



Revista Colombiana de Sociología

ISSN: 0120-159X

revcolso_fchbog@unal.edu.co

Universidad Nacional de Colombia
Colombia

SILVA GARCÍA, GERMÁN

La administración de justicia: ¿Escenario para la protección de los grupos sociales
vulnerables?

Revista Colombiana de Sociología, núm. 26, enero-junio, 2006, pp. 105-123

Universidad Nacional de Colombia
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=551556294005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La administración de justicia: ¿Escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables?¹

Germán Silva García

Introducción

El título de este trabajo plantea un problema relacionado con las funciones sociales del derecho y de la justicia en las sociedades contemporáneas que, como es evidente, lleva implícita una postura o definición sobre la naturaleza política de ambas instituciones, además con un sesgo que resulta inocultable y se considera necesario hacer explícito. La pregunta reconoce que existe un «descubrimiento» de lo jurídico y de lo judicial al ser percibidos como mecanismos estratégicos para la acción política de distintos grupos sociales, lo que convoca la atención sobre los obstáculos relativos y las tensiones generadas en torno a la eficacia de dichas instituciones. El derecho es un insumo de la administración de justicia que existe con independencia de ella, mientras que lo judicial no sólo está limitado por lo jurídico; posee también de manera coetánea la capacidad –cuando menos hipotética– para transformar el derecho, conforme a los usos que con distinto sentido pueden dársele, lo que sobre todo en un estado social de derecho permite contemplar como posibilidad una utilización acorde con los intereses de los grupos marginados. Las páginas siguientes intentarán introducir algunos avances teóricos en la interpretación del interrogante acotado, aun cuando el debate es circunscrito al caso colombiano.

Para dicho efecto, el escrito se divide en tres partes. La primera, con un alcance que de manera principal es histórico, y cuya pretensión es situar la discusión ante

¹ Una primera versión de este escrito fue discutida en 2004 en Córdoba (Argentina), durante un encuentro latinoamericano de sociólogos jurídicos; el texto inédito ha sido corregido.

un contexto y dentro de un proceso, examina precedentes recientes que constituyeron un esbozo de intervenciones judiciales que apuntarían en dirección afirmativa de cara al cuestionamiento enunciado; la segunda parte se refiere al análisis de las acciones y contraataques que han procurado cerrar las opciones de desarrollos judiciales del derecho, que presten atención o sigan líneas diversas o incompatibles con los intereses y objetivos del sistema; la tercera presenta una interpretación encaminada a absolver el problema propuesto.

1. El movimiento jurídico radical

Durante la mayor parte de su existencia republicana, la judicatura colombiana no se caracterizó por hacer un uso del derecho que conllevara transformaciones profundas de la vida social, ni estuvo envuelta en conflictos significativos con los poderes ejecutivo y legislativo, como tampoco jugó un papel político relevante. La mayoría de las veces los jueces aparecían conectados en sus determinaciones y no pocas omisiones, a la rama ejecutiva del poder público, como un apéndice de ella, en virtud a la ascendencia que los distintos gobiernos tenían en la designación de los jueces. Aun cuando, por una parte, en ocasiones ejecutó con celo y responsabilidad sus tareas de control de constitucionalidad de las normas y, de otra, durante algún periodo en el decurso del siglo XX, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia contribuyó a la modernización del país con el concurso de una jurisprudencia que actualizaba y decantaba el viejo articulado del Código Civil, un balance global no permite advertir que el derecho y la administración de justicia desarrollaran funciones vinculadas a la protección de los grupos sociales más vulnerables, en el control de los restantes poderes del Estado y referidos a la promoción del cambio social, al menos hasta el último cuarto del siglo XX. Dentro de un sistema político sujeto al dominio bipartidista, integrado por los partidos Liberal y Conservador, en lo que atañe a la justicia, cualquier opción alternativa no era viable.²

Conservadores y liberales gobernaron a lo largo del siglo XX, con muy pocas interrupciones. La creación del llamado Frente Nacional, aprobado por plebiscito en 1957, disponía la alternación en el poder de los dos partidos mayoritarios, a fin de cuentas el Liberal y el Conservador, durante dieciséis años (1958-1974), en elecciones a las que se presentaban sólo candidatos de un mismo partido, que luego compartía el gobierno por partes iguales con la otra agrupación política.

² En algunos periodos, el Partido Liberal asumió la representación de intereses populares y desarrolló políticas de cambio social, pero esto no involucraba a la justicia.

Este sistema bipartidista había sido votado por la población para iniciar el retorno de la democracia y, en especial, para superar la guerra civil entre conservadores y liberales que se había generalizado desde 1948, cuyos rezagos llegaron hasta 1964, en la época de la historia de Colombia conocida como *la violencia*. Pero todavía culminado el plazo acordado para el Frente Nacional, cuando volvían a dirimirse las elecciones en campañas que enfrentaban a candidatos de los dos partidos, el gobernante electo integraba a la administración al partido vencido, práctica que solamente cesó a partir de 1986. Igualmente, dentro del mismo diseño institucional, las plazas en el poder judicial eran ocupadas en forma paritaria por personas con afiliación declarada a una de las dos agrupaciones políticas.

Esa estructura de poder bipartidista, descrita en forma rápida, estaba erigida sobre prácticas políticas clientelistas. El clientelismo se basa en un sistema de favores, mediante el cual la administración gubernamental y los partidos satisfacen los intereses de los grupos económicos y sociales con mayor poder a los que estaban estrechamente unidos, pero también de las capas medias y bajas de la población. En el primer caso a cambio de apoyo político al gobierno y financiero a las campañas electorales; para el segundo, en trueque por votos. Las dádivas simples (becas educativas, pequeñas sumas de dinero, algunos materiales de construcción, etc.), intervenciones para conceder empleos en cargos públicos, mediación en conflictos, trámite de permisos, planes de vivienda popular y la magnanimidad frente a prácticas irregulares o informales (invasiones urbanas, ventas ambulantes, comercio con contrabando, etc.), hacían parte del repertorio de un conjunto de prácticas clientelistas que paliaban las necesidades más apremiantes de la población desprotegida y con menos poder, dentro de un periodo de relativa estabilidad política, económica y social, a la par que la existencia de la clientela reforzaba y reproducía el sistema político.

De allí que se haya afirmado con plena razón que la administración de justicia no desempeñaba un papel de trascendencia como instancia para atender las demandas de las mayorías de la población, puesto que el sistema político clientelista imperante lograba, de manera general, absolver las necesidades más básicas de los grupos sociales de clase media y de los sectores populares y, de modo paralelo, por sus características y posturas los jueces no habían hecho de la justicia un espacio, ni del derecho un medio, que le hicieran competencia al clientelismo o que pudieran absorber los reclamos y esperanzas ciudadanas (Lynch: 1981).

De modo opuesto, agentes de la administración de justicia habían estado envueltos activamente en la persecución sectaria y represión durante los gobiernos conservadores de la época de la Violencia, y ya en el transcurso del Frente Nacional, aun cuando dotados de mayor independencia, habían sido reducidos a un papel anodino. Por su parte, en el plano político, la izquierda democrática tam-

co representaba una alternativa frente al clientelismo, dado su escaso éxito electoral y poca influencia política. Así mismo, las expresiones de protesta popular que no podían ser contenidas por conducto de las estrategias clientelistas, es decir, que condensaban manifestaciones abiertas de oposición social y política, aunque no representaban una amenaza significativa, eran objeto de represión penal y de medidas de policía o de control que emergían del Estado de Sitio que los gobiernos de entonces decretaron sucesivamente.

Empero, desde finales de la década de los años 70 en el siglo XX, comenzó un proceso de transformaciones entre los juristas colombianos, de modo particular en la judicatura, con la formación de lo que ha sido denominado el Movimiento Jurídico Radical (Silva García: 1991, pp. 59-91). Este movimiento, desde luego con un carácter informal, que reflejaba una tendencia ideológica singular en el campo del derecho, tenía asiento principal en las salas Penal y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el Consejo de Estado y, así mismo, entre algunos abogados que se ocupaban en el litigio ante los tribunales, además de lo cual, la mayoría entre todos ellos desempeñaban posiciones como profesores universitarios. Sin duda, sus integrantes más importantes, debido al poder del cual disponían, hacían parte de la Corte Suprema de Justicia.

El sistema de cooptación existente, esto es, la elección de los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado por los propios integrantes de las corporaciones, según la reforma constitucional aprobada en el plebiscito de 1957 al que se aludió, había facilitado que de modo paulatino juristas de la misma tendencia penetraran los altos tribunales hasta configurar una tendencia mayoritaria. En términos sociales, la mayor parte de sus miembros tenían una extracción de grupos de la clase media/baja y media/media, con una formación intelectual y trayectoria profesional como abogados destacada, al tiempo que compartían un perfil cultural análogo, puesto que la mayoría había egresado de la misma universidad. A su vez, el movimiento comentado, en sus orientaciones, aparecía comprometido intensamente con un discurso político liberal de índole progresista; expresaba un profundo legalismo, en el sentido de defensa de las instituciones constitucionales y legales del Estado de derecho que, como modelo democrático liberal, se convertía en su plataforma política de acción. Sus actuaciones, por ende, no eran revolucionarias, pero dado el conservadurismo imperante en el establecimiento estaban dotadas de un radicalismo avanzado para el contexto predominante en la época. Se trató igualmente de un movimiento vanguardista, ya que el grueso de la judicatura, en posiciones de menor poder dentro de la estructura judicial, al igual que el conjunto de la comunidad jurídica nacional, no participó con intensidad en actividades similares.

Fueron varios los campos en los que actuó la judicatura que representaba al Movimiento Jurídico Radical, pero serían tres las áreas donde la fuerza de sus

decisiones se hizo sentir con mayor vigor y en las que el contenido y efectos políticos de sus fallos alcanzaron una notoriedad superior. Por una parte, en la defensa de los derechos políticos y garantías fundamentales de la población, lo que se tradujo en un sinnúmero de sentencias que determinaron la inconstitucionalidad de normas que se proferían al amparo de la declaratoria de Estado de Sitio, al igual que en la anulación de procesos que la justicia penal militar seguía a civiles acusados de vinculación a grupos alzados en armas. En la censura continúa a las actividades de las Fuerzas Armadas que implicaban infracciones a los derechos humanos, lo que tuvo además efectos prácticos en diversas sentencias de responsabilidad civil extracontractual proferidas por el Consejo de Estado en las que se condenaba al Ministerio de Defensa en representación de la nación. Por último, en las sentencias de inconstitucionalidad proferidas contra distintos actos legislativos que intentaban reformar la Constitución, con el fin esencial de controlar políticamente a la judicatura.

El movimiento jurídico descrito tuvo fin en los asaltos al Palacio de Justicia de noviembre de 1985, cuando las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado fueron ocupadas violentamente por un comando armado del movimiento guerrillero M-19, a lo que siguió una arremetida todavía más violenta e indiscriminada de la Fuerzas Armadas, lo que terminó con el asesinato de once magistrados de la Corte y del Consejo, en particular, de las salas Penal y Constitucional, además de alrededor de un centenar de muertos. Con todo, el movimiento dejó una huella que caló entre algunos de los magistrados sobrevivientes y los sucesores inmediatos, además de cumplir varias funciones sociales. En primer lugar, la administración de justicia suplió al Congreso en su tarea de control político sobre las actividades del ejecutivo y a los partidos políticos en su deber de hacer oposición, a la que habían renunciado como consecuencia del cogobierno bipartidista establecido desde el Frente Nacional, cuyas prácticas, se repite, prosiguieron aun después de finalizado. En segundo término, se convirtió en un hecho palpable y verificado que la judicatura tenía un poder político muy relevante, dotado de capacidad para colocar en jaque a la rama ejecutiva, lo que con posterioridad tendería a expresarse de modo evidente, aun cuando con pretensiones políticas muy diversas.³ En tercer orden, se consolidó el principio de independencia de la administración de justicia, en especial aquella de talante externo, transformada en un hecho, más que en un enunciado formal. En cuarto término, la judicatura cumplió una labor importante en la protección de los derechos políticos, las garantías ciudadanas y los derechos humanos, en beneficio de los

³ La judicialización de la política, que abarcó otros países latinoamericanos, sería un efecto de lo relatado. Sobre la última problemática, ver Cepeda Espinosa (2005: pp. 67 – 103).

grupos de la población más vulnerables. En quinto lugar, se abrió el camino para iniciar un proceso de transformación cultural entre los abogados, con mayor conciencia del poder de la justicia y del derecho.

2. Las políticas de articulación

De manera temprana, en la década de los 70 del siglo XX, las élites de poder habían percibido que la administración de justicia no representaba un aparato apropiado para la defensa de sus intereses. Desde entonces empieza a promoverse un proyecto estratégico cuyo objetivo fundamental radica en la búsqueda de la subordinación política del poder judicial al ejecutivo. La estratagema diseñada plantea como meta articular al poder judicial a las políticas que en materia de control social jurídico, sobre todo en el campo penal, se pretendían realizar con la dirección del ejecutivo. La consigna del entonces Presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978) resume sus propósitos cuando sostiene la necesidad de construir un «binomio Fuerzas Armadas/Corte Suprema de Justicia», esto es, reunir bajo un mismo puño organizado con idénticos parámetros políticos a los principales poderes de control. El proyecto debía suprimir la independencia de la administración de justicia, neutralizando las posibles actividades de control jurídico y político que el judicial pudiera desarrollar sobre el ejecutivo, para en cambio lograr que obrara al unísono o de manera consonante con las fuerzas encargadas de la preservación del orden público, donde las primeras aprehendieran o eliminaran a los divergentes, a lo que debían seguir las condenas dictadas por el órgano judicial (Silva García: 1991, pp. 59-91).

En Colombia han predominado las políticas de exclusión social, con precaria atención de las necesidades de las franjas de la población situada en condiciones de marginalidad, lo que ha requerido de la utilización frecuente del derecho y de la administración de justicia, además de la Policía y del Ejército como herramientas o fuerzas para la represión de los inconformes, al igual que para la neutralización de los insurgentes y de aquellos definidos como criminales. De tal modo, el derecho penal no constituye la *ultima ratio* en las intervenciones para asegurar el orden, como suelen afirmar en forma acrítica y puramente formal muchos doctrinantes del derecho penal, sino la trinchera desde la cual se ha pretendido, como primer o más importante recurso, contener la divergencia social. Igualmente, por los mismos motivos, las reformas a la legislación y la justicia penal ingresaron en la agenda de prioridades del Estado, a tal punto que toda idea de reforma siempre marchaba asociada al cambio de los códigos y de la administración de justicia penal; incluso, los proyectos de cambio constitucional eran presentados y justificados en la necesi-

dad de hacer que la justicia penal funcionara. Sin embargo, el problema mayor emergía de una estructura institucional que garantizaba la independencia de la justicia y obstruía los planes del ejecutivo al prever condiciones inapropiadas para su ejecución. Por ende, en esos años la política de articulación se traduce en distintos proyectos de reforma constitucional que debían gestar un marco institucional adecuado, con la supresión de los poderes de control constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la eliminación de la cooptación como sistema de elección de los magistrados acompañada de una incidencia decisiva del poder ejecutivo en los nombramientos, junto al establecimiento de un control disciplinario severo sobre los funcionarios judiciales de todas las instancias. En pocas palabras, el objetivo primordial era controlar a quienes administraban justicia.

La primera tentativa de articulación del poder judicial, legitimada en ese discurso que reclamaba una reforma a la justicia penal que pudiera reaccionar contra la criminalidad, apoyada por los partidos Liberal y Conservador, se introduce en 1977 con el proyecto de conformar una miniconstituyente, elegida de manera excluyente, sin la participación democrática de la población. Empero su convocatoria es declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia. Después, en el gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982), también a iniciativa gubernamental y con el apoyo de las bancadas liberal y conservadora, el Congreso de la República aprueba una reforma constitucional en la línea explicada, la que también es declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, en razón a vicios en su trámite. Un tercer intento se desarrolla durante el gobierno del Presidente Virgilio Barco Vargas (1986-1990), en el que además se busca restablecer el enjuiciamiento de civiles por la justicia penal militar que había sido excluido por la Corte Suprema de Justicia, pero el gobierno se ve obligado a forzar el hundimiento del proyecto cuando, en medio de la guerra contra el narcoterrorismo, había sido filtrada en su texto una prohibición a la extradición de nacionales.

En el entretanto, vistos los fracasos reiterados para lograr la ejecución de las políticas de articulación promovidas por la élites, en razón a la frustración de las reformas constitucionales alentadas por distintos gobiernos, se desarrolla una estrategia alternativa que consiste en la organización de un sistema paralelo de justicia o parajusticia, la cual crece bajo la égida del propio poder ejecutivo. Aquí el objetivo es sustraer a la administración de justicia el manejo de aquellos asuntos que se consideran esenciales desde un ángulo político o económico, para conservar la estabilidad del orden, y ceder tales competencias a otras instancias acordes con las políticas del ejecutivo (Silva García: 1991, pp. 59-91). En pocas palabras, ya que no se logra la articulación de la administración de justicia al ejecutivo para que sus decisiones sean concordantes con sus políticas de control jurídico, en especial aquellas de índole represiva, son creadas o introducidas por el mismo

Estado instancias paralelas de diversa naturaleza, ajenas a la rama judicial, que asumen el conocimiento y las decisiones sobre aquellas materias que son contempladas como cruciales, al menos mientras es alcanzada la anhelada articulación.

En esa dirección, es incrementado el empleo de la jurisdicción penal militar para la investigación y el juzgamiento de delitos cometidos por civiles, aunque este componente es desarmado con el fallo de inexecutable de la Corte Suprema que ha sido mencionado. Como mecanismo principal para el combate del narcotráfico, que había incursionado en una guerra contra el Estado, se utiliza al sistema de justicia de Estados Unidos como instancia paralela, sustitutiva de la justicia nacional. La represión de los sospechosos de insurgencia organizados en la bandas armadas que integran las fuerzas guerrilleras y de los traficantes de drogas ilícitas que con sus acciones habían puesto en serio peligro los sistemas político y económico, no cabe duda, eran un aspecto primordial en la búsqueda de estabilidad para el orden político. Es fomentada y generalizada la instancia del arbitramento como escenario paralelo para dirimir los conflictos generados en los procesos de contratación que involucran al Estado y a grandes compañías multinacionales y nacionales, que obtienen un tipo de parajusticia eficaz, rápida, incorrupta y de alta calidad, aunque a precios más onerosos, dentro de pleitos que por sus cuantías usuales son de gran envergadura e importancia cualitativa indudable. Son administrativizadas, es decir, trasladadas o ubicadas en el fuero de competencias de entidades del sector central, adscritas al ejecutivo, competencias en materias cambiarias, de sociedades, financieras, del mercado de valores, urbanísticas, fiscales, etc., indispensables para el funcionamiento de la economía. La creación de instancias por fuera de la administración de justicia ordinaria con el cometido de gestionar los grandes pleitos que derivan de los procesos de contratación y de resolver los conflictos claves de los sectores financiero y productivo, tampoco despierta dudas, eran una faceta también primordial para sostener el orden económico.

Dentro del espectro anterior, con la remoción o arrebato de competencias a la justicia ordinaria en asuntos capitales, precisamente, por sustracción de materia en lo que respecta a dichas atribuciones, la administración de justicia quedaba imposibilitada para jugar un papel como contrapoder o en pro de los sectores marginales.

La Asamblea Nacional Constituyente, que aprobaría la Constitución Política de 1991, emerge como una cuarta tentativa de realizar las políticas de articulación e, igualmente, comparece legitimada en el objetivo de reformar completamente la administración de justicia. Sin embargo, la Asamblea se integra por elección popular de los constituyentes, lo que da pie a una composición de fuerzas en su seno caracterizada por una fuerte pluralidad política, donde la corriente de izquierda del liberalismo y el M-19 (entonces ya legalizado) logran un número importante de posiciones, sin que, por tanto, las élites logren la hegemonía y, a la par, sea

indispensable la concertación. Así mismo, la Asamblea desborda con creces la finalidad preliminar de reformar la justicia, puesto que produce una nueva Constitución en su integridad, en la que la justicia es transformada, pero así mismo otros muchos renglones en materia institucional y referida a la definición de los derechos ciudadanos. En esas condiciones, marcadas por la necesidad de la negociación para encontrar consensos, las élites sólo alcanzan en forma parcial sus pretensiones, a costa de ceder terreno en varios campos o de verse obligadas a morigerar sus intenciones (Silva García: 1997). También los procesos políticos que se desarrollan dentro de contextos y coyunturas específicas, al lado de las prácticas que dan vida al nuevo marco institucional y de derechos diseñados con la Constitución, terminan por erosionar o colocar en condiciones más frágiles muchas de las metas políticas que eran perseguidas.

Como resultado del mapa definido en la Constitución, son creadas la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación, la mayoría de veces con el empleo de sistemas que garantizan cierto equilibrio entre los poderes y garantizan la independencia de los funcionarios. Los magistrados que integran la Corte Constitucional son elegidos por el Senado, pero entre candidatos presentados por las corporaciones judiciales y el ejecutivo. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estados son escogidos por las mismas corporaciones de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que después de varios enfrentamientos concluyó en una reproducción del antiguo sistema de cooptación. Los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, en su Sala Administrativa, son elegidos por las corporaciones judiciales (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional), mientras es mayor la incidencia del ejecutivo que propone los candidatos para la Sala Disciplinaria, cuyos integrantes son designados por el Congreso. El Fiscal General es nombrado por la Corte Suprema de Justicia de una terna propuesta por el Presidente de la República, que en este caso posee un poder bastante significativo.

En la práctica judicial, la Corte Constitucional ha actuado con bastante independencia y ha sido bastante activa, tanto en el ejercicio del control constitucional como en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Consejo Superior de la Judicatura ha gozado de una independencia relativa y variable respecto del ejecutivo, en cualquier caso sin constituirse en un órgano para la persecución ideológica de los jueces, so pretexto de ejecutar un control disciplinario. La Fiscalía General de la Nación, aun cuando tuvo etapas en la que el poder ejecutivo no se preocupó por asegurar un control político férreo sobre ella, desde el conflicto político que generó la investigación y acusación contra el Presidente Ernesto Samper (1994-1998), se ha procurado garantizar su fidelidad al poder ejecutivo de manera más o menos exitosa.

De otra parte, la Constitución introdujo la acción de tutela, que equivale al recurso de amparo constitucional, un mecanismo bastante popular y eficaz de defensa de los derechos fundamentales. Además de lo cual amplió y perfeccionó la lista de derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, lo que combinado con la creación de la tutela como acción para la protección de dichos derechos, ha extendido las titularidades ciudadanas y, sobre todo, incorporado una herramienta con la capacidad de traducirlos en realidades y superar el sentido meramente formal que solían tener los derechos constitucionales.

La situación plasmada en los párrafos anteriores animó al gobierno actual del Presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2006), con la inspiración de quien fuera su ministro de Justicia e Interior, Fernando Londoño, proveniente del Partido Conservador, a impulsar el más agresivo intento de articulación de la justicia al poder ejecutivo, no sólo con el retorno a sus designios iniciales, sino empeñada en anular los avances gestados con la Constitución Política de 1991.

Con ese propósito, en el proyecto eran recortados los poderes de control de constitucionalidad de la Corte, reducidos los campos de intervención de la acción de tutela, eliminado el Consejo Superior de la Judicatura, aumentados los poderes burocráticos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que en la coyuntura son vistos como ideológicamente cercanos al gobierno, institucionalizado el sistema de cooptación para la elección de magistrados y extendido a la Corte Constitucional, convertidas en obligatorias para las restantes instancias judiciales las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, fin de la justicia gratuita para numerosas causas con la consiguiente negación del acceso a la justicia y sería restricción a la posibilidad de un desempeño judicial favorable a las demandas de los marginados y, en términos generales, la eliminación de la independencia interna de la justicia (Silva García: 2003a, pp. 231-265).

Se deriva del análisis desarrollado en éste y en el apartado anterior que las características estructurales de la administración de justicia, relativas a los sistemas de elección de jueces y magistrados, el principio de independencia de la justicia, el cuadro de órganos que la componen y las competencias que le son asignadas, son fundamentales para la definición de sus roles. En segundo término, el perfil social y cultural de sus integrantes es de relevancia en el mismo plano, como quiera que influya sus posturas ideológicas.

3. Los ejes de la transformación

Las prácticas judiciales desarrolladas desde 1991 son diversas y contradictorias al encarar el interrogante formulado en el título del trabajo. Son diferentes las actitu-

des asumidas por las distintas corporaciones judiciales, que incluso han mostrado variaciones dentro de la misma instancia, al igual que entre las varias oficinas judiciales en los demás escalones de la administración de justicia (Silva García: 2001a). En esos términos, el derecho que se hace es diferente, con métodos de interpretación y fuentes que no son coincidentes. Empero, es posible indicar que, de un lado, se han elevado las expectativas entre la población acerca de las posibilidades de un tipo de justicia que reaccione de modo favorable ante sus demandas, lo que no significa que necesariamente ello vaya a ocurrir y, de otro lado, frente a varias materias y en determinados escenarios judiciales, las pretensiones de los grupos sociales con menor poder han sido resueltas de modo favorable.

Las acciones de tutela, que involucran a todas las instancias de la administración de justicia, como jueces de primera, de segunda instancia o de revisión, son un ejemplo palpable que ha multiplicado las opciones de acceso a la justicia, con una pronta resolución de las causas, generando con amplitud un reconocimiento generalizado y una elevada satisfacción de la población (Ministerio de Justicia: 1996). También la tutela, en particular aquellas acciones contra decisiones judiciales por violación al debido proceso, puso de presente las contradicciones ideológicas sobre la interpretación y aplicación del derecho y los problemas de poder en el seno de la justicia (Silva García: 2001c). Otro ejemplo radica en las decisiones sobre inexequibilidad adoptadas por la Corte Constitucional al ser, precisamente, evaluadas respecto de sus atributos para la protección de los derechos de los sectores sociales más vulnerables, donde un examen referido a distintas áreas y grupos de marginados arroja un balance general positivo (Rodríguez Peñaranda: 2005).

Concurren un conjunto de factores que ayudan a comprender los roles sociales y políticos que la administración de justicia ha venido desplegando para la protección de los grupos sociales debilitados, en ocasiones cumpliendo un papel de suplente de estructuras políticas, como los partidos, a quienes le correspondería la responsabilidad principal de atender las demandas de la sociedad civil.⁴ Ellos son: a) La quiebra del sistema clientelista; b) La desintegración de los partidos políticos; c) La extrema debilidad de las organizaciones de la sociedad civil; d) Un incremento sensible de las titularidades, junto a los mecanismos procesales para hacerlas eficaces; e) El fortalecimiento de las instituciones de la justicia, en particular con la creación de la jurisdicción constitucional, junto al desarrollo de su independencia externa; f) La gestación de lo que se ha llamado un «nuevo derecho»; g) Un aumento en las demandas y en la conflictividad sociales.

⁴ El rol de suplencia de los jueces, en especial a raíz de la corrupción, la crisis de la representación política y la judicialización de la política, ha adquirido universalidad, y ha sido tratado profusamente por la sociología jurídica. Al respecto, por ejemplo, ver Pérez Perdomo (1999); Bergalli (1994); Silva García (2001b); Scarpinato (1987); Ferrari (1999).

a) Resquebrajamiento del clientelismo: El sistema clientelista que, como se explicó en su momento, lograba satisfacer varias de las aspiraciones básicas de la población, ingresó en un estado de crisis como consecuencia de varios elementos coincidentes: 1) La prohibición constitucional de otorgar auxilios parlamentarios; 2) La carrera administrativa y las limitaciones para influir en la designación de funcionarios de la administración; 3) La atomización de los partidos políticos tradicionales (Liberal y Conservador); 4) La problemática fiscal que redujo de modo sustancial los recursos destinados a sostener las clientelas, a la par con la disminución del tamaño del Estado que vino a limitar las posibilidades de proveer empleos estatales; 5) El incremento demográfico de la población, aunado a la elevación de las tasas de población en condiciones de pobreza y miseria.

Respecto del poder para otorgar auxilios parlamentarios, que consistían en partidas a cargo del presupuesto nacional que eran asignadas a cada uno de los integrantes del Congreso de la República, cabe recordar que ellas constituían una práctica frecuente desde la reforma constitucional de 1968, por medio de la cual el ejecutivo aseguraba el voto de los congresistas a sus iniciativas legislativas y, a su vez, los parlamentarios, que podían determinar el rubro de inversión de las partidas, traducidas entonces en pequeñas obras, becas educativas, etc., disponían de recursos para amarrar una clientela de beneficiarios cautivos que, a cambio de favores, comprometían sus votos, los de sus allegados y de las personas bajo su influencia. Sistema que fue golpeado contundentemente con la prohibición inserta en la Constitución de 1991 de conceder este tipo de partidas a los miembros de las corporaciones públicas, en cualquiera de los niveles de la administración.

El clientelismo es afectado también con la creación y desarrollos de la carrera administrativa que, salvo los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales corresponden a los niveles más altos de la administración, implica la designación de los funcionarios del Estado mediante concurso y, aun cuando subsisten distintos mecanismos y argucias para evadir las reglas y fines de la carrera, en todo caso representó un avance democrático y una erosión al poder de los políticos. Ahora, el clientelismo también recibe una sacudida al restringirse las posibilidades que tenían los políticos de recomendar personas para ocupar cargos públicos, como consecuencia de desarrollos de la Constitución de 1991, ya que tales prácticas, antes bastante comunes e incluso descaradas, son calificadas como tráfico de influencias, una especie de comportamiento que da pie a la pérdida de investidura. Desde luego, la práctica no ha desaparecido, pero sí resultó limitada en forma significativa.

Por su parte, los partidos políticos dominantes, el Liberal y el Conservador, se atomizaron en un sinnúmero de microempresas electorales, con un carácter individual o personal, donde cada candidato a las corporaciones públicas obtiene un aval de su partido para enfrentarse dentro de la misma circunscripción no sólo a aspiran-

tes de partidos rivales, sino de su propia colectividad que también han recibido el mismo. Dicha dinámica electoral, que puede comportar una ventaja frente al electorado, el cual decide elegir su candidato y no se encuentra impelido a votar por muchos otros que no le satisfacen pero que hacen parte de la lista del partido, repercutió en la virtual desintegración de los partidos, convertidos en una suma de fragmentos uninominales. Este factor, sobre todo, hirió al clientelismo, puesto que los recursos, las fuentes de empleo, etc., siempre escasas, debían ser multivariadas entre demasiados «caciques» o jefes políticos. En la misma dirección anterior, se agrega la aprobación de la elección popular de alcaldes municipales y gobernadores de los departamentos, lo que si bien no significa que a nivel local desaparezca el clientelismo, sí incrementa la fragmentación, por ende, la escasez de recursos y medios para el desarrollo de las prácticas clientelistas. Ocurre que esos insumos apropiados al clientelismo que existían en gobernaciones y alcaldías, antes a disposición de los parlamentarios con influencia nacional y regional, ahora pertenecen a gobernadores y alcaldes electos, muchas veces, sin el apoyo de esos congresistas.

El incremento de la deuda externa, combinado con los excesos en el gasto público, ha acelerado el déficit fiscal al punto de provocar una intervención activa del Fondo Monetario Internacional, lo que se ha venido traduciendo en fuertes recortes a los gastos de funcionamiento e inversión del Estado. Correlacionado con lo anterior, desde comienzos de la década de los 90 en el siglo XX, han marchado en todos los gobiernos programas de supresión o fusión de entidades del Estado, además de recortes en las nóminas de los organismos supervivientes. Ambas circunstancias incidieron de modo serio sobre las políticas clientelistas, como quiera que redujeron sensiblemente las fuentes que alimentaban el sistema de favores.

Finalmente, en lo que atañe a la crisis del clientelismo, por una parte, se produce un aumento constante de orden demográfico, en el que la población se duplica en treinta años y, de otra parte, aumentan las tasas de personas situadas en condiciones de pobreza y de miseria extrema, al punto que denotan una regresión a estados de desarrollo que se consideran, comparativamente, inferiores a los que corresponden a la década del 70 en el siglo anterior. De acuerdo con la Planeación Nacional, órgano del gobierno, en 2004 el 51,8% de la población vivía en pobreza, mientras que para la Contraloría General de la República, órgano independiente de control, para ese mismo año ella arribaba al 64,3%, de los cuales entre ocho y doce millones sobrevivirían en condiciones de miseria (ingresos diarios inferiores a dos dólares).

Por tanto, los políticos que instrumentalizaban el clientelismo encuentran descensos notables en los recursos para financiar el sistema, poderes disminuidos, y como contrapartida más gente a la que sería necesario hacerles favores y, en cuanto más pobres, necesitadas de favores más grandes, lo que contribuye a la demolición paulatina del clientelismo que resulta desbordado ante las demandas.

b) Desintegración de los partidos políticos: En cuanto a la crisis de los partidos, ya se había hecho alusión a ella, pero interesa agregar otros elementos por su conexión con el tema planteado, ya que ha sido subrayada como una segunda razón que ayuda a interpretar por qué la justicia ha cobrado una renovada importancia para atender las demandas sociales formuladas por los grupos sociales con mayor vulnerabilidad, lo que sobrepasa el tema ya tratado relativo a la quiebra de las prácticas clientelistas. Así, conviene señalar que su falta de iniciativa e interés para debatir y buscar respuesta a grandes problemas de índole social, junto a la ausencia de una oposición vigorosa de los partidos al margen del gobierno, entendida en gran medida en los términos expuestos en apartado anterior, ha contraído su alejamiento de la población. Situación que compromete también a los gobiernos y a las fuerzas políticas que los apoyan. Punto donde igualmente incide la debilidad crónica de los partidos políticos.

Un ejemplo de lo apuntado puede ser localizado en la actitud de indiferencia que asumieron varios gobiernos y, en general, todas las agrupaciones políticas, frente a la problemática que afectaba a los usuarios de créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda. Las tasas de interés crecieron de modo exorbitante, en medio de una crisis económica generalizada, lo que llevó a la ejecución y remate de las propiedades de miles de deudores del sistema financiero, quienes todavía después de perder la vivienda que llevaban varios años pagando quedaban debiendo dinero a los bancos. Ni los gobiernos ni los partidos actuaron y, en cambio, el asunto llegó a instancias de la Corte Constitucional que, en una controvertida decisión, asumió la defensa de la población, fundamentalmente deudores de clase media, para lo cual obligó al Estado a cambiar el sistema de crédito, lo que acarreó una reducción de las tasas de interés, a establecer límites en el monto de las cuantías que podían ser perseguidas por los acreedores, al igual que a una reliquidación de las deudas y su renegociación. En este asunto, sin duda, el poder judicial suplió al ejecutivo y a los distintos movimientos políticos representados en el Congreso en una tarea política que habían abandonado.

c) Debilidad de las organizaciones de la sociedad civil: Las organizaciones de la sociedad civil no constituyen tampoco un espacio para la organización y movilización de la población, que pueda representar una alternativa frente al Estado, para canalizar la inconformidad popular y apoderar en forma efectiva los intereses de los grupos sociales excluidos, dada su profunda debilidad. Por ejemplo, los sindicatos son por excelencia organizaciones llamadas a liderar las aspiraciones de un sector importante de la población, pero los niveles de afiliación sindical en Colombia son inferiores al 11% del total de trabajadores (Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social: 2004). Como corolario, la carencia de esquemas de organización en la sociedad civil cierra opciones y contribuye a elevar

la presión sobre la administración de justicia como conducto para la realización de los intereses de los grupos marginados.

d) Incremento de las titularidades: La expedición de la Constitución Política de 1991 extendió o perfeccionó la gama de derechos fundamentales de la población, tanto de índole personal como social o colectiva, a la par que creaba mecanismos procesales para hacer eficaz la reclamación de tales derechos. Concurría un incremento en las titularidades (derechos de ciudadanía) típico de los avances propios de los Estados sociales de derecho contemporáneos, pero que, como fue advertido, han venido aparejados con una disminución en el acceso a las provisiones sociales, es decir, a los recursos o prestaciones socioeconómicas, que durante la era del neoliberalismo se han vuelto más escasas (Dahrendorf: 1993).

El aumento en las titularidades reconocidas por el derecho, que ya no están circunscritas al campo político, como la universalidad del voto, la libertad de expresión o la participación femenina, puesto que intervienen sobre áreas que comprometen intereses económicos y sociales, ha armado a los actores sociales de medios, estos de orden jurídico, para demandar las provisiones sociales mencionadas, lo que significa tocar la puerta de la administración de justicia, antes que otra instancia, para buscar en ese escenario la realización de sus intereses. Y aquí comparecen la jurisdicción constitucional y, de modo preferente, la acción de tutela y el fortalecimiento de la independencia del poder judicial, sin el cual las dos primeras condiciones serían inanes.

e) El «nuevo derecho»: En concordancia con lo anterior debe mencionarse lo que se ha denominado, a veces de manera un tanto pomposa, la aparición de un «nuevo derecho», factor que suele asociarse a la expedición de la Constitución de 1991, pero que implica algo más que nuevo ordenamiento jurídico, dado que trasluce sobre todo una actividad creadora de derecho por vía jurisprudencial, que toma como punto de partida las normas de derecho positivo, la equidad, las normas internacionales sobre derechos humanos y los principios generales del derecho, para producir novedosos desarrollos de la ley que, sin exceder sus marcos, en virtud a la interpretación desembocan en actos creadores de derecho. Así mismo, una mayor conciencia acerca de la necesidad de lograr metas de justicia material, donde el sentido político del derecho es inocultable, por encima de las tentativas de mera subsunción del caso a la norma para concluir en decisiones de justicia formal, matiza ese proceso de creación del derecho.

Estos avances constructivos en el ejercicio del poder en la interpretación y aplicación del derecho resultan atractivos para los grupos sociales excluidos, que observan cómo los jueces abren escenarios adicionales para la expresión de demandas sociales antes contenidas.

f) Aumento de las demandas y de la conflictividad sociales: El desempleo gira en la actualidad en torno a una cifra del 15% (para el gobierno, 10% en 2005), luego de haber llegado en época reciente al 20%, lo cual, sin contar los datos de subempleo, muchas veces una forma de desempleo disfrazada, que se calcula en cerca del 60% del trabajo, ubica a Colombia, después de Venezuela, como el segundo país latinoamericano con mayor desocupación. Al mismo tiempo, Colombia, apenas precedida de Brasil, Chile y Guatemala, es la cuarta nación latinoamericana con mayor desigualdad. Los datos anteriores, a los que podrían sumarse los conocidos sobre no acceso a servicios de salud (40% de la población), falta de cobertura en educación, elevada concentración de la tierra, déficit de viviendas, pobre cobertura en servicios públicos, exponen un panorama de deficiencias sociales que tienen como reflejo un incremento de las demandas sociales de los grupos más vulnerables, en gran medida canalizadas a través de la administración de justicia.

A su vez, el cuadro brevemente descrito, como efecto natural, estimula una acentuación en los niveles de conflictividad social, asunto ratificado en los datos de la Encuesta Nacional de Hogares. Los conflictos son una expresión de situaciones de divergencia social, esto es, de luchas por la realización de intereses o la imposición de valores o creencias (Silva García: 2003b, pp.11-42), que llaman la intervención de las agencias de control jurídico, entre ellas la administración de justicia, colocada de nuevo en el ojo del huracán dentro de las invocaciones para tratar y buscar la resolución de los conflictos de los justiciables.

4. Balance y dificultades adicionales

Aun cuando no pueden emitirse juicios absolutos sobre el papel del derecho y de la administración de justicia como medio y escenario para la protección de los derechos de los grupos sociales más vulnerables en razón a su marginalidad, es decir, al poco poder del cual disponen, ya que es complejo el entramado que se teje en torno a la interpretación y aplicación del derecho, son varias las instituciones y órganos que intervienen en su proceso. En términos generales puede considerarse que uno y otro, esto es, el derecho y la justicia, han incrementado de modo notorio su papel en la defensa de los justiciables. A la vez que la administración de justicia en numerosas oportunidades se ha erigido en Colombia como un contrapoder que vigila y controla de forma eficaz los excesos y abusos de los otros poderes, a más de actuar en la contención de prácticas y acciones de grupos sociales poderosos que no son compatibles con los fines del Estado social de derecho, ni con el ordenamiento jurídico.

Este balance general supone un juicio ponderado, puesto que en ocasiones la judicatura ha dado usos al derecho discutidos tanto por lo que representan ante el

ordenamiento jurídico como respecto de los fines del Estado social de derecho, así como también es necesario, se insiste, diferenciar entre las actitudes asumidas por los diferentes órganos e instancias judiciales.

También el derecho y la administración de justicia constituyen herramientas con posibilidades limitadas. La inmensa mayoría de la población, situada en condiciones de pobreza o de miseria, se encuentra imposibilitada de acceder a la justicia. Luego, de nuevo por sustracción de materia, el derecho y la justicia están impedidos de actuar sobre un conjunto de fenómenos y conflictos que ni siquiera llegan a su conocimiento. Son las capas medias de la población, en algunas ocasiones sectores de las clases bajas, quienes pueden contratar la representación de un abogado u obtener ayuda de uno de los sistemas de defensa gratuita, porque los demás no conocen a ningún abogado que les pueda prestar asesoría, no disponen de medios para sufragar los costos de un litigio, no conocen sus derechos, temen represalias, desconfían de la administración de justicia o encuentran que una solución a su causa puede ser demasiado lenta y tardía. En consecuencia, las mayorías, también aquellos grupos más vulnerables, por las dificultades de acceder a la justicia no pueden hallar en ella un mecanismo de amparo.

Otro problema que conspira en contra de que la administración de justicia y el derecho estén en condiciones de gestionar la protección de los intereses de los grupos más vulnerables aparece vinculado a la congestión y retardo de la justicia. En ese sentido, debe anotarse que las jurisdicciones civil y penal, en especial, registran atrasos evidentes en la gestión de sus procesos, así como una sobrecarga de asuntos que deben resolver (Corporación Excelencia en la Justicia: 2001). En consecuencia, a la imposibilidad de llegar a la justicia se suman los problemas de calidad relacionados con la forma como se arriba a ella. Ambas circunstancia, vinculadas al problema de la eficacia en la protección de los derechos ciudadanos, en realidad conectados a condiciones estructurales que escapan al manejo de quienes desempeñan ocupaciones judiciales, son dos graves obstáculos que, en buena medida, anulan las posibilidades de una justicia material comprometida con los intereses de las franjas excluidas de la población.

GERMÁN SILVA GARCÍA

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona. Profesor de la Universidad Externado de Colombia y coordinador del Doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la misma institución.

Recibido en: Febrero de 2006

Aceptado en: Abril de 2006

Referencias Bibliográficas:

BERGALLI, Roberto (1994) "Protagonismo judicial y representatividad política" En: *Doxa*, Vol. I, números 15 y 16, Alicante: Universidad de Alicante.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José (2005). "The Judicialization of Politics in Colombia: The Old and the New" En: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line, ANGELL, Alan (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York: Palgrave Macmillan, pp. 67-103.

CORPORACIÓN EXCELENCIA EN LA JUSTICIA (2001), "Informe central" En: *Justicia y Desarrollo Debates*, No. 18, Bogotá: pp. 9-26.

DAHRENDORF, Ralf (1993) *El conflicto social moderno*, Madrid: Mondadori, 231 p.

FERRARI, Vincenzo (1999) "Sistemas judiciales en permanente crisis. Reflexiones sobre el caso italiano" En: *Revista Derecho del Estado*, No. 7, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

LYNCH, Denis O. (1981) *Legal Roles in Colombia*, Uppsala: Scandinavian Institute for African Studies and the International Center for Law Development, 124 p.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (1996), *Incidencia social de la acción de tutela*. Bogotá: 205 p.

OBSERVATORIO DEL MERCADO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL (2004) *Los sindicatos en Colom-*

bia (una aproximación macroeconómica). Boletín No. 7, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 50 p.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio (1999) "Escándalos de corrupción y cultura jurídica política" En: FEEST, Johannes (coordinador), *Globalization and Legal Cultures*, Oñati.

RODRÍGUEZ PEÑARANDA, María Luisa (2005) *Acción Pública de Inconstitucionalidad y Democracia Deliberativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 381 p.

SCARPINATO, Roberto (1987) "La reforma del ordenamiento judicial entre dos culturas en conflicto: la cultura de la legalidad institucional y la cultura de la nueva gobernabilidad" En: *Doctrina Penal*, Buenos Aires: Depalma.

SILVA GARCIA, Germán (1991) "Justicia, jueces y poder político en Colombia" En: *Jurisprudencias*, No. 2, Bogotá: ILSA.

SILVA GARCÍA, Germán (1997) *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 433 p.

SILVA GARCIA, Germán (2001a) *El mundo real de los abogados y la justicia, t. II, Las prácticas jurídicas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia e ILSA, 260 p.

SILVA GARCIA, Germán (2001b) *El Mundo Real de los Abogados y la Justicia, t. III, La administración de Justicia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia e ILSA, 288 p.

SILVA GARCÍA, Germán (2001c) *El mundo real de los abogados y la justicia. t. IV, Las ideologías profesionales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia e ILSA, 277 p.

SILVA GARCÍA, Germán (2003a), “¿A quién le canta la sirena? La reforma a la administración de justicia en el gobier-

no de Álvaro Uribe Vélez” En: *Ópera*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SILVA GARCÍA, Germán (2003b) “De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito” En: *El Otro Derecho*, Bogotá: ILSA.