

¿JUSTICIA JUDICIAL?

*Ricardo Zuluaga**

RESUMEN

Este artículo se ocupa de una cuestión hasta ahora poco estudiada por la academia: el imperceptible pero incontenible traspaso de funciones desde la administración judicial hacia otras instancias como la administración pública, los particulares y las comunidades. Desde esta perspectiva, el autor advierte sobre la necesidad de teorizar más sobre el significado actual de la teoría de la división de los poderes y el papel del Estado contemporáneo.

ABSTRACT

This article deals with a concept rarely studied by scholars until now: the imperceptible but irrepressible transfer of functions from the judicial administration to other areas, such as the executive branch of the government, the private sector and communities. In this perspective, the author stresses the urgency of considering the real meaning of the theory of the division of power, and the modern-day role of the State.

* Abogado, especialista en Derecho Administrativo de la UPB, Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, actualmente coordinador del Área de Derecho Público de la PUJ-Cali.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la naturaleza, el hombre es el ser social por excelencia. Y por más que quisiera escapar a esa condición, las amplias evidencias que la historia, el derecho y la política presentan, indican que esa es una realidad inherente e irrenunciable a la condición propia de todo ser humano. Significa ello, ni más ni menos, que hoy no es posible, desde hace mucho tiempo no lo es, desarrollar un proyecto de vida solitario o aislado, a la manera de un moderno Robinson Crusoe. Por el contrario, los individuos del género humano han estado naturalmente compelidos, desde antes que la humanidad tuviera memoria, a vivir en comunidad y ello, sin lugar a dudas, ha sido el fundamento de su éxito como especie.

Ahora bien, la vida en sociedad, como puede ser ampliamente demostrado a lo largo de la historia, no puede ser concebida como una feliz e idílica coexistencia, pues la convivencia social, en tanto implica una interacción constante entre los individuos, conlleva una tendencia muy marcada hacia los conflictos y las controversias que, de no ser encausadas y resueltas oportunamente, por lo general suelen degenerar en el caos y en la anarquía. Además, si a las naturales tendencias pendencieras y anárquizantes de los seres humanos se agrega que desde siempre la sociedad ha estado amenazada de desintegración, bien por obra de la naturaleza, como por la lucha contra otras sociedades, aparece con toda contundencia la necesidad de articular un instrumento que, mediante el control y concentración del poder, sea capaz de asegurar la paz interna previniendo y combatiendo todo conato de subversión y repeliendo toda amenaza proveniente del exterior.

Es en el marco de esta realidad, aseguramiento de la paz, en la que se justifica la aparición de esa formidable creación abstracta llamada Estado, que es una institución que desde la antigüedad arcaica, hasta esta moribunda modernidad, se ha erigido como una herramienta insustituible para el mejor gobierno de los hombres.¹ Visto así, el Estado se presenta como la herramienta mediante la cual, a través del monopolio exclusivo y excluyente de la fuerza, se busca

¹ Esta afirmación no supone desconocer la existencia de opciones filosóficas y políticas, que como el anarquismo, apuntan a la deconstrucción y abolición del Estado para dar paso a una sociedad gobernada por principios de orden natural y fundada en la propiedad colectiva en el caso del anarco comunismo, o de la propiedad privada como lo propone el anarquismo de estirpe liberal.

evitar la confusión y el caos propios del estado de naturaleza; así como proteger y afianzar intereses tan importantes como la vida, la libertad, la propiedad y la seguridad de los asociados. Ello, en otras palabras, no significa otra cosa que asegurar las condiciones que permitan la convivencia y el orden en las relaciones sociales.

Para cumplir con el objetivo de brindar seguridad contra las amenazas externas, el Estado está facultado para repeler cualquier injerencia de una potencia foránea;² mientras que para asegurar la paz interna, el Estado está legitimado para someter a cualquier contradictor doméstico. Como del estudio del primer propósito (paz externa) se ocupa *in extenso* el derecho internacional, prefiero dedicarme a analizar la forma como el Estado consigue el segundo de esos objetivos que se propone (paz interna), lo cual me remite a los problemas de manejo interno del poder, que es de lo que en esencia se ocupa el derecho constitucional.

2. LA PAZ INTERNA

Se ha dicho que la paz interior es “... *el presupuesto fundamental para el desarrollo y la imposición del derecho, que protege la libertad y crea la justicia; es el presupuesto para una economía planificada, para la colaboración y la confianza en las relaciones interhumanas y es el presupuesto fundamental del hecho de que no todas las fuerzas espirituales se concentren en la supervivencia, sino que pueden desarrollarse la moral, la cultura, el arte, la ciencia y el bienestar.*”³ Y un catálogo de aspiraciones como este sólo puede lograrse a partir del momento en que el Estado sea capaz de asegurar la armónica convivencia de los asociados. Para la consecución de este propósito, el Estado acude, entre otros, a un instrumento sencillo: define, a través del derecho, de un ordenamiento jurídico legítimo, lo que es justo.⁴

² No hay espacio en este artículo para hablar sobre las dificultades por las que está atravesando el concepto de soberanía en su dimensión internacional, al menos como ella fue concebida en los albores del Estado moderno. En todo caso quede claro que los evidentes progresos de la globalización, que está dando paso a procesos de integración supranacional, así como la aparición de instituciones jurídicas con pretensiones de poder planetario (v.g Corte Penal Internacional, Organización Mundial del Comercio), vienen poniendo en serio entredicho la clásica noción de soberanía.

³ Cf. KRIELE, Martín: *Introducción a la teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 54

⁴ Aquí se está siguiendo la clásica definición de justicia enunciada por los griegos según la cual justicia es dar a cada cual lo que le pertenece. Cf. KELSEN, Hans: *¿Qué es justicia?*, Universidad Externado, Bogotá,

Infortunadamente, y es bien sabido, la mera enunciación o definición de los derechos y deberes de los individuos, que se hace a través del llamado derecho sustantivo, resulta insuficiente; bien porque se presente una explícita y manifiesta voluntad de transgredirlos por parte de un sujeto, o bien porque la controversia se origine en la diversidad de formas como cada individuo percibe el contenido de las conductas que le son permitidas, prohibidas o exigidas por el mundo normativo.

Como consecuencia de la anterior realidad, el Estado tiene que ir más allá de la mera definición o exigencia de conductas y debe intervenir activamente en la resolución de los conflictos intersubjetivos. De esta manera, y frente a las opciones del sometimiento violento o voluntario de uno de los sujetos envuelto en el litigio o el compromiso mutuo (transacción), el Estado se presenta como un tercero, árbitro neutral, que dirime las disputas e impone la solución incluso por la vía de la fuerza. Sólo de esta forma el Estado puede cumplir con ese cometido que se le encomienda y demanda y que se constituye en un elemento fundamental de su esencia y razón de ser: el mantenimiento de la paz interna. Así lo ha entendido el ordenamiento jurídico colombiano cuando reconoce que *“La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional”*.⁵

3. LA RACIONALIZACIÓN DEL PODER

Como es fácilmente verificable en el dilatado curso de la historia, el ejercicio de las funciones y competencias que con carácter de monopolio le han sido atribuidas al Estado no siempre ha obedecido a criterios de la más clara y completa racionalidad. Por el contrario, la larga trayectoria del despotismo y la

1999, pág. 45. En la introducción de esta obra, Kelsen afirma lúcidamente que la pregunta por la justicia es la pregunta eterna de la humanidad: *“Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más profundamente los espíritus más ilustres –desde Platón a Kant. Y sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta. Quizás sea porque es una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva sino tan sólo procurar preguntar mejor.”* Cf. págs. 7 y 8.

⁵ Artículo 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996)

tiranía hablan suficientemente de los riesgos de abuso que subyacen en el hecho de concentrar el ejercicio del poder en un solo centro de acción. Esta es la razón para que secularmente la filosofía política haya encausado, y todavía hoy lo siga haciendo, sus mayores esfuerzos en la determinación de los mecanismos que permitan un mejor y adecuado ejercicio del poder público. Desde una perspectiva más práctica y menos especulativa que la filosofía, una respuesta, pero no la última ni la definitiva, la ha dado el derecho constitucional, que en su vertiente llamada constitucionalismo moderno⁶ encuentra en la teoría de la separación o división del poder, junto a la idea de legitimación del mismo y las garantías de la libertad y la dignidad de los individuos, sus pilares fundamentales. Así quedó sentado y se ha aceptado siempre, desde que en el art. 6 de la declaración francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 se dijo que junto a la consagración de unas garantías fundamentales, la división del poder hacía parte de ese núcleo mínimo e irreductible que integra el concepto de derecho constitucional.

De esta manera, el derecho constitucional viene a ser entendido como una técnica a través de la cual se concilian el necesario e ineludible ejercicio de la autoridad por parte del Estado (separación de poderes) y la libertad y la dignidad de las personas (derechos y garantías individuales). Pero si bien la garantía de la libertad de los ciudadanos frente al aparato de poder al servicio del Estado aparece como la justificación última del derecho constitucional, no es menos cierto que el constitucionalismo necesita la presencia de otro elemento esencial: la noción de Estado de Derecho, pues la pretensión ordenadora debe estar acompañada por la sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, de forma que su configuración y sus competencias no dependan de la voluntad más o menos arbitraria o caprichosa de una o varias personas, sino de reglas claras y previamente establecidas en la ley. Este principio, que se conoce genéricamente como Estado de Derecho, supone la regulación jurídica de la estructura del Estado, mediante la cual se determinan

⁶ Adjetivar de moderno al constitucionalismo conlleva toda una carga conceptual, pues ello supondría aceptar que él, el constitucionalismo, más que ser un dato caracterizante de la modernidad, es una idea reconducible a cualquier tipo de forma política de gobierno, aun las propias de la antigüedad. Para otros, que parecen ser la acertada mayoría, lo constitucional está íntimamente ligado con una determinada opción filosófica en torno al ejercicio del poder: desde siempre la garantía de la libertad individual, y hoy, además, de la dignidad de la persona humana. En este sentido, sólo cabe catalogar como constitucionales aquellos sistemas políticos que acogen estos principios como los fundantes de su modelo de gobierno y sin que la adopción meramente formal de un texto constitucional sirva para configurar esta realidad.

las instancias y los procedimientos a los que se debe sujetar el accionar estatal, y entre ellos, claro está, de la rama judicial.⁷

4. RAMA JUDICIAL Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Desde la célebre formulación del barón de Montesquieu contenida en el capítulo VI del libro XI de su obra *El espíritu de las leyes*, se ha reconocido que el poder del Estado está llamado a cumplir tres cometidos básicos: la deliberante, la ejecutiva y la judicial,⁸ cada una de las cuales debía llevar a cabo sus funciones independientemente de las demás. En palabras del propio Montesquieu “*Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado*”.⁹

Sin embargo, esta clásica y primigenia elaboración teórica que predicaba una absoluta y radical separación en la realidad nunca se ha dado, pues lo que en la práctica opera es un sofisticado sistema de interferencias de una rama sobre la otra. Por eso, más que separados, los órganos del Estado trabajan en términos de colaboración, bajo el sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) de que hablan los anglosajones. A este modelo se ha acogido la Constitución

⁷ En este sentido, el art. 6 de la Constitución es muy tajante cuando dice que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

⁸ No obstante que dado el aumento de la complejidad organizativa de los Estados, en la actualidad hayan surgido una serie de ramas y órganos del poder que como las instituciones de control, el juez constitucional o los órganos electorales, no se ajustan al modelo tripartito clásico teorizado por Montesquieu. Tal es el caso de la Constitución de 1991, que reconoce en el art. 113 que son ramas del poder público la ejecutiva, la legislativa y la judicial y en el inciso 2º de la misma disposición agrega que: “*Además de los órganos que las integran, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado*”.

⁹ Cf. MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes*, T. I, Sarpe, Madrid, 1984, págs. 168 y 169. En este punto no está de más advertir que la doctrina constitucional reconoce la stirpe inglesa de este principio y lo atribuye, en su sistematización original a John Locke.

vigente cuando en el inciso primero del art. 113 dice que “*Son ramas del poder público, la ejecutiva, la legislativa y la judicial*”, enunciado que es complementado por el inciso 3º del mismo artículo, donde se dice que: “*Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”. Así por ejemplo, el Presidente de la República tiene la facultad de nominar tres ternas para integrar la Corte Constitucional, el Senado es el que elige a los nueve magistrados de ese mismo alto tribunal, el Congreso de la República escoge de ternas que le envía el gobierno a los siete magistrados que integran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el Fiscal General de la Nación es elegido por la Corte Suprema de Justicia de terna enviada por el Presidente de la República. Pero de otro lado el Consejo de Estado es órgano consultivo del gobierno nacional, juez de la administración pública y juez político de los congresistas; mientras que la Corte Suprema es juez especializado de congresistas, Presidente de la República y ministros. Los anteriores son unos pocos ejemplos que evidencian como existe una estrecha y recíproca colaboración entre las distintas instancias que hacen parte del poder público.

Ahora bien, la contemporaneidad viene suponiendo una serie de profundos cuestionamientos a las concepciones clásicas del Estado y del derecho constitucional, a tal punto, que hoy la técnica de la tridivisión o tripartición del poder amenaza con disolverse para dar paso a la aparición de un órgano ampliamente fortalecido: el ejecutivo que se impuso primero y con relativa facilidad sobre el parlamento y que últimamente lo viene haciendo, al menos en nuestro país, sobre la rama judicial. Pero esta situación aparentemente normal, resulta altamente problemática, especialmente si se tiene en cuenta que el ejecutivo contemporáneo no es otro que el heredero natural de la larga tradición monárquico absolutista que imperó a lo largo de casi 5000 años y a la que con tanto esfuerzo y denuedo se ha venido enfrentando históricamente el constitucionalismo desde hace poco más de dos centurias. En este sentido se puede afirmar que en el momento actual se esté asistiendo a una situación de aparente retroceso de la construcción constitucional clásica. Veamos:

En la doctrina son de amplio conocimiento los enormes avances que en materia legislativa ha conseguido el ejecutivo: iniciativa legislativa privilegiada,

derecho de veto, capacidad para expedir decretos leyes y decretos legislativos, incidencia en el trámite legislativo mediante la declaratoria de urgencia, poder para sancionar las leyes, etc. Todos ellos son instrumentos a través de los cuales se ha permitido que esta rama del poder vuelva a recuperar una porción nada despreciable de las potestades de que secularmente disfrutó. Pero si bien este nivel de injerencia de la rama ejecutiva respecto del legislador ha sido muy notable desde hace bastantes años, la judicial hasta hace poco tiempo había permanecido al margen de la intervención de las otras ramas y muy especialmente del poder ejecutivo. Sin embargo, desde hace algunos años y en una tendencia cada día creciente, la rama judicial viene siendo objeto de un permanente trasvase de sus funciones hacia el ejecutivo. A ello se añade que de forma también relativamente reciente e igualmente creciente se viene reconociendo capacidad de administrar justicia a los particulares y a las comunidades. Esta tendencia, que no está significando cosa distinta que la desjudicialización de la función jurisdiccional, actualmente se conoce como pluralismo judicial y supone reconocer que, además del aparato judicial del Estado, hay otros actores habilitados para impartir justicia, esto es, para cumplir con la función jurisdiccional.

Y un fenómeno como el que vengo describiendo adquiere dimensiones especiales en un país como Colombia, donde la crisis de la administración de justicia es permanente, tal y como se puede verificar y cuantificar mediante el cotejo de los altos índices de impunidad en la represión del delito, así como en la congestión y morosidad en el proceso de administración de justicia que demandan tanto los particulares como el Estado.¹⁰ Es esta realidad la que ha venido acentuando y acelerando un proceso que si en principio no resulta reprochable, tal vez si debiese ser objeto de mayores reflexiones y debate por parte de la academia y los legisladores;¹¹ sobre todo, porque no se puede perder de vista que en Colombia el reconocimiento del pluralismo jurídico, más que a

¹⁰ En este sentido no deja de ser paradójico que de las distintas jurisdicciones que integran la rama judicial, la que presenta mayores niveles de morosidad sea la contencioso administrativa, que es la que se encarga de dirimir los conflictos entre el Estado y los particulares. Ello pone de presente como en muchas ocasiones el Estado ni siquiera resulta idóneo como juez de sus propias causas.

¹¹ Hay una cuestión que hasta ahora no se ha planteado en el país suficientemente. Es verdad que estadísticamente es muy fácil verificar el colapso del aparato judicial colombiano, pero no es menos cierto que la sociedad presenta unos índices de litigiosidad probablemente muy superiores al de países de igual o similar nivel de desarrollo. En consideración a esto, tal vez sería más prudente proponer un gran debate y una gran reflexión en torno a las causas de estos elevados índices de litigiosidad y conflictividad; una vez hecho lo cual, si resulte pertinente realizar un planteamiento profundo en torno a la administración de justicia en Colombia.

una tendencia que procure democratizar el ejercicio del poder, obedece a una pretensión meramente funcionalista e institucionalista que apunta a descongestionar los despachos judiciales y a presentar mayores niveles de eficiencia a la comunidad.¹²

5. PLURALISMO JURISDICCIONAL

Si bien atrás se ha dicho que el Estado en su concepción más primigenia nació para cumplir esa función de tercero neutral que monopoliza el poder con el fin de asegurar la paz interna impartiendo e imponiendo justicia a través de una rama específica del poder, tampoco es menos cierto que en la actualidad la rama judicial no es la única que administra justicia. Y este es un proceso que ha sido definido como “... *una reacción contra el centralismo y el exclusivismo jurídicos del Estado basada en la idea de que en la realidad política de la vida jurídica, el derecho estatal estaba lejos de ser el único y en algunos casos no era ni siquiera el derecho más importante en el ordenamiento normativo de la vida social*”.¹³

La anterior es la razón que ha llevado a que desde hace bastante tiempo y últimamente con bastante intensidad, se venga reconociendo la capacidad para que otros sujetos, tanto desde el propio Estado, desde las comunidades, como desde la esfera de los particulares, puedan coadyuvar en el ejercicio de esta labor esencial para la comunidad.¹⁴ Esta tendencia ha sido visible desde los años setenta, momento a partir del cual el Estado, a través de procesos de desregulación y deslegalización comenzó a reconocer la existencia de otros

¹² Esta distorsionada realidad la ha reconocido hasta la propia Corte Constitucional cuando afirma que: “*Para esta corporación, las formas alternativas de solución de conflictos no solo responden a los postulados constitucionales anteriormente descritos, [la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, es decir la convivencia] sino que adicionalmente se constituyen en instrumentos de trascendental significado para la descongestión de los despachos judiciales...*” (Cf. SC-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

¹³ Cf. DE SOUSA SANTOS, Boaventura: “El paisaje de las justicias en las sociedades contemporáneas”, en El Caleidoscopio de las justicias en Colombia, T. I, Boaventura de Souza y Mauricio García (eds.), Colciencias, Bogotá, 2001, pág. 134

¹⁴ Aunque hay para quienes el concepto de pluralismo jurídico es mucho más amplio y abarca fenómenos tan disímiles como la justicia campesina, la guerrillera, la miliciana, la de las bandas y la paramilitar. Cf. *Ibid.* Pág. 146. Pero esta parece una afirmación bastante discutible, sobre todo si se tiene en cuenta que la administración de justicia ha sido reivindicada desde siempre como un monopolio excluyente del Estado. En este sentido las expresiones que acabamos de señalar, más parecen fenómenos irregulares al margen del Estado, que auténticas expresiones de justicia.

actores tanto en los procesos de producción, como de aplicación del derecho. De forma gradual, el Estado primero admitió la existencia de diversas formas de justicia no judiciales y ni siquiera estatales y últimamente el Estado ha comenzado a articular políticas de reconocimiento y promoción de los mismos. Ante esta realidad hay quienes afirman que este es un proceso de *informalización* de la justicia que parte 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 entre los colombianos*”.¹⁵

La realidad del pluralismo jurídico ha sido ampliamente reconocida por nuestro ordenamiento, pues no obstante el texto constitucional señalar en el art. 116 que en Colombia administran justicia la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces,¹⁶ a renglón seguido añade que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales, que excepcionalmente la ley puede atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas autoridades administrativas, y que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la calidad de conciliadores o árbitros habilitados para fallar en derecho o en equidad. A ello es necesario añadir que la misma Constitución, en los arts. 246 y 247, autoriza el funcionamiento de la justicia comunitaria en cabeza de las autoridades indígenas y de los jueces de paz.

A la luz de lo que se viene diciendo, queda claro que la jurisdiccional ha dejado de ser una función claramente atribuida a la rama judicial del poder público, para pasar hoy a encontrarse diseminada en las otras ramas del poder (la legislativa y la ejecutiva). Pero es también muy evidente que se trata de una tarea que ha dejado de ser esencial y exclusivamente estatal en la medida que en la actualidad es una labor que ha pasado a estar en cabeza de las

¹⁵ Cf. UPRIMNY, Rodrigo y otros: “Más allá de la oferta y la demanda: análisis sociojurídico de la justicia colombiana a comienzos de siglo”, en *Justicia y Desarrollo* No 18, noviembre de 2001, pág. 50

¹⁶ No es muy claro el artículo 116 en determinar que órganos administran justicia en Colombia. Una cosa es que hagan parte de la Rama Judicial del poder público, pero otra muy diferente es que cumplan con la función de administrar justicia dirimiendo conflictos. En este sentido no cree el autor que la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, ni la Fiscalía General de la Nación sean instituciones que impartan justicia en Colombia. Ellas desempeñan otras labores políticas, administrativas y represivas, pero en estricto sentido no administran justicia.

comunidades (jueces de paz y justicia indígena) y que es incluso una responsabilidad en la que tienen una alta y creciente cuota de participación los particulares (árbitros y conciliadores). De esta cuestión se ocupa este escrito en las líneas que siguen.

6. JUSTICIA NO JUDICIAL

6.1 Justicia política y Justicia administrativa

Históricamente ha existido una tendencia más o menos generalizada en el sentido de asignar a los cuerpos de representación popular el ejercicio de ciertas funciones jurisdiccionales. En nuestro país ha sido tradicional que el Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes como lo dispone el art. 174 de la Constitución, tenga atribuida la función especial de servir de juez al Presidente de la República y a otros altos funcionarios del Estado por los hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de sus cargos. Pero esta realidad, aunque no es del todo deseable como lo demuestra nuestra historia reciente, tampoco es o ha sido especialmente problemática ni en Colombia ni en el derecho comparado.

Pero no sólo el legislador asume funciones jurisdiccionales, pues existe una tendencia reciente y creciente: la progresiva y problemática administrativización de la función jurisdiccional. Esto es lo que se desprende del hecho que desde hace algunos años se haya venido, a través de la ley, transfiriendo un gradual y cada vez más notable catálogo de funciones jurisdiccionales a la administración pública. Así por ejemplo, los 21 primeros artículos de la Ley 23 de 1991 están dedicados a trasladar competencias tanto a los funcionarios de policía, como a las autoridades de tránsito. De esta manera se vino a continuar una tímida dirección que se había iniciado cuando con la expedición del código laboral se le atribuyó a los inspectores del trabajo la facultad de dirimir conflictos por conciliación y que fue una tendencia que se continuó en 1989 cuando se le asignó esta misma prerrogativa a los defensores y a los comisarios de familia en el código del menor. La misma se extendió a los inspectores de tránsito en los asuntos de responsabilidad civil extracontractual en los casos en que no hubiese lesionados o muertos. Y de la

misma forma, desde 1992 se le viene confiriendo a algunas de las Superintendencias (sociedades, valores, bancaria e industria y comercio), el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

El problema de una realidad de esta naturaleza (administrativización de la justicia) es que la función jurisdiccional se erige sobre un supuesto fundamental: el principio de autonomía, que implica que cada juez es absolutamente autónomo en el cumplimiento de sus labores y que nadie, ningún otro funcionario de la rama judicial, por alta que sea su investidura, puede interferir en el contenido o sentido de sus decisiones. Por esto en la rama judicial no es dable hablar de superioridad jerárquica, sino de una superioridad funcional que le permite al funcionario de segunda instancia revocar o no, pero en términos de autonomía también, el fallo de primera instancia. Una garantía procesal de esta naturaleza no existe en la administración pública, regida claramente por el principio jerárquico a partir del cual serían dables todo tipo de presiones e injerencias desde el superior hacia el subalterno. ¿Qué garantiza entonces la autonomía judicial en una estructurada jerarquizada? La respuesta no es clara, pero el debate resulta tan oportuno como necesario.

6.2 Justicia al margen del Estado

La tendencia a desjudicializar la administración de justicia está avanzando radicalmente y por momentos parece que se fuera a llegar incluso a la desestabilización de la actividad jurisdiccional, tal como lo demuestra una realidad que en nuestro país ha venido siendo reconocida desde hace algún tiempo. De esta manera, no es la rama judicial y en muchas ocasiones ni siquiera lo es el Estado, el que administra justicia. Así por ejemplo, desde hace unos años se viene aceptando la intervención de particulares en el proceso de administrar justicia. Este reconocimiento se hizo primero a través de la justicia arbitral, definida como “... *un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia...*”.¹⁷ Pero los particulares también intervienen en el

¹⁷ Cf. Art. 111 de la Ley 446 de 1998. La misma disposición agrega que el arbitraje puede ser en derecho (cuando la decisión se fundamenta en el derecho positivo vigente); en equidad (cuando se decide según el sentido común y la equidad); y técnico (cuando los árbitros producen el fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte, u oficio).

proceso de administración de justicia mediante los instrumentos de conciliación, entendidos estos como “... *un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismo (sic) la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador*”.¹⁸ Finalmente, los particulares pueden impartir justicia a través de la figura de la amigable composición, que ha sido definida como “... *un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural*”.¹⁹

Los anteriores tipos de justicia no sólo desestatalizan permitiendo la intervención de particulares, si no también porque los fallos que de ellos provienen pueden ser proferidos en equidad, es decir, por fuera del sistema jurídico producido por el Estado. Ahora bien, más allá de cuestiones procedimentales, hay al menos dos problemas que saltan a la vista y que están referidos con los principios de imparcialidad y de gratuidad que deben caracterizar a la administración de justicia y que no parecen quedar bien garantizados con esta forma de impartir justicia. No obstante, no se quiere entrar, porque no es el espacio para ello, en la serie de problemas y dificultades que entraña esta clase de instrumento de solución de conflictos. Baste por ahora advertir los graves riesgos que se corren con este tipo de procedimientos, especialmente ahora que cabalga con todo furor la neoliberal fiebre privatizadora de lo público, incluso de los servicios esenciales a cargo del Estado. En este contexto, ojalá estos instrumentos de solución de conflictos no se conviertan en una estrategia a través de la cual el Estado pretenda desembarazarse de una de sus funciones primordiales y no en un proceso de acercamiento de los procesos de justicia al ciudadano. Con razón se ha dicho que estos mecanismos, además de las evidentes ventajas que presentan, también “... *tienen riesgos antidemocráticos pues en ocasiones el criterio central ha sido simplemente descongestionar los tribunales, por su incapacidad para procesar todos los casos que debían conocer. Es pues una*

¹⁸ Cf. Art. 64 de la Ley 446 de 1998. Es bueno anotar que de acuerdo al art. 66 de la misma Ley “*El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo*”.

¹⁹ Cf. Art. 130 de la Ley 446 de 1998. El artículo 131 agrega que la amigable composición producirá los efectos legales relativos a la transacción.

*estrategia que funciona más en beneficio de los operadores de la justicia que en el de sus usuarios, ya que en lugar de fortalecer el sistema judicial para que tramite adecuadamente los conflictos entre los ciudadanos, todos los ciudadanos, la estrategia pareciera ser la de excluir los conflictos de los pobres del acceso a los jueces. Se crea entonces 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”.*²⁰

Pero el proceso desestatalizador de la actividad jurisdiccional se ha intensificado a partir de la Constitución de 1991, pues ya no sólo se reconoce que ella pueda ser ejercida por los particulares, sino que la Ley Fundamental admitió la posibilidad de que la justicia fuera impartida por las comunidades en la medida que tanto las autoridades de los pueblos indígenas (art. 246 de la C.P.), así como la ciudadanía a través de los jueces de paz (art. 247 de la C.P. y Ley 497 de 1999), pueden cumplir con esta labor que en principio estuvo pensada para ser ejercida por y desde el Estado.

En el primer caso, esto es las autoridades de los pueblos indígenas, las 84 comunidades aborígenes existentes en el país, cada una con un régimen jurídico particular y una metodología especial para la resolución de sus propios conflictos, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y sobre los miembros de su comunidad de conformidad con sus propias normas y procedimientos; pero siempre bajo el supuesto que los mismos no resulten contrarios ni a la Constitución ni a la ley.²¹ Es bueno advertir que a pesar del elevado número de comunidades indígenas, sus sistemas jurídicos “... *presentan una serie de características comunes. Se trata de ordenamientos únicos y dinámicos que mantienen jurisdicción sobre una reducida porción territorial. Están contruidos sobre una concepción integrada del hombre con la naturaleza y guardan un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico-religiosas. Carecen de principios y reglas*

²⁰ Cf. UPRIMNY y otros: op. cit. pág. 51

²¹ Aparte de las indígenas, en el país ha habido otro tipo de comunidades (campesinos, colonos, pequeños poblados) que han desarrollado sistemas de solución de conflictos al margen del derecho positivo establecido por el Estado. Infortunadamente se trata de experiencias efímeras, que han sido poco estudiadas y que están desapareciendo antes de serlo, arrolladas por la presión del conflicto armado.

*orientadas a la manera del derecho positivo. No tienen, en consecuencia, una estructura jerarquizada que los organice y que establezca un orden de prelación estable. Por otra parte, no cuentan con un cuerpo especializado para garantizar la obediencia de la comunidad, pues los dispositivos del poder de control se encuentran dispersos en la sociedad”.*²²

En el segundo caso, los Jueces de Paz elegidos por el voto popular de la comunidad, administran justicia de acuerdo con el concepto de equidad que enuncia la Constitución y que ha sido desarrollado por la ley 497 en su art. 2 cuando dice que: *“Las decisiones que profieran los Jueces de Paz, serán conforme a los criterios de justicia propios de la comunidad”.*²³ La adscripción a este principio, que supone el abandono de todo formalismo jurídico, será lo que mantendrá la legitimidad de esta clase de justicia entre sus destinatarios, máxime si se tiene en cuenta que el acceso a ella es voluntario y no obligatorio. En este sentido, será la concordancia entre lo que se pide del juez y la solución que este provea lo que hará que su labor se mantenga vigente en el seno de la comunidad.

Atribuirle facultades de esta naturaleza a esta clase de actores, no es otra cosa que reconocer la prevalencia del carácter pluralista de la sociedad colombiana y consecuentemente, admitir la capacidad de los movimientos comunitarios para ser gestores y administradores de su propia realidad. Ello sirve para paliar, aunque no de forma definitiva, los defectos que en materia participativa presenta nuestro ordenamiento en lo que se refiere a la administración judicial y que es un escenario que parece contradecir los mandatos esenciales de la propia Constitución, pues ella, en el art. 1º declara que este es un Estado participativo. Y este dispositivo, que se cumple con meridiana claridad respecto

²² Cf. SÁNCHEZ, Beatriz Eugenia: “El reto del multiculturalismo jurídico. La justicia de la sociedad mayor y la justicia indigna”, en *El caleidoscopio*, *Ibíd.* Pág. 72

²³ Uprimny ha dicho que: *“Esta definición de la equidad, como fuente de derecho para el Juez de Paz, es acertada, pues la ley, en un adecuado desarrollo de la norma constitucional, muestra que la equidad en este caso no hace referencia a un determinado concepto filosófico sustantivo, como podría ser el concepto rawlsiano o aristotélico de equidad y justicia, sino a una idea sociológica. Equidad es para la ley “lo justo comunitario”. Esto significa que no podría cuestionarse una decisión de un Juez de Paz porque no coincida con determinados criterios filosóficos sobre la justicia; lo importante es que refleje los valores comunitarios pues del Juez de Paz no se espera que decida conforme a su criterio personal de equidad, o que reflexione teóricamente sobre qué es lo justo, (indagación muy probablemente destinada al fracaso) sino que sea capaz de comprender los valores comunitarios y decidir conforme a ellos”.* Cf. UPRIMNY, Rodrigo: “La Ley 497 de 1999 sobre Jueces de Paz. Los retos para su puesta en marcha y algunos elementos para su interpretación”, en *Jueces de Paz, Plural*, Bogotá, s.f., págs. 29 y 30

de las ramas legislativa y ejecutiva, hasta ahora ha sido menos claro en lo tocante a la judicial, especialmente si se tiene en cuenta la exigencia de cualificados requisitos para acceder a los cargos de la rama judicial o que la participación popular, incluso la de los propios interesados en los procesos judiciales es prácticamente nula, realidad que se ha hecho más evidente desde la eliminación de los jurados en los juicios penales.²⁴ Desde esta perspectiva, actualmente el único instrumento participativo en materia de administración de justicia lo constituye la elección popular de jueces de paz, tal como lo autorizó la Constitución y lo dispuso el art. 11 de la Ley 497 de 1999.

7. CONCLUSIÓN

Parece paradójico que después de treinta años de incesantes y costosas reformas al aparato judicial (normativas, procesales, orgánicas y humanas) que buscaban fortalecerlo para que desempeñara más adecuadamente las funciones que le corresponden, de forma simultánea y sistemática se le venga exonerando de responder por una porción significativa de los asuntos que son naturalmente de su competencia, se le venga a despojar del ejercicio de la función que le es consustancial: la de administrar justicia y que le esté siendo sustraída de una manera tan evidente y sin que la academia haya abierto hasta ahora un debate serio sobre esta cuestión.

Pero esta contradicción se hace más evidente cuando se considera que de forma muy reciente se ha culminado el pleno desarrollado de la Constitución en materia de administración judicial. En este sentido, en la última década se han dado los pasos necesarios para el fortalecimiento de esta rama, al menos en cuanto a los principios de independencia y autonomía. Tenemos así que la creación del Consejo Superior de la Judicatura supuso el acceso a la independencia presupuestal, administrativa y disciplinaria y que la puesta en marcha de la Corte Constitucional y la Fiscalía General de la Nación no hacen

²⁴ La reciente reforma constitucional que introduce sustanciales modificaciones al sistema penal, reestablece la figura del jurado popular. Y es posible que en el mediano plazo todo el sistema procesal colombiano avance en este mismo sentido.

otra cosa que intensificar el principio de especialización de la actividad judicial.²⁵

Bajo los supuestos teóricos que he venido planteando (Estado como tercero neutral que monopoliza el poder para asegurar la paz), la dificultad de unas realidades jurídico-políticas como las que aquí se están describiendo resultan de tal envergadura, que ello invitaría a pensar seriamente en la racionalidad de la existencia de ese Leviatán todo poderoso, inquisitivo e impositivo en que se ha convertido el Estado contemporáneo. Pues si lo que pretende es desentenderse de las obligaciones que dieron origen a su aparición atribuyéndoselas a los individuos (comunidades y particulares), vale la pena preguntarse ¿cuál es la razón de ser del Estado? ¿Adónde van a parar las altas cargas tributarias que el Estado impone y cobra al ciudadano? Si el Estado devuelve a los individuos parte de sus potestades ¿Por qué no decrece y se limita la incontenible y creciente presión tributaria sobre la comunidad? Pero estas no son más que simples digresiones que no aspiran a otra cosa que a cuestionar la actualidad de esa insuperada creación abstracta llamada Estado y cuya construcción ha demandado los afanes de muchas de las más lúcidas inteligencias que ha conocido la humanidad.

²⁵ Entre otros elementos que nos permiten hablar del fortalecimiento de la rama judicial del poder público en Colombia, tenemos: 1. Creación del Consejo Superior de la Judicatura, lo cual supone que esta rama será independiente para el manejo de sus asuntos presupuestales, administrativos y disciplinarios. 2. Creación de la Corte Constitucional, órgano especializado y separado de la jurisdicción ordinaria que tiene la misión de ser el supremo guardián de la supremacía de la Constitución mediante las acciones de inconstitucionalidad y de tutela. 3. Creación de la Fiscalía General de la Nación, para que se encargue de investigar, perseguir y acusar los delitos. Esto permitirá a la jurisdicción penal ocuparse en exclusiva de la función de impartir justicia. 4. Implementando la carrera administrativa para el ingreso y ascenso en el escalafón judicial. 5. Estableciendo el principio de reserva de ley estatutaria (especialmente cualificada) para que el legislador regule lo referido a la rama judicial. De esta manera las políticas en esta materia dependerán de amplios consensos políticos y no de la decisión de mayorías simples, caprichosas y eventuales.