han hecho un llamado] a no absolutizar la función retributiva de la pena y de prevención general negativa, pero tampoco a descartar el papel expresivo que esta puede tener para alcanzar determinados objetivos de la transición. De tal manera, reservar un cierto grado de retribución dentro del sistema general de transición se justificaría siempre y cuando este grado de retribución alcance unos fines adicionales de expresión y reafirmación de normas, como lo expresa Pablo de Greiff (2009). Al mismo tiempo, esa naturaleza simbólica de la combinación de retribución y expresión es una medida que tendría el propósito de prevenir no solo la violencia de quienes ya perpetraron violaciones, sino de aquellos afectados que podrían entrar en ciclos de violencia vengativa, como señala Minow (1998).

Puede considerarse entonces que, en contextos de transición a la paz, existe un mandato *prima facie* de imponer una pena privativa de la libertad a los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos, por lo cual tendría que haber razones muy fuertes que justificaran la necesidad de adoptar medidas que prescindan de este componente retributivo. Para el caso colombiano, estimamos que existen razones éticas y políticas que justifican un

modelo que contemple distintas medidas de clemencia en función de la gravedad de los crímenes y de los grados de responsabilidad en la comisión de los crímenes atroces, pero que en todo caso debe incluir un componente de castigo reducido de pena privativa de la libertad para los máximos responsables de los crímenes más graves.

Si bien los juicios sin castigo efectivo pueden hacer contribuciones importantes en un proceso de transición, una dosis de pena privativa de la libertad para ciertos casos es necesaria a fin de satisfacer ciertos propósitos de la transición que no pueden ser garantizados a través de otras medidas. Hace unos años, cuando se lanzó la propuesta de una ley de alternatividad penal que prescindía de todo componente retributivo para afrontar la desmovilización colectiva de los paramilitares, un estudio de dos investigadores de Dejusticia apuntaló las razones generales que justificaban la inclusión de un componente retributivo en dicho proceso (Uprimny y Saffon, 2006b).⁶ Al día de hoy, pese a las diferencias en la naturaleza de los actores que están negociando con el Estado, tales razones conservan plena vigencia respecto al actual proceso de paz. Así, siguiendo lo planteado en dicha oportunidad, cabe resaltar que aunque la sentencia condenatoria constituye en sí misma un juicio de reproche, es la restricción de un bien jurídico valioso como lo es la libertad la que expresa tal reproche con mayor contundencia.

En razón de las funciones que desde la filosofía se atribuyen a la pena, en un contexto transicional, la condena efectiva de ciertos responsables adquiere una relevancia particular de cara al propósito de lograr una paz estable y de promover la reconciliación. Tal es así por cuanto —según lo plantea la doctrina de la prevención general positiva sobre los fines de la pena— el reproche punitivo reafirma la adhesión social a los valores sociales que son negados con el crimen, lo cual tiene un significado especial en un proceso de transición cuyo propósito es reconstituir la sociedad sobre la base del respeto de los derechos.

Asimismo, como se indicó también en el estudio citado, es bien posible que la reconciliación nacional tenga un carácter más verdadero y durable si se encuentra precedida por el sometimiento de los responsables de crímenes atroces, aun cuando este sometimiento reconozca excepcionalmente —en razón de las exigencias políticas de los actores armados para aceptar la transición— algunas formas de amnistía o de rebaja de penas (Uprimny y Saffon, 2006b, p. 128).

6 (N. del E.) El texto que aquí se cita fue incluido en el capítulo 13 (A) de esta compilación.

Por las razones anteriores, la inclusión de un componente de castigo puede incentivar una mayor aceptación de los eventuales acuerdos de paz y, en este sentido, puede contribuir a garantizar la estabilidad de la paz negociada. Este punto es particularmente importante en el contexto político actual en el cual, por un lado, las élites colombianas están divididas en torno a la vía de la salida negociada al conflicto y existen actores poderosos que no dudarán en instrumentalizar el discurso de no impunidad con la intención real de impedir la paz negociada, y por el otro lado, existe un rechazo extendido a los grupos guerrilleros y la sociedad está hoy menos dispuesta a aceptar fórmulas transicionales que no incluyan un componente de justicia retributiva.

3. Criterios para el diseño de una fórmula de investigación y sanción de crímenes para la transición en Colombia

El Marco Jurídico para la Paz [Acto Legislativo 01 de 2012] admite la posibilidad tanto de restringir el alcance de los juicios, así como del castigo. Por un lado, el Marco facultó al legislador para establecer criterios de selección en virtud de los cuales el Estado podría renunciar a investigar a todos los responsables de todos los crímenes graves, a fin de concentrarse en los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, siempre y cuando esa renuncia a la acción penal sea necesaria para la paz y los beneficiarios cumplan con ciertas condiciones. De otro lado, abrió la posibilidad de que incluso los máximos responsables puedan recibir una pena alternativa o una suspensión de pena que implique que no tengan siquiera un día de pena privativa de la libertad. El Marco no impone ninguna fórmula de transición, sino que abre el escenario a ciertas alternativas. En este sentido, teniendo en cuenta las vías que admite, es posible advertir cuatro posiciones en el debate sobre las fórmulas de transición, según se admita o no, por un lado, la selección y, por el otro, la suspensión total de la pena privativa de la libertad, incluso para los máximos responsables.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, la posición defendida en este texto es [...] la admisión de la selección en algunos casos, pero la preservación de un componente retributivo para aquellos que ostenten la máxima responsabilidad en la comisión de los crímenes más graves. En lo que sigue plantearemos algunos criterios para el diseño de una fórmula para la selección de casos y la definición de penas en un contexto de transición.

3.1. Principios generales para el diseño de una fórmula para la selección judicial y el uso de penas alternativas

La selección plantea en todo caso un problema de igualdad pues implica un trato diferenciado en el acceso a la justicia de las víctimas de crímenes cometidos en el marco del conflicto armado. En efecto, la selección implica que ciertos delitos no serán judicializados y, por tanto, que algunos delitos no serán esclarecidos por la vía del proceso penal, ni habrá un juicio de reproche penal contra los responsables. Por esta razón, los criterios de selección deben ajustarse a parámetros de razonabilidad que justifiquen el trato distinto.

La razonabilidad de estos criterios dependerá entonces de dos factores interconectados. En primer lugar, es preciso que tanto el procedimiento para la definición de los criterios de selección, como su aplicación en los casos concretos, tengan en consideración los derechos de las víctimas. Además [...], los derechos de todas las víctimas a la verdad y a la reparación deben ser asegurados.

Estas garantías sustantivas para las víctimas, en especial aquellas relativas a la verdad, conducen al segundo factor que debe tenerse en cuenta para que los criterios de selección y retribución sean razonables. ¿Cómo asegurar que la selección y los beneficios punitivos favorezcan la satisfacción de estas garantías sustantivas? ¿Es esto posible considerando que la selección implica precisamente que en algunos casos no se determinarán responsabilidades individuales o que algunos responsables no serán judicializados? Como se indicó, en Colombia no es realista pensar en someter a procesos penales a todas las personas que se desmovilicen luego de una transición negociada de la paz. Si a lo que deberían apuntar los procesos penales en el marco de una transición es a permitir la representación de la atrocidad cometida durante el conflicto y elevar un contundente juicio de reproche en su contra, es preciso entonces diseñar una fórmula que conduzca efectivamente a esclarecer los crímenes más graves que se hayan cometido en el marco del conflicto e individualizar a sus responsables, especialmente a aquellos que tuvieron el mayor grado de responsabilidad.

¿Cómo llegar entonces a esa identificación de los crímenes más graves y de los mayores responsables? Desde una perspectiva holística de justicia transicional, una estrategia adecuada podría estar dividida en dos grandes niveles. El primero es un nivel macro en el cual el Estado debería desplegar sus recursos para identificar patrones en las violaciones de los derechos humanos por casos, por actores y por regiones. En esta primera etapa de identificación de patrones los aportes de los desmovilizados al esclarecimiento de la verdad pueden jugar

un papel importante y, en esta medida, la selección de casos y responsables, y las medidas de clemencia punitiva pueden constituir incentivos importantes para facilitar este primer nivel de investigación macro. La investigación macro que se realice en este primer nivel debería conducir a la identificación de los crímenes que por su gravedad y representatividad tendrían que ser judicializados. En este sentido, el primer nivel permitiría satisfacer el derecho de las víctimas a una investigación seria y efectiva, así como el derecho a la verdad. Igualmente, este nivel debería facilitar la activación de medidas de reparación para las víctimas, con el concurso de todos los desmovilizados, incluyendo aquellos que finalmente gozarían de las medidas de renuncia a la acción penal.

El segundo nivel correspondería entonces a la judicialización de los crímenes determinados en la primera fase. El objetivo de este nivel sería llegar a una imputación judicial por tales crímenes, a la individualización de los responsables y, según el grado de responsabilidad, a la imposición de una pena privativa de la libertad.

De este modo [queda por resolver] cuál debería ser entonces la fórmula concreta para la selección y las distintas alternativas jurídicas que deberían ser consideradas para quienes opten por ser partícipes de los mecanismos transicionales.⁷

3.2. Componentes de una posible fórmula de selección y uso de penas alternativas

En función de la gravedad y de los grados de responsabilidad de los implicados, una fórmula para el caso colombiano podría incorporar los siguientes niveles (tabla 1).

El primer nivel de la tabla 1 corresponde a los máximos responsables de los crímenes que pueden considerarse más graves y los cuales, conforme a lo desarrollado a lo largo de este capítulo, deberían ser no solo judicializados, sino que sobre ellos debería recaer el mayor juicio de reproche penal que resulta

⁷ (N. del E.) Por razones de espacio, nos hemos visto forzados a excluir una sección del texto original en la que se ofrecen algunas bases conceptuales para identificar las gravedad de un crimen y el nivel de participación de quienes intervinieron en su comisión. Del mismo modo, hemos omitido un fragmento del texto en el que se acepta la posibilidad de aplicar mecanismos de justicia transicional a los agentes del Estado. En este caso, los autores plantean que se podría implementar una fórmula de judicialización equivalente a la planteada para los grupos guerrilleros, aunque esta fórmula procedería si, y solo si, el Estado acepta la existencia de los factores estructurales que han posibilitado la comisión de graves y masivas violaciones de los derechos humanos por parte de los agentes estatales y, en contrapartida, adopta medidas tendentes a desmontar tales factores.

Tabla 1. Propuesta de niveles de judicialización

Mecanismo procesal	Delitos	Destinatarios
Procesos penales con imposición de pena privativa de la libertad reducida	Genocidio, crímenes de lesa humanidad y los más graves crímenes de guerra cometidos sistemáticamente.	Quienes por su posición en la organización y dominio del hecho tienen la mayor responsabilidad.
	Genocidio, crímenes de lesa humanidad y los más graves crímenes de guerra.	Integrantes de bajo rango que cometieron el crimen por su cuenta.
Procesos penales con imposición de penas alternativas a la prisión o suspensión condicional de la pena	Genocidio, crímenes de lesa humanidad, los más graves crímenes de guerra cometidos sistemáticamente.	Quienes tenían dominio del hecho, aunque por su posición en la organización no fueron quienes decidieron en primer lugar la comisión del crimen (mandos medios).
Renuncia condicionada a la acción penal	Genocidio, crímenes de lesa humanidad, los más graves crímenes de guerra cometidos sistemáticamente.	Los ejecutores que no tenían dominio del hecho.
	Otros crímenes que no encajan en las categorías anteriores (crímenes de mediana y baja gravedad).	Integrantes de bajo rango que tenían dominio del hecho.
Amnistía	Delitos políticos y conexos.	Todos los integrantes de las guerrillas que se desmovilicen.

posible en un proceso transicional, que es la imposición de una pena mínima de privación de la libertad. Este nivel incluye a su vez dos categorías de crímenes y perpetradores. En primer lugar, abarca a los máximos responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad y los más graves crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. En este caso se trata de aquellas personas que, en virtud de su rango y capacidad de dominio en la organización determinaron la comisión de los crímenes o, pudiendo hacerlo, no la evitaron.

En esta categoría se mencionan los más graves que [...] serían aquellos que causaron gran número de víctimas con afectaciones físicas y psicológicas profundas o se dirigieron contra poblaciones particularmente vulnerables e involucraron dosis considerables de crueldad en su comisión, pero además se requiere que hayan sido cometidos de manera sistemática.

Este primer nivel abarca también a los perpetradores de bajo rango que no tenían una posición de poder dentro de la estructura jerárquica y que cometieron por su cuenta crímenes de genocidio, lesa humanidad o graves crímenes de guerra. En este caso se entiende que los crímenes carecen del elemento de la sistematicidad, es decir, no se cometieron en virtud de una política de la estructura jerárquica, sino que se trata más bien de hechos aislados.

El segundo nivel incluye a quienes sin ser parte de las más altas jerarquías de la organización tenían en todo caso un nivel de poder intermedio (mandos medios) que les permitió participar, con cierto dominio sobre el hecho, en la comisión de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra sistemáticos. Por tratarse de personas cuya responsabilidad se compromete en el plano de la ejecución y no en la definición y determinación de los ataques sistemáticos merecen un reproche penal menor, y por esta razón se contempla la posibilidad de imponer penas alternativas a la prisión o de suspender la pena. Sin embargo, en tanto tienen responsabilidad importante en la comisión de los crímenes que por su escala, impacto y forma de ejecución se ubican en el peldaño superior de la escala de gravedad, es importante que sean individualizados y que recaiga sobre ellos algún tipo de reproche penal.

El tercer nivel corresponde a los casos en los que sería procedente la renuncia condicionada a la acción penal. De un lado, incluye a quienes participaron en la ejecución de los crímenes más graves, pero que no tenían dominio del hecho. A pesar de que estas personas tienen un nivel de responsabilidad en la comisión de estos crímenes —piénsese por ejemplo en quien se encargaba de impedir la fuga de un secuestrado—, en virtud de las restricciones inevitables de una estrategia de judicialización, y considerando que por tales crímenes en todo caso se aseguraría el reproche penal de los mayores responsables, resulta adecuado contemplar la renuncia a la acción penal. De otro lado, incluye también a los responsables de los crímenes de menor gravedad que [...] serían aquellos en los cuales no concurren los factores de sistematicidad, impacto y crueldad.

Finalmente, el último nivel comprende los delitos políticos y conexos frente a los cuales la concesión de amnistías no solo es admisible a la luz de la Constitución y de la normatividad internacional, sino que resulta aconsejable de cara a una eventual desmovilización de las guerrillas. En la actualidad se niega el estatus de delito conexo a los crímenes de guerra, de lesa humanidad y a los actos de terrorismo. Pero por fuera de estas excepciones, la concesión de amnistías por delitos conexos al político resulta admisible. En este sentido,

podría concederse amnistía por delitos como el homicidio y las lesiones causadas a soldados en el curso de un combate, así como por infracciones menores al DIH cometidas en el curso de las confrontaciones.

4. Consideraciones finales

Hemos llegado a algunas tesis y recomendaciones que creemos que no solo armonizan la búsqueda de la paz negociada con los derechos de las víctimas y el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado colombiano, sino que podrían permitir la construcción de una paz justa y duradera. Tenemos claro, sin embargo, que esas tesis son polémicas y además limitadas. Son polémicas pues las decisiones en el campo de la justicia transicional tienen siempre una cierta dimensión trágica pues, en especial en las transiciones negociadas de la guerra a la paz, buscan armonizar las exigencias de paz y justicia que en el largo plazo tienden a coincidir, pues la justicia permite una paz más estable y duradera, pero que en el corto plazo están en tensión, pues los actores armados tienden a eludir la rendición de cuentas a sus víctimas. La justicia transicional implica entonces, en todos los casos, el sacrificio al menos parcial de una de ellas en pro de la realización de la otra. Uno debe esforzarse por lograr la máxima realización de esos valores en pugna pero debe reconocer las tensiones que subsisten.

Nosotros ofrecemos unas fórmulas de armonización que nos parecen jurídica y éticamente sustentadas pero que, obviamente, muchos no compartirán. Pero alguna forma de justicia transicional tendremos que adoptar los colombianos si queremos realmente lograr una paz negociada estable y duradera.

Y esto tiene que ver con los límites de nuestro análisis. Nuestro estudio se ha centrado en justificar el contenido sustantivo que debería tener la dimensión penal de la justicia transicional en Colombia, pero solo hemos abordado tangencialmente los mecanismos procesales para concretar esas fórmulas sustantivas. Y ese debate procedimental es tan importante como el sustantivo pues desde hace rato es claro que, dados esos dilemas trágicos que hemos mencionado, la viabilidad política y la legitimidad jurídica de las distintas fórmulas de justicia transicional dependen, en buena medida, de la forma como las mismas sean diseñadas y aprobadas.

Los desafíos que subsisten son entonces grandes pero esperamos que estas propuestas permitan avanzar en el diseño sustantivo y procedimental de fórmulas de justicia transicional apropiadas para Colombia.

Referencias

- Bolívar Jaime, A. P. (2009). Mecanismos de reparación en perspectiva comparada. En Díaz Gómez, C., Sánchez León, N. C. y Uprimny, R. (eds.). *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión* (pp. 71-143). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.164.pdf
- De Greiff, P. (2009). Una concepción normativa de la justicia transicional. En Rangel, A. (ed.). *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Intermedio.
- Minow, M. (1998). *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.
- Olsen, T., Payne, L. y Reiter, A. (2010). The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy. *Human Rights Quarterly*, 32 (4), 980-1007.
- Restrepo Saldarriaga, E. (2013). Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal y representación de la atrocidad masiva. Recuperado de https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Restrepo_CV_Sp_20130427.pdf
- Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 17-44). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006a). Derecho a la verdad: alcances y límites de la verdad judicial. En Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo Saldarriaga, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 139-171). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf
- Uprimny, R. y Saffon, M. P. (2006b). Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades. En Uprimny, R., Saffon, M. P., Botero, C. y Restrepo, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 109-138). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.201.pdf

ÍNDICE TEMÁTICO

A

abogado de oficio: 185
abogado privado: 134, 186, 571, 586, 834
actividades extractivas: 536
acceso carnal: 186, 612, 614, 638, 644, 646
acción de tutela: 35, 57, 73, 183, 184, 237, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 253, 304, 410, 414, 415, 417, 435-436, 443, 473, 723, 833, 846
accountability: 31
activismo dialógico: 489, 492, 494-495, 497-499
acto legislativo: 17, 31, 120, 572, 621, 623, 823, 826, 898
afrodescendientes: 504, 508, 509, 511-512, 515, 521-522, 728, 730, 735-738
Agencia Internacional para el Desarrollo (AID): 18, 54, 130
Alemania: 114, 539, 628
Amazonas: 194, 336, 516
América Latina: 18, 24, 26, 29, 33, 35, 54-55, 58, 83, 88, 91, 94, 110, 128, 130, 132-135, 138, 158, 168, 172, 328, 382, 384, 393-400, 404-405, 413, 423, 489, 504-507, 509, 514-515, 518, 786, 798, 832-834, 884-886
amnistía: 147, 383, 554, 556, 561, 692, 696, 891-892, 897, 901-903
Antioquia: 195, 285, 352-354, 356-357, 361-362, 471-472, 627
apartheid institucional: 168-169, 171-172, 328, 346
Arauca: 472, 567
Argentina: 160, 239, 382-383, 464, 507, 515, 556, 561, 597
asamblea constituyente: 72, 74, 384, 529
asesinato(s), v. homicidio: 361, 527, 555, 559, 561, 622
autodefensas, v. paramilitares: 318
autoritarismo: 131-132, 164, 170, 394, 400, 405, 426

B

Bacrim: 223, 345
Banco de la República: 100, 119, 120 824
Banco Interamericano de Desarrollo (BID): 18, 54, 130
Banco Mundial (BM): 128, 237, 238
Barranquilla: 195, 329, 362, 567
bipartidismo: 402
Bogotá: 151, 194-195, 226, 303, 471-472, 495, 525, 546, 567, 801-804, 806, 815
Bolívar: 332, 338, 472
Bolivia: 394, 396, 507, 510-512, 515, 517
Boyacá: 332, 336, 338, 472, 803
Brasil: 160, 383, 464, 507, 511, 515, 879
burocracia: 68, 84, 129, 482, 493, 497, 530, 848

C

Cali: 195, 360, 567
Cámara de Representantes, v. Congreso de la República: 303, 317, 825
Canadá: 539, 879, 880
Caquetá: 303, 332, 342, 472
Caribe: 332, 338, 342
carrera judicial: 187, 342, 358-359, 623, 840-841, 855-856
Casanare: 338, 341-342, 472, 534
Cauca: 332, 338, 472
caudillismo: 16, 32, 91, 400
Cesar: 332
Chile: 510, 515, 556, 561, 879
Chocó: 194, 332, 342, 354, 471-472, 841
clientelismo: 16, 25, 31-32, 253, 257, 291, 332, 346, 363, 811-812, 814, 840, 842
cobertura, indicador de (IC) v. t. oferta judicial: 194, 195
coca, cultivos de: 344
Código de Minas: 412, 521, 534
Código de Procedimiento Penal: 564, 572, 592

Código Disciplinario del Abogado: 591
 Código Penal: 624, 628, 637, 680
 Comisión de Seguimiento a la Política
 Pública sobre Desplazamiento
 Forzado: 484
 Comisión Interamericana de Derechos
 Humanos (CIDH): 37, 508, 511, 765-
 768, 771-772, 775-780
 Comisión Internacional de Juristas (CIJ):
 716
 Comité DESC (Comité de Derechos
 Económicos, Sociales y Culturales de
 las Naciones Unidas): 473
 comunidades negras: 413, 521-522, 731,
 738
 conciliación, centros de: 783, 801, 803
 conexidad: 119, 414-415, 448, 463
 conflicto armado: 16, 24, 33-34, 37, 142-
 144, 146-147, 149, 153, 157-158,
 162, 165-166, 184, 196, 220, 222-
 223, 226, 229, 232, 273, 323, 326,
 352, 363, 365, 389, 398, 410, 413,
 419, 429, 432, 485, 490, 516, 525-
 526, 530, 548, 628, 675, 694, 695,
 699, 702-704, 706-707, 712, 714,
 721, 743-744, 837-839, 847, 890,
 892-893, 899
 conflicto, resolución alternativa de: 793,
 798, 834
 Congreso Nacional Africano: 38
 conmoción interior, v. estado de
 conmoción interior: 300, 415, 428
 Consejo de Estado: 28-31, 147, 192, 278,
 287, 299, 312, 439, 446-448, 455-
 456, 458, 460, 525, 535, 867
 Consejo Nacional Electoral: 824
 Consejo Superior de la Judicatura: 17, 23,
 26, 28, 30, 34, 38, 57, 60, 62, 64, 134,
 187, 197-199, 237-238, 252, 254, 256,
 261-262, 265, 268-269, 272, 277-278,
 281, 287, 290-291, 293, 298, 309,
 311-312, 323-324, 439, 441-442, 446,
 546, 566-569, 574, 591, 604, 757-758,
 760-761, 834, 840-841, 848, 854-855,
 862, 873, 875, 942
 Consenso de Washington: 54, 128-130
 constitucionalidad, control de: 292, 313,
 381-383, 402, 415
 constitucionalismo aspiracional: 83-84,
 88, 90-91, 93, 394, 401, 406
 constitucionalismo latinoamericano: 33,
 91, 393, 396, 397, 400-401, 405-406
 constitucionalismo liberal: 114, 404
 constitucionalismo militante: 93
 constitucionalismo multicultural: 35,
 504-507, 510
 constitucionalismo preservador: 83, 88
 constitucionalismo social v. t.
 Institucionalismo social: 6, 53-54, 57,
 110, 117, 131-132, 449
 constructivismo: 86, 481
 control constitucional: 12, 17, 33, 97,
 100-104, 107-109, 380-381, 384,
 387, 394, 432, 447-448
 control judicial: 30, 35, 42, 72, 97, 102-
 103, 107, 118, 174, 273, 422-424,
 427, 431
 consulta popular: 534-536
 consulta previa: 8, 9, 24, 35, 371, 397,
 407, 412, 413, 504, 510, 512, 513,
 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526,
 527, 528, 734, 736, 738
 Convenio 169 de la OIT: 51, 412, 506,
 511, 513-517, 522-523, 736-738
 cooptación: 23, 28, 30, 278, 281, 298,
 309, 312, 554-555, 851
 Córdoba: 318, 472, 730
 Corea: 381
 corporativismo: 17, 30, 256, 281, 288-
 289, 293, 381, 856
 corrupción: 25, 31-32, 67, 74, 129-130,
 196, 237-239, 306, 309-310, 317-
 318, 320, 322, 341, 346, 363, 555,
 559, 720, 851

Corte Constitucional de Colombia: 17, 29-31, 35, 71-72, 76-77, 89-90, 99, 104, 109, 112, 117, 124, 182, 188-189, 231, 239, 278, 299, 300, 304, 312-314, 316, 383-384, 389, 391, 397, 401-403, 411-416, 418, 427, 430, 437, 441-443, 446-450, 455, 458-459, 465, 467, 473-474, 477, 490, 516-517, 578, 521-523, 525, 527, 529, 530-531, 535, 557, 599, 603, 699, 732-733, 737-738, 866

Corte Constitucional de Hungría: 383

Corte Interamericana de Derechos Humanos: 383, 507, 517, 523, 552, 558, 712-713, 765

Corte Suprema de Justicia de Colombia: 29, 30, 31, 72, 189, 278, 287, 292, 299-300, 303-304, 312-314, 405, 439, 445, 447, 627

Cortes de Drogas: 38, 878-881, 883-884, 887

Cundinamarca: 304, 336, 338, 472, 567

D

DANE, v. Departamento Administrativo Nacional de Estadística: 197-200, 237, 323, 330, 472, 757, 759

debido proceso: 53, 106, 107, 133, 216, 302-304, 412, 441, 463, 473-475, 509, 588, 623, 722, 832, 888

Defensoría del Pueblo: 212, 237, 345, 463-464, 466-468, 472, 482-483, 496, 583-584, 586-587, 589-593, 673, 799, 847, 848, 875-876

defensoría pública: 583 584, 588-592, 594, 664, 673, 834, 847, 873

delitos complejos: 36, 609-610, 658, 868

delitos de drogas: 24, 36, 636, 637, 638, 651, 653-658, 661, 663, 668, 671-674, 678, 840

democracia participativa: 395, 400-402, 404

democracia representativa: 174, 395, 398, 402

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE): 323, 330, 757

derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas: 506

derecho a la consulta previa: 504, 506, 521-523, 526

derecho a la igualdad: 512

derecho a la salud: 35, 118-119, 123-124, 182, 184, 188, 415, 449-451, 461-463, 465-466, 473, 491, 526, 679

derecho al territorio: 735

derecho civil: 712, 717, 720-721, 735

derecho constitucional: 75, 87, 117, 383, 395, 462- 463, 478, 492, 507

derecho internacional: 385, 397, 410, 415, 489, 506, 512-513, 515, 517-518, 523, 614-615, 622-623, 625, 696-697, 732, 738-739, 744, 746, 752

derecho penal: 165, 362, 386, 545, 617, 650, 668, 680, 682-684, 688, 693, 878

Derecho Internacional Humanitario (DIH): 614-615, 623

derechos civiles: 63, 74, 105, 107, 403, 410, 753

derechos colectivos: 63, 74, 410, 507, 509, 511, 530, 737

derechos culturales: 510

derechos de las víctimas: 314, 385-387, 389-390, 552, 592, 692, 696, 716, 720, 724, 891, 899, 903

derechos sexuales y reproductivos: 402

derechos sociales: 24, 51, 53, 55, 63, 74, 84-85, 87, 90, 92, 97, 104-110, 115-119, 123-124, 126-127, 131, 143, 182-184, 194, 236, 411, 414, 419, 422, 436-437, 448-452, 464-477, 489, 504, 543, 564, 745, 757, 783, 832-833

desaparición forzada: 367, 523, 559, 560, 722

descentralización: 173, 393
 desmovilización, proceso de, v. también
 ley 975 de 2005: 38, 314, 317-320,
 365, 432, 690, 897, 902
 desplazados: 89, 113, 345, 354, 413, 436,
 728, 730, 805
 desplazamiento forzado: 35, 205, 232,
 344, 366, 413, 474, 477, 485, 491,
 498, 529, 610, 623, 637-638, 712,
 717, 725, 729, 731, 737
 despojo: 232, 314, 509, 512, 708, 713-
 716, 719-720, 728-730, 732, 738
 desproporcionalidad de las penas: 663
 detención preventiva: 564, 597
 dictadura: 382-383, 394, 409, 423, 554,
 690, 692, 714, 743
 dificultad contramayoritaria: 101
 DIH, v. Derecho Internacional
 Humanitario: 270, 612, 623, 627, 903
 Discriminación de género: 479
 discriminación racial: 413, 508, 734, 738
 drogas, tráfico de, v. narcotráfico: 657,
 675, 678-679, 681

E

Ecuador: 394, 396, 398, 400, 507, 510-
 512, 516-517, 529, 597, 828
 edificio constitucional: 144, 432
 educación: 84, 105, 115-116, 118, 128,
 131, 136, 206-208, 212, 272, 414,
 441, 479, 482, 485, 741, 788, 848-
 849, 859, 876
 eficacia simbólica: 67, 92
 Ejecutivo, poder: 27, 28, 30, 89, 117, 164,
 419, 466, 482
 Ejército Nacional v. t. Fuerzas Armadas y
 Fuerzas Militares: 670
 El federalista: 101, 287
 emancipación: 71-72, 76, 80-81
 empresas promotoras de salud (EPS)v.
 t. salud: 449, 461, 464-465, 467-469,
 472

Encuesta Nacional de Necesidades
 Jurídicas: 213, 797, 846
 enfoque de género, v. género: 706, 750,
 885
 enfoque diferencial: 722, 725, 732, 733
 equilibrio de poderes (reforma
 constitucional): 17, 25, 32, 37, 90,
 98, 259, 285, 416-417, 448, 514-515,
 564, 621, 823-830, 860
 EPS, v. empresas promotoras de salud:
 442, 449, 461, 464-465, 467-469
 Eslovaquia: 384
 España: 380, 384, 539
 estado de conmoción interior: 300, 415,
 428
 estado de cosas inconstitucional: 35, 414,
 477-478, 481, 485, 490-491, 527, 529
 estado de emergencia: 212, 415
 estado de excepción: 148, 164, 174, 423,
 425-426, 428, 431-433
 estado de sitio: 28, 360, 402, 428-429
 Estado benefactor: 56-57, 131, 138, 384
 Estado de derecho: 16, 22, 24, 27, 51-52,
 54, 61, 70, 93, 100, 133, 144-145,
 394, 400, 404-405, 423-425, 427-
 428, 430, 432-433, 558, 561, 634,
 678, 695, 716, 832-833, 837-838, 896
 Estado social de derecho: 33, 57-58, 61,
 70, 104, 131, 138, 149, 169, 170-171,
 173-174, 380, 387, 389, 432, 584,
 683, 784, 835
 Estado, captura del: 309, 658
 Estado liberal de derecho: 313, 788
 Estado moderno: 157-159, 529
 Estados Unidos: 73, 101, 116, 128, 146,
 306, 391, 478, 538-539, 559, 762,
 879, 880-883
 etnicidad: 504-505, 508-510, 517-518
 etnorreparaciones: 728, 731-733, 735
 Europa: 144, 158-159, 161-162, 166,
 380, 383-384

F

FARC, v. Fuerzas Armadas
Revolucionarias de Colombia: 314,
353-355, 389-390
Fiscal general de la nación: 604
fiscales: 57, 120, 128, 131, 138, 159, 228-
229, 262-264, 315, 322, 329, 365-
368, 419, 436, 559-561, 565, 591,
597, 599-604, 606-608, 616, 703,
788, 834
Fiscalía General de la Nación: 134, 204,
213, 226-237, 259, 270-271, 290,
312, 338, 483, 559, 564-565, 572-
573, 598, 603-604, 611, 626, 669-
671, 825, 842, 851, 862, 868, 871,
873
FMI, v. Fondo Monetario Internacional:
100, 128
Fondo Monetario Internacional (FMI):
100, 128
Fosyga: 465, 472
fracking: 538-540
Francia: 73, 114, 160, 539, 628, 798
Frente Nacional: 28
fuerzo militar, v. t. justicia penal militar:
554, 557, 561, 621-622, 624-629
Fuerza Pública: 119, 123, 147, 160, 163,
309, 364, 367-368, 527, 557, 614,
622, 626, 629, 839
Fuerzas Armadas: 133, 364, 366, 368, 419
Fuerzas Militares: 123, 242, 527, 626, 669

G

garantismo social: 139
género, enfoque de: 706, 750, 885
globalización: 79, 506, 508-510, 832
gobernanza: 506, 509-511
Guajira: 471-472
Guatemala: 517
Guaviare: 332

guerra contra las drogas, v. t. lucha
contra las drogas; narcotráfico: 682,
878
guerra: 33-35, 61, 78, 143-144, 146-148,
152-153, 158-164, 166, 223-224,
319, 360, 363-366, 368, 378, 380,
386-387, 390-391, 409, 415, 426,
527, 624, 628, 682, 687, 688, 690,
692-693, 695-696, 714-715, 743,
789, 795, 878, 890, 892-893, 898,
901-903
guerra, crímenes de: 390, 693, 696, 898,
901-902
Guerra Fría: 715
guerrilla, v. t. Fuerzas Armadas
Revolucionarias de Colombia: 88,
148, 162, 165, 196, 345, 357, 363-
365, 367, 383, 389, 453, 628, 789,
901-902

H

hidrocarburos: 535, 538
homicidio(s), v. t. masacres: 99, 186, 205,
319, 329, 334, 335-339, 341, 356-
358, 360-361, 366-367, 546, 548,
549, 565, 568, 577, 609-610, 612,
614-617, 626-627, 638, 644, 646,
648, 655-656, 674, 678, 806-807,
868, 870, 903
Honduras: 394

I

IC, v. cobertura, indicador de: 194-195
Iglesia católica: 484
impunidad: 22, 36, 52, 181, 185-186,
306, 324, 334, 338-339, 358, 361,
366, 543-549, 552-562, 578-579,
623, 629, 671, 693, 695, 813, 833,
898
indemnización: 31, 231, 269, 703

independencia democrática: 253
 independencia judicial: 22, 32, 58, 69,
 99-100, 253, 256, 273, 288-290, 309,
 324, 405, 409, 417, 419, 554, 558,
 561, 597, 601-602
 India: 464, 478
 indígenas: 39, 99, 229, 344-345, 354,
 397-398, 400, 406, 411-413, 504,
 505-509, 511-519, 521, 523, 525-
 527, 529-530, 595, 731, 733-734,
 755-738, 730
 Inglaterra, v. t. Gran Bretaña: 879
 inmunidad parlamentaria: 67, 314, 450
 Inpec v. Instituto Nacional Penitenciario
 y Carcelario: 648, 652, 661, 674
 institucionalismo: 22, 33, 51, 56-57, 62,
 113, 127, 129, 136, 138, 833
 Instituto del Seguro Social (ISS): 449
 Instituto Nacional de Medicina Legal:
 226, 259
 instrumentalismo: 18, 52, 86
 IPS (institución prestadora de salud):
 461
 Italia: 67, 114, 116, 121, 380, 384, 561

J

Judicial, poder: 28, 73, 146, 239, 279-
 280, 291, 298, 461, 464, 784, 852,
 860, 862, 885
 jueces de garantías: 572, 599
 jueces de paz: 784, 786
 juez de tutela: 457, 467, 452, 456, 459
 jueces en provisionalidad: 332
 juez municipal: 456, 567
 judicial, congestión: 252, 322, 436, 440,
 444, 472, 556, 580, 758, 800
 judicial, descongestión: 758
 judicial, independencia: 22, 32, 58, 69,
 99-100, 253, 256, 273, 288-290, 309,
 324, 405, 409, 417, 419, 554, 558,
 561, 597, 601-602

judicialización de la política: 25-26, 28,
 401
 jurisdicción constitucional: 378, 446,
 458, 680
 jurisdicción indígena: 39, 411-412
 jurisdicción ordinaria: 279, 280, 438-
 439, 445, 455-456, 458, 566, 623,
 854, 855
 jurisdicción universal: 386
 justicia, acceso a la: 21, 34, 38, 69, 73,
 133-137, 152, 182-183, 185-186,
 189-190, 196-197, 200, 202, 205,
 207, 210-211, 216, 220-221, 228-
 229, 232, 286, 440, 457, 595, 701,
 717, 722, 784, 788, 792, 795, 798,
 829, 833-834, 845-846, 851-852,
 866, 899
 justicia, administración de: 17, 53, 68,
 131-134, 137, 139, 143-144, 149,
 222, 225-226, 230, 238, 243, 251,
 253, 278, 285-286, 289, 304, 320-
 322, 419, 431, 576, 623, 716, 787,
 788, 790, 792, 829, 854-855
 justicia, casas de: 20, 37, 186, 784, 786,
 793, 797-800, 803, 846
 justicia civil: 21, 37, 135, 185-186, 629,
 712, 717, 719-720, 722, 757-762
 justicia comunitaria: 150-151, 186, 189,
 789, 791-795, 801, 809, 811, 813
 justicia constitucional: 24, 33, 39, 73, 75,
 81, 97, 104, 108, 110, 182, 188, 379,
 387, 395-396, 399, 402-403, 417,
 430, 444, 447, 452
 justicia de excepción: 152, 164
 justicia de tierras: 729
 justicia étnica colectiva: 36, 728-729,
 731-732
 justicia informal: 39, 136-137, 786-792,
 794
 justicia material: 444-446, 459, 722
 justicia, oferta de: 18, 55, 150, 213, 286,
 800, 806, 850, 883

justicia oficial: 20, 150, 803-804, 806, 813
 justicia ordinaria: 152, 182, 189, 227, 231, 442, 622, 624, 626-627
 justicia para la paz: 149, 151
 justicia penal: 21, 36, 58, 164, 185-187, 231, 317, 320, 322, 334, 557-565, 567-569, 606, 622-625, 801, 832, 881, 887
 justicia penal militar: 557, 622-625
 justicia protagónica: 21, 27, 34, 182-183, 187-190, 311-313, 315-316, 323, 324
 justicia racial: 508
 justicia, reforma(s) a la: 16, 32, 37, 58, 188-189, 286, 299-300, 455, 789, 825, 829, 852
 justicia rutinaria: 21, 34, 181-183, 185-190, 315-316, 318, 320, 322, 324
 justicia sin rostro: 146
 justicia social: 57, 75, 105, 136, 138, 145, 389, 729-731, 792, 833
 justicia transicional: 16, 22, 24-25, 32, 35-36, 383, 386, 671, 686-697, 711, 714, 721-723, 728-731, 890-892, 895, 899, 903
 justiciabilidad de los derechos sociales: 104, 414, 450
 jurisprudencia: 75, 77, 84, 118, 182, 184, 189, 286, 288, 293, 315, 386, 403, 411, 413-414, 418-419, 430, 443, 448-451, 461-462, 465-466, 474-475, 478-479, 490, 493, 495, 511, 514-515, 517-518, 521-522, 556, 583, 589, 604, 622, 713, 829, 851
 juzgados civiles: 467, 758, 762, 834
 juzgados municipales: 546, 758, 566-567
 juzgados promiscuos: 841

L

La Habana: 16
 Latinoamérica, v. América Latina: 409, 479, 572, 741, 878

legitimidad: 169-174
 Leticia: 336
 Ley 906 de 2004: 9, 221, 231, 264, 372, 564, 571-572, 642-644, 646, 672
 Ley 975 de 2005: 255, 319, 326, 700-702, 722
 Ley 1448 de 2011: 255, 699, 712, 722
 liberalismo económico: 133
 liberalismo individualista: 56, 131
 'limpieza social': 358, 792, 803, 804, 806
 Lituania 384
 lucha contra las drogas v. t. guerra contra las drogas; narcotráfico: 648-649, 669-671

M

mafia: 362, 675
 Magdalena: 332, 472, 526
 Magdalena Medio: 538
 marxismo / marxista: 56, 65, 92, 544
 masacres v. t. homicidios: 230, 366-367
 mayoría, principio de: 102-103, 399
 mecanismos alternativos de resolución de conflictos: 37, 136, 690, 758, 786
 Medellín: 125, 195, 203, 241, 274, 275, 285, 317, 318, 352, 358, 360, 362, 567, 580, 605, 830, 845
 Medicina Legal, V. Instituto Nacional de Medicina Legal: 226, 259, 280
 medio ambiente: 36, 39, 536
 Mesa de Seguimiento al Auto 092: 223, 226, 232, 234, 577, 582
 Meta: 342, 472
 México: 40-41, 46, 59, 70, 94, 140, 175, 294, 507, 510, 515, 518-520, 541, 684
 milicias: 148, 158
 minería: 341, 344, 345, 346, 347, 348, 535, 539
 mínimo vital, derecho al: 420
 Ministerio de Justicia: 249, 257, 262, 550, 618, 798, 801, 840, 856

Ministerio del Interior: 275, 285, 824, 830
 Mongolia: 381-382
 mujeres víctimas: 6, 34, 36, 177, 209,
 218-221, 224-226, 228, 231-234,
 570, 577, 581-582, 592, 699-702,
 705, 707, 709-710, 725
 multiculturalismo contrahegemónico:
 512, 519
 multiculturalismo neoliberal: 510

N

narcotraficantes, v. t. narcotráfico: 196,
 317-318, 409
 narcotráfico, v. t. guerra contra las
 drogas: 10, 162-163, 175, 302, 317,
 325, 344, 348, 363-365, 367, 373,
 580-581, 652-654, 656-659, 664,
 678, 681, 789, 840, 843
 Nariño: 194-195, 332, 342, 363-367, 472,
 730
 neoconstitucionalismo: 114, 386, 391,
 395-396, 398, 401, 406, 408, 479
 neoinstitucionalismo: 53-54, 56, 129-
 130, 132,
 neoliberalismo: 125, 127-128, 130-131,
 136, 509-510, 514, 835
New Deal: 114, 116
 Nicaragua: 291, 506
 niños: 184, 225, 233, 387, 479, 578, 605,
 709, 725-726, 750, 805
 no repetición, garantías de: 724, 747
 Norte de Santander: 332, 336, 472, 803
 nulidad: 279, 569

O

oferta judicial: 194, 196, 198, 213, 784
 788, 799, 841, 845
 Organización Internacional del Trabajo
 (OIT): 80, 412, 506, 511, 513-514,
 517, 520, 522, 736-738

P

Panamá: 291
 Paraguay: 239, 291, 507, 518, 736
 paramilitares: 29-30, 148, 163, 165, 196,
 300, 309, 311-312, 314, 317-320,
 324, 345, 357, 362, 364-365, 367,
 389-390, 402, 409, 413, 690-691,
 702, 897
 participación ciudadana: 64-65, 89-90,
 109, 144, 152, 166, 174, 402-403,
 405, 462, 473, 536, 793, 827-828,
 849
 paz, negociación de la: 147
 paz, proceso de: 153, 380, 385, 389-390,
 890, 897
 percepción ciudadana: 6, 177, 214, 222,
 236, 237, 239, 241
 perdón: 38, 557, 691, 692, 694, 696-697
 Perú: 326, 507, 516-517, 523, 597, 750
 petróleo: 515, 538-539
 pirámide de (la) litigiosidad: 19, 149-
 150, 185, 197, 199, 203, 214
 plebiscito: 27, 30, 277
 PNUD, v. Programa de las Naciones
 Unidas para el Desarrollo: 796, 852,
 853
 población LGBT: 24, 203, 205, 504, 851
 pobreza: 110, 144-145, 166, 205-209,
 216, 233-244, 248, 256, 348, 363,
 396, 596, 604, 656, 659, 679, 699,
 710, 726, 741, 743-747, 749-754,
 798, 806, 811, 813, 904
 poder judicial: 28, 73, 146, 239, 279-280,
 291, 298, 461, 464, 784, 852, 860,
 862, 885
 poder legislativo: 88
 policía judicial: 365, 546, 868
 Policía Nacional: 419, 669-671, 842
 politización de la justicia: 25-26, 51, 72,
 108, 150
 Portugal: 916

popular, acción: 410, 414
 popular, consulta: 534, 535, 536
 posconflicto: 273, 536, 714, 717, 721, 743
 posguerra: 114, 380, 698
 presidencialismo: 91, 396, 400, 404-405, 828
 presunción de inocencia: 304, 604
 previa, consulta: 8-9, 24, 35, 371, 397, 407, 412-413, 504, 510, 512-513, 520-528, 734, 736, 738
 principio de proporcionalidad, v. proporcionalidad, principio de: 627, 634, 637, 678, 683, 696
 prisión preventiva, v. detención preventiva: 9, 326, 372, 580, 592, 597-599, 601-602, 604-605, 873
 Procuraduría General de la Nación: 237, 270, 534, 536, 734, 737, 739, 851, 852
 provisionalidad: 279, 290, 332-333, 603, 841, 842
 pueblos indígenas: 9, 372, 387, 397-398, 407, 421, 504-506, 509, 511, 513, 515-521, 523-530, 728, 730-731, 733-739
 Puerto Nariño: 194-195
 Punitiva, adicción: 634, 639
 Putumayo: 332, 342, 363, 472

Q

Quibdó: 195, 203, 241, 352, 845

R

raza: 169, 229, 328, 504-505
 reclusos: 183, 649, 652, 673-674
 recursos naturales no renovables: 9, 36, 372, 534, 536
 referendo: 29, 313, 316, 416
 reforma judicial: 25, 44, 51, 53-55, 59, 61-62, 94, 125, 127-134, 140, 188,

294, 550, 582, 619, 824, 831-833, 835
 rendición de cuentas: 7, 12, 34, 38, 177, 253, 254, 257-260, 265, 270-271, 274-275, 277, 281, 283, 285, 289-291, 306-307, 332, 473-474, 606, 733, 819, 830, 853, 857-861, 863, 891, 903
 reparación: 10, 36, 210, 219, 226, 231-232, 234, 326, 373, 379, 392, 421, 524, 528, 577, 592, 687, 689, 692, 697-710, 713, 717, 722, 724-725, 727-729, 732-739, 741-754, 870, 891-892, 894, 899-900, 904
 reparaciones transformadoras: 36, 742, 746, 748-751
 República Checa: 384
 restitución de tierras: 11, 232, 374-585, 592, 709, 711, 718, 722, 724-725, 727, 739-740, 742, 754
 revictimización 215, 226, 228, 230, 704

S

salud, v. t. empresas promotoras de salud, plan obligatorio de salud: 35, 89, 105, 118, 123-124, 128, 131, 136, 150, 182-184, 188, 208, 227-228, 415, 436, 441, 449-451, 461-475, 478-479, 485, 491, 495-497, 500, 526, 539, 568, 636, 673, 679-682, 788, 859, 882, 886-888
 Santander: 336, 472
 secuestro: 319, 610, 612, 614-617, 638, 722
 Segunda Guerra Mundial: 378, 380, 386, 714
 seguridad jurídica: 98, 108, 132, 137-138, 187, 436, 444-448, 456-458, 522, 625-626, 628, 716, 725, 866-867
 seguridad social: 118, 119, 123, 184, 415, 441, 449, 478

Senado, v. Congreso de la República de Colombia: 312, 623, 825-826, 863
 sentencia anticipada: 304, 360, 361, 569
 sentencia:
 C-700 de 1999: 493
 C-776 de 2003: 119, 122
 C-141 de 2010: 29
 C-579 de 2013: 390
 T-760 de 2008: 478
 T-769 de 2009: 733
 sentencias estructurales: 90, 469, 491, 495, 497
 SIDA, enfermos de: 184, 195
 Sincelejo: 195
 sistema acusatorio, v. sistema penal
 acusatorio: 134, 263-264, 266, 268-269, 564, 589-599, 611, 868, 871
 sistema judicial: 23-24, 26, 31-34, 36-37, 39, 51, 53-54, 56, 61-63, 65, 68-70, 97, 99, 122, 125, 127, 130-136, 138, 143-144, 149-150, 173-174, 181, 194, 196-198, 200, 204, 210, 213, 216, 235-239, 242, 256, 259-260, 264-265, 270, 273, 277, 279, 281, 290, 309, 326, 334, 338, 341-342, 417, 424, 431, 439-440, 422, 436, 543, 553-554, 559, 564, 614, 642, 645, 658, 669, 683-684, 720, 743, 757, 783-784, 832-834, 840-842, 851, 858, 860, 883, 888, 893, 895
 sistema penal acusatorio: 36, 231, 266, 571, 577, 643, 672, 673
 Sistema interamericano de derechos humanos: 37, 507, 565, 765
 soborno: 237-238, 855
 sometimiento a la justicia (Ley de): 360
 subversión: 162, 163, 164, 364, 426
 Sudáfrica/Suráfrica: 384, 391, 464, 539, 688, 745
 Suecia: 628
 Supremo Tribunal Federal de Brasil: 383
 Sur Global: 24, 477, 479, 506

T

Taiwán: 381
 teoría del derecho: 58, 118
 territorio: 20, 33, 156-158, 160-162, 164, 165, 168, 169, 171-174, 194-195, 198, 226, 327-330, 332, 334, 336, 338, 341-342, 346, 352, 356, 363, 381, 398, 412, 413, 427, 506, 508, 509, 510, 514, 516, 518, 522, 525-527, 530, 534, 535, 653, 658, 729, 731, 732, 735-738, 799-800, 807, 809-811, 813, 839-842, 875
 territorios colectivos: 413, 522, 527, 732, 738
 terrorismo, v. t. narcoterrorismo: 361, 613-614, 902
 Tolima: 336, 534, 472
 tortura: 107, 360, 412, 555, 622-623, 637-638, 717
 tráfico de drogas, v. narcotráfico: 657, 675, 678, 679, 681
 Tribunal Constitucional Español: 380-381
 Tribunal Constitucional Italiano: 380
 tutela contra sentencias: 35, 38, 443-448, 455-460, 865-867
 tutelitis: 440, 442, 465, 474

U

Unesco: 715, 741
 Unidad de Derechos Humanos: 559, 561
 unidad de poder adquisitivo constante (UPAC): 109, 112, 119, 122, 184
 Uruguay: 239, 404

V

Valle del Cauca: 342
 Venezuela: 35, 89-90, 196, 396, 401, 404, 507, 515, 828
 Vichada: 332, 336, 342

víctimas: 24, 34, 36, 147, 153, 184, 210,
212, 216, 220, 222-232, 255, 314,
385-387, 389-390, 479, 495, 511,
546, 552, 559, 577, 585, 592-593,
595, 623, 671, 691-693, 696-697,
699, 700-709, 711, 713, 716-720,
722, 724-725, 729, 730, 732, 734,
741-752, 765, 779-780, 802, 847,
850-851, 891, 894-896, 899-901, 903
violencia de género: 227, 229, 577, 700,
701-705
violencia política: 409
violencia sexual: 221, 224-227, 230,-232,
279, 577, 623-624, 638, 701-702,
704, 750, 850
Violencia, época de la: 409

Democracia, justicia y sociedad

Diez años
de investigación
en Dejusticia

Este libro recoge lo esencial de los textos sobre justicia elaborados durante la última década en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia. Los textos seleccionados fueron escritos por más de una docena de investigadores de Dejusticia. La selección fue hecha de tal manera que el libro pudiera dar una visión lo más amplia y profunda posible de las investigaciones, los análisis y las propuestas hechas en Dejusticia desde su fundación. Para lograr este propósito fue necesario editar los textos, extractando las partes que contienen las ideas esenciales de cada uno de ellos.

La decisión de recoger estos textos en un libro obedece a la convicción de que su lectura puede contribuir a mejorar el debate sobre los problemas propios del derecho en Colombia desde una perspectiva democrática y de defensa del Estado de derecho. Además, su divulgación puede ayudar a dilucidar las complejidades de la “paradoja colombiana” a través de una mejor explicación del rol que han tenido el derecho y la justicia en la sociedad colombiana.

Un propósito más específico de este libro es el de contribuir a los debates nacionales en torno a las reformas a la justicia. En Colombia, la justicia está en el centro del debate político desde la promulgación de la Constitución de 1991. Más aún, durante la última década, fenómenos tan diversos como la captura de una parte del Congreso por la parapolítica, los intentos por imponer el caudillismo político desde la Presidencia de la República, los escándalos de clientelismo judicial en las altas Cortes y, más recientemente, las negociaciones de La Habana y los problemas de justicia transicional que ello suscita, han hecho aún más visibles y debatibles las actuaciones de los jueces.



Dejusticia
derecho · justicia · sociedad

