



Las fronteras judiciales en Colombia

Édgar Ardila Amaya

Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus
Vicedecanatura de Investigación y Extensión
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Sede Bogotá



Las fronteras judiciales en Colombia

Las fronteras judiciales en Colombia

Édgar Ardila Amaya



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Bogotá, D. C., 2018

Catalogación en la publicación Universidad Nacional de Colombia

Ardila Amaya, Edgar, 1959-

Las fronteras judiciales en Colombia / Édgar Ardila Amaya ; prólogo Oscar Mejía Quintana. — Primera edición. — Bogotá : Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2018.

216 páginas: ilustraciones en blanco y negro, diagramas, figuras. — (Serie de Investigaciones Jurídico-Políticas ; 20)

Incluye referencias bibliográficas e índice temático, onomástico y topónimico.

ISBN 978-958-783-448-2 (rústica). -- ISBN 978-958-783-449-9 (e-book).

— ISBN 978-958-783-450-5 (impresión bajo demanda).

1. Justicia — Colombia 2. Administración de justicia -- Colombia 3. Derechos civiles — Colombia
4. Jurisprudencia — Colombia 5. Sistema jurídico de Colombia I. Mejía Quintana, Oscar Eduardo, 1956-, prologuista II. Título III. Serie

CDD-23 353.409861 / 2018

Las fronteras judiciales en Colombia

SÉRIE DE INVESTIGACIONES JURÍDICO-POLÍTICAS

© Universidad Nacional de Colombia - Sede Bogotá
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

© Autor, 2018, Édgar Ardila Amaya

Primera edición, 2018

ISBN (papel): 978-958-783-448-2

ISBN (digital): 978-958-783-449-9

ISBN (IBD): 978-958-783-450-5

Comité de Publicaciones

Alejo Vargas Velásquez

Vicedecano de Investigación y Extensión

Bernd Marquardt

Director de la revista Pensamiento Jurídico

Carlos Medina Gallego

Director del Departamento de Ciencia Política

André-Noél Roth Deubel

Director del Instituto Unidad de Investigaciones

Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus

Jorge Enrique Carvajal

Director del Departamento de Derecho

Carolina Jiménez

Directora de la revista Ciencia Política

Este libro resultado de investigación fue evaluado por dos pares académicos con título de doctorado, externos a la Universidad Nacional de Colombia.

Preparación editorial

Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales

Gerardo Molina, Unijus

insisjpg_bog@unal.edu.co

(57+1) 3165000, exts. 29264 y 29266

Diagonal 40 A Bis n.º 15-38, Complejo Casa Gaitán

Juan Sebastián Solano

Coordinador editorial

Ángela María Herrera Castillo

Coordinadora académica

Ana Marlen Garzón Urrego y Paula Alejandra Enciso

Bautista

Coordinadoras administrativas

Melissa Ruano Chacón

Diseñadora gráfica

Juan Carlos Villamil Navarro

Maquetación

Diseño original de la Serie

Endir Roa

Corrección de estilo

Sebastián Montero

Imagen de portada

Rodrigo Ángel Aquino Calderón

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en Bogotá, D. C., Colombia.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	11
PRÓLOGO	13
<i>Oscar Mejía Quintana</i>	
INTRODUCCIÓN	23

CAPÍTULO 1. IMPOSICIÓN COLONIAL DEL SISTEMA JUDICIAL

Rasgos europeos irrepetibles.....	32
La matriz cultural del derecho europeo.....	38
El sistema judicial y el territorio estatal	45
Colonización judicial en Latinoamérica	54
La justicia en la modernización latinoamericana	61
Un sistema judicial sustancialmente diferente del europeo	69

CAPÍTULO 2. LA EXPERIENCIA JUDICIAL DE COLOMBIA

La regulación poscolonial de los conflictos	72
Una cultura jurídica mitómana	79
El no-poder judicial.....	87
Lo judicial y el amparo jurídico condicionado	93
Tener derecho o tener poder	96

CAPÍTULO 3. TERRITORIOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

¿Territorio judicial nacional?	100
Diversidad de áreas en la justicia.....	105
Orden estatal	107
Caos.....	109
Orden no estatal	112
Derecho propio y territorio.....	116
Orden amerindio	117
Regulación en el Caribe anglófono	121
Regulación afrodescendiente.....	
Poner orden desde el consenso	123
Orden y caos en el conflicto armado.....	125
Regulación guerrillera.....	126
Territorios paramilitares	133
La justicia en el posconflicto.....	135
Fronteras inestables	138
Territorios cambiantes	139
Vectores de poder y de caos.....	141
Las fronteras internas del sistema judicial	147

CAPÍTULO 4. TRANSFORMANDO EL SISTEMA JUDICIAL

La crisis y el acceso al sistema judicial.....	151
Diferentes perspectivas.....	151
El acceso al sistema judicial	156
Reorganización institucional desde el orden estatal	163
Cambios en la oferta estatal de protección de derechos	163
Retiro selectivo en la gestión de la conflictividad.....	168
Las empresas extienden su impacto en la conflictividad.....	171
Ambigüedad para la justicia comunitaria.....	176

¿Se fortalecerá el orden del Estado?	180
Impacto diferenciado en la conflictividad	181
En qué se queda el Estado: ¿reprimir o proteger?.....	183
Orden estatal de la mano con la comunidad.....	187
Sentido de los cambios en la justicia.....	192
CONCLUSIONES	195
REFERENCIAS	201
ÍNDICE TEMÁTICO	211
ÍNDICE ONOMÁSTICO	214

Agradecimientos

Esta obra no hubiera llegado hasta aquí sin el concurso de una diversidad de personas, a quienes doy mi agradecimiento especial:

Al equipo de profesores y estudiantes que convergen en la Escuela de Justicia Comunitaria de la Universidad Nacional (EJCUN), por poner las semillas y el abono de las preguntas y los análisis que se elaboran aquí. A Dana Barón Romero por la lectura cuidadosa y los aportes a algunos de los capítulos.

A docentes y discentes de la maestría en Acción Social en Contextos Globales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca y la Universidad Alice Salomon de Ciencias Aplicadas de Berlín, por el debate temprano de varios de los temas tratados aquí.

A los Sistemas Locales de Justicia (SLJ) existentes en Colombia por estar mostrando los caminos que permiten superar los mayores problemas que se plantean en esta obra. A los integrantes de esa experiencia en Bogotá y un centenar de municipios: jueces, inspectores de policía, comisarios de familia, personeros, defensores públicos y de familia, notarios, fiscales, conciliadores y líderes sociales. A los grupos humanos que los promueven, en especial a los asesores territoriales y al equipo central en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

A Boaventura de Sousa Santos, por sus luces tempranas y por sus mapas orientados hacia la Cruz del Sur, que nos guían para navegar y para soñar.

Desde luego, la responsabilidad por todo lo que se dice aquí es solo mía.

ÉDGAR ARDILA AMAYA

Prólogo

¿Hacia una cultura judicial mafiosa en Colombia?

Si nos vamos a los tipos sociológicos weberianos, no cabe duda de que el tipo dominante en Colombia es el de un híbrido tradicional-carismático. Colombia, un país donde se ha intentado introducir desde hace 50 años un proceso de modernización forzada —que ya en la década de los 30 había sido anticipada con la República Liberal y que se frustra con el asesinato de Gaitán y el periodo de la Violencia que entonces se inaugura—, no logra, pese a esta modernización desde arriba, alcanzar los mínimos de una modernidad plena (Jaramillo, 1994).

No obstante los procesos de *urbanización*, producto más del desplazamiento que de una consecuente política de ciudadanización, el país no supera la preeminencia en su cotidianidad de un tipo de legitimación tradicional-carismática donde la tradición y la figura del líder priman sobre la de un Estado de derecho neutro e imparcial (Palacios y Safford, 2002). Epifenoménicamente, ello se evidencia en nuestra historia política con los *ismos* pululantes que han caracterizado a los partidos políticos nacionales hasta el día de hoy: gaitanismo, santismo, galanismo, laureanismo, alvarismo, pastranismo, etc., etc., hasta llegar al uribismo reinante de la actualidad. Incluso, la *izquierda*, que debería ser más moderna, mantiene esas divisiones que siguen dando cuenta de mentalidades tradicional-carismáticas que se inscriben en una tradición política específica, pero se identifican en ella con la figura de un líder particular (López, 1994).

Así, la condición sociológica colombiana puede caracterizarse como una *modernización sin modernidad*, sumado a que los mínimos de la modernidad política, la tolerancia y el pluralismo, por supuesto, tampoco lograron ambientarse en un país donde primó —muy propio a su carácter rural, y si acaso semirrural— la exclusión y la intolerancia, como todavía se evidencia. Colombia es, pues, un país de mucha ubre y poca urbe, y nuestras *ciudades* son más conglomerados urbanos, caóticos y desorganizados, que ciudades concebidas a partir de planes de desarrollo urbano, una noción relativamente reciente en nuestro ordenamiento (Palacios, 1999).

De ahí que esa primacía de la tradición y el carisma sobre una legitimidad legal-racional que nunca pudo consolidarse plenamente no haga extraño que, en consecuencia, prime también un tipo de cultura política súbdita y parroquial sobre una participativa. A un tipo sociológico dominante tradicional-carismático corresponde necesariamente un tipo de cultura política súbdito-parroquial, frente a una cultura política participativa, crítica y ciudadana, que solo parece existir en pequeños sectores de Colombia. Todo ello propicia esa forma característica de nuestra relación política que es el clientelismo, y que en sus expresiones más rudimentarias no es sino una práctica mafiosa de asumir la política y la relación con los partidos y el Estado (Calvi, 2004).

Son esas relaciones de compadrazgo, en lo sustancial rurales y semi-rurales —la percepción de que el Estado es para ser usufructuado por los vivos, de que la política no persigue un ideal de bienestar general, ni siquiera de bien común, que es un concepto tradicional, que más bien es la posibilidad de lucrarse en favor propio por debajo del orden legal, y que para ello el camino adecuado es una actitud de complicidad con el poder, nunca de crítica o fiscalización—, lo que se pone de manifiesto con una cultura súbdito-parroquial como la colombiana. El caldo de cultivo de prácticas mafiosas más elaboradas está dado desde este nivel primario de la pirámide social.

Obviamente, no es una relación causal que se haya presentado de forma invariable y aparezca en todas las situaciones análogas, pero sí está generalizado el fundamento social y el punto de partida de culturas mafiosas que, al no tener por encima de ellas restricciones institucionales fuertes que impongan un marco legal claro y contundente, en últimas, a través de la violencia legítima de un Estado, terminan adoptando esta vía paraínstitucional como alternativa a su carencia (Gayraud, 2007).

Autoritarismo, democracia restringida y élites

La proclividad a lo mafioso se da por varios factores adicionales: la ausencia de una institucionalidad constrictora, una disposición económico-política excluyente y discriminatoria y la existencia de unas élites lumpescas, particularmente a nivel regional (Jaramillo, 2004). Todo lo anterior contribuyó a configurar y consolidar una cultura mafiosa en Colombia y, posteriormente, ambientó y prohijó la colonización mafiosa del Estado, a través de las denominadas *parapolítica*, *farcpolítica* y *yidispolítica* (Garay, 2008).

La ausencia de una institucionalidad constrictora tiene en nuestro contexto un subfactor sustancial: la debilidad del Estado-nación colombiano y, en especial, el mito de Estado-nación que habría permitido consolidar una identidad nacional cohesionadora (Yunis, 2003). La identidad nacional colombiana nunca correspondió a la de una *comunidad imaginada*, que por supuesto supone un proyecto de Estado-nación concertado consensualmente y legitimado democráticamente (Pécaut, 2003).

Por el contrario, lo que se dio, tanto en nuestra vida republicana previa como desde 1886, fue la imposición, por parte de los vencedores correspondientes, de determinadas visiones de sociedad, entre las cuales, finalmente, termina por imponerse la de la Regeneración con la Constitución de Núñez. Ello significó la derrota del proyecto liberal de 1863 y la imposibilidad de que la fracturada sociedad colombiana —básicamente por su geografía, que hacía inviable una unidad nacional territorial— pudiera nuclearse alrededor de un ideal de modernidad. En últimas, se erige un proyecto terrateniente de nación, aglutinado en torno a los valores propios de una sociedad tradicional: la religión, los valores católicos, el autoritarismo de la autoridad no concertada, la intolerancia a la diferencia y el rechazo al pluralismo (Palacios, 2001).

[15]

Tal fue la comunidad imaginada impuesta en Colombia desde el siglo XIX —apenas alterada pese a su intención por la República Liberal entre 1930 y 1945 al desatarse una reacción tradicional alentada por la Iglesia y el Partido Conservador— que, a través de la violencia institucional, mantiene la inercia autoritaria que más tarde convalida la dictadura de Rojas Pinilla, y que posteriormente el bipartidismo consagra a favor de una alianza de partidos para conciliar su lucha al precio de cerrar el sistema político a nuevas fuerzas sociales e ideológicas.

Por ello, no es extraño que la identidad colombiana prefiera apostarle todavía al autoritarismo (Orjuela, 2005), a pesar de haber fundado la Constitución del 91 como el proyecto democrático-social de mayor envergadura en la historia del país (López, 2008). “Los esclavos votan por las cadenas”, reza el adagio, y, en consonancia, la identidad nacional se inclina espontáneamente por la autoridad antes que por la democracia. Si bien es una autoridad desvirtuada, de favoritismo y sustracciones, de componendas y regateos turbios, de clientelas y clientelismos, pues no de otra manera sino a través de dádivas se logra mantener tal imposición: es decir, es una autoridad mafiosa (Leal, 1984).

Si esta pseudoidentidad nacional —en últimas impuesta y hegemónica, pero imperante— prefigura nuestro imaginario social hacia la tradición y

la autoridad, y a través de ello hacia el autoritarismo y las formas mafiosas de relacionamiento, la disposición económico-política que le corresponde no podría ser otra que un capitalismo dependiente y una democracia restringida (Urrego, 2004). Y en especial impera la segunda como forma de articulación política de la sociedad, excluyente y discriminatoria, que obviamente termina teniendo en el clientelismo y la corrupción sus poleas de transmisión y de amarre para lograr la lealtad de determinados sectores, que son los que le dan su base de legitimidad política (Palacios, 2003).

El fenómeno de la corrupción en Colombia es inconcebible y se ha acentuado en los últimos gobiernos. Por lo menos 4 billones de pesos se han perdido por estas conductas que, de nuevo, no son más que prácticas mafiosas al interior de y en relación con el Estado (*Revista Cambio*, 2009). Pero ya esas poleas de transmisión sobre las que se vehiculiza la corrupción son, en esencia, formas consolidadas de cultura mafiosa en el contexto político, que por supuesto ambientaban la captura y colonización del Estado por parte de la mafia en Colombia (Kalmanovitz, 2003).

[16]

De esta manera, la democracia restringida alienta las tendencias mafiosas en la medida en que, si por un lado amarra la legitimidad de determinados sectores a dádivas que incentivan el clientelismo, por el otro estimula, en los sectores no comprometidos, prácticas de rebusque y corrupción como única forma de supervivencia (Leal, 2003). En ambas direcciones se instiga a una cultura trampa que no respeta el Estado de derecho ni las reglas y procedimientos formales, tanto por parte de quienes se benefician directamente, como por quienes se ven desfavorecidos y simplemente van a pretender reemplazar a los privilegiados en las mismas prácticas. Al final, unos y otros terminan convalidando la misma cultura mafiosa (Duzán, 2008).

Pero detrás de ello hay un sujeto social pasivo sobre el que recae, indirectamente al comienzo y directamente al final, la responsabilidad de este proceso: unas élites, en especial las regionales, que nunca estuvieron a la altura de su papel histórico. Parafraseando la categoría de *lumpenburguesía* de Andre Gunder Frank (1969), se trata de un sector que, por su carácter dependiente, nunca logró consolidar un mercado y un sistema político que garantizara un mínimo de desarrollo equitativo y un régimen, por lo menos liberal, que cumpliera con el precepto formal de iguales oportunidades para todos. Por el contrario, toda la estructura económico-política se concibió para ser usufructuada casi exclusivamente por estas élites lumpescas, sin consentir la más mínima movilidad social entre las clases,

lo que posibilitó que el narcotráfico se convirtiera para muchas capas de la población en un medio de ascenso social que les permitió acceder a donde jamás les habían dejado llegar (Estrada, 2004).

Esa evidencia, aunque se quiera ocultar y no sea de buen recibo en las altas y medias esferas —porque en el entorno popular se lo conoce y se lo defiende, incluso con la complicidad de muchos sectores académicos que incentivaron su invisibilidad y que con su silencio y desconocimiento voluntario terminaron convalidando toda esta problemática— ya es inocultable en la sociedad colombiana que, además, no solo la tolera sino que la justifica y la apoya indirectamente, al aceptar sin recato ni escrúpulos la corrupción que en el ejecutivo y el legislativo se sigue presentando (Garay, 2002).

De ahí las honduras de este fenómeno en Colombia (Estrada, 2008). Tanto desde abajo, con formas tradicional-carismáticas que la propiciaban, como desde arriba, con una unas élites lumpescas que jamás lograron consolidar un proyecto nacional y una institucionalidad democrática y fuerte, la cultura mafiosa ha tenido en el país un caldo de cultivo ideal para reproducirse (Pizarro, 2004). Por eso, hasta las propias clases *altas* han caído en la tentación de lo mafioso, como bien lo ha sabido ver Francisco Cajiao (2008), un educador de primer orden.

[17]

Así mismo, existiendo una élite sin identidad (Spitaletta, 2008), sin un mito de Estado-nación fuerte —que desde siempre negó sus raíces indígenas y afrodescendientes, que incluso negaba su piel y el color de su pelo y trataba de *blanquearse* por todos los medios cuando su origen no era *puro*, siendo como somos todos mestizos hibridizados—, no es de extrañar, pues, que unas élites tan débiles culturalmente, acomplejadas de sí mismas, sucumbieran fácilmente a lo único tangible que habían aprendido a *cultivar*: el dinero fácil, los bienes suntuarios y el lujo desmedido. De ahí que cayeran fácilmente en la trampa de la cultura mafiosa que ellas mismas habían propiciado con su usufructo y discriminación descomedidos (Gutiérrez, 1980).

La presencia de lo mafioso, no solo en la realidad sino en el imaginario colombiano, es de una contundencia inocultable. Sus prácticas cotidianas, sus referentes simbólicos, su imaginario social, su identidad nacional gravitan y se definen desde la cultura mafiosa y el culto a lo mafioso que las grandes mayorías ya reivindican sin remordimientos. Basta oír a las audiencias, en su lenguaje de intolerancia y discriminación, defendiendo la exclusión de las minorías que no se atienden a sus parámetros de vida,

alentando una violencia ciega contra aquellas mientras a sí mismas se autopronostican, a la luz de los ejemplos carismáticos, portadoras de la verdad de la *patria*, verdad mafiosa, por supuesto, del *todo vale* por encima de cualquiera y de la misma institucionalidad (Bonilla, 2009).

La justicia mafiosa

La intuición que guía este prólogo al notable libro del profesor Édgar Ardila, docente de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, una de las eminencias no solo morales sino reales de su generación —que ojalá tenga en él el decano que tanto requiere y necesita una facultad en este momento a la deriva—, es que la justicia, que en su momento creímos fuera de la pirámide mafiosa, también se corrompió.

El ‘Cartel de la Toga’ que está siendo procesado, tanto por los tribunales como por la opinión pública, ha puesto en evidencia que no era la excepción sino parte de la regla, y que la cultura mafiosa dominante en Colombia se ha extendido hasta el imperio de la justicia. El Estado de derecho que se creía defendido pulcramente por la administración de justicia quedó sometido a una colonización mafiosa del aparato de justicia en sus más altas cortes.

Las decisiones en derecho, que gracias a las teorías críticas hacía mucho habíamos aprendido a sospechar como políticas e ideológicas, ahora también podemos temer como corruptas. El impacto del conflicto y las tensiones de una sociedad en proceso de modernización, más que de modernidad, lentamente empujó al poder judicial, que en todo caso es la expresión superestructural de unas clases medias en ascenso por contener los excesos de las élites económicas y políticas, a contaminarse del cieno de una cultura mafiosa y caer en el modelo caníbal de competencia salvaje que se apoderó del mundo y de la vida en Colombia.

El fenómeno ya se veía venir en una cultura jurídica mitómana —el profesor Ardila lo recoge magistralmente— que se deslizó lenta pero inexorablemente, más que al no poder, al ejercicio abusivo del poder. Replicando las prácticas mafiosas de sus ramas hermanas, legislativa y ejecutiva, se resbaló al abismo y sin ideal moral regulativo terminó en las arenas movedizas de un poder mafioso que se la engulló.

La responsabilidad de las facultades de Derecho es directa. Su afán de formación técnico-jurídica, de reducir todo el proceso de enseñanza-aprendizaje a ser *abogados capaces*, hizo que se olvidaran de formar *personas*

íntegras. El resultado está ahí. Los cantos de sirena del poder político y económico sedujeron a una generación de abogados que no supieron interpretar su momento histórico y social, y cayeron postrados ante su propia y pobre ambición que no solo los llevó a la ruina, afortunadamente, sino que signó con su ejemplo a toda una cohorte de profesionales de la disciplina.

El filósofo francés Paul Ricoeur ha planteado que el trágico dilema del derecho contemporáneo es: o se inclina hacia lo justo o se inclina hacia lo bueno. En su teoría del derecho, *Facticidad y validez*, Habermas (1998) replica el dilema en la decisión judicial hablando de decisiones justas para todos o decisiones buenas para algunos, la tragedia del juez. Obviamente, lo bueno puede ser lo bueno caníbal, es decir, la reivindicación de usos, costumbres y pautas de comportamiento (in)éticas frente a una concepción de (in)justicia abstracta, etnocéntrica y excesivamente universal, funcional a la globalización neoliberal. El derecho se la juega entre esos dos extremos.

La pregunta que atraviesa este texto, y va más allá de él, es esa: ¿hacia dónde se inclinó la justicia en Colombia? Y si más allá de ese dilema puede haber otro camino, quizás siguiendo el consejo de San Juan de la Cruz: “Para llegar al punto que no conoces, debes tomar el camino que no conoces”.

[19]

El profesor Ardila es más optimista que el suscrito, sin dejar de ser crítico, sobre el futuro de la justicia. Tal vez donde nos encontramos es en la convicción, retomando a Herbert Hart (1998), tanto desde el punto de vista interno como del externo del participante y observador del sistema jurídico, de que el imperio de la justicia hoy más que nunca tiene que estar fiscalizado por la sociedad, que la decisión judicial se acata pero se interroga, y que el derecho está sometido al imperio de la deliberación pública.

OSCAR MEJÍA QUINTANA*

* Profesor titular del Departamento de Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Filósofo de la misma universidad, magíster en Filosofía Moral y doctor en Filosofía Política (Pacific Western University). Adelantó su segundo doctorado en Filosofía del Derecho, también en la Universidad Nacional de Colombia, bajo la dirección del profesor Guillermo Hoyos. Correo electrónico: omejiaq@unal.edu.co

Referencias

- Bonilla, M. E. (5 de octubre de 2009). Alma mafiosa. *El Espectador*.
- Cajiao, F. (9 de diciembre de 2008). La traquetización de los ricos. *El Tiempo*.
- Calvi, F. (2004). *El misterio de la mafia*. Barcelona: Gedisa.
- Duzán, M. J. (10 de noviembre de 2008). Las lecciones de Obama. *Semana*.
- Estrada, J. (2004). *Construcción del modelo neoliberal en Colombia 1970-2004* (pp. 141-202). Bogotá: Aurora.
- Estrada, J. (2008). Capitalismo criminal: tendencias de acumulación y estructuración del régimen político. En J. Estrada (coord.), *Capitalismo criminal* (pp. 63-78). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Frank, A. G. (1969). *Lumpenburguesia. Lumpendesarrollo*. Santiago de Chile: AGF.
- Garay, L. J. (2002). Construcción de lo público y ciudadanía. En Garay (coord.), *Repensar a Colombia. Hacia un nuevo contrato social* (pp. 67-130). Bogotá: PNUD.
- Garay, L. J. (31 de marzo de 2008). A los colombianos se nos corrió la frontera moral. *Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/a-colombianos-corrio-frontera-moral/91837-3>
- Gayraud, J. F. (2007). *El G-9 de las mafias organizadas*. Madrid: Tendencias.
- Gutiérrez, R. (1980). La cultura de viñeta. En J. G. Cobo Borda *et al.* (eds.) *Manual de historia de Colombia*, tomo III (pp. 447-452). Bogotá: Colcultura.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Jaramillo, R. (2004). *Problemática actual de la democracia*. Bogotá: Ibáñez.
- Jaramillo, R. (1994). *Colombia: la modernidad postergada*. Bogotá: Temis.
- Kalmanovitz, S. (2003). *Economía y nación*. Bogotá: Norma.
- Leal, F. (2003). El sistema político del clientelismo. En I. Orozco, F. Leal y M. Aguilera, *Democracia y sistema político* (pp. 63-140). Bogotá: Iepri.
- Leal, F. (1984). *Estado y política en Colombia*. México: Siglo XXI.
- López, A. (2008). *El Cartel de los sapos*. Bogotá: Planeta.
- López, F. (1994). *Izquierdas y cultura política*. Bogotá: Cinep.
- Orjuela, L. J. (2005). *La sociedad colombiana en los años noventa*. Bogotá: Uniandes-Ceso.
- Palacios, M. (1999). *Parábola del liberalismo*. Bogotá: Norma.
- Palacios, M. (2001). *De populistas, mandarines y violencias*. Bogotá: Planeta.
- Palacios, M. (2003). *Entre la legitimidad y la violencia*. Bogotá: Norma.
- Palacios, M. y Safford, F. (2002). *Historia de Colombia. País fragmentado, sociedad dividida*. Bogotá: Norma.

- Pécaut, D. (2003). *Violencia política en Colombia*. Medellín: Hombre Nuevo.
- Pizarro, E. (2004). *Una democracia asediada*. Bogotá: Norma.
- Revista Cambio* (9 de diciembre de 2009). 4 billones pierde el país cada año por corrupción. Recuperado de <http://colombiapoliticayeconomicablogspot.com.co/2009/12/4-billones-pierde-el-pais-cada-ano-por.html>
- Spitaletta, R. (23 de septiembre de 2008). Una (In)cultura mafiosa. *El Espectador*.
- Urrego, M. Á. (2004). *La crisis del Estado nacional en Colombia*. Morelia: Universidad Michoacana de Hidalgo.
- Yunis, E. (2003). *Por qué somos así*. Bogotá: Temis.

Introducción

En la práctica, los alcances que tienen los jueces para amparar los derechos y gestionar la conflictividad en Colombia son muy limitados. El sistema de administración de justicia pareciera carecer de medios para penetrar y atender los problemas jurídicos que se presentan en los más diversos contextos. Vastos sectores de la sociedad, en casi todos los casos, miran a los operadores de justicia como actores ajenos a sus propias vidas y rara vez capaces de atender sus necesidades. Ello trae varias consecuencias que debilitan los fundamentos de nuestro sistema jurídico-político e impiden nuestra consolidación como sociedad democrática.

Pese a que, durante la segunda mitad del siglo pasado, hubo una etapa en la que la cúpula de la Rama Judicial logró ganar niveles importantes de independencia frente a los poderes predominantes en el país, la mayor parte de los colombianos no creen que sea positivo que sus intereses sean puestos en manos de un juez, porque suponen que por alguna vía las actuaciones y las decisiones van a terminar favoreciendo al más poderoso. Sobre todo por esta causa, las judiciales han permanecido por décadas en los últimos puestos de legitimidad entre las instituciones de Colombia, y no tanto por las dinámicas de corrupción que han enredado a las altas cortes durante el último lustro.

En esta obra, intentamos entender las razones por las cuales las instituciones que en la teoría se han establecido para garantizar la vigencia del orden jurídico y, desde allí, proteger los intereses legítimos de quienes alegan que se les menoscaban, 1) en la práctica, se ausentan del más amplio conjunto de los problemas que reclaman su intervención, (2) en los asuntos que logran intervenir, pocas veces llegan a resultados satisfactorios para la comunidad, 3) el conjunto de instituciones que lidera la Rama Judicial es estructuralmente débil internamente y también contextualmente en el conjunto institucional y ante la comunidad, con lo cual 4) es deficitario tanto en capacidad para intervenir y lograr resultados en su intervención como en el reconocimiento y el respaldo que necesita. Todo lo cual conduce a que los territorios de la sociedad en los que actúan los jueces sean bastante menores de los que se definen en la Constitución y en las leyes procesales.

Con ese propósito, avocaremos sucesivamente cuatro interrogantes que pueden ofrecer elementos de explicación sobre las estructuras y las instituciones judiciales, así como sobre las dinámicas de regulación y gestión de su conflictividad en nuestro país: ¿cuáles son las condiciones del contexto que producen una particular forma de administrar justicia? ¿Cuál es la diferencia en cuanto a la relación que hay entre el sistema judicial y su entorno en contextos diversos, como las realidades europeas y las de la región latinoamericana? ¿El sistema judicial coexiste con otros sistemas de administración de justicia y de regulación de conflictos? ¿En qué medida puede hablarse de crisis y cuál es la potencialidad que tienen las estrategias que se desarrollan frente a ella?

Al hablar de las fronteras judiciales, intentamos enmarcar conceptualmente y describir a grandes rasgos la territorialidad del sistema de administración de justicia, que, aunque está compuesto por una gama relativamente diversa de instancias estatales, privadas y comunitarias, formalmente está liderado por la Rama Judicial. La capacidad efectiva de gestionar conflictos y amparar derechos por parte de ese conjunto de instancias correspondería con los territorios estatales realmente existentes.

[24]

El punto de partida para precisar las líneas fronterizas es el reconocimiento que hacemos de que solo una parte menor de la conflictividad definida jurídicamente cuenta con posibilidades reales de ser atendida eficazmente por el sistema de administración de justicia. Por fuera de esas líneas, hay verdaderos territorios donde este no impera, que están alejados de su frontera y en los cuales los conflictos se tramitan y se deciden por actores que no pueden catalogarse como funcionarios del Estado y que no se ajustan a sus leyes. En algunos de ellos, entre la represión (como la que predominantemente movilizan los actores armados ilegales, por ejemplo) y el consenso (en el que generalmente se soportan las actuaciones de las comunidades ancestrales), se encuentran variedad de dinámicas de orden organizado desde fuera de las estructuras estatales. Pero también se presentan amplias zonas en las que impera el desorden y la violencia multivectorial, porque no hay un poder que imponga su orden, ni hay claridad en las reglas ni autoridades reconocibles establemente.

¿Cómo explicar esta realidad? Para ese propósito se toman en consideración dos pilares de análisis. Por un lado, con perspectiva cultural, se abordan la distancia y la incongruencia que imperan entre nuestra normatividad jurídica, las figuras legales, las instituciones y los derechos establecidos en las leyes, las prácticas y las normas sociales con las que la

gente de Colombia orienta su vida y su relación con el derecho y con las autoridades. Por el otro, desde una mirada política, se consideran los alcances reales del aparato judicial para direccionar a través de la capacidad de imponerse a las partes en un caso específico. Para ello, será necesario tomar en cuenta la capacidad que tienen los operadores para llevar asuntos sometidos a su intervención hasta las decisiones y para hacerlas efectivas.

Desde el vértice cultural, sustentaremos que hay grandes diferencias entre la manera como se produce y se desarrolla la experiencia jurídica particular de Colombia, como caso de América Latina, y la del sistema judicial en Europa. Para entender estas diferencias, nos proponemos ver cómo la institucionalidad que ostenta el Viejo Continente, no sin grandes conflictos, se fue tejiendo, desde sus propios hilos culturales, hasta consolidarse de manera acorde con dinámicas crecientes de integración social y económica y de democratización en la sociedad. Mientras que, en nuestro caso, la urdimbre se trenza con fibras que no logran lo mismo en sociedades caracterizadas por la exclusión, la discriminación y el manejo autoritario del poder político.

Argumentaremos que en América Latina el derecho y los jueces, durante y después del dominio ibérico, han servido como engranaje para las dinámicas de inequidad, de exclusión y de discriminación que predominan en las estructuras sociales, en un contexto de desobediencia generalizada a la ley y de subordinación de las lógicas estatales a dinámicas de poder extraestatal, de modo que el campo jurídico ha sido históricamente un apéndice de otras estructuras de poder. Así, la Rama Judicial del poder público, aunque con un paréntesis excepcional en la última fracción del siglo XX, ha carecido de la independencia necesaria para actuar como medio para democratizar la sociedad.

La debilidad y la ilegitimidad de las instituciones judiciales frente a otros poderes dentro y fuera del Estado participan en la configuración compleja de nuestros mapas de regulación. Hay áreas extensas de nuestro territorio en las que el orden social se vertebría mediante la normatividad cultural y se regula a través de instancias comunitarias de justicia, pero también existen áreas donde son poderes opresivos los que se imponen a través de diferentes mecanismos de coacción, incluso el armado. Una buena parte del territorio nacional, que incluye amplias franjas de las grandes ciudades, está constituido por zonas en las que no se puede reconocer un orden. Allí, por el contrario, todos los conflictos tienden a la escalada y lo que se impone es la ley del más fuerte. Sustentaremos que sobre ese contexto se

[25]

explican los niveles dramáticos de violencia de un país que tiene una de las peores posiciones en el continente más violento del mundo.

Así, vamos a analizar hasta qué punto el sistema judicial domina y ordena el panorama de administración de justicia en nuestro país frente a lo que predominaría en las sociedades centrales. Veremos cómo, al ser diferenciados los contextos culturales, sociales y políticos, los alcances reales del sistema judicial también cambian. Aunque teórica y formalmente el sistema judicial rige en todo el territorio nacional, como ocurre en otros casos de América Latina, ese predominio es puramente formal en buena parte del territorio nacional.

Mostraremos que en el caso europeo el judicial es un proyecto que logró prosperar en la medida en que el contexto político y socioeconómico fue de inclusión y generalización del llamado contrato social, en países con cierta homogeneidad en su cultura jurídica. Gracias a la existencia de una matriz cultural común, las instituciones de administración de justicia, más o menos similares, de las que estos países se han venido dotando tienden a ser vistas como eficaces y legítimas para garantizar derechos y gestionar democráticamente los conflictos, por dos grandes razones: 1) las instancias y figuras del sistema judicial han emergido o se han desarrollado con un mayor nivel de pertinencia cultural, política y social que en otras regiones del globo, y 2) la adopción de tales figuras ha estado ligada a dinámicas más o menos profundas de expansión de la ciudadanía y de desarrollo democrático.

Otra es la realidad jurídica de nuestra región. Económica, política y culturalmente dependientes, las clases dirigentes latinoamericanas no han logrado que el órgano judicial direccione la regulación de los conflictos en sus territorios. Con una ciudadanía limitada a ciertos derechos, el orden estatal se funda en estructuras discriminatorias y excluyentes que proyectan las instituciones estatales de administración de justicia como herramientas que controlan las clases dominantes y que son reproductoras de la desigualdad. Gracias a una generalizada ideología de incumplimiento de la ley, son finalmente los más poderosos quienes tienden a sacar adelante sus intereses gracias a su capacidad de imponerse a través de las estructuras de poder que usufructúan.

Frente a este panorama, es necesario visualizar que, en nuestros contextos, el sistema judicial carece de la capacidad ordenadora de la conflictividad que se postula desde las normas legales. No han bastado dos siglos de historia republicana para que contemos con una institucionalidad

que se reconozca con nuestra realidad social y actúe eficazmente en ella. Tenemos unas necesidades de gestión de la conflictividad que posiblemente no se abarcan en el derecho occidentalizado. El sistema jurídico y las instituciones judiciales tienen limitaciones estructurales para atender la conflictividad y alcanzar el amparo de los derechos que se postula en el ordenamiento legal. Las instancias y los procedimientos judiciales no logran ofrecer soluciones aceptables para la mayoría de quienes las requieren.

En esta obra, sustentamos la hipótesis de que el sistema judicial, en un país de la periferia occidental, como Colombia, tiene una legitimidad muy baja y una capacidad muy reducida para regular las controversias. A lo largo y ancho del territorio nacional, existen amplias áreas en las que los conflictos son intervenidos y las relaciones sociales reguladas por instancias que no hacen parte del Estado, las cuales, en muchos casos, se imponen a sangre y fuego, dejando tras de sí un incremento de las desigualdades previamente existentes. Si bien la intervención de tales actores puede ser opresiva y muchas veces agresiva, no es necesariamente rechazada.

El correlato es que los colombianos comunes no conciben en general a los órganos de administración de justicia como instituciones que sirvan para el amparo de sus derechos y la gestión de sus controversias. Existe, por el contrario, la percepción extendida de que se trata de instancias cuya intervención conduce prioritariamente a favorecer a los más poderosos y a desfavorecer a los débiles, como se observa en los sondeos de percepción ciudadana. Desde hace varias décadas, se viene reduciendo la calificación favorable que recibe todo ese conjunto de entidades en todos los sectores de la sociedad. La imagen de los jueces que registran las encuestas muestra que no tienen un impacto real en la protección de los derechos y, cuando su intervención se da, es marginal y altamente ineficiente para dirimir los conflictos de la mayoría. El colombiano medio no percibe que puede contar con el amparo del Estado ni con el sistema de administración de justicia.

En cada conflicto, el común de las personas percibe que el juez favorecerá al poderoso frente al débil. Y esa mirada necesariamente se proyecta a todo el campo jurídico, porque en cada conflicto estará presente esa advertencia, independientemente del mecanismo que se utilice para gestionarlo. Ese telón de fondo debe estar presente en el análisis de las prácticas mediante las cuales se da la gestión del conjunto de las controversias en las que puede predicarse el orden estatal. La negociación directa, por ejemplo, suele ser vista con indiferencia y hasta con optimismo sobre su impacto neutral en la gestión de los conflictos. Académicos y agentes de políticas públicas

de administración de justicia registran positivamente que en Colombia las personas en la mayoría de los casos deciden sus controversias tras la negociación con su contraparte. Pero este dato hace parte del mismo panorama. Sin mecanismos efectivos de acceso igualitario a la justicia y ante la carencia de órganos suficientemente garantes de los derechos, la negociación puede ser simplemente un juego en el que una de las partes se impone a la otra en una cancha inclinada en su favor.

No debe perderse de vista que se negocia en una de las sociedades más desiguales y más violentas del mundo, sin posibilidades reales de buscar la intervención de un operador judicial en condiciones de garantizar efectivamente los derechos. Si las instituciones de justicia tienden a proyectar y magnificar los desequilibrios y la discriminación, no puede tranquilizar el hecho de que dos tercios de los conflictos sean tramitados directamente entre las partes. Precisamente, las partes débiles pueden llegar a preferir someterse a la más poderosa a través de una *negociación*, a fin de evitar consecuencias mayormente gravosas a través de procedimientos como el judicial.

[28]

Probablemente, los desequilibrios estructurales en el campo jurídico están en la base donde maduran muchos de los factores de violencia que recurrentemente se hacen visibles en nuestro territorio, y que se emparejan con el desorden social y llaman a la intervención de actores violentos, algo que ha tendido a generalizarse en amplias zonas del territorio nacional y en largos períodos de nuestra historia. Nuestra problemática en la administración de justicia incrementa la inseguridad y es un factor estructurante de la violencia y un determinante de los procesos de guerra que han afectado al país.

Es dentro de ese marco que abordamos la problemática manida que se suele denominar crisis en la administración de justicia. Por regla general, las descripciones y los análisis sobre ella se ocupan principalmente del propio aparato de justicia. Usualmente, desconocen el peso que tiene nuestra cultura jurídica en las prácticas de conflicto que conducen la intervención institucional y el papel de los operadores jurídicos en la gestión de estas. Regularmente, se desconoce el lugar que tienen los jueces en las dinámicas de poder y su relación con los demás juristas.

Mediante este ejercicio, tratamos de acercarnos al entendimiento de lo que significa la crisis desde fuera del conjunto de instancias estatales encargadas de la administración de justicia. Con una mirada externa, describimos hacia dónde se dirigen las políticas y cuáles son sus impactos esperables. Nuestro argumento apunta a que la ineficacia, la ineficiencia y la ilegitimidad judicial, que son los elementos a los que apuntan la mayoría de las políticas de administración de justicia, no hacen parte de la pro-

blemática principal. No se mira con detenimiento ni se hace un esfuerzo consistente hacia fuera de las fronteras judiciales. Por ello, a lo máximo que se puede aspirar es a resultados parciales.

La coyuntura actual nos pone frente a unas preguntas específicas. Este escenario cobra mucha visibilidad, dado el proceso que puso fin al conflicto armado con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc) y que ahora intenta lo propio con el Ejército de Liberación Nacional (ELN). En los escenarios que se abren, se exige la construcción de condiciones que permitan un tránsito institucional en la cuarta parte de los municipios del territorio nacional impactados por la guerra y sometidos a sus particulares procedimientos para la regulación de los conflictos, que no son iguales entre sí y que exigen tratamiento diferenciado.

Hay zonas donde las instancias comunitarias propias vienen actuando muchas veces en resistencia contra todos los actores de la guerra. También hay algunas que se desempeñan en la gestión de las controversias gracias al respaldo o direccionamiento que han tenido por parte de algún actor armado ilegal. Finalmente, también hay mecanismos de control y decisión mediante los cuales esos actores bélicos ejercen ellos mismos su poder puro y duro en un territorio demarcado y sostenido a través del uso directo de la violencia.

[29]

En tales circunstancias, demostraríamos que, por varias razones, no es aceptable, ni por asomo, pretender implantar, como institucionalidad de la paz y la democracia, el conjunto de instancias del sistema nacional de administración de justicia tal como se encuentra en este momento, como si fuera un ejercicio de reforestación masiva. Por un lado, porque es poco probable que encuentre terreno fértil para prosperar, y porque, de funcionar, la oferta estatal —distanciada— que se hace desde el Estado, debido a sus tiempos, procedimientos incomprensibles, inaccesibilidad y fundamento normativo alejado de los valores y los modos de ser de la comunidad, puede ser estimada como de baja calidad y eficacia, en comparación con las instancias que actualmente intervienen la conflictividad en esas zonas. No resulta atractivo para muchos pobladores de esas zonas que la paz traiga aparejado un sistema de justicia en el que la gente ve menoscabado su nivel de vida, los estándares de convivencia y la claridad en las reglas. Para muchos, puede que se pierda capacidad de tramitar las controversias porque las instituciones judiciales o sus sucedáneos puede que no logren llegar a remplazar aceptablemente las instancias que están instaladas en esos territorios.

Las respuestas a los problemas del proceso de paz con las principales guerrillas no agota el objeto de este esfuerzo. Se hace necesario avizorar

también las soluciones de la problemática general para el conjunto de la población en un país donde la justicia se administra con exclusión, con discriminación y en condiciones proclives a la escalada de la violencia. Los problemas que abordaremos no solo nos pondrán de cara a las zonas que se encuentran en medio de la guerra o que la están dejando atrás, sino también ante todas aquellas zonas en las que se requieren transformaciones para las necesidades de justicia.

En el primer capítulo, trataremos de entender las diferencias que hay en el sistema judicial en realidades contextualmente diferenciadas. Analizaremos allí de qué manera el sistema judicial tiene capacidad para ofrecer ciudadanía cuando ha sido impuesto desde estructuras de desigualdad por quienes se benefician de ellas en sociedades coloniales y poscoloniales.

En el segundo capítulo, trabajaremos específicamente sobre la experiencia judicial de Colombia, dando cuenta de dos variables que la determinan profundamente: un contexto cultural de validación de la desobediencia y la violación de las normas, junto con la vulnerabilidad estructural de los operadores judiciales ante los poderes fácticos.

[30]

En el tercer capítulo, nos ocupamos de una propuesta conceptual que nos permite analizar, entre otros contextos latinoamericanos, la realidad colombiana de administración de justicia. Sostendremos que, además de las áreas donde hay control estatal y el sistema judicial lidera la gestión de la conflictividad, existen zonas de nuestro país en las que la administración de justicia es determinada por un orden que no es producido por el Estado, y otras zonas en donde no existe un orden territorial consolidado estructurante. De modo que la regulación de la conflictividad en amplias zonas es posiblemente caótica porque se limita a la regulación que pueden dar dinámicas diversas, como las de actores privados o, incluso, violentos y antidemocráticos.

En el cuarto capítulo, procuramos entender las políticas que están tratando de reorganizar la administración de justicia en Colombia como respuesta a las necesidades estructurales que se plantean desde la llamada crisis. Aquí sostenemos que lo que se está produciendo es un replanteamiento del papel del Estado en la administración de justicia, dando espacio principalmente a actores privados, ahora coordinados por el Estado, con el predominio de intereses que privilegian las necesidades de expansión capitalista, con lo cual los intereses de los sectores no incluidos carecen de unas propuestas viables de satisfacción.

Capítulo 1. Imposición colonial del sistema judicial

En Colombia, tenemos instituciones de justicia bastante parecidas, en sus nombres y en sus reglas, a la que pueden encontrarse en cualquier país europeo o norteamericano. Sin embargo, las nuestras son mucho más precarias frente a la realidad social que atienden. En este capítulo, buscamos identificar, en sus orígenes históricos y en los contextos donde operan, elementos de caracterización y diferenciación de la institucionalidad establecida en el caso de nuestro país para la administración de justicia.

Es evidente que pueden caracterizarse de un modo los sistemas judiciales de los países que están en el centro del poder económico y político del mundo, de Europa y otras latitudes, y de manera distinta los países periféricos o semiperiféricos, situados en territorios que fueron colonia de metrópolis latino-europeas. Como un primer acercamiento a la problemática, buscamos entender las diferencias en el proceso mediante el cual se constituyó el sistema judicial y la manera en la que se fue estableciendo como mecanismo privilegiado de gestión de conflictos en Europa, a diferencia de contextos culturales y sociales como el nuestro. Buscamos identificar los grandes rasgos que permiten discernir unos contextos de los otros y que determinan, desde su origen y desde sus bases, que en los unos la capacidad regulatoria de la conflictividad sea en grandes proporciones superior a la que se encuentra en los otros.

Abordamos este análisis considerando que hay tres elementos que deben ser objeto de estudio para entender las diferencias:

- El sistema judicial moderno se produce a partir de las propias dinámicas del contexto cultural europeo, desde el cual se pueden explicar la mayor parte de sus conceptos y su arquitectura institucional. Mientras que, en nuestra región, se impuso como un régimen implantado por el conquistador, sin basamentos culturales o tradiciones que lo soportaran.
- El sistema judicial participa de un conjunto institucional establecido para sustentar relaciones entre distintas regiones del planeta que no han sido superadas. De modo que la interacción desfavorable de nuestra región con la metrópoli y la normatividad con la que se regula han

de generar diferencias en un sistema dirigido teóricamente a garantizar derechos por igual a todos.

- Mientras que, en Europa, el sistema judicial se soportó en y a la vez sustentó una tendencia general a la inclusión en el contrato social que fue predominante aun en la segunda mitad del siglo XX, a nuestro continente llegó vehiculizando el interés del conquistador y no ha logrado dejar de promover la desigualdad y la discriminación.

Hoy, cinco siglos después de la llegada de los europeos y dos después de la independencia formal, seguimos siendo la región con mayores desigualdades socioeconómicas y una con los mayores niveles de exclusión y discriminación étnica y racial. En esta realidad apabullante, debe haber pistas para explicar el papel de nuestro sistema judicial. Para buscar una explicación a esa problemática, este capítulo tiene cinco secciones. En la primera, nos aproximamos a las vertientes de la cultura europea, tratando de encuadrar por su origen conceptos que son centrales en el derecho occidental pero que en otras culturas jurídicas no lo son o sencillamente no existen. En la segunda, exploramos las dinámicas de lucha y transformación que condujeron al sistema judicial como parte de la institucionalidad estatal capitalista en el Viejo Continente. En la tercera parte hacemos una propuesta conceptual para analizar los alcances territoriales del sistema judicial en nuestra realidad.

En las partes cuarta y quinta, analizamos lo que significó la administración de justicia en nuestras sociedades coloniales y su papel como garante del orden desigual impuesto desde los países imperiales. A renglón seguido, al evaluar los alcances de la regulación del sistema judicial, sustentaremos que las fronteras reales que lo enmarcan son mucho más estrechas que las que se definen en los textos jurídicos y las que se atribuyen a los Estados nacionales.

Rasgos europeos irrepetibles

El sistema judicial que predomina en la modernidad se fue configurando en el mundo europeo desde comienzos del segundo milenio de nuestra era, en un proceso más o menos homogéneo (si se compara con lo ocurrido en otras regiones del mundo) que puede caracterizarse mediante las siguientes notas que son comunes a la institucionalidad encargada de la administración de justicia en esa zona del globo: 1) un conjunto articulado mediante reglas que dan especificidad, diferencian y separan el derecho de otras estructuras normativas; 2) la administración de justicia

se subordina al derecho estatal; 3) es una función centralizada en el Estado que ha declarado el monopolio de la administración de justicia (Berman, 1996; Clavero, 1996; Hespanha, 1989, 1993, 1998, 1999; Macpherson, 1979).

Estos elementos concurren en las diferentes zonas de Europa y configuran una manera de administrar justicia que es claramente diferente de la existente en sociedades que han emergido de otros universos culturales. No pretendemos negar que se trata de un continente con una gran variedad cultural, pero es claro que cuenta con unas vertientes históricas comunes que definen lo que es como seno de colectivos humanos. Vamos a sustentar que los grandes rasgos que están presentes corresponden a una alta homogeneidad en la cultura jurídica que ha posibilitado que el sistema judicial sea bastante similar de un país a otro.

La diversidad cultural de Europa puede advertirse en su enorme variedad de lenguas, no solo porque la mayoría de estas cuentan con muchos dialectos, sino porque incluso en cada país pueden coexistir varios idiomas. Pero eso no excluye la homogeneidad en los basamentos culturales de los sistemas jurídicos y la administración de justicia. Estimamos la homogeneidad en lo jurídico sobre la base de considerar que el continente ha estado determinado en ese campo por tres poderosos vectores que se han introducido sucesivamente para quedarse e interactuar a lo largo de los siglos: el derecho romano, el pensamiento cristiano y el derecho germánico.

[33]

Estos vectores han actuado de manera constante y más o menos similar durante los milenarios primero y segundo, determinando una estructura normativa y una arquitectura institucional muy similares en los cuatro puntos cardinales. Aunque, debe decirse, han interactuado diferenciadamente entre sí en cada territorio y han convergido con particularidades propias de cada contexto, arrojando resultados diferentes. En la alta Edad Media, la sumatoria vectorial se concretaba en espacios locales como los feudos. A comienzos del segundo milenario, con matrices teóricas y metodológicas tomadas del derecho romano, la Iglesia de Roma toma la batuta poniendo al cristianismo en la base de un proyecto ordenador de todas las sociedades en donde estuvieran sus fieles. Sobre esas bases, van surgiendo los sistemas jurídicos estatales con la entronización, hacia mediados del segundo milenio, de lo nacional como elemento dominante de la espacialidad política.

La *juridicidad romana* es reconocida como el primer tronco común en el mundo del derecho europeo occidental, dado que empezó a establecerse de manera creciente en todo el territorio a partir del siglo III antes de nuestra

era¹. Hacia el siglo V, una parte muy importante de las relaciones de la mayoría del continente se regulaba por sus normas². Al caer el Imperio en su parte occidental, el derecho romano siguió viviendo y germinando. Por un lado, porque su elaboración siguió siendo muy prolífica en el Imperio oriental, tras el impulso inicial de Justiniano (Losano, 1993, pp. 38-63). Por otro lado, porque la impronta normativa dejada por el imperio seguiría viva en la cultura de todas las regiones que fueron su dominio, en lo que se llegaría a conocer como el derecho romano popular. Mediante este, las normas romanas siguieron rigiendo aunque todos los caminos ya no llevaran a Roma.

Además, aunque ya no estaba la potencia expansiva del imperio, una nueva fuerza que viene del Este recrea y promueve su obra jurídica. Así, en la medida en que crecían los focos comerciales que se fueron multiplicando primero en el Mediterráneo (Venecia, Nápoles, Piza, Génova, Barcelona) y luego en el Atlántico (Lisboa, Burdeos, Brujas, Londres), el derecho mercantil que hoy conocemos se construyó sobre cimientos jurídicos que emergieron en Constantinopla, capital de la parte del imperio que sobrevivió. El derecho romano también se estableció como columna vertebral del derecho canónico, desde el mismo momento en que el cristianismo fue adoptado como religión a instancias de los primeros emperadores. Sobre bases romanas se fue estableciendo la normatividad que iría a regular las relaciones del clero y de este con los fieles.

El ordenamiento clerical no rigió automáticamente sobre toda la Iglesia, sino que, por el contrario, tendría un batallar de varios siglos para alcanzar la hegemonía dentro de la cristiandad. En la baja Edad Media, el impacto del derecho romano sobre todas estas estructuras normativas cobraría un nuevo impulso por el proceso que se dio en la sociedad europea conocido como de *recepción*, mediante el cual el derecho romano se propone como estructura normativa preferente en las distintas instancias de administración de justicia medievales. Los académicos del derecho acudieron, con

-
1. Una lectura panorámica de cómo se dio el protagonismo del derecho romano, primero difuso a través de dinámicas culturales, y luego orgánico a través de la academia junto a los principales aparatos de poder político, puede encontrarse en Hespanha (2002, pp. 74-104).
 2. El maridaje con el cristianismo es rentable en las postrimerías del dominio romano, porque los grupos cristianos constituyen la red más eficaz para actuar localmente en todos los rincones del imperio y, en la nueva etapa, será claramente beneficioso para la Iglesia contar con el respaldo político esperado.

las preguntas que surgían en la época³, a la tradición jurídica romana de Oriente, viva desde la vieja Constantinopla, y la reelaboraron de manera continua en las nacientes universidades.

El segundo tronco común que subyace al universo cultural europeo es el del cristianismo. Surgido en el siglo I como movimiento puramente local en lo que hoy se conoce como Palestina, tres siglos después se había extendido por todo el imperio y más allá de él. Habiéndose convertido en una poderosa e incidente red, los emperadores romanos buscaron aliarse con ella y, en lo posible, controlarla. De modo que, siendo el movimiento cristiano inicialmente una propuesta para el pueblo hebreo, y sus desarrollos iniciales fueron originalmente de vocación localista y orientada hacia los judíos, pronto se transforma en una propuesta universalista a hombros del Imperio romano. A partir del Concilio de Nicea, controlado por el emperador Constantino, se decidieron los libros que harían parte del texto religioso básico: el Nuevo Testamento⁴.

A pesar de que a partir de ese evento se buscó la centralización de la Iglesia en el corazón del imperio, aún al terminar el primer milenio seguía habiendo una amplia autonomía en cada diócesis, heredada de su origen en pequeñas comunidades. Si bien hay un texto bíblico decretado como único a instancias del Imperio, los obispos tenían una autonomía más o menos amplia en la toma de sus decisiones, presidían sus propios tribunales y dejaban su poder y sus bienes a sus herederos sanguíneos. Incluso la participación de capellanes y párracos en la administración de justicia de los feudos estaba ligada al criterio particular de cada prelado, sobre cuyo discurso no se habían producido mayores lineamientos ni se habían establecido mecanismos de control.

[35]

-
3. Como es el caso de las escuelas de los glosadores y los comentaristas (Hespanha, 2002, pp. 111 y ss.).
 4. Llama la atención que, bajo el control del emperador romano Constantino, en el mencionado Concilio de Nicea se hiciera la selección de los textos oficiales de la Biblia. Allí se llevó a cabo una selección en la cual más de la mitad de los textos escogidos fue escrita a partir de la obra de San Pablo, quien habría sido perseguidor encarnizado de los cristianos y luego se proclamó vocero de la nueva religión, convirtiéndose en su principal promotor entre los primeros cristianos. Académicamente, no se ha resuelto la duda de si fue Pablo (antes Saulo) el que se convirtió al cristianismo o el cristianismo el que se convirtió al *pablimo*.

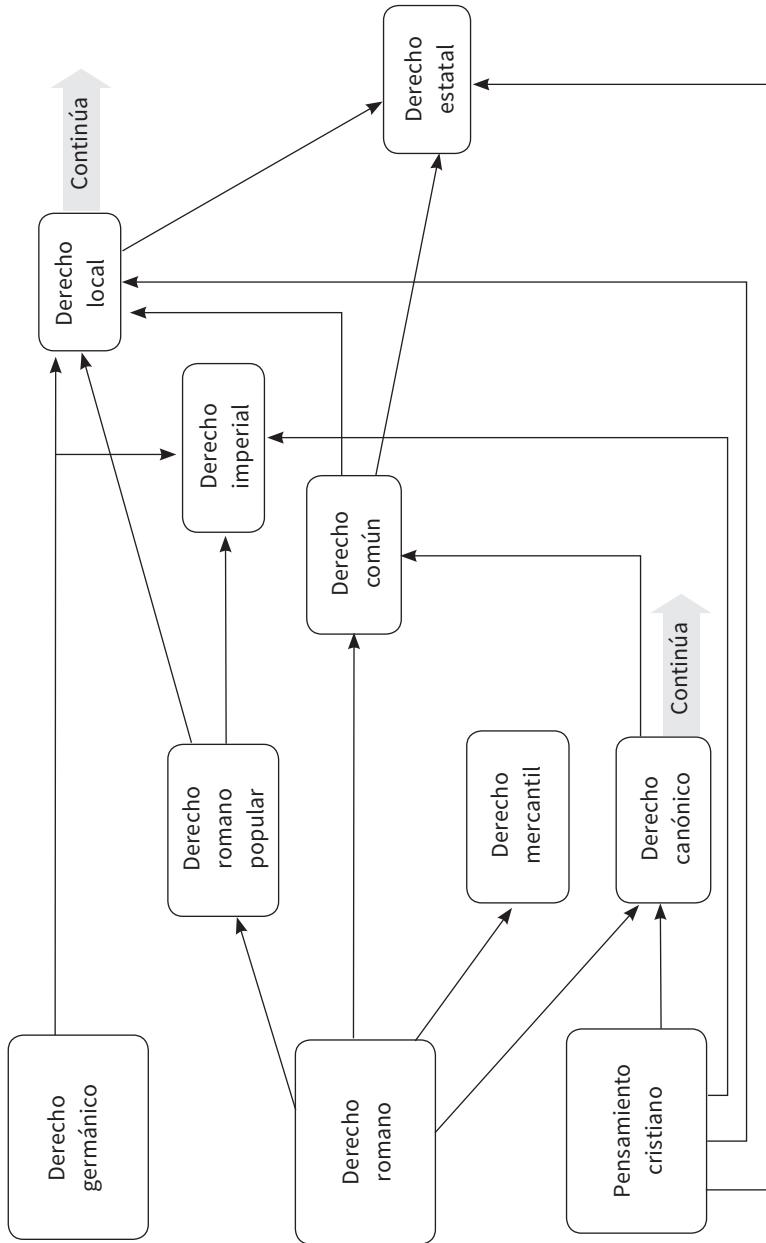
Los anhelos constantinianos tardarían en madurarse unos mil años⁵. Son las reformas gregorianas las que, con el paso de los siglos, lograrían generar las condiciones para consolidar una única organización jerárquica subordinada a Roma en todos los rincones de Europa. Tres grandes cambios se consolidan (Tamayo, 2009; Russell, 1967): 1) el celibato, que, al prohibir que los prelados tuvieran hijos legítimos (como consecuencia de lo cual el poder y los bienes que estos dejaran al morir no tendrían otro destino que la propia Iglesia), puso las bases de la burocracia clerical, porque los cargos se debían a la institución y no a la persona; 2) la supremacía de la palabra del Papa (que se puso en marcha en el siglo IX y que más adelante se convertiría en la conocida infalibilidad actual del Papa), con la cual se pudo establecer una escala de validez en las declaraciones y en las órdenes de la Iglesia; y 3) la organización jerárquica única de los tribunales eclesiásticos, con lo que la Iglesia va estabilizar y a amarrar su sistema normativo, gracias a lo cual se pasó de una justicia dependiente de cada obispo a un sistema judicial único y centralizado.

[36]

Gracias a todos estos elementos, el clero se convierte en una eficaz máquina de poder que tiene la presencia más apabullante hasta en los espacios más minúsculos de la cristiandad. Pero, también en niveles más amplios, el derecho canónico será definitivo en la estructuración de la juridicidad occidental, como columna vertebral primero de lo que se llamó Derecho Común, que serían las bases del derecho moderno en la mayor parte de los países de Europa.

La figura 1 muestra esquemáticamente cómo, sobre la base del pensamiento cristiano, empezó a configurarse el derecho estatal moderno en Europa con la confluencia recurrente de una fuerte vertiente jurídica romana y otra, más débil, germánica.

5. Para lo cual contaría con una herramienta que uno de los grandes líderes tempranos del cristianismo, Agustín de Hipona, trajo del maniqueísmo: el argumento de que en el mundo solo el cristianismo podría tener la verdad y los demás deberían atenerse a las consecuencias (Tamayo, 2009, pp. 212 y ss.). Desde entonces hasta hoy, esa ha sido una herramienta ideológica fundamental para que, quienes se dicen portadores de las ideas correctas y tienen el poder, se impongan sobre otros. Veremos cómo Occidente ha ido cambiando su discurso (evangelización, civilización, modernización, democratización, etc.) pero el objetivo ha sido el mismo: someter.



[37]

Figura 1. Genealogía del derecho estatal en Europa. (Elaboración propia con base en Berman, 1996; Losano, 1993; Clavero, 1992; Hespanha, 1989, 1993, 1999, 2002; Lalinde, 1998).

El tercer tronco común en la normatividad de los países europeos es el derecho germánico. Dado que los llamados pueblos bárbaros, a través de la conquista, lograron convertirse en la clase dominante en Europa a mediados del primer milenio, su variedad de sistemas jurídicos, agrupados principalmente en francos, suevos y góticos, se fue combinando hasta convertirse en el derecho que tuvieron los nobles para relacionarse entre sí y dominar los territorios.

Su sistema de toma de decisiones, mediante asambleas de hombres libres, se transmitió a las dinámicas políticas medievales, y sobre sus fundamentos militares y bajo un sistema de juramentos y lealtades, se organizó el poder político, intercambiando privilegios y obligaciones entre los miembros del estamento nobiliario. Siendo el feudo el territorio fundamental, allí se podría encontrar cierta estabilidad en quienes estaban en el poder. Luego, el territorio de los reinos era mucho menos estable porque estaba sujeto a constantes variaciones marcadas por cambios en alianzas, lealtades y juramentos. En varios reinos, y en el nivel más alto de esas dinámicas de alianza y obediencia, se fueron construyendo textos jurídicos dirigidos a organizar la burocracia regia, fundamentando con el paso de los siglos la organización jurídico-política de los Estados.

[38]

La matriz cultural del derecho europeo

La combinación de los derechos romano y germánico con el ideario cristiano se produjo casi por inercia pero de manera diferenciada en tres espacialidades, determinando la organización del poder y el derecho: la de la cristiandad, la del reino y la local.

En la espacialidad que hoy llamaríamos global, la dualidad de poderes entre el Papa y el emperador se fue inclinando gradualmente a favor del primero, en la medida en que lograba establecer una estructura burocrática monolítica y un sistema normativo eficiente para impactar en los otros poderes. Como veremos enseguida, su derecho, el canónico, se convirtió en el eje articulador del sistema jurídico de los Estados modernos.

En la espacialidad del reino (mucho menor territorialmente que la de los Estados nacionales), se fue construyendo de manera gradual una juridicidad que vincula a los cortesanos, cada vez más numerosos y muchas veces emplazados en lugares remotos. Esta juridicidad tiende a expresarse por escrito porque está dirigida a actores situados a distancia de quien emite las normas, actores que deberán ser controlados por el poder que los subordina.

Finalmente, la espacialidad más importante durante toda la Edad Media es la local, representada principalmente en los feudos. Allí se produce la mayor parte de la administración de justicia, generalmente de manera oral, sobre tradiciones jurídicas particulares de cada uno de los cientos de feudos que había en toda Europa.

Jugando con las tres espacialidades superpuestas, se presenta la complejidad propia de la pluralidad jurídica de la baja Edad Media. En ella interactuaban de manera complementaria, aunque muchas veces contradictoria, el hermético pero fuerte y presente poder de organización del clero, con el inmediato y tangible de los nobles. El feudo era el espacio inmediato de poder y regulación en donde se cumplía de manera cotidiana la labor jurisdiccional. El feudo era la unidad política y económica autárquica, independiente y suprema del poder en el plano local. Entre uno y otro extremos, operaban otros actores políticos que contribuyeron a consolidar lo que, basados en Berman (1996, pp. 128-129), llamaremos la tradición jurídica de Occidente.

Pero el escenario político de entonces era una constelación de poderes. Alrededor de estos gravitaba un verdadero conjunto de actores y de órdenes de regulación que se trenzaban en lucha o alianza con el poder del rey. La intervención de tantos actores hacía sumamente complejo el panorama de administración de justicia. La racionalidad del conjunto la daba, en principio, la potencia del discurso político-teológico de la Iglesia, que, como único poder global, se cuidaba como nunca de garantizar su hegemonía en la conducción del pensamiento y en la unicidad de su injerencia a través de un clero altamente centralizado.

[39]

Harold Berman sostiene que en la Edad Media existió un pluralismo jurídico en el que coexistieron y compitieron por lo menos seis clases de órdenes legales que se superponían en su vigencia: el *derecho canónico* carecía de límites precisos y generaba constantes enfrentamientos de las autoridades eclesiásticas con las seculares (Berman, 1996, p. 234); el *derecho feudal* regulaba las relaciones de servicio recíproco entre nobles y determinaba la alianza política entre señores y vasallos; el *derecho señorial* establecía las bases de las relaciones entre los señores feudales y los siervos y el campesinado en general; el *derecho mercantil* regulaba las relaciones entre los comerciantes, que ya se contaban por cientos de miles en toda Europa occidental; el *derecho urbano* regulaba las relaciones internas de las ciudades, que iban floreciendo a lo largo de la geografía continental; y el *derecho real o regio*, que se encontraba muy limitado por las dificultades

de comunicación de la época y el mínimo aparato burocrático con el que contaba el rey. No había en aquellos días nación en el sentido actual, ni una organización político-jurídica que la vertebrara. El reino no empezó siendo mucho más que un agregado de territorios locales derivados de frágiles alianzas, y el rey estaba muy lejos de ser el centro de gravedad del sistema.

Entonces, la administración de justicia de la sociedad medieval se integraba por una amplia gama de sistemas jurídicos que obraban de manera autónoma entre sí y que no pocas veces entraban en conflicto. Entre todos estos sistemas había también formas de interacción que se derivaban de la coincidencia de diferentes órdenes sobre la misma materia y el juego político de los diferentes actores, de tal modo que la espacialidad del derecho era polícroma y flexible.

La eficacia de un orden u otro dependía muy evidentemente del juego político y la dinámica social. El derecho canónico derivaba su fortaleza de una estructura jurídica que se venía construyendo con solidez y coherencia a partir de bases consolidadas desde el siglo XI, con las reformas gregorianas. El derecho secular —un concepto que hace un conjunto muy heterogéneo entre el derecho feudal, el derecho señorial, el derecho mercantil, el derecho urbano y el derecho real— carecía de los mismos niveles de sistematicidad; sistematicidad que empezó a encontrar, en alguna medida, apropiando —de manera cada vez más coherente— el acervo del derecho romano, directamente o a través del derecho canónico, mediante el desarrollo de una casta de juristas, integrándolo a las construcciones particulares que se venían alcanzando frente a cada realidad (Bobbio, 1992, p. 78; Berman, 1996, pp. 557 y ss.).

Precisamente, el siguiente paso que daría la Iglesia romana sería fundamental para la consolidación de la estructura de intelectuales que la pondría en el centro del poder hegemónico por tantos siglos en el mundo europeo y que sería fundante de lo que se conoce como derecho en la actualidad: la creación de las universidades. El estudio de lo jurídico en estas entidades académicas sería pivote para fundamentar el poderío eclesiástico, porque creó unas estructuras de pensamiento que le permitieron establecer su preeminencia (no solo) moral sobre todos los poderes existentes entonces.

La pregunta sobre la cual se construye la universidad versa acerca del derecho que Dios da a todos los seres humanos (léase, cristianos). Independientemente del derecho divino (que sería un asunto de privilegio eclesiástico), si todos los cristianos son hijos de Dios, entonces es lógico que tengan un derecho como tales. Por lo cual, todo el derecho temporal

o secular (positivo, diríamos hoy) debe estar subordinado a ese derecho común (natural, diríamos hoy) a toda la cristiandad (humanidad, diríamos hoy), que solo puede haberse producido por obra de Dios. La universidad se dedica entonces a estudiar cuál es el derecho común a todos, independientemente de cada sistema de derecho positivo.

Para el pensamiento escolástico, cuyo principal representante es Santo Tomás de Aquino, el derecho contenido en las escrituras (*Derecho Divino*) o el dictado por los reyes (*Derecho Positivo*) no eran los elementos definitivos para encontrar el *iustum est* (el derecho de lo que es justo). Ese *iustum*, ese derecho decisivo, era anterior a todo el derecho positivo, estaba escrito en un orden natural, establecido por Dios, el cual Él mismo debía obedecer. Y ese orden era desvelable mediante un uso disciplinado por la recta razón a partir de la aplicación de ciertas reglas discursivas. (Hespanha, 2002, p. 121)

El pensamiento jurídico y, por esa vía, la normatividad constitucional, civil o penal, canónica o regia, laica o clerical, se construyen rodeados de libros cristianos con un crucifijo encima y entre un “Credo” y un “Padrenuestro”. Por ello, las universidades forman intelectuales expertos en filosofía, en teología y en derecho como un solo cuerpo académico. Ellas son verdaderos centros de producción ideológica para toda Europa, desde los cuales el derecho se naturaliza en el cristianismo bajo la suprema conducción del aparato político eclesial.

[41]

Son los intelectuales cristianos los que se forman y los que forman a otros en esos centros educativos: “Al lado del clérigo, surgió el jurista o legista que, en los siglos siguientes, iría a monopolizar la administración pública y el sistema judicial en toda Europa” (Santos, 2000, p. 114). La Iglesia cuenta con un aparato ideológico que le permite penetrar todos los centros de poder, todas las dinámicas de regulación, toda la pluralidad jurídica desde el argumento del derecho común⁶. Se promulga y se impone el principio de que no puede haber derecho positivo que lo contradiga, de modo que la administración de justicia debe hacerse bajo su guía.

6. “El mismo derecho, en la misma lengua y con la misma metodología. Justo en la combinación de esos factores —la unificación de ordenamientos jurídicos, suscitando y posibilitando un discurso jurídico común, y potenciando tendencias unificadoras ya latentes en el plano legislativo y judicial— surge el derecho común, *ius commune*” (Hespanha, 2002, p. 74).

La transformación de la abogacía hacia el modo de ser que hoy tiene sería un aliado eficaz en la consolidación del derecho y la administración de justicia característicos del mundo occidental. La formación universitaria de los abogados solía dar activos adicionales a personajes que ya contaban con capitales sociales y culturales que los situaban en una situación privilegiada como actores jurídicos. Desde allí podrían irse consolidando como actores indispensables en las actuaciones de cualquiera de los operadores de justicia existentes en la época. El manejo de los discursos necesarios para sacar adelante un interés ante un tribunal comercial o militar, o ante un oficial del rey o un señor, tenía a requerir crecientemente de la destreza de los letrados.

De modo que, en los escenarios litigiosos, los debates procesales se trenzaban entre los litigantes profesionales, que eran la correa de transmisión de la producción académica de las universidades con las prácticas jurídicas y políticas, en las distintas espacialidades. Con mayor razón si se trataba de los oficiales regios o los canónicos, que tenían que dejar por escrito las decisiones, para revisión y control jerárquico.

[42]

El protagonismo de la naciente profesión de abogado fue definitiva. Aun la más escueta fórmula legal se configuraba y se articulaba con el pensamiento producido por los juristas desde las universidades y se le cargaba de interpretaciones y disposiciones que hacían crecer la jurisprudencia. Muchos de los argumentos recogidos por los jueces fueron generalizados luego, mediante los precedentes —en la tradición anglosajona— y los textos legales —en la tradición continental—.

Es por esa dinámica que se sostiene que el derecho estatal es hijo del derecho común, construido en las universidades. Se llamó *derecho común* a una construcción jurídica sin Estado que, como factor de legitimidad, se puso por encima de todos los Estados y bajo cuyo patrocinio se construyó lo fundamental de la arquitectura teórica del derecho en Occidente. Con él se cargó argumentativamente el debate procesal que sustentó la jurisprudencia, y de ella, en diálogo directo con la academia, fueron derivando también las leyes.

Es en ese entorno académico donde maduran los conceptos que constituyen el sustrato de la juridicidad occidental actual. Douglass North (2000) sugiere que “el sistema de creencias” propio de las sociedades modernas está relacionado directamente con sus fundamentos cristianos. Así, desde la normatividad individualista que regula la producción y las relaciones en la familia (p. 138) hasta el desarrollo de las libertades políticas (p. 140) o

la idea de que todo gobierno legítimo se debe fundar en el consentimiento de los gobernados (p. 141) estarían asociados a la evolución teológica.

Debe decirse también que los conceptos de sujeto de derecho y de derecho subjetivo medran sobre las raíces de la gran pregunta fundante del pensamiento cristiano. En el cristianismo, al igual que en las otras religiones abrahámicas, solo Dios es sagrado y solo los humanos pueden concebirse a imagen y semejanza de él (lo demás solo serían cosas), de modo que en Occidente evoluciona una antropología que sitúa a cada humano solo en el mundo y debe ser autosuficiente, sin vínculos con la totalidad, contrario a lo que sostienen otras creencias (Panikkar, 1999, pp. 83 y ss.).

En las universidades, esta cosmogonía se puso en marcha a partir de la idea de que el hecho de ser cristiano da a cada uno un lugar ante Dios como su hijo, por lo que es lógico que también lo tenga el súbdito ante el derecho de cada Estado. En consecuencia, para esa corriente de pensamiento, el *Derecho* no solo existiría con mayúscula como ordenamiento de la sociedad, sino también con minúscula, como potestad y atributo de los seres humanos. En esa misma vía, han de encontrarse raíces teológicas en los conceptos de los derechos humanos y de la ciudadanía, tan laicos hoy en las sociedades occidentales⁷.

[43]

Es en estas preguntas sobre los atributos que corresponden a los cristianos como hijos de Dios que se cimienta el concepto de derechos que derivan de la naturaleza humana, cuestiones formuladas en primer lugar en los recintos regidos por la Iglesia romana medieval. Esos atributos serían exigibles a cualquier gobierno con cristianos bajo su soberanía. Y allí emerge el concepto de ciudadanía, que vincula a un sujeto con un Estado al que se somete con la exigencia de que se le garantice esa condición natural de humano definida en ese ejercicio enmarcado institucionalmente en los claustros, que son al mismo tiempo monásticos y universitarios.

Sobre esa misma matriz podemos observar grandes diferencias entre las culturas jurídicas europeas y las de otras regiones del mundo. Johan Galtung (2003, pp. 121 y ss.) propone unas claves para el entendimiento de las grandes diferencias en la regulación de los conflictos entre sociedades que él llama occidentales (derivadas de las religiones judía, cristiana y musulmana) y orientales (fundadas en el hinduismo y el budismo). Si bien

7. Es una particularidad del derecho en las sociedades occidentales. En muchos sistemas, no existe la categoría de derecho subjetivo. Es más, el profesor keniano Jash Ghai sustenta ampliamente que las raíces del pensamiento y la normatividad internacionales de derechos humanos tienen una fuerte raíz cristiana (Ghai, 1999).

unas y otras serían monoteístas, lo serían desde concepciones opuestas. Mientras para las primeras Dios es un ser superior, para las segundas lo es todo.

Para las religiones orientales, Dios significa la totalidad dentro de la cual se incluye a toda la humanidad y a la naturaleza, en la cual se tiene un lugar. Para las occidentales, Dios es un ser superior que se caracteriza por tener una voluntad a la que se busca siempre ganar para los propios intereses. Con lo cual, la tarea de cada quien en relación con lo trascendente será diferente: en Oriente, cada uno trabaja por un lugar desde el cual puede ubicarse dentro de lo divino (*karma*, obras, meditación, control de sí mismo, superación, *nirvana*), mientras que, en Occidente, se trata de ganar la voluntad superior acatando las leyes dadas por Dios o mediante ofrendas (sacrificio, oración).

[44] La normatividad, en las religiones occidentales, es dada por Dios, mientras que en la teología oriental la normatividad es una forma de vivir lo trascendental, es el *dharma*, la ley cósmica (Román, 2002, p. 66; Tamayo, 2009, p. 252), al mismo tiempo religión, virtud, derecho, justicia y deber; es la forma de conexión espiritual con el mundo (Losano, 1993, p. 261). Mientras que en Occidente las normas existen para ser obedecidas, en Oriente están para ser vividas, identifican, constituyen; son las que definen al sujeto como parte de la comunidad.

Por esa vía, encontramos entonces el concepto de pecado, en las sociedades occidentales, como la violación de las leyes de Dios⁸, como una ofensa contra él que él mismo podrá castigar o perdonar. El pecado es un asunto bilateral de cada uno con Dios. Por el contrario, en las lógicas orientales, existe el concepto de *karma*, que podrá ser beneficioso o negativo. Cada persona establece en cada uno de sus actos una relación con lo trascendente, a lo cual se pertenece mediante la intención de los actos, que se siembran como una semilla para dar luego unos frutos (Román, 2002, pp. 118-119). No hay otro que imponga obrar correctamente, sino un nosotros en el que lo que cada uno hace arrojará sus resultados. Nadie lo perdonará aunque ore. Lo que debe hacerse es actuar con la ley porque ella produce un buen karma, generado y regenerado en un tiempo infinito.

8. “En el judaísmo existe el concepto de pecado, entendiendo por tal cualquier violación de la ley de Dios”. En todos los casos, plantea una relación del sujeto con el ser superior: *Het* es el pecado sin intención, *Avon* es el pecado con intención y *Pesha* es el cometido en desafío a Dios (Díaz-Mas y Puente, 2007, p. 95).

Galtung (2003, pp. 121 y ss.) hace un análisis en el que muestra una clara sucesión que lleva a que de las respectivas religiones deriven sus sistemas de gobierno, su juridicidad y la regulación que hacen de la conflictividad. Mientras que, en la cosmogonía oriental, se entiende que el derecho es constitutivo de la comunidad, y actuar según él es lo virtuoso y la mejor forma de ubicarse en ella, en la occidental, es una obra que alguien otorga (o impone) al colectivo social, y a cada uno le corresponde acatarla o atenerse al castigo que se le puede infligir. En las sociedades occidentales *el concepto de pecado evoluciona en el de delito*⁹, como la violación de las normas de ese sujeto poderoso facultado para castigar o perdonar.

Pero también, en el universo cultural europeo, emergen los conceptos de derecho subjetivo y de derechos humanos, que dan a cada uno la posibilidad de movilizar a ese ser superior (en este caso el Estado), que solo es legítimo si responde en defensa de ellos. Cuando se tiene un conflicto, en las sociedades orientales, estará presente el *dharma* para indicar cuál es el horizonte religioso, ético y jurídico para llevarlo bien, y el *karma* dirá lo que se debe hacer, cómo actuar para la propia vida en el futuro. En las sociedades occidentales, lo que contaría para las partes es la claridad de las reglas que el Estado exige que se cumplan y que cada uno exigirá al Estado cumplir y hacer cumplir.

[45]

El sistema judicial y el territorio estatal

Más allá de la existencia de unos fundamentos culturales comunes en la juridicidad de toda Europa, cuando surgen los Estados, las naciones están todavía lejos de constituir una realidad cultural y social. En orden a su formulación teórica, habría muchas más naciones (sociedades ligadas con una identidad) que los llamados Estados nacionales que se establecen. Del mismo modo, hay muchos territorios social y culturalmente homogéneos que sencillamente no prosperan porque fueron divididos y repartidos entre potencias militares mayores.

En realidad, los Estados nacionales son esencialmente una tautología, aunque eficaz. Son la consecuencia de una declaración política de soberanía hecha a partir de un acto de fuerza o con el respaldo de la amenaza de

9. En el derecho islámico, hoy no se diferencia mayormente entre pecado y delito, y la rama penal del derecho solo aparece en el siglo XII de la Hégira (Losano, 1993, p. 249).

[46]

usarla, sobre el cual se construyó la *mitología*¹⁰ que proclama el monopolio del uso de la fuerza y la vigencia de un único sistema jurídico (garantizado por esa fuerza presuntamente monopólica) en un territorio.

La organización política estatal nacional, desatada en los países europeos desde los preludios de la modernidad, se construyó alrededor del poder tradicional del rey como consecuencia de un complejo y prolongado proceso de lucha y negociación en el que el monarca articuló los intereses emergentes de una sociedad que se transformaba en su interior. Los mecanismos jurídicos de organización social y de manejo de la conflictividad precapitalistas fueron perdiéndose de vista como entidades autónomas, bien porque se les invisibilizaría, bien porque fueron aniquilados, o bien porque fueron articulados de manera subalterna al derecho oficial, que es como ya se empezaba a llamar el ordenamiento que se respalda en la creciente fuerza regia.

Ese proceso de subordinación¹¹ de los órdenes jurídicos medievales al creciente poder del Estado nacional se da sobre la fórmula transicional de los fueros. Los fueros se usaron para permitir la diversidad jurídica y cultural que, de todas maneras, seguía habiendo en regiones sometidas o para articular, en la espacialidad nacional en construcción, espacialidades que eran mayores que los reinos, como la del comercio o el clero, o menores que él, como la de los señores feudales (Ardila, 2007).

Sin embargo, fue un largo periodo de transición que tomó varios siglos. Hacia el siglo XVI, el rey se fue estableciendo como potencia máxima, pero seguía limitado por otros poderes y órdenes jurídicos. Se hacía cada vez más extensa una dinámica de relaciones sociales en la que convivían algunos de los viejos privilegios con el poder emergente de la burguesía. Unos y otros competían a partir de órdenes regulativos diferentes que, al entrecruzarse, no necesariamente encontraban coherencia entre sí. En lo económico, se iba construyendo un alto nivel de articulación social alrededor del mercado. Un mercado que no solo se estaba generalizando en cuanto a los productos, sino también en cuanto a la fuerza de trabajo¹².

10. Uso aquí la célebre expresión de Fitzpatrick (1998).

11. El poder del rey había avanzado sobre terreno firme durante toda la baja Edad Media, pero no llegó a convertirse en un poder exclusivo. La Carta Magna de 1215 no solo daba noticia del poder de contención que tenía la nobleza de entonces sino, también, sobre la indudable expansión del poder regio.

12. Crawford Macpherson muestra que la mitad de la población ocupada ya era asalariada (1979, p. 62).

Las relaciones de producción y de intercambio estaban desbordando el ámbito del feudo y buena parte de las mejores tierras se habían integrado a los circuitos de producción manufacturera y al comercio. Pero ello no decataba la extinción de la justicia y el poder locales. En Europa occidental, todavía entrado el siglo XVII, el espacio local no había sido subordinado por el poder del rey en todos los territorios. La justicia del reino era más débil cuanto más pequeño y aislado fuera el lugar. Así, un diverso contexto jurídico lleno de particularidades seguía presente, con sus sistemas particulares de fuentes y sus propias instituciones. Antonio Wolkmer muestra que la sociedad articulada alrededor del Estado moderno convivió con formas comunitarias de justicia y de pluralismo jurídico. Aunque ello no descarta la creciente preeminencia del orden jurídico estatal (1994, pp. 39-40)¹³.

Estos grandes cambios se consolidan en el contexto europeo de los siglos XVI y XVII como la forma de organización política que surge de una situación de crisis causada por el desfase entre la nueva espacialidad y su particular forma de organización de las relaciones sociales, frente a unas estructuras de poder y de regulación que no podían abarcar la nueva realidad. La crisis sería causada por la contradicción entre la nueva espacialidad, impulsada por las relaciones capitalistas en expansión, y las formas de poder medievales.

[47]

El espacio del reino, cada vez más transformado en territorio nacional, no sólo exige un lugar preeminente frente a los otros espacios, sino que reclama una estructura homogénea y única de poder y de regulación de las relaciones sociales. Pero no es que los otros espacios de poder hayan dejado de existir. Lo que ha pasado es que la espacialidad local y global, mucho menos importantes que en la edad media, se subordinan a la cada vez más definitiva espacialidad nacional.

Entonces, lo que se define como el nacimiento de un Estado, una forma de organización del poder, es, al mismo tiempo y ante todo, el nacimiento de una manera de organizar la espacialidad. Y esa espacialidad se caracteriza por su declaración de un solo centro de irradiación del poder y del

13. Como lo demuestra el propio Antonio Hespanha para el caso portugués, en todo el territorio del reino a lo largo de la época moderna, “[i]ncluso en el siglo XX —pese al papel igualador y centralizador del Estado contemporáneo y pese a la eficaz tarea de descaracterización cultural de los *mass media*— se pueden hallar pervivencias de los sistemas político-administrativos tradicionales. Con una autonomía y capacidad de auto-ordenación, tales que no ha faltado quien los llame ‘estados independientes, con gobierno y legislación propia’” (Hespanha, 1989, p. 372).

derecho frente a la pluralidad jurídica y política que venía de la época medieval¹⁴, que hacia el siglo XVI hace crisis y, en varios casos, como el inglés, conduce a la guerra.

El Estado moderno surge, en términos prácticos, como un camino de organización que tenderá a verse reforzado en la medida en que se expande y se consolida la sociedad capitalista¹⁵. El sistema judicial, centralizado y jerárquico, se entroniza como máximo sistema de regulación del conflicto en el espacio político predominante en la modernidad, en lo que se llama territorio nacional.

Para Michael Mann (1997), hay un momento esencialmente militar que implicó la imposición del poderío de un actor sobre el de otros que tenían vigor dentro del mismo territorio. Luego, ese poderío tendría que transformarse para hacerse sostenible más allá de su capacidad destrutiva. Hubo de darse curso posterior a una etapa en la que los distintos poderes se fueron fundiendo alrededor del poder fundante. Durante siglos, se irá evolucionando desde lo que Mann llama los Estados masivamente militaristas hacia lo que llegan a ser finales del siglo XIX: una mezcla de militarismo y civilidad.

En la segunda fase protonacional, el capitalismo comercial y los Estados militaristas desplazaron a las iglesias de su papel de principales comunicadoras de mensajes entre los planos intensivo y extensivo del poder. Sin embargo, ninguna de sus organizaciones autoritarias se adecuó al objetivo. El capitalismo comercial no produjo más que tímidas organizaciones vinculadas por un objetivo difuso y amoral. La organización autoritaria del Estado militar se vivió como una experiencia inmoral y explotadora. De ahí que tanto el Estado como el capitalismo se movilizaran de modo más indirecto, principalmente a través de las redes de alfabetización discursiva que habían generado. (Mann, 1997, p. 308)

Ese acto político tiene sus particularidades y su historia en cada caso pero fue un proceso gradual en el que hubieron de movilizarse fuerzas

14. Y romperse buena parte de sus circuitos culturales, al ser permeado en todos sus espacios por los valores y las relaciones que se promovían desde la sociedad mercantil.

15. La sociedad antigua carecía de herramientas de gobierno eficaces frente a las nuevas realidades y habían sobrevenido diferentes expresiones de violencia, reclamando el surgimiento de nuevas instituciones.

sociales como las que menciona Mann en su concepto de protoestado. Se trata de unas redes que, en sus dinámicas concomitantes, convierten lo nacional en la espacialidad dominante, articulada a través de un Estado que se va irguiendo con ella. Con Boaventura Santos (1998b), podemos sostener que el Estado, al proponerse como la contraparte de una subjetividad (que vino a imponerse en la modernidad) cuyas principales características serían su individualidad —en desmedro de las identidades colectivas— y su abstracción (descartando los elementos definitorios de las individualidades concretas), terminó reuniendo —y en muchos casos reduciendo— todas las identidades colectivas en la nacional, generándose la idea de la existencia de una identidad de las mismas proporciones que las del estado: la sociedad. Las comunidades fueron empujadas hacia su disolución (Santos, 1998b, pp. 163-165), para lo cual se empezó por invisibilizarlas.

La emergente estructura de poder no lo tendría fácil, y en un largo proceso habría de luchar a brazo partido frente a los poderes constituidos dentro del declarado territorio nacional¹⁶. Entonces, las dinámicas de justicia existentes toman por tres caminos distintos. Unas simplemente son arrasadas por ser consideradas estratégicamente antagónicas respecto al nuevo orden; otras se incorporan en calidad de competencias o jurisdicciones subalternas al poder central, acompañadas de elaboraciones discursivas que tienden un puente de coherencia hacia el escenario jurídico dominante; y las demás dinámicas se mantienen de manera más o menos marginal, y continúan hasta tanto las fuerzas expansivas del proyecto político y jurídico moderno logren superar la resistencia de sus estructuras políticas y culturales o que cambie el contexto favorable a una justicia por fuera del aparato del Estado.

En la medida en que se fueron reconfigurando los poderes tradicionales como ramas del poder público, también cada uno fue estableciendo su ámbito de incidencia en la administración de justicia. Los órganos de representación feudal se transforman en parlamentos y son los encargados de emitir las leyes sobre las que se fundamenta la administración de justicia. Los reyes se convierten en el Ejecutivo, que se encarga de la marcha del Gobierno. Los jueces se organizan nacionalmente en una estructura centralizada, subordinada a las leyes pero, teóricamente, no a otro poder del Estado.

16. El proceso llamado de unificación solo concluye en Alemania e Italia hace escasos ciento cincuenta años, pero puede decirse que en toda la historia de los países occidentales las luchas y las negociaciones con los poderes internos han estado presentes.

A los jueces y a los tribunales les correspondió fundamentalmente establecer, en casos de conflicto, quién cumplió o no con la ley. Hoy es esa la esencia de la administración de justicia. Y esa es la labor jurisdiccional que se centralizó de manera más o menos paulatina¹⁷. Las tareas de legislar y ejecutar experimentaron un proceso de centralización diferente. Cuando se dio la de la sanción, se posibilitó el crecimiento del aparato administrativo. La centralización legislativa se generó alrededor de la creciente intervención del rey en la gestión de los conflictos en interacción y negociación con los poderes feudales, que fueron cediendo su poder local a cambio de participación en el poder nacional, que se objetivaba mediante las leyes de los nacientes Estados, con lo que dieron origen al parlamento como órgano legislativo (Kelsen, 1992, pp. 168-182).

La centralización de la administración de justicia condujo a un aparato judicial, establecido como una burocracia organizada de manera jerárquica, supeditada en sus procedimientos y en sus referentes a una regulación única¹⁸, con lo cual se posicionó como órgano privilegiado para la gestión de la conflictividad¹⁹. En él se articulan instancias estatales especializadas, integradas por miembros profesionales (dedicados de manera casi exclusiva o primordial a su cargo y con una formación específica en el campo jurídico), cuya función es decidir conflictos en la esfera privada y pública.

[50]

-
17. Lo cual, en los propios países europeos de entonces, significó pérdida de recursos para llegar a la administración de justicia para una gran parte de la población, como pudo observarse en su momento, en el caso francés: “la abolición del feudalismo suprimió la justicia señorial y, con ella, toda forma de justicia local o próxima: los casi 70 000 jueces señoriales existentes hacia 1789 fueron reemplazados por apenas 7000 jueces cantonales. Fuera de las ciudades que tenían justicia real (*les premiers présideaux*), la justicia señorial, primer grado de jurisdicción, era la única forma de justicia posible para la mayor parte de la población francesa, que vivía en el campo y era campesina [...]. Aquella justicia señorial corporizada en un hombre cercano —para bien y para mal— fue incluso en ocasiones vindicada y preferida por los justiciables frente a la justicia regia, lejana, costosa e inaccesible, a la cual además no podían manipular, y menos aún predecir sus resultados” (Barriera, 2012, p. 55).
 18. Deciden asuntos de acuerdo con un criterio de importancia. El principio procesal de la doble instancia y la apelación se presenta como instrumento de coherencia judicial que tendería a dar mayor seguridad jurídica.
 19. “Una comunidad jurídica con una administración y unos tribunales constituye un Estado. Como ya hemos dicho, el Estado constituye un ordenamiento jurídico centralizado; una comunidad constituida por un ordenamiento jurídico centralizado” (Kelsen, 1992, p. 179).

Establecido el sistema judicial como lo conocemos en las sociedades modernas, ha transformado su rol esencial, porque ha cambiado de manera rotunda el escenario en el que se desempeña. Los contextos políticos generaron diferentes posiciones de los jueces en las relaciones de poder al interior del Estado y en la historia de cada uno de los países. Pero puede decirse que, durante los siglos XIX y XX, los jueces experimentan transformaciones esenciales en su posición de cara al sistema jurídico.

A partir de las revoluciones burguesas, suele hablarse de una etapa clásica liberal (Santos, 2000; Fioravanti, 1996), en la que, con diferencias entre unos países y otros, el Estado dejaba las manos libres a los demás actores y se ocupaba de un reducido grupo de servicios que parecían de su esencia: la guarda de fronteras (ejército), la garantía del orden público (policía) y de su proclamado monopolio en la administración de justicia. En esta última, que, según el paradigma, debería ser una función propia y exclusiva del Estado, sus campos de acción eran aún relativamente restringidos, porque regulaban áreas mucho más estrechas de las relaciones sociales que las que llegarían a abarcar en la época posterior.

En ese momento, puede decirse que el paradigma, planteado al comienzo de este capítulo, se realiza plenamente porque el juez se presenta como totalmente subordinado a la ley. Al presumirse la constitucionalidad de las leyes, los jueces solo podrían garantizar derechos en orden a lo preceptuado por normas de carácter legal. De modo que el papel del operador de justicia tiende a verse reducido únicamente a la aplicación de normas legales.

[51]

Desde finales del siglo XIX, se fue estableciendo lo que se conoce como Estado interventor, que conocería diferentes versiones en sendos contextos: Estado fascista o corporativista, Estado socialista, Estado desarrollista y Estado benefactor. En todos esos casos, el concepto de lo público se amplió, el derecho se expandió hacia diversos campos de la vida y, con él, el área de acción hipotética de la jurisdicción. El Estado benefactor pro-pugna una nueva relación de los ciudadanos con la Constitución en la que esta tiene fuerza normativa directa, sin requerirse la mediación de la ley.

Entonces, los catálogos de derechos humanos cobraron fuerza vinculante y los jueces vieron ampliado su papel como intérpretes ya no solo de los textos legales, sino de la propia Constitución²⁰. El derecho de familia y el derecho laboral, entre otros ámbitos antes considerados puramente

20. Que, como se dijo antes, ejercerán dependiendo la posición de preeminencia que tenga cada uno en el campo jurídico.

particulares y, por ende, ajenos a la regulación estatal, se convirtieron en ramas extensas del sistema jurídico nacional, al tiempo que se legislaba sobre diversidad de aspectos que en la época precedente estaban ubicados en la esfera privada, como el medio ambiente, la salud ocupacional o la competencia mercantil.

Pero, si bien muchos de los conflictos tendieron a ser abarcados por el derecho estatal, el aparato judicial no llegó a ofrecer la respuesta cualitativa y cuantitativa que exigían los nuevos tiempos. En la medida en que las dinámicas de poblamiento (migración y urbanización) fueron avanzando, las resistencias de los espacios comunitarios parecieron ceder y los conflictos se ubicaron cada vez más en lugares en los que el sistema jurídico estatal apareció de manera expansiva como el área privilegiada de regulación, sin que llegara a alcanzar una capacidad suficiente y pertinente²¹ para atender la creciente demanda. Ello llevó a que, en la práctica, muchos de los temas de conflicto difícilmente se abordaran a partir del derecho y menos por los tribunales.

[52]

Entonces, durante esa época, en la misma medida en que el derecho estatal ampliaba los campos de su pretendido monopolio, se fue abriendo y profundizando la brecha de los espacios y relaciones que no se sometían a esa estructura de regulación²². El acceso a la justicia para amplios sectores excluidos es un problema que atraviesa el siglo XX.

En realidad, el paradigma jurídico-político moderno lo que ha hecho es transformarse a lo largo de los cuatro siglos en que se ha desarrollado, pero sin dejar de establecer mecanismos de exclusión. Hay, desde luego, una zona muy importante de las relaciones sociales que se consideran de la esfera privada que “naturalmente” no puede ser objeto de la acción pública (dado que históricamente han tendido a estar relacionadas con el espacio doméstico o el uso de la fuerza de trabajo en el espacio productivo). Hay también otra porción de exclusión que se produce de manera no

-
21. Las necesidades surgidas pero no tramitadas en los diferentes espacios estructurales desbordan no solo cuantitativamente sino también cualitativamente el sistema judicial, en cuanto este carece de medios para ofrecer salidas que den solución a la mayoría de ellas y garantizar la cohesión social.
 22. Lo mismo puede verse en el terreno penal. Aun en los países desarrollados, las cifras de delitos y de delincuentes vienen en aumento desde la segunda posguerra, mucho más que los instrumentos del Estado para contenerlos (Dahrendorf, 1994, p. 16). El Estado se muestra tendencialmente incapaz de garantizar la seguridad y proteger los derechos.

declarada o solapada, mediante mecanismos diversos de discriminación o de marginación respecto a personas que, a pesar de compartir el territorio y relacionarse dentro de las zonas de legalidad, no entran en ella porque carecen de la condición de ciudadanía.

Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (2001, pp. 14 y ss.) explican que estas dinámicas de exclusión son simplemente la contracara de la inclusión que se propone en lo que se conoce como el contrato social moderno. Para participar en esa teórica contratación, habría que compartir un espacio-tiempo, y un sistema axiológico y de medida. Las sociedades modernas se estructuran sobre un espacio-tiempo nacional en el que se producen las relaciones de intercambio, la organización política y la identificación cultural. Otras espacialidades, local, transnacional o global, prioritarias en culturas tradicionales, no tienen cabida. El régimen axiológico supone que se comparte una cierta manera de ver el bien común, a partir de individuos que interactúan libre e igualitariamente en espacios que se conviene en validar como públicos. Un bien común colectivo o integrado a la naturaleza, propio de pueblos indígenas americanos, debe desaparecer para participar del contrato (Locke, 2006). El sistema de medida considera tiempos y espacios similares que permiten hacer comparaciones para establecer similitudes y diferencias, intercambiar dinero y mercancías, prestaciones y contraprestaciones, delitos y sanciones.

Institucionalmente, el contrato social se produce en tres planos: económico, político y cultural. El primero significa que los partícipes del contrato reciben los beneficios que ofrece la sociedad capitalista: salario, bienestar social y derechos económicos y sociales. En el ámbito contractual, se incluyen pero también se excluyen sectores (turcos en Alemania, palestinos por los israelíes en Palestina, indígenas por blancos o mestizos en Latinoamérica) o relaciones laborales (trabajo doméstico). La institucionalidad política del contrato se relaciona con la posibilidad de participar del direccionamiento de la sociedad y de incidir en la regulación que hace el Estado en ella. Con lo cual se reduce lo político al Estado y lo privado se excluye de lo político. En lo cultural, el contrato significa la emergencia de un nivel nacional de la identidad cultural mediante la educación nacional y otros mecanismos ideológicos, complementados con la territorialidad que impone la guarda armada de las fronteras. Con ello se produce no solo el aniquilamiento de culturas diversas que pueblan los territorios nacionales, sino que se destruyen los conocimientos y se desconocen, se trivializan o se satanizan las cosmogonías.

Colonización judicial en Latinoamérica

El sistema judicial europeo se impuso en nuestra región a partir de las estructuras mundiales de organización del poder conocidas como colonialismo, que, con su modelo de organización de las relaciones sociales y económicas, se planteó como conjunto institucional que proyectaba en el ámbito jurídico los privilegios para algunos, al lado de las dinámicas de exclusión y discriminación que son de su esencia.

Aunque en ambos lados del Atlántico la institucionalidad jurídica emergió en tiempos relativamente similares, no generó los mismos impactos en la realidad. Mientras el sistema judicial emergente reportó en Europa avances en la remoción de los privilegios medievales y sus factores de discriminación social, simultáneamente se desarrolló en América Latina como herramienta que profundizó las desigualdades. Si, entre los siglos XVI y XX, las potencias del Viejo Continente pudieron desarrollar sus instituciones democráticas coetáneamente con la experiencia descomunalmente masiva de opresión y violación de derechos en su relación con la población de sus colonias, fue en un proceso complejo de colonialismo y de eurocentrismo que configura las instituciones judiciales de manera diferenciada y como herramienta para mantener la diferenciación.

Aníbal Quijano (2000, pp. 210 y ss.) describe el colonialismo como una dinámica compleja que se impuso a través de: 1) expropiación de riquezas y saberes que podrían entrar en el circuito capitalista; 2) represión a los intelectuales y los dispositivos de producción de conocimientos, de arte, etcétera; y 3), finalmente, obligación de convertirse en aprendices de los saberes del país dominante en cuanto al modo de vida y de pensar, empezando por la imposición de la religión del colonizador. Lo cual podía hacerse sin reatos, gracias a que el etnocentrismo que desarrolló generaba la creencia de que el colonizador es portador de una cultura superior, y el racismo, la idea de suponerlo con mejores condiciones de nacimiento.

El colonialismo creó una nueva identidad negativa para los no europeos (primero indios y luego negros), mediante la cual eliminó su condición de sujetos en la producción cultural de la humanidad. Se les consideró razas atrasadas, primitivas e inferiores, incapaces de una producción cultural superior. Desde el punto de vista de su construcción intelectual, el etnocentrismo sustenta lo propio como lo más acabado, lo más actual, mientras que lo demás recibe el lugar del pasado, de lo inmaduro, de lo precario.

La elaboración intelectual del proceso de modernidad produjo una perspectiva de conocimiento y un modo de producir conocimiento

que dan muy ceñida cuenta del carácter del patrón mundial de poder: colonial/moderno, capitalista y eurocentrado. Esa perspectiva y modo concreto de producir conocimiento se reconocen como eurocentrismo. (Quijano, 2000, p. 218)

Y es precisamente la marca colonial y eurocéntrica la que se define como la principal particularidad genética del sistema judicial en América Latina, impuesto agresiva y discriminatoriamente dentro del paquete institucional traído originalmente por el imperio y luego renovado por las dinámicas de poder nacional-global que le vienen sucediendo.

Quijano muestra cómo las dinámicas colonizadoras que se produjeron dentro de Europa son muy diferentes al fenómeno que se denomina colonialismo, porque allá condujeron a la construcción de identidades nacionales sobre las que se erigió una ciudadanía relativamente homogénea, mientras que el colonialismo mantiene diferencias de identidad:

Comenzó como una colonización interna de pueblos con identidades diferentes, pero que habitaban los mismos territorios convertidos en espacios de dominación interna, es decir, en los mismos territorios de los futuros Estados-nación. Y siguió paralelamente a la colonización imperial o externa de pueblos que no solo tenían identidades diferentes a las de los colonizadores, sino que habitaban territorios que no eran considerados como los espacios de dominación interna de los colonizadores, es decir, no eran los mismos territorios de los futuros Estados-nación de los colonizadores. (2000, p. 228)

[55]

Al analizar el mito del estado de naturaleza y el papel del Leviatán en las diferentes elaboraciones conceptuales del mundo occidental, Peter Fitzpatrick (1998, pp. 75 y ss. y 113 y ss.) encuentra una recurrente proyección del mito hacia el mundo ocupado por otras civilizaciones, en particular por las amerindias, entonces ya en contacto con el mundo europeo. Una proyección que sustenta la postura asimétrica que reinó: la compatibilidad de un proyecto igualitario y liberal hacia adentro y despótico y esclavizante hacia otras culturas y regiones.

La principal particularidad del proceso de colonización al interior de Europa es que ha sido parte del proceso de construcción de las identidades nacionales que subyacen a los Estados. Lo cual, desde una perspectiva de grandes civilizaciones, debemos considerar intracultural, en la medida en que se ha construido una cultura jurídica en todo el continente que conjuga

el pensamiento cristiano con una gramática surgida en el derecho romano y con importantes ingredientes del derecho germánico, promovida, elaborada y orientada bajo el báculo del aparato político de la Iglesia durante siglos.

Correlativamente, el sistema moderno de administración de justicia se construyó sobre una realidad más o menos homogénea. El orden jurídico estatal y su correspondiente sistema de administración de justicia se impusieron, no sin conflictos, en comunidades que, a pesar de tener hondas diferencias sociales y culturales, habían pasado por un fuerte y prolongado proceso de homogeneización. Más de quince siglos de cristianismo (bajo una dirección centralizada y consolidada en los últimos cinco) y un periodo aún más extenso de imposición de una construcción discursiva en torno al derecho romano habían logrado poner un cimiento sobre el que fue posible la transición, sin rupturas tan dramáticas como las que hubo que hacer en América Latina o en África²³.

Norteamérica y Australia son una continuidad de las tendencias que venían desarrollándose en Europa, principalmente porque allí no hubo transición ni encuentro entre sistemas. Simplemente, los colonos trasplantaron sus estructuras culturales, políticas y jurídicas, y a partir de ellas construyeron su institucionalidad. Luego de que, por supuesto, aniquilaron o marginaron absolutamente a la población aborigen con su cultura y todas sus instituciones.

Por el contrario, en otras regiones del mundo, el sistema judicial se establece como consecuencia de un choque, generalmente violento, de la cultura europea contra una autóctona²⁴. Con el colonialismo, el derecho y los jueces fueron evolucionando de manera diferenciada: en el universo cultural europeo, como herramienta de democratización de la sociedad, mientras maduraban como arma de dominación y discriminación, en sus colonias.

-
23. La construcción del orden jurídico-político en África es diferente de la de América Latina, entre otras cosas porque la independencia de aquellos fue obtenida por afrodescendientes en una tierra que ancestralmente les pertenecía, mientras que la de esta fue alcanzada por quienes se sentían legítimos herederos de los exploradores europeos. Entonces, en el caso de África, no hay una cabeza de playa, un sector occidentalista de primera línea que conjugara los verbos en primera persona en relación con Europa, mientras que en América Latina sí.
 24. Santos afirma (1998a, pp. 74 y ss.) que la experiencia de la modernidad estatal hace parte de una transformación integral en Europa, mientras que en las otras regiones es una transformación puramente parcial que genera fracturas aun cuando haya sido una autoimposición, como ocurre con Japón y China.

En el caso de América Latina, el proceso es muy complejo, por la manera como se dio la interacción colonial con los pueblos aborígenes y, luego, con la población africana, trasladada para servir como esclava.

En cuanto a los primeros, a pesar del gravísimo daño que recibieron los pueblos indígenas y sus instituciones tras la invasión, en general, su población no fue arrasada en su totalidad sino que se le sometió y sus identidades fueron recreadas para explotarlas y discriminarlas. Buena parte de las estructuras políticas existentes fueron cooptadas o reformadas por las potencias ibéricas y se inició un proceso de aculturación que nunca llegó a ser pleno en la mayor parte del continente porque se dieron procesos diversos. En cuanto a la población afrodescendiente, la mayor parte fue incorporada de manera violenta en la escala más baja de la estructura político-jurídica de la Colonia²⁵. Sin embargo, una pequeña parte de ella lograba vencer las barreras esclavistas y reagruparse en comunidades, con sus propias estructuras, por fuera del alcance directo del poder colonial.

Si bien el orden imperial ibérico solo reconocía el derecho del Estado colonial, de cualquier modo, en la sociedad se dio un prolongado choque de sistemas en cuyos extremos se podían diferenciar órdenes jurídicos enfrentados²⁶: por un lado, el propio de la potencia colonial, y por el otro, el que tenía cada una de las comunidades o naciones, frente a las que entró a actuar el sistema que patrocinaba la metrópoli. El primero, por supuesto, sufrió importantes adecuaciones para garantizar la dominación y la explotación transoceánica.

[57]

La encomienda es la institución más importante establecida en la legislación para las Indias Occidentales. Mediante ella, un ibérico recibía el encargo de representar legalmente a un grupo de indígenas, a quienes cobraría los tributos impuestos por la Corona, a cambio de evangelizarlos y civilizarlos.

25. La mayoría en el Caribe y Brasil.

26. “[...] en 1580 fue instaurada una política de transformación total de las estructuras existentes. El resultado de esto fue que el derecho español fue el único reconocido como oficial. Por lo tanto, un sistema de pluralismo legal *de jure* nunca se desarrolló. No obstante, los gobiernos coloniales —y luego de la independencia los estados soberanos— no lograron crear órdenes jurídicos sólidos y por lo tanto fue común la proliferación de regímenes jurídicos no-estatales, esto es, un pluralismo jurídico *de facto*. En estas condiciones, multiplicidad de órdenes legales y códigos de conducta emergieron a raíz de las diferencias de clase, de identidad y de región” (García Villegas, 2001, p. 45).

En cuanto a los sistemas de derecho de las comunidades, debe precisarse la existencia de una pléthora de estructuras jurídicas de muy diversa factura que, como veremos más adelante, hace difícil su generalización. Lo cierto es que muchas de ellas sucumbieron ante la violencia física o cultural, y otras sobrevivieron transformándose según las necesidades de los nuevos tiempos, impactadas en diverso grado por los troqueles coloniales. De modo que, al hablar de instituciones indígenas en el tiempo actual, estaremos hablando de realidades diferentes de las que pudieron encontrar los cronistas ibéricos. Del mismo modo, sería iluso pretender encontrar en las comunidades afrodescendientes constructos preexistentes de algún preciso lugar del universo de culturas de las que fueron arrancadas de África.

Hechas estas precisiones, en trazos muy gruesos, en la sociedad colonial de lo que hoy es América Latina, pueden ser identificados al menos los siguientes tipos de sistemas jurídicos: el sistema imperial, la encomienda, el sistema local español y las formas de derecho propio de las comunidades indígenas y de las cimarronas.

[58]

Tabla 1. Administración de justicia en Latinoamérica colonial.

Sistema administración de justicia	Relaciones	sujetos regulados	Operadores	Normas
Imperial	Colonia.	Funcionarios y cedulados.	Real audiencia.	Leyes de Indias, derecho colonial.
Encomienda	Dentro de cada encomienda.	Encomendados (indígenas o mestizos sometidos).	Encomendero.	Derivadas del encomendero. Influencia capellán.
Propio indígena	Interior comunidad.	Miembros de comunidades indígenas.	Diverso (médico tradicional, autoridad religiosa, culturales. mediador, cabildo).	Sociales y culturales.
Propio cimarrón	Interior comunidad.	Miembros de comunidades afrodescendientes.	Diverso (mayor, comadrona, asambleas).	Sociales y culturales.
Local hispánico	Entre sujetos sin privilegios.	Eurodescendientes y mestizos no sometidos.	Alcalde-jueces capitulares.	Sociales y culturales.

El sistema imperial se integraba por el conjunto de normas e instituciones que regían la sociedad peninsular, con las particularidades establecidas en las Leyes de Indias, que no eran más que el derecho que pretendía

regular las relaciones de la Corona con las colonias. La Real Audiencia era una instancia judicial demasiado lejana de la mayoría de la población y de los procesos sociales como para pretender darle un valor considerable en la regulación de la vida de las colonias.

La eficacia del derecho colonial en la vida de la mayor parte de la población de los territorios sometidos al dominio ibérico era casi nula: *las leyes se obedecen pero no se cumplen*, tal era la consigna dominante. Aunque, por supuesto, esa tendencia se invertía en lo que tenía que ver con las normas tributarias, ya que estas sí se aplicaban de la manera más estricta (Wolkmer, 1998; Galeano, 1995, pp. 58 y ss.).

La encomienda se deriva de la ocupación, por parte de los privilegiados por la autoridad imperial, de los espacios de poder que correspondían a las cúpulas de las autoridades indígenas. En tal caso, el sistema tendió a uniformizarse como estructura de organización política, social y económica. Al interior de ella, por diferentes mecanismos, se establecía un sistema de poder que era impenetrable por el orden imperial de entonces.

En el seno de la encomienda operaba un sólido sistema político, jurídico y religioso, presidido por el encomendero. En su centro estaba un español de nacimiento o un criollo que utilizaba un título otorgado por la Corona según el cual se le atribuía la condición de responsable del *cuidado y evangelización* de un número determinado de indígenas (que generalmente correspondían a una comunidad).

[59]

La encomienda era el sistema dominante en las colonias más importantes: Perú (alto y bajo), México y Guatemala. Sin embargo, fue la institución principal mediante la cual se dominó a la población indígena en todo el territorio imperial, siendo la forma más recurrente de organización política y jurídica de la época colonial, en el caso de la colonia española. A pesar de que en diferentes momentos se establecieron leyes que tendieron a suavizar la agresión y la opresión a los indígenas, había irrisorios mecanismos para hacerlas obligatorias.

Los sistemas de derecho propio de las comunidades indígenas que se mantuvieron durante el periodo colonial continuaron evolucionando durante todo ese periodo y lo siguen haciendo en la actualidad. Las comunidades indígenas, ahora diezmadas pero suficientemente diversas aún y, en varios países, mayoritarias, habían logrado sostenerse desarrollando cambios muy importantes en sus estructuras jurídicas.

Los cambios que se produjeron en la institucionalidad indígena pueden verse en dos contextos diferenciables: 1) cuando la población indígena se

somete a las estructuras coloniales, el poder imperial promueve la homogeneización en la forma de las instituciones de comunidades. Así, instituciones políticas importadas desde España como el cabildo, o castigos como el cepo, llegaron a extenderse entre las comunidades de varias regiones del continente, aunque no de manera idéntica. Tales instituciones fueron apropiadas por ellas de acuerdo con sus respectivos resortes culturales.

2) Cuando se trataba de comunidades con las que el poder colonial no llegó a establecer un dominio directo, bien porque se encontraba en una lucha para aniquilarlas o expulsarlas del territorio, bien porque ellas optaron por retirarse o porque sus territorios no habían llegado a estar en el interés del invasor, las normas e instituciones indígenas no tuvieron una ruptura muy drástica y continuaron evolucionando al mismo ritmo que la comunidad tradicional y en orden a las nuevas necesidades.

La justicia cimarrona se encuentra en una parte de la población africana que logró escapar y luego resistirse al yugo esclavista ya en tierra americana, estableciendo comunidades con su propio sistema de organización social, de orientación de conductas y manejo de conflictos, en *palenques* y *quilombos*. El caso más conocido es el de Palmares, en el noreste del Brasil, importante no solo por su territorio (27 000 kilómetros cuadrados) y población (35 000 habitantes), sino también por el sentido libertario que logró su organización política (Torres, 1998, p. 214). Pero experiencias de menor dimensión se dieron en muchas regiones próximas geográficamente al comercio o a la explotación esclavista, ubicadas principalmente en el área del Caribe y la costa pacífica tropical (Perú, Ecuador y Colombia).

Una minoría de las poblaciones en la Colonia no estaba sometida a los regímenes anteriormente descritos, sino que debemos hablar del predominio de una suerte de justicia local. Entre ellas, la función de administrar justicia estaba en manos de los alcaldes y los jueces capitulares, que más adelante se llamarían jueces de paz, que dirimían conflictos sin mayores formalismos jurídicos, ya que gozaban de una enorme autonomía en cuanto a los procedimientos y en cuanto a los referentes en la toma de decisiones, en un contexto de cierta marginalidad dentro del orden colonial.

En términos generales, puede decirse que esta justicia local era residual respecto del tipo de sujetos a los que eran aplicables otros sistemas. De modo que solo una parte muy pequeña de la población —españoles o mestizos no sometidos en la encomienda— era objeto de este sistema. Hubo unas pequeñas regiones del continente que aglutinaron a este tipo

de personas, en zonas que no contaban con estructuras organizativas de sometimiento, como la actual Costa Rica o la parte norte de la cordillera andina oriental (entre la Colombia y la Venezuela actuales), administradas por los llamados jueces capitulares.

En las regiones más apartadas de los intereses del imperio, debido a las dinámicas de participación política, los jueces de paz tuvieron un rol democrático en la administración de justicia frente a los reducidos sectores en los que actuaban. Estos operadores eran designados por las autoridades locales y muchas veces tenían el cargo de alcaldes. No debían acreditar formación jurídica, sino reconocimiento por parte de la comunidad lugareña. No recibían remuneración por su labor como administradores de justicia, sino por las otras responsabilidades que tuvieran. Formalmente, sus actuaciones tenían a la Real Audiencia como segunda instancia, pero esta era impracticable en la mayor parte de los lugares, dado era excesivamente oneroso acudir al recurso de apelación en casi todos los casos. De modo que, finalmente, eran las autoridades locales las que supletoriamente podrían reconsiderar casos y ejercer el control sobre las actuaciones.

[61]

La justicia en la modernización latinoamericana

Hemos dicho que el sistema judicial europeo llegó a América Latina como parte de las estructuras de dominación, y eso no cambió con la Independencia y el establecimiento de Estados que se declararon soberanos. Nuestros países continuaron sometidos al sistema colonial de poder mundial y la organización política interna no reportó cambios favorables para la mayor parte de la población. En muchos sentidos, la estructura interna del poder continuó siendo la misma de la época colonial, reeditando una estructura social heredada de los gobiernos ibéricos que ligaba el orden a valores y creencias medievales (North, 2000, p. 146), pero enquistadas por un racismo y una ideología eurocéntrica que producían y reproducían la marginalidad.

No puede entenderse cabalmente nuestro andamiaje institucional republicano si perdemos de vista que el poder nacional se configura mediante la articulación de los poderes locales, y desde ellos se subordina en el engranaje mundial de poder. Los sectores dominantes, con unas estructuras clasistas, racistas y patriarcales, muchas veces más acendradas que las heredadas de la Colonia, monopolizan el poder y no tienen interés alguno en incluir a las mayorías en el contrato social.

De modo que no había ningún terreno de intereses comunes entre blancos y no blancos y, en consecuencia, ningún interés nacional común a todos ellos. Por eso, desde el punto de vista de los dominadores, sus intereses sociales estuvieron mucho más cerca de los intereses de sus pares europeos y en consecuencia estuvieron siempre inclinados a seguir los intereses de la burguesía europea. [...] Los señores blancos latinoamericanos, dueños del poder político y de siervos y de esclavos, no tenían intereses comunes, sino exactamente antagónicos a los de esos trabajadores, que eran la abrumadora mayoría de la población de los nuevos Estados. (Quijano, 2000, p. 236)

El Estado, con una estructura formal similar a la de países como Francia o Estados Unidos, era en la práctica una organización que federaba, no sin conflictos, los poderes regionales, y estos, a su vez, federaban un enorme número de poderes de los señores locales.

[62] En ese sentido, decimos que el poder se organiza de manera *fractal* en nuestros países. Las estructuras de poder se repiten en su forma de articularse desde la escala más pequeña hasta la más grande. El mismo actor que está en el centro de un territorio periférico es, por lo mismo, periférico de un centro más poderoso. Y este, a su vez, es periferia de otro centro en una escala mayor.

La fractalidad nos ayuda a entender cómo opera la colonialidad desde los poderes más lejanos hasta el centro del poder mundial. Sus vínculos e interacciones se asemejan a las dinámicas planetarias —a las cuales estamos sujetos como país periférico—, así como a las relaciones que se dan en los espacios más próximos de nuestra realidad cotidiana. En la figura 2 podemos ver un modelo matemático para entenderla (Weisstein, 2017).

La figura ilustra la fractalidad del poder colonial. En el centro de la estrella mayor podría estar una metrópoli como Francia o Inglaterra. En una de sus puntas puede estar el poder nacional de alguno de nuestros países que, a su vez, es centro de dinámicas de colonialismo interno, hasta llegar al poder de una hacienda o alguna comunidad particular.

Pablo González (2003) demuestra que el colonialismo es un factor determinante de la organización mundial del capitalismo que no solo opera en las relaciones entre países sino también dentro de cada país. Trascendiendo la experiencia mexicana, desarrolla el concepto de colonialismo interno, para dar cuenta de que en cada país hay unas regiones que se imponen

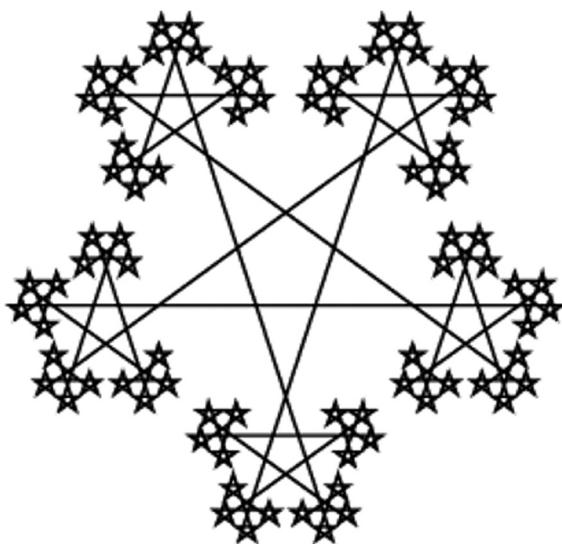


Figura 2. Organización colonial del poder mundial. Tomado de Weisstein (2017).

[63]

a las otras²⁷. Desde la década de los setenta, se viene demostrando cómo en cada región, con las mismas lógicas, un ente local se impone a otros. Así mismo, el poder de un hacendado se establece subordinando a otros actores (García Nossa, 1978; Guillén-Martínez, 2008).

Para que ese sistema fractal de dominación opere, no pueden ser funcionales los valores democráticos. Cuanto más en la periferia se está en el sistema colonial, con menos autonomía se cuenta. Hay quienes en la práctica no tienen derecho alguno porque todos sus derechos están sujetos a los de otros. Hay quienes no pueden tener gobierno propio y tienen menos derechos que los que los gobiernan y los administran. Aunque subyace y soporta el desarrollo de las sociedades modernas, la colonialidad solo se puede sustentar desde fundamentos que naturalizan la desigualdad y arropan una organización social discriminatoria:

Pero dicho ámbito no podría ser democrático, esto es, implicar ciudadanía como igualdad jurídica y civil de gentes desigualmente ubicadas

27. “La definición del colonialismo interno está originalmente ligada a fenómenos de conquista, en los que las poblaciones de nativos no son exterminadas y forman parte, primero del Estado colonizador y después del Estado que adquiere una independencia formal, o que inicia un proceso de liberación, de transición al socialismo, o de recolonización y regreso al capitalismo neoliberal” (González, 2003, p. 3).

en las relaciones de poder, si las relaciones sociales en todos los otros ámbitos de la existencia social fueran radicalmente no democráticas o antidemocráticas. [...] De este modo el Estado-nación empezó como un proceso de colonización de algunos pueblos sobre otros que, en ese sentido, eran pueblos extranjeros. (Quijano, 2000, p. 227)

Aquí no se puede generalizar una visión europea de la ciudadanía. Todo lo contrario, se requiere de una ideología que sustente la desigualdad. Lo cual se hace con base en dos pilares que hemos venido tratando: el racismo y el eurocentrismo. El sistema colonial se fundamenta en que se considera superiores por raza y por cultura a los que están en su centro relativo (González, 2003, p. 3). En consecuencia, son élites las que, en el caso latinoamericano, establecen una posición predominante en el ámbito nacional y se establecen como actores privilegiados en vínculo con el sistema global de dominación, a partir de reales o supuestas conexiones raciales y culturales con el mundo europeo.

[64]

En el establecimiento de los Estados independientes, fueron esas élites las que se autoincluyeron en el contrato social, del cual excluyeron a las razas y etnias *inferiores*. “Tales nuevos Estados no podrían ser considerados en modo alguno como nacionales, salvo que se admita que esa exigua minoría de colonizadores en el control fuera genuinamente representante del conjunto de la población colonizada” (Quijano, 2000, p. 234).

El tejido político de la mayor parte de los países de América Latina puede ser entendido como el conjunto de las relaciones de esos poderes cuyo centro de acción era local. Tales poderes variaban de un caso a otro. Y había grandes diferencias entre ellos. Una cosa era el poder local en países donde el poder español había logrado someter a consolidadas estructuras de poder indígena y articularlas a su sistema de dominación, como en Perú, Bolivia, México o Guatemala. Otra diferente era el poder local en regiones donde las comunidades indígenas fueron extinguidas, como en amplias zonas de Venezuela, el sur de Brasil o Argentina. Una cosa era el poder local en sociedades donde el europeo había llegado a depender directamente de su propia mano de obra, y otra cuando la economía funcionó a partir de la producción esclava, como en el Caribe o el nordeste brasileño, o del trabajo de la población nativa, como en Perú o Ecuador²⁸.

28. Quijano diferencia varios modelos según patrones *raciales*: en el Cono Sur (Chile, Argentina y Uruguay), se buscó exterminar a los aborígenes y poblar con blancos,

Guardadas tales diferencias, en la mayor parte de los países de la región, en el siglo XIX, la figura predominante como base del mencionado sistema fractal de dominación es la *hacienda*. Heredera de la encomienda, sin ella es imposible entender la manera como se organiza el poder político. La hacienda era la unidad económica, política y social básica del sistema fractal de organización del poder mundial. En su centro estaba el hacendado, propietario de un predio rural lo suficientemente extenso y rico para permitirle hacer gravitar a su alrededor tanto a los pequeños propietarios que estaban cerca de él como a los trabajadores no poseedores de tierra.

Muy buena parte de la base de esa estructura social la conformaban una porción de la población indígena que había sido aculturizada y la gente mestiza que se fue acumulando durante tres siglos de régimen colonial. El hacendado establecía un vínculo sumamente complejo que connotaba dimensiones afectivas, económicas y políticas. En lo afectivo, el hacendado solía ser padrino o compadre prácticamente de toda la comunidad. En lo económico, la relación estaba marcada por la inevitable centralidad de cada hacienda en los procesos de producción y de distribución. Para sembrar, cosechar y comercializar, siempre era necesario asociarse (de manera muy inequitativa) con el terrateniente.

[65]

Al ser el hacendado el actor privilegiado para el vínculo con el mundo externo, se convertía en canal obligado tanto para el acceso al comercio de insumos como para la colocación de productos en el mercado. Con ello se convertía, casi por inercia, en líder político y militar. De modo que la participación política establecida en las instancias estatales estaba mediada también por las estructuras de poder hacendario²⁹. Se pertenecía al partido del hacendado, se votaba por quien él dijera y se hacía la guerra contra quien él indicara. Un sistema clientelista cohesionaba a los hacendados en el partido que los federaba nacionalmente. Pero un hacendado era el poder máximo en cada localidad, haciendo gravitar a su alrededor a los otros, por encima de cualquier autoridad formal del Estado³⁰.

con los cuales se pretendió erigir Estados nacionales; mientras que el resto de países serían de mayoría no blanca (mestiza, indígena o afro), pero los blancos imponen su dominación. Aquí se refiere precisamente a estos últimos.

29. En el fondo, lo que siguió, con la apariencia de un estado similar al europeo, fue una sociedad completamente estratificada por sectores sociales, por los colores de la piel, etcétera.
30. Para acceder a una explicación de la figura de la hacienda en la época republicana en Colombia y su continuidad con la encomienda de la época colonial, puede

Sin embargo, seguían existiendo comunidades indígenas, muchas de ellas en retroceso frente al avance de los poderes locales y las dinámicas de colonización sustentadas en el racismo de siempre. El proceso independentista estimuló la ambición por los territorios de las comunidades aborígenes, avivó en muchos casos la persecución a los pueblos indígenas e incrementó los niveles de racismo en nombre de la civilización moderna y en beneficio de quienes se quedaron con sus tierras o se aprovecharon de su mano de obra casi gratuitamente.

Los principios del nuevo paradigma pregonado, como el monismo jurídico o la unidad nacional, fueron usados contra los pueblos indígenas. Países como Guatemala, Perú o México dejaban por fuera de su sistema de ciudadanía a la mayoría de su población, al dar tratamiento de menores de edad a los indígenas que mantuvieran su identidad y siguieran vinculados a las estructuras políticas de su pueblo. En medio de esta arremetida, muchas comunidades aborígenes seguían manteniendo su integridad como colectivo y vivas sus instituciones. Muchas de ellas se fueron transformando desde dinámicas propias, y otras cedieron al establecimiento y apropiación de instituciones occidentales.

Coetáneamente, se produjo una cierta homogeneización racial en los países por varias vías: 1) en el Cono Sur (Uruguay, Argentina y sur de Chile y Brasil), mediante un aniquilamiento indígena similar al que se dio en Estados Unidos; o 2) por medio de dinámicas de *blanqueo* en Colombia³¹ y

verse Guillén-Martínez (2008, p. 230 y ss.). El análisis más comprensivo de la relación entre los poderes rurales y las estructuras de poder político en toda la región latinoamericana puede encontrarse en Antonio García Nossa (1978).

31. El fenómeno del blanqueo puede verse en el poblamiento de Colombia. Ha sido objeto de estudios científicos que, siendo la base genética fundamental una mayoría indígena, y aunque entre los inmigrantes hubo muy pocas mujeres españolas, hoy está desproporcionalmente generalizado el fenotipo hispánico. El Instituto Nacional de Genética ha determinado que el 82 % de los colombianos descendemos de una india, por nuestros genes mitocondriales, mientras solo un 9 % descende de una española. Lo que ha ocurrido es que la imposición mediante la selección violenta o inducida del fenotipo europeo ha marcado los rasgos europeizantes actuales. Fernando Guillén-Martínez (2008) muestra en su historia del poder político en Colombia cómo en un municipio del occidente de Colombia (Santa Fe de Antioquia), donde en 1630 había 2500 indias, 2500 indios y 10 hombres blancos, se cambió la composición poblacional en apenas cien años llegando a más de 90 % de población blanca. Lo ocurrido allí fue que los blancos y los descendientes que más tuvieron su fenotipo se reprodujeron como sementales por cinco generaciones, en menoscabo de oportunidades de

Venezuela, que sobrepusieron rasgos fenotípicos europeos sobre genotipos y matrices indígenas³² y donde la población indígena tendió a desaparecer para, en muchos casos, terminar sustituida por la africana. Otra cosa es el proceso crónico de etnocidio, como el que se dio sobre indios, negros y mestizos, en el caso de México, Perú, Ecuador, Centroamérica y Bolivia, donde una minoría pequeñísima, de piel blanca, ha negado históricamente las más mínimas condiciones de acceso a la ciudadanía de las mayorías.

Se reconoce que, hasta finales del siglo XX, solo había habido dos intentos reales, pero fallidos, de construir una ciudadanía generalizada en el sentido que se propone en el discurso moderno para Europa: México (década de los diez) y Bolivia (década de los cincuenta)³³. Otra es la vertiente abierta por Cuba en la década de los sesenta del siglo XX y seguida por países como Ecuador y Bolivia medio siglo después. Son casos que pueden caracterizarse como una ruptura de la dinámica colonial imperante en el continente y como la generación de derechos económicos y sociales impensables en el resto del continente.

La regla general es la contraria. El proceso colonial continuó, la ciudadanía sigue siendo un privilegio y no puede afirmarse que hayamos construido verdaderos Estados nacionales. Tras la Independencia, simplemente se rearticuló el poder colonial a favor de los grupos de poder criollo (Quijano, 2000, pp. 236 y ss.). En muchos casos, eso se logró mediante el sometimiento de las comunidades, estableciendo con ellas relaciones de subordinación de las autoridades propias en un régimen al que se refiere Pablo González (2003) como de *colonialismo interno*³⁴.

[67]

reproducción de los hombres indígenas. El caso más conocido en Colombia es el del alemán Geo von Lengerke, de quien se llegaron a conocer más de 450 hijos (Gómez, 1982). Y hoy una región tiene como un motivo de orgullo que una muy buena parte de la población dice descender de ese señor.

- 32. Es de anotar, sobre la colonización francesa en Haití, el papel de las mujeres en este proceso, pues se pretendía que ellas fueran a las colonias a ayudar a *mejorar* la raza, lo que les permitió ocupar roles distintos a los tradicionales, por ejemplo, como médicas (cosa que no podían hacer en su país de origen). Otras fueron enviadas para *pacificar* y *civilizar*/evangelizar las colonias (D. Barón Romero, comunicación personal, 10 de junio de 2015).
- 33. La discusión de si eso constituye o no democracia, dado el signo político y la forma como está organizado el Estado, no es objeto de este trabajo.
- 34. “Si, como afirmara Marx ‘un país se enriquece a expensas de otro país’ al igual que ‘una clase se enriquece a expensas de otra clase’, en muchos Estados-nación que provienen de la conquista de territorios, llámense Imperios o Repúblicas,

El profesor mexicano describe esta forma de colonialidad como muy similar a la que se presenta a nivel internacional, donde hay unas etnias en posición de inferioridad, con menos derechos, sin posibilidad de gobernarse a sí mismas ni de participar en los más altos cargos del Estado, y que son consideradas racialmente inferiores. Tal sería la situación de muchos pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes a lo largo del continente. El sistema colonial funciona de manera similar en las diversas escalas desde el poder del hacendado hasta el nivel mundial.

Correlativamente, podría decirse que la Independencia abrió una etapa que se caracteriza por una situación en la que convivían dos espacialidades, cada una con su propia institucionalidad jurídica y de administración de justicia. Por un lado, en el ámbito nacional del Estado, el sistema oficial, formalmente moderno, con codificaciones y un aparato jurisdiccional centralizado, que influía de manera muy tímida y limitada en la conflictividad. Por otro lado, concomitantemente con él, en el ámbito local, las estructuras jurídicas y políticas de poder predominante, principalmente hacendario, que, si bien fueron cediendo terreno, seguían marcando la mayoría de las relaciones sociales, aun durante el siglo XX, en varios países. También, en el ámbito local, en los territorios indígenas, el derecho de tales comunidades³⁵ seguía rigiendo sus relaciones internas y en muchos de los casos se mantenía reafirmado por el sistema de segregación que no garantizaba el acceso de los indios a la administración de justicia estatal.

Esa relación compleja entre las espacialidades locales no se resolvió en el siglo XX. Las comunidades indígenas se siguieron desangrando y muchas de ellas llegaron a desaparecer. Los espacios de poder local continuaron su evolución y se fueron articulando de manera diversa en los poderes nacionales. De hecho, la vía predominante de desarrollo rural, salvo México (en la década de los años diez) y Cuba (en los sesenta) fue la transformación del hacendado en empresario agropecuario³⁶. De modo que enormes masas de campesinos habían sido obligadas a abandonar la hacienda en busca de las ciudades que iban creciendo exponencialmente.

Al comenzar el siglo XXI, cerca del ochenta por ciento de los latinoamericanos vive en ciudades, la mayoría en difíciles condiciones sociales,

a esas dos formas de enriquecimiento se añaden las del colonialismo interno” (González, 2003, p. 3).

35. Y en escala menor, las comunidades afroamericanas, entre otras minorías.

36. Bolivia y Perú hicieron reformas agrarias cuyas realizaciones tuvieron alcance menor frente a las estructuras de poder económico y político planteadas.

en precaria situación laboral y sin poder contar con el amparo efectivo del sistema jurídico nacional. El sistema judicial oficial acusa los niveles más altos de litigiosidad represada, de impunidad y de des prestigio de su historia, y no ha tenido la capacidad de satisfacer la demanda correlativa a la oferta de derechos que hacen las leyes. En los flujos migratorios que la generaron, la fuerza laboral se dirigió del sector primario al secundario y de ahí al terciario. Las dinámicas de urbanización y de transformación de la economía están marcadas por esas inercias históricas y culturales.

Un sistema judicial sustancialmente diferente del europeo

Aun cuando los nombres de las figuras y los textos legales que enmarcan el sistema judicial en nuestro país son iguales o muy similares a los que se encuentran en los países centrales, son sustancialmente diferentes por su contexto. Nuestra historia ha determinado unos desarrollos en nuestra cultura en los que el Derecho tiene un lugar muy divergente del que tiene en Europa y una configuración de las estructuras de poder en la que el aparato judicial ha carecido de un papel democratizador de las relaciones sociales.

[69]

En lo que hoy se llama Europa, se entendió que el sistema judicial ligado al Estado nacional sería una herramienta para realizar en cada caso valores jurídicos construidos durante más de un milenio y así sobreponerse a los privilegios y los enormes desequilibrios de clase que se heredaron de la época medieval. La racionalidad jurídica europea se consolida en medio del rigor y del fasto de las universidades cléricales y se vertebraliza alrededor de instituciones culturalmente particulares, que son la resultante de una extensa tradición en la que confluye el pensamiento cristiano con el derecho romano y, en menor medida, el germánico.

El derecho estatal moderno es el lugar de encuentro de esa racionalidad, globalizada en su tiempo por la Iglesia, con el orden nacional que venían liderando los reyes, gracias a la acción de los juristas formados en las universidades. Su actuación mediante un actor independiente de los poderes nobiliarios y enmarcado por una única ley que obliga a todos por igual se erigió en herramienta para convertir en realidad los derechos que se establecían en un sistema jurídico tendencialmente incluyente, en la medida en que se fue ampliando el contrato social, gracias a las luchas sociales en un contexto de expansión capitalista.

A diferencia de los países centrales, el sistema judicial en el conjunto de América Latina no se asocia con la garantía de derechos y la democratización de las relaciones sociales. Ello se debe al hecho de que el derecho occidental es impuesto por los usufructuarios del poder en un contexto colonial o poscolonial.

Aquí, el derecho eurocéntrico se erige en el lugar de lo moderno, lo bueno y lo válido, y se impone persiguiendo o aniquilando las identidades de los sectores subalternos, que, de diferentes maneras, organizan sus sistemas de orientación de comportamientos y regulación de conflictos. Los valores europeos, sus conocimientos y sus instituciones, se ponen en el lugar de lo atrasado y lo bárbaro, mientras que los poderosos de nuestros países se resignan al triste intento de remediar lo occidental.

Los operadores y los procedimientos no se ven como una vía que conduce a menoscabar las desigualdades, sino como una herramienta muy eficaz para beneficio de los poderosos. Habiendo permisividad social para la desobediencia de la ley, resulta aceptable que el argumento jurídico sirva para escudar lo que hacen los actores que tienen una posición preeminente en la sociedad.

Por más de doscientos años, hemos intentado imponer instituciones que han sido el resultado de una dialéctica entre las figuras y los contextos sociales ajenos. En sus entornos, tales instituciones construyeron sus discursos a partir de sus propias tradiciones intelectuales y sus prácticas sociales, y se estructuraron normativamente desde los procesos institucionales en los que emergieron. Litigantes y jueces, profesores y doctrinantes, investigadores y filósofos del derecho, enfrentados o aliados, constituyeron la masa crítica necesaria para que el judicial surgiera y se desarrollara como un proyecto lleno de significado en el contexto específico de las sociedades que hoy conforman los países centrales de Occidente.

El establecimiento de la manera europea de regulación de conflictos que conocemos como sistema judicial es la resultante de una dinámica social y política de siglos que fue y sigue siendo ajena a nuestra cultura. Como veremos en el siguiente capítulo, nuestra mayor debilidad es que nos negamos a ver esa dialéctica compleja en nuestra realidad jurídica. En este rincón del sur del mundo, miramos la realidad desde las estrechas rendijas de normas e instituciones construidas en otros contextos y, como no vemos más, quedamos conformes con la idea de que el mundo cabe a través de ellas.

Capítulo 2. La experiencia judicial de Colombia

La manera como ha asumido el operador judicial los conflictos de clase en el país puede ilustrarse a través del siguiente caso, cuyas partes se situaron en el valle alto del Río Magdalena, en la segunda mitad del siglo xx. Una empresa comunitaria de doce familias campesinas, propietaria de un predio ribereño, ocupó las nuevas áreas que le fue dejando por aluvión el río adyacente. Varios años después, el propietario del predio vecino los demandó, alegando que ese terreno era suyo y que el río simplemente había cambiado de cauce. Su acción fue interpuesta de manera inoportuna, porque ya los tiempos procesales no daban para una declaración judicial favorable y, aunque su argumento fuera válido, ya los campesinos tendrían derecho al predio por prescripción adquisitiva antes de que se produjera la sentencia. Con lo cual el terrateniente tomó la decisión de sacarlos del predio por la fuerza para que interrumpieran la posesión. Para lo cual procedió a quemarles los cultivos y a tumbarles las edificaciones.

Acompañamos a los campesinos en ese caso, entre 1985 y 1987. Iniciamos un proceso penal por daño en bien ajeno contra el agresor, al tiempo que los campesinos, a un costo enorme, retomaban trabajos luego de cada incursión de los agentes del terrateniente. La jueza municipal de la localidad (que, según el procedimiento vigente, obraba como instructora del proceso) hizo varios intentos, por interés del denunciado, que era presidente del Concejo Municipal y jefe político del alcalde, de cesar el procedimiento³⁷. Sin embargo, el juez del circuito de Neiva (destacado miembro del sindicato de jueces) llevó adelante el caso, reconoció la posesión y condenó a tres años de arresto al agresor y al pago de los perjuicios.

El Tribunal Superior, en segunda instancia, sin desconocer ninguna de las pruebas que aportamos ni controvertir los argumentos que dimos,

37. En conversación privada, la jueza me manifestó su inconformidad, porque sentía que el caso afectaba su primer cargo en la Rama Judicial, en donde pretendía hacer carrera. Dijo que era un *chicharrón* estar en el dilema de tener que garantizar los derechos de los campesinos, pero no podría hacerlo porque ello le representaba enfrentar al hombre más poderoso del municipio y entorpecer sus posibilidades en el futuro.

absolió con el argumento nuevo de que el terrateniente había obrado en estado de necesidad, porque habría sido la única manera de evitar que los poseedores alcanzaran su derecho de propiedad. Con lo cual, sin empacho, excusaron al poderoso por un delito cometido para impedir que la ley favoreciera a la contraparte. El terrateniente usó la violencia para impedir que los campesinos accedieran a su derecho y luego la máxima autoridad judicial regional, ante la que ya no cabían recursos jurídicos, sirvió de instrumento para consolidar el despojo.

Mediante los desarrollos queharemos en las próximas páginas, sustentaremos que este no es un caso excepcional, sino un ejemplo de la manera como tiende a operar el aparato judicial en la realidad colombiana. Este ejemplo nos permite ver dos elementos que caracterizan la tendencia dominante en la historia de la administración de justicia en Colombia —más allá de unas cuantas ciudades que, en las últimas décadas, han logrado ponerse a distancia de los poderes fácticos—: 1) entre los colombianos suele encontrarse una actitud proclive al incumplimiento y a la violación de las normas que puede ir incluso más allá de lo que se ha planteado de manera genérica para América Latina y que podrá ser tan exitosa como sea la posición de poder del actor; y 2) la orientación que se da a la gestión de los conflictos en el país no puede entenderse si se desliga de las dinámicas de poder, en la medida en que los operadores de justicia se encuentran en una posición vulnerable, y muchas veces subalterna ante los actores poderosos existentes en la mayor parte del territorio nacional.

En la primera sección, haremos una lectura de lo que significa hoy en nuestra región latinoamericana el sistema judicial para la democratización de las relaciones sociales y el Estado. En la segunda, ahondaremos en el significado colombiano de la cultura de desobediencia a la norma, que hemos introducido en el contexto subcontinental; a continuación, describiremos el contexto de relaciones de poder en el que se encuentran situados nuestros operadores judiciales y, en la parte final del capítulo, miraremos la relación que hay entre estos dos elementos. Buscamos entender cómo la cultura del incumplimiento de normas agrega oportunidades al más poderoso para imponer sus intereses en menoscabo de derechos ajenos.

La regulación poscolonial de los conflictos

En esta región, situada en la periferia del capitalismo y del mundo occidental, la regulación de los conflictos y el lugar que ocupa el judicial

en ella es sustancialmente diferente de como se produce en el centro de dicho universo cultural. La regulación de los conflictos que se observa en las sociedades capitalistas centrales tiene grandes disimilitudes frente a lo que tenemos en la realidad latinoamericana.

En los países centrales, la normativa social actúa sobre las controversias de manera mucho más armónica y complementaria con la normativa jurídica estatal y sus diferentes instituciones, en cuya cúspide está el sistema judicial. Si bien las decisiones y los procedimientos de los jueces en los países centrales pueden impactar de manera muchas veces negativa en las relaciones de convivencia, su intervención se considera excepcional, porque teóricamente actúan por defecto, cuando las instituciones y normas sociales, con las que confluyen armónicamente en la regulación social, han sido desbordadas (Mayer, 2000; Felstiner, Abel y Sarat, 2001; Santos, 2001; Galtung, 2000).

En Latinoamérica, la situación es muy diferente, en la medida en que la normativa social no necesariamente coincide con la que encontramos en las sociedades modernas. Las estructuras normativas que regulan la vida diaria suelen estar muy distanciadas y en muchos casos son contradictorias con las que se establecen a través de las leyes estatales. Los pueblos indígenas o afrodescendientes han estructurado cada uno de manera diferente sus dinámicas de regulación. Por ejemplo, entre los indígenas murui o tikuna de la Amazonía, la diferenciación entre lo productivo, lo comunitario y lo doméstico es imposible, en la medida en que una comunidad es una familia ampliada de unos ochenta integrantes que regula dinámicas que estarían situadas en todos esos ámbitos en una sociedad moderna.

[73]

Pero no es nuestro interés ocuparnos aquí únicamente de lo que por definición no es occidental. También se distancian nuestras dinámicas de regulación de lo postulado para las sociedades modernas en la medida como se tramitan los conflictos en poblaciones que se suelen catalogar como occidentales en nuestros países. América Latina es mayoritariamente mestiza y, por tanto, debemos ocuparnos de la realidad de su mesticidad o de su hibridez³⁸, reconociendo sus diferencias culturales con el mundo Europeo, del que solo es parcialmente tributaria. De modo que la institucionalidad social solo coincide en parte con la que se formula para los países centrales.

38. Hibridez es como llama Néstor García Canclini (1989) a los rasgos culturales más gruesos que tenemos.

Siendo que la mitad del empleo en América Latina es informal, el espacio³⁹ productivo se confunde con los espacios doméstico o comunitario. Es el caso de las llamadas *famiempresas* y las *microempresas*: muchas veces es la familia o una comunidad entera la que trabaja (y se autoexplota) para acceder a la venta de su fuerza de trabajo. En el ámbito rural, encontramos comunidades que se mantienen integradas aun cuando algunos de sus miembros se desplazan a las grandes ciudades para generar el metálico necesario para adquirir ciertos productos que no se generan a nivel local. La familia del migrante queda al cuidado de los integrantes de la comunidad que permanecen en el territorio comunitario, mientras quien está fuera produce dinero y lo hace llegar (Peña, 2005; Machado, 1998).

También allí, la normatividad de cada uno de los espacios estructurales puede estar muy alejada de la jurídica estatal. Es sabido que el concepto de familia nuclear que suele encontrarse en las leyes de familia es escaso o puramente ficticio para amplios sectores de la región. Lo más frecuente es que la madre esté sin su esposo y tenga a cargo los hijos y que, cuando hay pareja, los hijos no sean todos comunes⁴⁰. Del mismo modo, en lo laboral, lo más corriente es que las relaciones de trabajo funcionen bajo reglas de asociación o destajo entre el contratante y el contratado⁴¹.

Mauricio García Villegas (2001) señala que lo que se presenta es la convergencia de espacios premodernos con los propios de la modernidad. Haciendo una lectura de su planteamiento, diríamos que el espacio de ciudadanía en los países de la periferia capitalista precedió a la institucionalidad moderna de los otros espacios estructurales de regulación, y se mantiene más o menos aislada frente a ellos, mientras que, en las sociedades modernas, se organiza a tono con ellas y las articula. Por esa causa,

-
- 39. Adoptamos aquí el marco conceptual propuesto por Santos (2000), según el cual la regulación se produce en seis espacios estructurales en las sociedades capitalistas modernas: doméstico (relaciones de reproducción), productivo (relaciones de producción), mercantil (relaciones de intercambio), comunitario (relaciones determinadas por la identidad), ciudadanía (relaciones con el poder del Estado) y global (relaciones planetarias).
 - 40. Según informa la Cepal (2008), en América Latina, solo en Brasil y Paraguay los hogares nucleares con dos padres alcanzan el 20 %; en los demás países, la familia nuclear idealizada en la ley solo ronda el 10 %. La mayoría de las personas se agrupan en familias extensas o están a cargo de la madre.
 - 41. Cerca de la mitad de los trabajadores de América Latina, 47,7 %, un total cercano a 130 millones, son informales (OIT, 2013, p. 57).

las reglas de la reproducción, la producción, la distribución y la identidad discurren por canales inaprensibles por la regulación estatal.

Siendo así en nuestro contexto, las normas sociales tenderían a no ser claras, produciéndose una inclinación al caos. Lo que, a su vez, genera un vacío ante el que se percibe un llamado a la regulación estatal para que ocupe, así sea de manera autoritaria, los espacios en los que no es hegemónica, produciéndose la sobreposición del espacio de ciudadanía con los otros espacios⁴² estructurales de manera muy diferente a como lo hace en los países centrales. En nuestro sentir, como lo venimos planteando, el elemento principal que describe nuestra realidad está en ese desfase entre la regulación ciudadana y la que se produce en los otros espacios estructurales.

Pero, más allá, hay una dimensión particular en la cultura de nuestro subcontinente que reduce la capacidad del Estado para regular los ámbitos que demarca mediante la ley. Siguiendo a José Luis Romero, García Villegas (2001) muestra cómo los latinoamericanos (aun aquellos que pertenecen a los estratos más altos) tenemos una relación ambigua de adoración y rebeldía hacia el derecho estatal.

[75]

Por un lado, tenemos la idea de que el destino social está encadenado a decisiones legales cruciales sin las cuales la sociedad caería dentro de la anarquía y el caos. Por el otro lado, tenemos un fuerte sentimiento de independencia frente al derecho oficial, lo cual ocasionalmente toma la forma de rebeldía, o de una reivindicación de “derecho natural”, que justifica el hecho de emprender acciones contra, o al margen, de lo prescrito. (p. 24)

Desde la época colonial, la clase dirigente desarrolló una obediencia selectiva de la ley española. De modo que, en sociedades altamente jerarquizadas y segregadas, el desacato de la ley por parte de los poderosos tenía muy altas posibilidades de prosperar: entre los españoles y sus descendientes, se generalizó la expresión *se obedece pero no se cumple*⁴³, con

-
- 42. García Villegas (2001, p. 35) muestra cómo, en nuestro contexto, la actividad política y el manejo del Estado no necesariamente se rigen por las normas del derecho público, propias del espacio ciudadano, sino que dependen de estructuras normativas de otros espacios con las que se combinan: clientelismo, nepotismo.
 - 43. El fuero territorial existente para Navarra y el País Vasco autorizaba que disposiciones del Rey que fueran contradictorias con las normas propias tenían *pase foral*, que se denominaba de ese modo, y significaba que al Rey se obedece pero

lo que se daba cuenta de que, para los poderosos, no había obligación de acatar los mandatos legales. Dicho de otro modo: el sistema de creencias heredado del imperio ibérico,

personal, de lazos de parentesco y sistemas de estatus en un ambiente completamente politizado de toma de decisiones gubernamentales centralizadas, no solo no dio nunca el paso fundamental para crear instituciones impersonales de intercambio sino que perpetuó la estructura piramidal de los gobiernos de América Latina. (North, 2000, p. 146)

Obsecuente ante ese estado de cosas, el sistema judicial se fue afianzando en un discurso de acatamiento de las normas jurídicas, como un velo para su impotencia y correspondiente irresponsabilidad frente a los poderes reales⁴⁴. Correlativamente, los mismos poderosos se sustentaban en normas jurídicas para movilizar en su favor la acción de actores del propio Estado. En consecuencia, el derecho en general solo era exigible judicialmente contra los débiles en la escala social. Es más, en esta época, solo una parte más o menos reducida de la población conoce sus derechos y cómo hacerlos valer, puede obtener representación jurídica, los juzgados están a su alcance y cuenta con el capital social necesario para que su caso sea tratado.

María Bergoglio (2008, p. 57) muestra que, en la provincia argentina de Córdoba, la percepción sobre el derecho y la justicia no ha cambiado. Por ejemplo, se considera que las leyes favorecen a algunos (69 % en clases altas y 95 % en bajas) y los operadores aplican discriminatoriamente la ley (85 % en clases altas y 94 % en clases bajas). Por eso, surge otro dicho, muy extendido en Colombia, según el cual “la justicia es para los de ruana”, es

hay autorización de la autoridad local para no cumplir sus disposiciones. En América, la decisión de proceder según el adagio quedaba en manos del poderoso.

44. Como lo muestra Juan Montaña para el caso ecuatoriano: “En efecto, a diferencia de lo que ha ocurrido con las otras dos funciones clásicas del Estado, en Ecuador, la función judicial ha sido concebida, desde la Constitución de 1830, como un poder no solo subsidiario, sino realmente desconectado de las otras dos. La ‘subsidiariedad’ se consigue a partir de la adopción irreflexiva y acrítica de la teoría positivista del derecho que considera que el derecho, una vez creado por el legislador, debe ser aplicado de un modo mecánico por el juez” (Montaña, 2008, p. 193).

decir, para perseguir a los más pobres: “La ley implicaba sumisión antes que derechos” (García Villegas, 2001, pp. 33 y 42).

Cada operador cuenta con mecanismos que le permiten poner los acentos en unas normas o en partes de estas. Además, a las reglas generales de las leyes se les suelen colgar excepciones (*micos*, decimos en Colombia) que permiten la actuación diferenciada del judicial, dependiendo de la situación (que generalmente tiene que ver con las particularidades y la posición de poder de los litigantes). Como correlato, los sectores subalternos han desarrollado mecanismos para tomar distancia de la actuación de la justicia y una actitud con la que buscan protegerse procurando evitar el control de sus actos por el Estado y los poderosos mediante mecanismos de solidaridad por oposición. Lo cual hace inaceptable informar de cualquier incumplimiento de la ley que se conozca⁴⁵, porque se asume que el que incumple un mandato legal ejerce un derecho a la rebeldía. Lo que se omite es que los casos más jugosos de violación de la ley son en beneficio de los poderosos y ellos mismos son los favorecidos con esa regla de no denunciar.

Para profundizar un poco más en este análisis, podemos valernos de la reflexión que trae Octavio Paz (1979, pp. 28 y ss.) al explicar la cultura política mexicana, que en nuestro sentir es extrapolable al resto de América Latina. Dice Paz que somos una sociedad que se niega o abomina de sí misma. Al hacer un análisis del improperio mayor mexicano, *hijo de la chingada*, deriva varios elementos que son importantes para entender nuestra relación con las normas y los derechos. La *chingada* sería una mujer cuya culpa es haber sido violada y sus hijos heredan la vergüenza por la supuesta culpa materna. Mientras que el mérito lo tiene el *chingón*, el hombre que logró imponerse.

[77]

Con ello, ilustra el autor que esa es una expresión de la identidad latina con el hombre que irrespeto, que agrede, que viola. La paternidad del *chingón* se deriva de la audacia y de la prepotencia. No se trata del machismo simple del que se puede hablar en otras culturas, porque no se trata del patriarca al frente de la tribu o del clan. No es el proveedor de sustento y seguridad de la familia nuclear, es el conquistador español que va por el mundo dejando a mujeres sin honra, con hijos y sin respaldo. Obviamente,

45. A quien cumple con el deber legal de informar a la autoridad algún delito, se le cataloga como *sapo*. Un epíteto que tiene una connotación muy negativa en la cultura colombiana.

ese personaje tiene más de epónimo que de padre, pero suele ser el que genera la identidad en nuestra región.

Esa identificación con el conquistador, padre ausente, se asocia con el fenómeno del blanqueo, que es la forma perversamente extendida en América Latina de mitificación cultural⁴⁶. A pesar de que fundamentalmente descendemos de raíz indígena (por genética y por formación en el hogar, en la comunidad), nos movemos en el ámbito de lo europeo: la escuela, la iglesia, el Estado, que son eurocéntricos.

Entonces, después de nacer, sobre la misma matriz ideológica, podemos seguir blanqueándonos culturalmente, si nos ceñimos más a lo de fuera del hogar, a lo que está en los centros del poder, a lo que nos desconoce. Por lo cual se nos ha esculpido en piel que nuestro éxito está ligado a cuanto más convincentes logremos ser de que somos blancos, conocedores y seguidores de las vertientes europeas de la cultura. Alguna evidencia tendrá cada uno para mostrarse. Pero lo que se busca es una *identidad imposible*. Nos identificamos con un Occidente del que nunca haremos parte. Bajo la piel, tenemos nuestra condición terrígena. Negar o abominar de la madre, de la comunidad, de nuestra cultura mestiza, no nos transforma fundamentalmente.

Aplicada de manera específica a la experiencia histórica latinoamericana, la perspectiva eurocéntrica de conocimiento opera como un espejo que distorsiona lo que refleja. Es decir, la imagen que encontramos en ese espejo no es del todo quimérica, ya que poseemos tantos y tan importantes rasgos históricos europeos en tantos aspectos, materiales e intersubjetivos. Pero, al mismo tiempo, somos tan profundamente distintos. De ahí que cuando miramos a nuestro espejo eurocéntrico, la imagen que vemos sea necesariamente parcial y distorsionada. [...] Aquí la tragedia es que todos hemos sido conducidos, sabiéndolo o no, queriéndolo o no, a ver y aceptar aquella imagen como nuestra y como perteneciente a nosotros solamente. De esa manera, seguimos siendo lo que no somos. Y como resultado no podemos nunca identificar nues-

46. María Fariñas sugiere que, para desmitificar la cultura, “sería conveniente reconstruir las tradicionales definiciones culturales que tienden a señalar los patrones dominantes de una cultura, en base a la sacralización de determinadas tradiciones y a la exclusión y a la criminalización de otras como no propias o no auténticas” (Fariñas, 2008, p. 52). En este capítulo, mostramos el impacto histórico que tiene esa mitificación sobre la administración de justicia. En el siguiente volveremos sobre este problema a propósito de los procesos de globalización.

tros verdaderos problemas, mucho menos resolverlos, a no ser de una manera parcial y distorsionada. (Quijano, 2000, p. 226)

Pero habíamos dicho que la ley y el poder estatal tienden a servir a los poderosos y así lo percibe la gente. ¿Cómo se resuelve esa contradicción? Pues el apego es puramente formal, en el fondo somos mestizos y actuamos como tales, nuestra relación con la ley no es para obedecer sino para utilizar. En cada oportunidad aparece el chingón que muchos quieren ser. En esa justificación de la resistencia a la ley ajena, y que no nos identifica, se excusa la agresión a los derechos que hacen los poderosos. Porque finalmente se trata de que cada uno haría lo mismo si tuviera el poder. Sería un chingón, violaría, dañaría y se ufanaría de ello.

Possiblemente, buena parte del éxito de algunos recientes líderes de altísimo carisma, como Chávez en Venezuela y Uribe en Colombia, radica en que pasaban por encima de la ley, irrespetaban las instituciones y se *amarraban los pantalones* (léase que no se detenían a respetar derechos). Serían queridos y admirados por ser los más grandes chingones en la idiosincrasia que estamos retratando. Representan lo que muchos quieren ser y eso les da mucha acogida. Lo importante para salir adelante no es tener derechos, sino tener poder, tener conexiones. La ciudadanía es un concepto puramente teórico, que aparece en los libros de educación cívica y se enseña en las facultades de Derecho, pero que todo el mundo, empezando por los jueces, sabe que no es aplicable de manera genérica.

[79]

Una cultura jurídica mitómana

En Colombia, se usa corrientemente el término *leguleyada* para dar cuenta de los actos, generalmente de los propios juristas, que conducen a dar un ropaje jurídico a una actuación moral o socialmente inaceptable⁴⁷. El término expresa el aspecto más crítico de nuestra relación con el derecho. Muchas veces, la preocupación por el encuadramiento de los comportamientos en el marco del derecho no tiene otro propósito que el de dar un blindaje a las actuaciones. La advertencia que muchas veces se hace de querer ser legales en realidad se refiere a estar blindados legalmente,

47. Con significado similar al del término *chicaneada*, que se utiliza en el centro y en el sur del continente (Pásara, 2010, p. 390).

y no propiamente a respetar y garantizar derechos⁴⁸. Decimos querer el derecho, cuando lo que en realidad queremos es ser invulnerables ante los operadores judiciales⁴⁹. Nos creemos legales, cuando en realidad somos *leguleyos*. Como parte del contexto cultural latinoamericano que hemos descrito, tenemos una tendencia generalizada a apartarnos de los cauces legales cuando ello no nos conviene y, si lo legal ha de ser considerado, es para asegurar que nos sirve para ponernos a salvo.

En nuestra cultura, predomina la idea según la cual la única regla es la de que el cumplimiento de la norma está sometido al interés de cada uno (y el de la propia familia)⁵⁰, y lo que debe hacerse en cada caso depende de qué tan rentable puede ser cumplir o no la norma⁵¹. En ese escenario, se aclimatan las conductas agresivas y la violación de los derechos ajenos, así como el irrespeto consuetudinario por los bienes comunes o públicos. Ese puede ser uno de los factores más estructurantes de las dinámicas de

[80]

-
48. En un ejercicio realizado con pandilleros —muchos de ellos dedicados al narcotráfico y al sicariato— de la comuna nororiental de Medellín en 1998, les preguntamos si querían seguir en ese medio o aspiraban a cambiar en el futuro, y la mayoría dijo que querían ser policías. Ante nuestra perplejidad, nos aclararon que “uno de policía puede hacer lo mismo que hacemos ahora pero ‘legalmente’. Nadie lo jode”.
 49. Mauricio García se pregunta recurrentemente en sus obras por qué somos un país que al mismo tiempo, de manera generalizada, adora lo legal y es proclive a violar las reglas del derecho. La clave puede estar en lo que él denomina *el vivo* en su taxonomía de los incumplidores de normas. El vivo es el que viola pero sin que eso traiga consecuencias en contra (García Villegas, 2009). Y la mejor manera de lograrlo es blindándose legalmente.
 50. Los sentimientos profundos de amor por la madre suelen estar en la base de los móviles que tienen los sicarios de Medellín para cometer sus asesinatos por la paga. El caso colombiano se caracteriza por la predominancia de una ideología encerrada en los valores familiares, y allí podría estar una causa de nuestros problemas con la regulación ciudadana: “Otro estudio con una orientación más sociológica es el elaborado por Sudarsky quien mide y compara entre países elementos que están a la base de las sociedades en que priman los valores cívicos y especifica un capital social basado en la cooperación entre los ciudadanos, a diferencia de las sociedades de poca integración en donde priman las relaciones familiares y la desconfianza con el resto de los individuos” (Kalmanovitz, 2001, p. 20).
 51. Muy elocuente es el caso, en abril de 2015, del transporte público masivo denominado Transmilenio. En la misma Bogotá, hubo que hacer una campaña para generar algún tipo de rechazo respecto a los usuarios del transporte público que dañan su infraestructura o simplemente no pagan el servicio.

violencia que imperan en el territorio nacional. Resulta ilustrativo observar cómo encarar esa cultura mitómana en Bogotá fue definitivo para reducir a menos de la mitad el número de homicidios en menos de diez años. El gobierno de Antanas Mockus definió como *cultura ciudadana* un programa que buscaba el mejoramiento de las condiciones de convivencia y seguridad de la ciudad de Bogotá, precisamente porque entendió y afrontó el reto de superar el desfase entre las normas sociales y las normas jurídicas⁵², que, siendo crónico en todo el país, había convertido a la ciudad en una de las más violentas del mundo (Melo, 2009, pp. 108 y ss.). Con su gestión, se avanzó hacia una transformación, seguramente, más necesaria en nuestro país que en el resto del continente.

Como correlato del enaltecimiento del chingón, impera la idea de que quien se somete a la norma es el *tonto*, porque lo que sería correcto es violarla cuando a uno le desfavorece. Si hay quien cumple las reglas confiando en que los demás las cumplirán, se expone, y no estaría mal aprovecharse de eso: *el vivo vive del bobo*, reza un dicho muy popular. En la misma dirección, hay un refrán en el departamento de Antioquia que autoriza el ilícito, según el cual los padres dicen a sus hijos: *consigue plata bien habida, y si no puedes, consigue plata*. Esa lógica se prolonga también en el manejo de lo público. Se elogia a un político cuando se dice que *roba, pero hace*. Con lo cual, si lo que importa es la efectividad, no hay que detenerse en si comete delitos para hacer la labor que se espera de él. Por el contrario, quien pretenda someter al imperio de la ley a un gobernante arbitrario, se le puede ver como enemigo de los objetivos generales.

[81]

Desde allí puede explicarse el llamado teflón que acompaña al expresidente Álvaro Uribe y a las personas muy cercanas a él. Hoy está claro que desde el círculo de poder bajo su mando se cometieron delitos de muchas clases y, sin embargo, su popularidad se mantiene alta. Lo importante, para sus partidarios, pareciera ser que ejecutó con denuedo la labor a la que se comprometió: combatir a las Farc. Si se descuadernó la institucionalidad, si propició o cometió delitos, si violó la ley o violó derechos humanos, eso no le importa a la opinión pública. Lo que le importa a la gente es que acabe con la guerrilla. Lo que se le tiene en cuenta es que cumpla con la promesa

52. “El ejercicio sistemático de la violencia por fuera de las reglas que definen el monopolio estatal del uso legítimo de ella, o el ejercicio de la corrupción, crecen y se consolidan precisamente porque llegan a ser comportamientos culturalmente aceptados en ciertos contextos. Se toleran así comportamientos claramente ilegales y con frecuencia moralmente censurables” (Mockus, 2002, p. 23).

que hizo, aunque se lleve por delante la institucionalidad. Es admirado porque no se detiene en melindres legales y arrasa con todos aquellos que le exigen cumplir con la legalidad: sería el gran chingón⁵³, en los términos de Octavio Paz.

En la base de esta cultura está también la idea de que no hay por qué someterse a la autoridad humana, cuando está por encima la autoridad de Dios, que es con quien hay que estar en paz de verdad⁵⁴. De ese modo, cada uno se escuda en una actitud piadosa para cometer los actos más inmorales. Es célebre la fuerte religiosidad de Pablo Escobar, y de la mayoría de los dirigentes de la mafia narcotraficante, o las promesas de los sicarios a la Virgen para que les ayude con sus *trabajos*. Cualquier delito se excusa con el perdón de Dios, que es quien muchos, delincuentes o no, dicen que les importa de verdad: *el que peca y reza, empata*.

Otro elemento que contribuye a esa idiosincrasia de desobediencia de la ley deriva del narcotráfico y otros negocios ilegales. Durante las tres últimas décadas del siglo XX, hizo Carrera lo que se conoce en el país como cultura *traqueta*, que fue creciendo en la medida en que la prohibición de las drogas se fue haciendo más drástica y, por lo mismo, más rentable

[82]

-
53. En la misma dirección puede situarse una respuesta en cuanto a los paramilitares. En las encuestas, la gente abominaba de los delitos y violaciones de derechos que esos grupos causaron, pero tenían un concepto favorable de esos actores porque habían cosechado la imagen de estar acabando con la guerrilla. El colombianista francés Daniel Pécaut dijo, a propósito del proceso electoral en marcha: "Durante los años 2000 al 2006, a la gente no le molestó lo que sabía de las prácticas de los paramilitares. La gente en las ciudades hizo caso omiso de esos crímenes que se estaban cometiendo. Incluso muchos de ellos los aceptaron y aplaudieron la 'reconquista' del territorio hecha por los paramilitares aliados con sectores de la clase política. El odio a las Farc prevaleció por encima de esas atrocidades" (11 de junio de 2015).
54. Es ilustrativo lo que señala Salomón Kalmanovitz para el sector que ha estado históricamente enquistado en la clase dominante y ha tenido mayoría en casi todos los órganos de representación del Estado: "El problema de fondo dentro del latitudismo católico es que las virtudes burguesas se constituyen en vicios morales. Es notoria la falta de previsión en estas sociedades porque el individuo no está enfrentado consigo mismo para obtener la salvación sino que la religión y la autoridad le garantizan el cielo mediante la confesión y la penitencia y, al no tener que preocuparse por ella ni de responsabilizarse de su suerte, no mira hacia delante" (1997).

el negocio delincuencial⁵⁵. El surgimiento de los carteles, primero de Medellín y Cali, abrió la posibilidad de que un sector relativamente menor de microempresarios o lugartenientes amasara unas pequeñas fortunas⁵⁶ al lado de los grandes capos. Un hecho de repercusiones económicas de alguna consideración que podría no tener mayor impacto en otras áreas de la vida social. Sin embargo, lo importante es que produjo lesiones muy profundas en la institucionalidad y en la cultura. En cuanto a la primera, es muy conocido que el narcotráfico permeó todas las instituciones del país y que incluso los grupos criminales capturaron el Estado a través de su descomunal capacidad de soborno y de su poderosa potencia extorsiva (Garay, 2008).

Un juez antioqueño ilustró cómo se impuso el inobjetable poder del narcotráfico, presentando un mensaje que recibió de un traqueto local en el que le decía: “Doctor, tenemos cinco millones para usted. De usted depende que se los demos en plata o en plomo”⁵⁷. También ha de considerarse el deterioro cultural que causó. Es muy visible la expansión de su estética de consumismo extremo, con la que se definió la apariencia de edificaciones, vehículos, ropa y hasta los cuerpos de sus amantes. Su modo de vida simboliza su lógica de éxito montado sobre el crimen, invulnerable por el

[83]

-
- 55. A comienzos de los años setenta, las pequeñas mafias vinculadas al tráfico de esmeraldas y algunos jóvenes empresarios (entre ellos Pablo Escobar y los hermanos Ochoa, en Medellín, y los hermanos Rodríguez Orejuela, en Cali) se fueron aliando con mafias distribuidoras en Estados Unidos, en el mercadeo de marihuana, primero, y en el de la cocaína, después. La gran expansión del negocio se produce unos años después, cuando el Gobierno del presidente Reagan declara la guerra mundial al narcotráfico, con fuertes medidas restrictivas y recursos financieros y bélicos. Los carteles que venían surgiendo se encontraron con una oportunidad de generar ganancias ingentes porque la guerra favorecería su oligopolio en un mercado de proporciones tan grandes que competía con los primeros renglones de exportación, como el café. Para garantizar la favorabilidad en el Estado, movilizarían su creciente capacidad de corrupción y de amedrentamiento. Un buen panorama de este proceso puede leerse en Palacio (1987).
 - 56. No es el número de traquetos sino la densidad que tiene la imagen que proyectan. En la práctica, fueron muy pocos los que se lucraron del negocio ilegal. Kalmanovitz (1994) dice que si aproximadamente cuarenta mil de ellos llegaron a superar un millón de dólares, beneficiando a una periferia de diez personas cada uno, apenas el 1 % de la población haría parte de tal categoría.
 - 57. Mauricio García recoge testimonios de jueces que muestran que la situación de indefensión a la que se les ha sometido en amplias zonas del país no se había superado hace apenas unos años (García Villegas, 2008).

poder de sus armas y de su dinero. Los grandes jefes se vuelven modelo para amplias capas de la población. El mensaje que se observa en sus lujos y en su impunidad ostentosa: triunfar depende de la capacidad de imponerse. Para ello, puede actuar inmoralmente y también ilegalmente. No importa sobre quién se triunfa, no importa si se causan daños, si se violan derechos. Lo importante es el éxito.

En la misma dirección, se valida socialmente, sobre todo en algunas regiones del país, que quien ostenta un cargo público o una posición de poder la aproveche para su beneficio personal. Así, quien accede a un cargo público suele ser visto como alguien que tiene la oportunidad de obtener recursos ilegales, muchas veces verdaderamente cuantiosos⁵⁸. En el 2015 pudimos ver varios ejemplos en la primera línea del Estado: un exministro fue condenado por haber orientado recursos de campesinos pobres para sus allegados políticos, que no eran ni campesinos ni pobres; dos más, por haber usado recursos del erario para comprar los dos votos que hacían falta para hacer aprobar la reelección de su jefe como presidente de la República.

[84]

Aún más alarma causa en el mundo del derecho lo que pasa con los jueces. El presidente de la Corte Constitucional⁵⁹ se niega a renunciar a su cargo en medio de un proceso por venta de beneficios en una acción de tutela de una empresa petrolera (y, luego, por adquirir la tierra de campesinos cuando estos fueron desplazaron). En 2015, fue capturado el jefe de capturas de la Fiscalía porque negociaba con su trabajo⁶⁰ y quince altos mandos militares fueron procesados por irregularidades en las compras a su cargo. En 2017, tras el jefe anticorrupción de la Fiscalía, fueron procesados tres magistrados, de quienes hay pruebas contundentes de que vendían sus decisiones sobre los peores crímenes.

-
58. Recientemente, vivimos el escenario más dramático de este problema: en el mes de febrero de 2015, se le aceptó la renuncia al cargo de presidente de la Corte Constitucional a uno de sus magistrados (que negociaba con tutelas), luego se le inició una investigación porque adquirió un predio en medio de una zona en la que se estaba produciendo desplazamiento poblacional forzado y un campesino denunció que lo obligaron a vender, y luego se le inició otra investigación por vínculos con el grupo paramilitar que operaba en la zona.
 59. Es justo decir que este caso es el que más conmoción ha generado, porque la Corte Constitucional ha contado con el mejor prestigio —de pulcritud— y esta situación se ve como una muestra de hasta dónde llega la corrupción en el país.
 60. Se le acusa de retrasar su actuación, dando la oportunidad de que el procesado huyese, o de acelerar las capturas, en beneficio de los adversarios del capturado.

No parece haber un reproche generalizado a este tipo de conductas. Las denuncias y la actuación judicial, según muestran las encuestas de favorabilidad política, no afectan a los círculos en los que se produce la corrupción. Aunque hoy el problema ha escalado al primer lugar dentro de las preocupaciones públicas (*Semana*, 25 de septiembre de 2017), el rechazo social a los responsables parece ser manejado como parte de una pugna partidaria y no como la defensa del interés público⁶¹.

Si lo esperable es que cada uno vaya detrás de su interés donde quiera que esté, es coherente que no se confíe mayormente en las instituciones, porque se tenderá a pensar que quien esté al frente de cada una de ellas no va a obrar con otros valores. Por ejemplo, actualmente, la única institución que hoy tiene una aprobación mínima (56 %)⁶² es la Iglesia católica. En ese panorama, lo que tenemos es un gran desorden. Los colombianos no creemos en que las instituciones van a hacer lo correcto en cuanto a lo que les corresponde (y, si quisieran, no van a contar con el poder suficiente para imponerse). Cada funcionario, cada poder, va al Estado en pro de su propio interés. La gente se siente insegura porque no se siente amparada. La inseguridad que se experimenta no solo es consecuencia del hecho de que cada uno tema ser el bobo del vivo vecino, sino también de que la autoridad no haga valer las reglas o las use en contra de quien actuó correctamente.

De acuerdo con las encuestas, la administración de justicia solo alcanza el 17 % de imagen favorable en Colombia⁶³. Varios de los factores ya analizados pueden incidir en esta desfavorabilidad: las decisiones inoportunas o insatisfactorias para las partes, la aplicación de normas con las que los usuarios no se identifican, la percepción de que la justicia favorece al poderoso y que no expresa la cultura jurídica de las personas que son parte en los conflictos, y la imposibilidad de contratar un abogado que asuma de manera efectiva la defensa de sus intereses ante una entidad judicial.

La idea que queremos sustentar es que, en nuestra cultura colombiana, se desconfía de los demás porque socialmente está validado violar

[85]

-
61. No solo porque lo alegan, los partidarios encuentran respaldo por parte de Estados extranjeros como el de Panamá y Estados Unidos, sino porque los medios se ven compelidos a catalogarlo así. Un ejemplo puede verse aquí, donde una revista considerada adversaria de los enjuiciados y condenados les concede que puede haber abuso de autoridad (*Semana*, 18 de abril de 2015).
 62. Es lo que muestra el análisis de la gran encuesta anual de *Semana: Por qué las instituciones están en crisis* (15 de noviembre de 2014).
 63. Es lo que muestran los sondeos (*El Espectador*, 28 de junio de 2017).

las normas. De modo que, por regla general, se parte de la base de que cualquiera violará las normas, si tiene la oportunidad. Y quienes pueden hacerlo en grande es porque, llegado el caso, no serán obstaculizados en ese propósito por un operador de justicia. Por tanto, por ser el judicial el que tiene el poder de aplicar o no las normas, es alguien en quien por regla general no se confía.

Precisamente allí puede afincarse en muy buena medida el alto desprecio que tiene la administración de justicia actualmente en Colombia⁶⁴. El pedido de amparo que se hace al Estado frente a las agresiones o a las imposiciones por parte de los chingones se estrella contra la baranda de un juzgado. En esa dirección apunta Santos, cuando sostiene que, en países como el nuestro,

Un poder político concentrado, tradicionalmente afirmado en una pequeña clase política de tradición oligárquica, supo crear a lo largo de los años inmunidades jurídicas y fácticas que redundaron en la impunidad general de los crímenes cometidos en ejercicio de las funciones políticas. Esta práctica se convirtió en la piedra angular de una cultura jurídica autoritaria en la que solo es posible condenar hacia abajo (los crímenes de las clases populares) y nunca hacia arriba (los crímenes de los poderosos). (Santos, 2009a, p. 106)

[86]

Las encuestas muestran que la percepción de inseguridad ciudadana no está asociada tanto con la producción de hechos lesivos como con la falta de respuesta de la autoridad⁶⁵. Una evaluación negativa ha de esperarse si, de acuerdo con las encuestas, el 96% no encuentra sentido en denunciar

-
64. Un dato ilustrativo de que no se les aplica el mismo rasero que a otras autoridades es que, cuando se hizo la encuesta, no se había comprometido a las autoridades judiciales con denuncias tan graves como las citadas párrafos atrás. Sin embargo, estaba al mismo nivel que el Congreso, cuando este llegó a tener procesado por paramilitarismo al 15 % de sus integrantes.
 65. En el caso de Cali, encontramos que, para 2014, el número de homicidios y hurtos a personas fue de 1555 y 9123, respectivamente, mientras que en Bogotá, en el mismo año, las cifras fueron de 1358 homicidios y 27 753 hurtos a personas (Cali Cómo Vamos, 2014; Centro de Estudios y Análisis de Convivencia y Seguridad Ciudadana y Alcaldía Mayor de Bogotá, 2014). En Bogotá, un 33 % de los encuestados estima que es necesario que la justicia mejore para que haya más seguridad (Cámara de Comercio de Bogotá, 2016).

un delito⁶⁶. Pero también si se siente que la autoridad va a favorecer a los más poderosos y, en últimas, aplicará leyes que la mayoría no comprende y factiblemente tampoco considera justas.

El no-poder judicial

Históricamente, los jueces en Colombia suelen ser vistos como apéndice de los órganos más poderosos del régimen político, pero careciendo ellos mismos de poder. La independencia judicial tiende a ser mucho menor de la que se espera que ellos tengan en la organización del poder que corresponde a un sistema político jurídico. Al contrario, por diferentes vías, las actuaciones del operador de justicia están determinadas por las dinámicas de poder existentes en el contexto donde actúa. De allí deriva posiblemente la percepción negativa que, en diferentes aspectos, hay sobre ellos entre las personas que se encuentran en la posición más débil⁶⁷.

Hace treinta años, Luis Pásara los caracterizaba para toda América Latina como funcionarios pertenecientes solo excepcionalmente a las clases altas. En general, son personas que empiezan su ascenso en la clase media, que con algún éxito podrán —si se valen de sus vínculos con actores poderosos— hacer una carrera judicial, siempre y cuando logren evitar tensiones en su labor, evadiendo los casos polarizantes. Y es precisamente el proyecto de vida que hacen los jueces en cuanto a su carrera judicial lo que los hace más vulnerables a los poderes sociales.

[87]

-
66. Combinamos aquí dos estadísticas ya suministradas en páginas anteriores: un 90 % de las personas victimizadas en 2013 no dio aviso del delito a la autoridad, y de las que lo hicieron, el 62 % considera que la autoridad no adelantó gestión diferente a recibir la denuncia.
 67. En obra posterior, Luis Pásara ilustró esta percepción negativa a partir de la literatura peruana: “Novelas y cuentos peruanos presentan a la justicia como un ritual incomprendible que, más allá de cualquier racionalidad o previsibilidad, opera en manos de personajes siniestros, encabezados por jueces abusivos y abogados sin escrúpulos. La distancia entre verdad real y verdad legal se hace abismal en las tragedias vividas por gentes sencillas que protagonizan las historias contadas por los narradores [...]. El terrateniente, el magnate, el gobernante, son siempre vencedores en esa lucha desigual que los protagonistas pobres se ven obligados a dar en el terreno de la justicia. Estos se sienten acorralados, atemorizados y, finalmente, vencidos por una legalidad que es rígida e implacable con los de abajo, pero flexible y complaciente con los de arriba” (Pásara, 2010, p. 372).

Pásara da cuenta de varios mecanismos para el sometimiento de los sujetos de poder: nombramiento, evaluación, ascensos (Pásara, 1988, pp. 177 y ss.). En nuestro país, tendríamos que agregar también el viacrucis que transitan los operadores para superar la provisionalidad, junto con los peajes y pruebas de lealtad a los que se les somete para alcanzar la estabilidad en los puestos de trabajo.

El déficit de poder que acusa la Rama Judicial es estructural y puede ser entendido a la luz de la historia. Terminada la Guerra de Independencia, el poder hacendario, descrito en el primer capítulo, alcanzó su máximo florecimiento y el poder local llegó a ser el más importante (Guillén-Martínez, 2008, pp. 337-340; Leal, 1984). De hecho, los partidos políticos se definen como dos grandes federaciones de hacendados, que pugnan por hacerse al control de la burocracia estatal. Quien se alzaba con la victoria en las guerras civiles del siglo XIX se adueñaba del aparato estatal y de toda su burocracia, incluida la judicial⁶⁸.

Con lo cual, fue a un hacendado, ora jefe militar, ora alcalde o presidente del concejo, como máximo poder local, al que le correspondía tomar todas las decisiones sobre la burocracia, incluida la judicial, en los municipios que contaban con ella⁶⁹. Por esa vía, desde la época de dominio español, hay continuidad en una tradición que subordina las actuaciones judiciales al poder político (ahora partidario), por entonces en manos de los terratenientes. Esa línea se profundiza durante el medio siglo de hegemonía conservadora, establecida desde mediados de la década de 1880, cuando el poder centralista, vinculado política e ideológicamente a un clero⁷⁰

[88]

-
68. “[...] existían mecanismos descentralizados de dominación muy eficaces, fundados en el control clientelista y patrimonial de la población. El papel del bipartidismo en ese encuadramiento de las clases subalternas fue central, a pesar de que impidió la formación de un Estado moderno capaz de mediar los conflictos sociales” (Uprimny, 2001, p. 268).
 69. García recoge una observación en esa dirección de José María Samper: “en Suramérica las repúblicas solo existían, y a medias, en las ciudades. En los pueblos lo que hay es un poder local compuesto por el párroco, el gamonal y el tinterillo. Entre los tres ejercen todos los poderes: el cura el poder legislativo, el gamonal el poder ejecutivo, el tinterillo el poder judicial. Lo que hay en los pueblos es un género de la república gamonalicia, apoyada por la aristocracia tinterilla” (citado por García Villegas, 2008, p. 64).
 70. “Para los altos prelados y para la intelectualidad conservadora, la familia católica y el campesinado constituían la base social de un orden social jerárquico inmutable” (Nemogá, 2001, p. 226).

férreamente cerrado, controló la formación de los juristas (Goyes, 2010) y la función jurisdiccional (Nemogá, 2001, p. 215).

La época que se conoce como república liberal se ubica en las décadas 1930 y 1940, momento en el cual se tratan de hacer algunas reformas en el Estado, en el régimen de propiedad y las relaciones de trabajo que potenciarían el desarrollo capitalista. Aunque se hizo un intento de secularización de los operadores judiciales, con ellos no se llegó a contar como aliados del reformismo⁷¹. La elección de magistrados y jueces por asambleas y concejos garantizaba la fidelidad al poder político hacendario, que siguió predominando en lo local, y los jueces continuaron dependiendo de ese nivel del poder (Nemogá, 2001, p. 237). Allí, el ejecutivo local tenía un alto peso en las decisiones relacionadas con el judicial.

Obviamente, la incipiente clase empresarial, por su interés en un mercado en todo el territorio, buscaba que hubiera materialmente un sistema nacional con mecanismos para operar mercantilmente en todo el territorio del país⁷². Para ello buscaron otros aliados. No tuvieron mayor éxito con el movimiento campesino, pero sí lograron algo en la organización sindical (Confederación de Trabajadores de Colombia, afiliada al Partido Liberal), en la que se apalancaron para establecer algunas zonas donde se puso a regir el derecho laboral, en un mapa regulado casi en su totalidad por la hacienda y otras estructuras tradicionales. Sin que, aun hoy, setenta años después, se haya establecido la relación laboral formal como la predominante en los procesos productivos. Los jueces laborales empezaron a llegar tardíamente a esta cita desde 1946, cuando el periodo liberal terminaba y empezaba la época oscura de la violencia del medio siglo. El Partido Conservador creó su propia organización sindical, con la cual opuso resistencia a los factores más radicales del sindicalismo liberal.

[89]

71. Si bien, con la Ley 200 de 1936, el presidente López intentó extinguir el dominio de las tierras inexplotadas a favor de sus poseedores, en veinte años solo se realizó una extinción en todo el país. Los juzgados, encargados de decidir las extinciones, no participaron en la política distributiva recogida en la ley (Quintero, 1987).

72. “La necesidad de nacionalización de la justicia manifestada por diversos miembros del sector involucrado en actividades de producción e intercambio comercial, expresaba el anhelo de que se unificara el derecho en el ámbito interno y que su aplicación no estuviera supeditada a la discrecionalidad arbitraria, frecuentemente partidaria, de los jueces” (Nemogá, 2001, p. 245).

Aunque la reforma constitucional de 1945 reivindicó el carácter nacional del servicio judicial, solo hacia 1960 logran ponerse en marcha las primeras políticas judiciales de carácter nacional (Nemogá, 2001, p. 228), en sintonía con el establecimiento del sistema de cooptación que daría por más de treinta años la posibilidad de que el nombramiento de los jueces se hiciera sin intervención directa de los poderes locales y regionales, y que generó un mejor grado de independencia de la judicatura en el nivel nacional, aunque ello no llegó a establecerse en los niveles departamental y municipal de la mayor parte del territorio nacional.

Durante la segunda mitad del siglo XX, hubo una etapa de un poco más de treinta años en la que la cúpula de la Rama Judicial ganó independencia gracias a que, como consecuencia del reparto del Estado que se hicieron los partidos Liberal y Conservador, se establecieron dispositivos de nominación que le dieron a la Rama Judicial la posibilidad de tomar cierta distancia frente al legislativo y al Gobierno nacional de turno. Así, aunque las raíces en los dos partidos tradicionales no lograron superarse, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado adquirieron un transitorio incremento en su capacidad decisoria y alcanzaron a proyectarla hacia un limitado conjunto de tribunales regionales (como Medellín, Cali o Bucaramanga).

En la parte restante del aparato judicial de nuestro país, ha habido mecanismos más o menos efectivos de sujeción de los operadores a los gobiernos, a los poderes no estatales y a las corporaciones públicas de elección popular. Con base en el nuevo estatuto, en Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla, puede predicarse cierta nacionalización del poder judicial, precisamente porque allí se logró entronizar una clase burguesa modernizante, mientras que, en el resto del país, las relaciones de poder siguieron sometidas al poder terrateniente conservador de tipo hacendario, poco a poco transformado y en retroceso, pero con un alto poder que controla mediante redes políticas clientelistas. Cuanto menos cerca se está de las urbes, más factible es que los poderes fácticos, incluso en la gestión de los conflictos, estén más alejados del Estado y de la gestión judicial enmarcada por la ley.

Lo que ocurre con el resto de país es otra cosa, dado que los poderes locales siguen siendo determinantes. En la mayor parte del territorio nacional, el órgano judicial vino a constituirse como una especie de poder periférico, gravitando alrededor de los poderes hacendarios en proceso

de transformación⁷³. A pesar de la emergencia de la carrera judicial, los jueces eran un poder muy menor, bajamente remunerado⁷⁴ y con niveles de posicionamiento social muy dependientes de los poderes reales, principalmente en el nivel local. Solo a comienzos de la década de los noventa se mejoran sus ingresos a niveles similares a los actuales y obtuvieron (en gran medida por la nueva arquitectura constitucional)⁷⁵ una nueva posición en el régimen político.

En gran medida, las limitaciones del aparato judicial para regular los conflictos en una sociedad como la colombiana son una proyección de la realidad más amplia de la que venimos dando cuenta: un Estado que se impuso y se sigue imponiendo desde un sector que contempla la modernización simplemente como el reciclaje recurrente de los privilegios que viene heredando desde la Colonia y sin cortar el cordón umbilical con un mundo europeo al que se sigue aferrando.

En esas condiciones, hemos de ver las limitaciones que tiene el contrato social de nuestro país. En todo el continente, se tuvo como punto de partida el presupuesto de la exclusión generalizada de amplios sectores, con un fuerte substrato racista, como base del pacto contractual. Pero eso no es todo: se hace necesario precisar que, en nuestro caso, como país andino, ese substrato racista y clasista también sustenta las dinámicas discriminatorias generalizadas que establecen unos estratos superpuestos.

[91]

Así, en nuestra sociedad, se consagraron diferencias que van desde la privilegiada cúpula eurodescendiente (blanca y presuntuosa de carecer de genes indígenas o de esclavos), poderosa económica y políticamente, llena de privilegios, hasta los sectores afrodescendientes, carentes de todo derecho, apenas una escala debajo de la población indígena, que tiene algunos beneficios menores en medio de su marginalidad y la persecución de la que no dejaron de ser objeto durante toda la época republicana. Entre la

-
- 73. Aún en los sesenta, la expoliación de tierras rurales se produce por bandoleros aliados de los terratenientes, contando con la obsecuencia judicial. “En cuanto al aparato judicial, resultaba nula la acción de los juzgados, a menos que estuvieran articulados con los poderes locales. Las decisiones de los jueces se plegaban a los intereses de los gamonales consolidando la impunidad como característica distintiva de la administración de justicia” (Nemogá, 2001, p. 251).
 - 74. En escalas similares al magisterio, en pesos constantes devengaban menos de la mitad de lo que son los actuales ingresos.
 - 75. Como las acciones establecidas en la Constitución Política de 1991, el principio de justicia material, entre otras instituciones, otorga formalmente nuevos poderes al operador judicial.

cúpula y la base de la sociedad se construyó una amplia gama social en la que la efectividad de los derechos tendería a ser proporcionalmente inversa a la melanina en la piel. Durante los dos últimos siglos, poco ha dejado de existir esta sociedad estratificada. Aun cuando las luchas sociales, la educación y el desarrollo capitalista han generado alguna movilidad social, los movimientos generalmente han sido limitados de un peldaño al siguiente, en una escalera social enorme que esencialmente se mantiene.

El sistema judicial, contrario al papel que jugó el europeo en la democratización de las relaciones sociales, ha sido en Colombia factor de reproducción de las desigualdades y la discriminación. Hemos visto que, aun en época de reformas distributivas, su papel ha sido el de resistir en lugar de contribuir a la producción de igualación social o económica. Tanto en ese como en todos los conflictos que tocan los intereses de los poderosos, los jueces, vistos en conjunto, han tendido a favorecerlos. Los jueces suelen estar sujetos en la mayor parte del país a los poderes políticos y económicos reales en el territorio. Las tradiciones legales, en jurisprudencia y universidades, les pondrán a la mano los argumentos jurídicos que les permitirán favorecer a esos poderes. Santos muestra que algo similar está ocurriendo en diferentes países latinoamericanos, aun en las últimas décadas, con consecuencias muy negativas en los procesos de inclusión que tratan de hacerse desde gobiernos de corte progresista o de izquierda:

La distancia entre la constitución y el derecho ordinario en estos países es enorme y los jueces son en general tímidos al intentar acortarla. Los factores de esta tibieza son muchos y varían de país a país. Entre ellos, podemos contar sin ningún orden de precedencia: el conservadurismo de los jueces, incubado en facultades de derecho intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepciones retrógradas de la relación entre derecho y sociedad; el desempeño rutinario fijo en la justicia retributiva, políticamente hostil a la justicia distributiva y técnicamente poco preparado para ella; una cultura jurídica cínica que no se toma en serio la garantía de los derechos, templada en largos períodos de convivencia o complicidad con sólidas violaciones de los derechos consagrados constitucionalmente, con la tendencia a ver en ellos simples declaraciones programáticas, más o menos utópicas; una organización judicial deficiente con carencias enormes tanto en recursos humanos como también en recursos técnicos y materiales; un poder judicial tutelado por un poder ejecutivo hostil a la garantía de los derechos o sin medios para llevarla a cabo; fuerte ausencia de

opinión pública y de movimientos sociales organizados para la defensa de los derechos y un derecho procesal hostil y anticuado. (Santos, 2009a, p. 105)

A partir de la década de los noventa, el escenario cambia para los jueces. A nivel local, si bien el esquema constitucional nuevo favorece que se empoderen en varios municipios, el cambio del contexto político agrava las condiciones de su actuación frente a los poderes fácticos. Una parte de los narcotraficantes se alía con poderes terratenientes y los sectores políticos que les estaban adscritos para, con el auxilio de un sector de las fuerzas armadas, establecer control territorial, subordinar los gobiernos locales y cualquier tipo de entidad pública del orden nacional presentes en el territorio, incluidos los jueces.

Hacia el año 2000, más del 70 % de los municipios del país estaban afectados por el conflicto armado. Los operadores de justicia carecían de las mínimas condiciones para el ejercicio de sus funciones y en muchos casos la situación de seguridad impedía incluso su presencia física⁷⁶. Lo cual plantea un interrogante sobre los alcances reales del sistema judicial de cara a la conflictividad y a las necesidades de justicia de los diferentes sectores sociales y en los diferentes territorios, que abordaremos en el siguiente acápite.

[93]

Lo judicial y el amparo jurídico condicionado

*Usted no sabe quién soy yo*⁷⁷. Esta frase significa: si usted supiera que soy superior a usted, cambiaría su actuación oficial. Es una fórmula que

-
76. “El conflicto armado colombiano produce un tipo de corrupción judicial que se podría denominar ‘corrupción por miedo’. Esto se refiere a que las ineficiencias, omisiones o acciones son derivadas de amenazas por parte de actores armados. Los jueces, principalmente los que actúan en zonas controladas por actores armados, subordinan el derecho a su propia seguridad. En lugar de enfrentar el problema de las amenazas —a través de denuncias o incluso de su propia renuncia— los jueces sacrifican la institucionalidad en defensa propia” (García Villegas *et ál.*, 2013, p. 461).
 77. En los últimos años, ha habido tres casos sonados porque sus víctimas tuvieron un video para subir a las redes sociales: un senador exigiéndole a un patrullero que no le aplicara las normas de tránsito, el supuesto sobrino de un expresidente que pretende neutralizar a la policía en una riña que protagonizó, y un futbolista famoso que impone el volumen de su música en el vecindario.

recurrente y cotidianamente se espeta a los funcionarios en Colombia. Pero no es la única, es solo uno de los mensajes que se utilizan para que una autoridad tenga presente, en las decisiones que toma, la posición social y el poder de las partes⁷⁸. Precisamente porque la ciudadanía es desigual y se trata de que quien tiene una responsabilidad pública tenga presentes las desigualdades y obre a favor de quien tiene una mejor posición, o se atenga a las consecuencias negativas que pueden sobrevenirle.

En una gran ciudad, como Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla o Bucaramanga, la mediatisación del derecho es mucho mayor. El debate procesal se situará con mayor precisión dentro del campo jurídico y los argumentos propiamente jurídicos exigirán un mayor afinamiento. Del mismo modo, las relaciones de poder entre partes y abogados en el proceso harán un recorrido parabólico que permitirá soslayar al máximo el influjo directo de los poderes fácticos. Pero, por el contrario, en cuanto el poder gravitatorio nacional del Estado es opacado por el de los poderes locales, el operador de justicia se sentirá más presionado a beneficiar al mejor posicionado allí, aun cuando el discurso jurídico no sea tan fino⁷⁹.

[94]

Con ese marco, ha de analizarse el alcance de la oferta de justicia que tenemos en Colombia. Sería necesario realizar estudios para ver en qué medida los jueces logran remontar esas presiones para comprender bajo cuáles condiciones puede predicarse que las relaciones sociales del territorio están cobijadas por el orden estatal. Debe decirse que, durante el último lustro, se logró establecer al menos un juez⁸⁰ en cada uno de los municipios del país y unidades de fiscalía en la mayoría de ellos. Lo que corresponde examinar en cada caso es hasta dónde estos avances del aparato político jurídico nacional constituyen la expansión y la consolidación del imperio

-
78. María Teresa Uribe plantea que el desorden viene a ser la regla general en el desempeño institucional: “El orden institucional existe y funciona, pero mediante la negociación y la transacción de sus mandatos no logra imponer el orden y someter los desórdenes; por tanto la estrategia es negociar el desorden, la desobediencia, logrando de esta manera acotarlo, controlarlo para preservar la continuidad del régimen y la estabilidad del sistema en conjunto” (Uribe, 2001, p. 243).
 79. Cuando los márgenes de una actuación viable en el campo jurídico no permitan una decisión favorable al poderoso, se puede acudir fácilmente al argumento de la congestión judicial para excusar que una decisión se retrase y, así, priorizar el avance de los intereses resultantes del juego de vectores de poder.
 80. Si bien no habían accedido definitivamente a la carrera judicial, por la provisiónalidad en que el 31 % de ellos se encontraba (García Villegas *et ál.*, 2013, p. 239). Esta situación los desempoderaba en el escenario local y frente a las partes.

del sistema jurídico nacional. García Villegas *et ál.* (2013) concluyen en su estudio que “en muchos municipios esta presencia es más nominal que real: que haya un juez en un municipio no significa que efectivamente ese juez imparta justicia” (p. 255).

Para asegurar la mayor precisión, los autores citados delimitan el análisis a los indicadores de homicidio⁸¹ y llegan a algunas conclusiones sobre cuáles son las mejores condiciones del contexto que posibilitan que el juez sea más eficaz en sus actuaciones. Tales autores han trabajado con un indicador de eficacia que cruza los ingresos al sistema con las condenas, encontrando que, en los municipios del centro del país, que es donde se presenta la mayor cantidad de jueces, también se presenta la mayor eficacia por cada uno de ellos (pp. 245 y ss.).

Aunque la verdad es que la mayor parte de los homicidios se queda en la impunidad, porque no hay operadores que superen el 40 % de condenas frente a los asesinatos que les corresponde juzgar, en el centro del territorio nacional se tiene una tasa mucho mejor que la general para el país, que es de apenas de 5,1 % en este delito. Siendo mucho más grave en delitos como el de acoso sexual, que es de 0,6 %, o en los que tienen como objeto tutelado la administración pública, que tampoco llegan al 1 % (0,6 %).

[95]

Los únicos temas en los que encontramos unos mejores guarismos generalizados de eficacia son aquellos en los que hay una clara presión sobre los operadores: más de una cuarta parte (25,9 %) de los delitos relacionados con estupefactantes y el 32 % de los de porte de armas son objeto de condenas (248), mientras que las condenas por homicidio factiblemente siguen siendo muy inferiores al 10 % de los casos⁸²:

las prioridades del sistema penal, implícitas en la participación de los distintos títulos del Código Penal en los procesos que maneja, no corresponde ni a la composición de la criminalidad real ni a las prioridades resultantes de las denuncias de la ciudadanía. (Rubio, 2001, p. 491)

El sentimiento de desamparo que deben de haber tenido las víctimas de tantos delitos que se denunciaron sin respuesta judicial efectiva y de

-
- 81. Para excluir al máximo distorsiones por criminalidad oculta y variables excesivamente complejas en el tipo de decisión, optaron por analizar exclusivamente el homicidio.
 - 82. Mauricio Rubio (2001, p. 490) muestra cómo, a finales de los noventa, el registro no llegaba al 7%. Situación que puede cambiar en la medida en que el número total nacional de homicidios ha bajado a menos de la mitad.

las que no encontraron sentido al acudir a la autoridad debería considerarse como un fracaso estruendoso del sistema judicial en nuestro país. Un sentimiento similar es esperable de quienes no tienen la posibilidad de gozar de algún bien, o de recibir su herencia, o de que le cumplan con un contrato, o se le paguen las prestaciones laborales, o que se produzca un acto administrativo al que, según las leyes, tiene derecho.

Son variados los ámbitos en los cuales la administración de justicia está llamada a cumplir un papel que estructuralmente no llega a satisfacer. El aparato judicial se ha dedicado a atender el mismo tipo de asuntos⁸³. En el terreno civil, es de especial importancia verificar cómo la gran mayoría de los asuntos que congestionan el sistema son promovidos por un puñado de grupos financieros que se valen de la administración de justicia para hacerse pagar las deudas. Siendo así, el sistema judicial es percibido como ajeno para la mayoría: los llaman *asuntos de abogados*. Son asuntos de temer y de rehuir.

[96]

Tener derecho o tener poder

La experiencia judicial en Colombia ha sido ajena a los intereses y los derechos de las mayorías. El sistema judicial se implantó como herramienta de dominación de las élites y no ha logrado transformarse de manera sustancial. Solo en algunas ciudades, y durante un periodo menor, logró un nivel deseable de independencia de los poderes fácticos. Sin embargo, en la mayor parte del territorio y de la historia nacional, los jueces han carecido de condiciones para revertir la correlación de poder en la que se encuentran inmersos. A ello contribuye de manera amplia la cultura jurídica que predomina en el país.

83. “La composición de la demanda de justicia civil y de familia ha permanecido virtualmente constante durante los últimos cuarenta años. A pesar de las variaciones de macrovariables relevantes tales como la legislación sustantiva y procesal y el entorno político y social, los conflictos judicializados han sido fundamentalmente los mismos [...]. Desde 1956 y hasta 1995, los cobros de deudas, los lanzamientos de arrendatarios y las sucesiones han conformado cerca del 80% de la demanda de tutela judicial en ese sector. Igualmente, la importancia numérica relativa de estos tres procesos ha sido estable durante las cuatro décadas: los ejecutivos han participado en un porcentaje entre el 60 % y el 65 % y los de lanzamiento han constituido aproximadamente entre el 8 % y el 15 % de la demanda, mientras que las sucesiones han representado entre el 3% y el 9% de la misma” (Rodríguez, 2001, p. 569).

Como parte del contexto latinoamericano ya descrito, en Colombia, la cultura del incumplimiento de la ley en beneficio propio se caracteriza por el menoscabo de lo público a favor de un individualismo que cada uno justifica en un ideario en el que la propia familia está por encima de todo lo demás y en una religiosidad en la que las leyes son susceptibles de ser violadas si se cuenta con el perdón de Dios.

La lógica que se generaliza es que lo importante es el resultado exitoso, independientemente de los perjuicios que se causen, los derechos que se violen y las normas que se desobedezcan. Desde allí, se valida la actuación de criminales como sicarios y narcotraficantes, la corrupción en los funcionarios públicos y la arbitrariedad de los gobernantes. Si logran su propósito, no merecen rechazo o sanción social.

En tal sentido, la relación que se tiene con el derecho no es de acatamiento. A lo jurídico se acude para asegurar el éxito. La tarea de los juristas en ese contexto se dirige a dar un ropaje viable ante el derecho de las actuaciones. Y en esa misma dirección, con la lógica del éxito en la tarea, ante lo ilegal se espera que los jueces cooperen en ese propósito o que al menos no interfieran.

[97]

Durante algunas décadas, se procuró darles independencia mediante un sistema de nombramiento, que en la mayor parte del territorio nacional no llegó a significar mayor empoderamiento de los operadores judiciales frente a los poderes locales. Siempre han estado subordinados al poder político y carecen de respaldo efectivo de la fuerza pública.

La permisividad generalizada para lo ilegal tiende a favorecer a los más poderosos y los jueces (si no hacen parte de sus redes) son muy vulnerables ante ellos, porque han carecido del poder necesario para enfrentarlos en la mayor parte del territorio nacional. Con lo cual no pueden ser escollo en el camino de éxito de algunos de los poderosos que se ubican dentro del territorio de su jurisdicción o, en el peor de los casos, terminan sirviendo para poner el blindaje que estos requieren, como en el caso con el que empezamos este capítulo.

Capítulo 3. Territorios en la administración de justicia

¿Qué tan segura es la seguridad jurídica en nuestra realidad latinoamericana? Aquí, habiendo hecho el examen de las hondas diferencias que tenemos respecto a la experiencia europea en la administración de justicia, debemos volver a la pregunta para intentar evaluar hasta dónde el entendimiento del sistema judicial, desde la perspectiva eurocéntrica, nos sirve para comprender las dinámicas de regulación e institucionalidad de conflictos que tenemos en la región y en Colombia, en particular.

¿Cómo poder explicar entonces lo que ocurre con la conflictividad en los escenarios expuestos en este capítulo? La tesis que sostenemos aquí es que el sistema judicial, integrado a unas estructuras jurídico-políticas del Estado de derecho, que articula la regulación de los conflictos de todos los espacios estructurales alrededor del espacio de la ciudadanía, solo explica una parte de nuestra realidad. Por fuera de ese marco, existe una conflictividad para cuya gestión no hay institucionalidad, o, de haberla, ella opera bajo ordenamientos y dinámicas jurídico-políticas que no se supeditan al orden que el Estado preside y, en muchos casos, lo desafían abierta o tácitamente.

Siendo ello así, para abarcar nuestra realidad se hace necesario disponer de instrumentos conceptuales que nos permitan ver la gestión de conflictos más allá de un sistema judicial ligado al orden del Estado. Con ese propósito, en la primera sección precisamos los límites que tienen esos postulados para, en las partes segunda y tercera, introducir los conceptos con los que proponemos hacer más comprensible nuestra institucionalidad en el manejo de los conflictos: el orden sin Estado y el caos.

Luego, en las dos secciones subsiguientes, hacemos una aplicación de este marco conceptual a realidades específicas de los procesos que vive nuestro país en cuanto a la administración de justicia y la gestión de la conflictividad: la regulación en comunidades regidas por sus propios sistemas normativos, la regulación en las zonas determinadas por el conflicto armado, y la generación de caos, a partir de los factores que lo producen.

¿Territorio judicial nacional?

Gabriel García Márquez (1981) recreó un caso en el que dos hermanos se vieron obligados a perseguir a su mejor amigo un día entero hasta matarlo. Ocurrida en el municipio de Sucre, del departamento del mismo nombre, en esta historia se muestra cómo la normativa se impuso, en un caso de homicidio, en un pueblo colombiano hacia 1950. La obra da cuenta del día en el que dos jóvenes hubieron de matar a su mejor amigo por una deuda de honor. La noche anterior, su hermana, recién casada, había sido devuelta a su familia dada la circunstancia de que su esposo no la encontró virgen. Al interrogarla, ella confesó que el mejor amigo de sus hermanos era la persona con quien tuvo relaciones sexuales⁸⁴.

En América Latina, una escena de estas hoy no sería aceptable, y aun en la misma sociedad colombiana es muy poco probable que hoy se presente una historia similar, apenas medio siglo después. El conflicto por el honor lesionado (derivado de unas relaciones sexuales anteriores consentidas) entre los parientes y su amigo (no entre los contrayentes de matrimonio) y el comportamiento (quitarle la vida a un ser muy querido en esas circunstancias) son mucho menos posibles en la cultura predominante actualmente en el país, pero en el contexto de la historia eran algo inevitable.

La denuncia que hace García Márquez en su obra evidencia que, bajo un principio de negación a las mujeres de la libertad de decidir sobre la propia sexualidad, las normas del ámbito doméstico en esa época establecían: 1) que la virginidad era exigible a la desposanda; 2) que el incumplimiento tenía como consecuencia la *devolución* de la mujer a su familia; 3) que la lesión al honor se pagaba con la vida del responsable; 4) que eran los parientes hombres de la *ofendida* quienes tenían la obligación de limpiar el honor, para lo cual, 5) debían procurar la muerte del *ofensor*.

En consecuencia, los muchachos se vieron obligados por su entorno cultural a cobrar la vida de su amigo. El sistema judicial no tenía manera de intervenir en ese conflicto. Luego del homicidio, en ese caso, dada la prestancia de los implicados, hubo juicio y sentencia. Los homicidas fueron condenados, pero la gente los vio como unos mártires que simplemente cumplieron con su deber. Hubo allí un choque muy claro entre las normas jurídicas y las normas sociales que obligaron a los muchachos a obrar como

84. El autor hizo una cuidadosa reconstrucción de los hechos a partir del expediente judicial y de testigos.

lo hicieron. La norma de comportamiento era confusa porque el derecho orienta una forma de actuar y las tradiciones, otra.

Hasta donde hemos avanzado, venimos dejando en claro que el sistema judicial, en las sociedades centrales de la modernidad, aun cuando se presenta como monopólico en la administración de justicia, en realidad regula los conflictos concurriendo, cooperativa o competitivamente, pero sobre una normativa complementaria, con las instituciones propias de los diferentes espacios estructurales, dependiendo de cuán complejos son los conflictos y continuas las relaciones que subyacen. Esa delimitación caracteriza, en nuestro sentir, la seguridad jurídica que se ofrece desde el Estado a los ciudadanos a través del sistema de regulación de los conflictos.

Gracias a él, se ofrece a cada uno la certidumbre sobre los cauces dentro de los cuales se pueden moldear los objetivos y las conductas, y se le da la certeza sobre los límites que tienen los demás para comportarse. Correlativamente, el sistema judicial de administración de justicia cumple un doble papel en cuanto garante del orden jurídico e instrumento para realizar la seguridad de cada uno, en la medida en que su función se postula como de aplicación de las normas previstas en aquel. Pero la seguridad que ofrece el orden moderno se limita a campos muy precisos, previstos en el terreno jurídico. El derecho permite y favorece, como en el comercio, que la ley del más fuerte se imponga donde tiene más posibilidades de hacerlo, por razones también consideradas extrajurídicas, pero con claros impactos en el mismo derecho. Las partes pueden confrontar y luchar aprovechándose de sus ventajas —por ejemplo, económicas— sobre el otro —como para contratar un abogado más influyente, para costear la introducción de una prueba— en los escenarios judiciales para sacar adelante sus intereses ante quienes se presentan como su contraparte.

Con esas limitaciones, el orden jurídico presidido por el Estado se propone como un espacio de seguridad para quienes están dentro de él. Cada persona, amparada como ciudadana de un Estado moderno, y dentro del ámbito de su territorio, en principio, cuenta con un referente más o menos cierto sobre el margen en el cual puede actuar con seguridad y esperar que las conductas de los demás sean las que están enmarcadas en él.

Pero las dinámicas de regulación de la conflictividad social no se agotan en el derecho del Estado, sino que comprenden una amplia gama de estructuras normativas en la sociedad que pueden ser consideradas desde diferentes vertientes teóricas. Nosotros trabajamos sobre el marco de análisis que hace Santos (2000), dando cuenta de que existen seis grupos

básicos de relaciones sociales, cada uno regulado específicamente. Tales grupos relationales o *espacios estructurales* se definen desde prácticas sociales diferentes y cuentan con sus respectivas estructuras normativas (que el autor no duda en considerar jurídicas) y sus correspondientes instituciones, formas de poder y dinámicas específicas de desarrollo.

Las normas y las instituciones que dominan, según propone Sousa Santos, difieren según el espacio estructural al que correspondan. El *espacio de ciudadanía* corresponde a la práctica social Estado-individuo, que se define como derecho territorial por autonomía; su institución dominante es el Estado y reúne el conjunto de dinámicas sociales que están cubiertas por el derecho estatal y la actuación hipotética de tutela por parte de la administración de justicia. El *espacio doméstico* es instituido desde el matrimonio y el parentesco, y está regulado por el patriarcado, junto con su propia normativa⁸⁵. El *espacio productivo* es instituido por la fábrica y la empresa, y está regulado por la explotación y las normas de la producción. El *espacio de mercado* es regulado por el fetichismo de la mercancía y las normas de intercambio, y cuenta con su propia institucionalidad⁸⁶. El *espacio de comunidad* es instituido por la vecindad, el territorio, la iglesia y la organización de base, y se regula por la diferenciación desigual y la normativa comunitaria. Finalmente, el *espacio global* está instituido por el sistema interestatal y las asociaciones internacionales, y se regula por el intercambio desigual.

Estos espacios no son regulados ni articulados por el ordenamiento jurídico ciudadano, no están incluidos por la seguridad propia del derecho ciudadano y, por hacer parte del mundo privado, carecen de amparo del sistema judicial. Por ejemplo, en las relaciones laborales, debemos dife-

-
85. Si bien la familia es donde se origina el patriarcado y es la que primordialmente rige en él, este no es exclusivo de lo doméstico, pues también ejerce cierta regulación en los demás espacios. Por ejemplo, en el espacio ciudadano, la supuesta tutela por parte del Estado se restringe por criterios patriarcales. En el espacio productivo, según las feministas socialistas, prima la división sexual del trabajo y se establecen roles estereotipados. En el espacio de mercado, las mujeres y sus cuerpos han sido consideradas mercancías, objetos sexuales de intercambio.
 86. Jon Elster lidera una pléyade de economistas que, como veremos, propone la optimización desde las normas. “Los comportamientos están determinados tanto por la racionalidad como por las normas (puede ser equilibrio, restricción mutua como la decisión de participar siempre que no le salga muy costoso a uno o, al contrario, se está dispuesto a competir y hacerse daño, dentro de las normas)” (Elster, 2001, pp. 62 y 67).

renciar las de compraventa de la fuerza de trabajo, ubicadas en la esfera de ciudadanía y reguladas por el derecho estatal, de las de utilización de la fuerza de trabajo, que se ubican en la esfera productiva. Un trabajador puede prever, mediante el derecho laboral, cuáles son sus derechos en su remuneración, pero es en la empresa donde se decide por otras vías cómo trabaja y en qué lo hace, cómo se le evalúa y cómo se le controla (Santos, 2000, pp. 253 y ss.). La seguridad jurídica solo ampara una parte de las relaciones de trabajo.

Si bien la normativa estatal se ha ido extendiendo, lo privado sigue siendo lo predominante en la vida y en los conflictos. La mayor parte de las relaciones sociales carece de la oferta, previsibilidad y seguridad jurídica que se predica de los intereses amparados jurídicamente⁸⁷. Cada uno estaría expuesto, en sus comportamientos y en sus expectativas, a los juegos de poder en los que se halla inmerso. Sus conflictos se manejarian desde racionalidades que no se comprenden en el mundo de las normas jurídicas del Estado.

Con lo cual estaríamos diciendo que una muy buena parte de las relaciones está sujeta a dinámicas regulatorias y de poder que no son jurídicas. También, que la seguridad jurídica que ofrece el Estado existe solo en una parte de la realidad normativa, porque en cada espacio estructural hay actores de poder y reglas. La seguridad jurídica queda confinada al espacio estructural de ciudadanía donde rige el derecho del Estado, que con su omnipotencia y monopolio de la fuerza se puede imponer en lo que sea abarcado por su normativa. Penetremos en ese espacio estructural para precisar hasta dónde estamos seguros.

Para entender el papel del derecho en la regulación de la realidad proponemos los siguientes elementos⁸⁸: 1) en todos los espacios

[103]

-
- 87. Y, como venimos diciendo, el amparo implica la postulación de un interés y un derecho, a la luz de las normas estatales, como la posibilidad de movilizar de manera efectiva al Estado y, preferencialmente, su aparato judicial. Esto sugiere la posibilidad de *zonas de legalidad* incompleta porque, a pesar de existir normas legales que las regulan, no cuentan con la capacidad coactiva del operador judicial. Este tema será abordado más adelante en este mismo capítulo.
 - 88. El planteamiento teórico sobre el derecho y la normatividad que ha venido desarrollando Boaventura de Sousa Santos a través de una obra de varias décadas se puede encontrar condensado en el segundo capítulo de una publicación reciente en español: *Sociología jurídica crítica*. En este acápite y en la sección tercera del segundo capítulo, desarrollamos nuestra visión sobre el problema de la administración de justicia que puede tener por vértice esta idea: “El concepto de derecho

[104]

estructurales existen normativas específicas, muchas de ellas convertidas en costumbres, que se acatan por conveniencia o por obligación; 2) en tanto que el Estado ostente el monopolio de la fuerza organizada, las normas jurídicas relacionadas con todos los espacios estructurales son normas del espacio ciudadano, como derecho de familia, derecho del trabajo, derecho mercantil, etcétera; 3) la normativa propia de cada espacio actúa de manera directa sobre los comportamientos y sobre la conflictividad, mientras que las normas del espacio ciudadano entran a actuar de manera subsidiaria o complementaria cuando son desbordados; 4) la definición territorial del derecho ciudadano es esencialmente teórica y es posible que existan *territorios* con órdenes extraestatales y otros sistemas jurídicos dentro del territorio nacional del Estado.

El sistema normativo del espacio ciudadano, dirigido por el Estado, se compromete con un conjunto de reglas que delinean cauces más o menos precisos para actuar, que, en principio, siguiendo a Max Mayer (2000) y a Santos (2000), corresponden con la regulación cultural y social que se presenta en los otros espacios estructurales. Al mismo tiempo, ofrece un conjunto de herramientas que permiten poner a actuar al Estado en caso de que se sienta que ese margen fue violado en contra del propio interés y en defensa de sus derechos.

En el vértice de tales herramientas está el aparato judicial como el activo último con que cuentan los ciudadanos para la tutela efectiva de sus derechos⁸⁹, gracias al cual sus intereses, cuando fuere necesario, son llevados ante un juez en busca de que, tras un proceso reglado de competencia, este defina si el Estado ha de garantizarlos. A esa zona de seguridad, en este trabajo y orientados por Santos (2000), la denominamos espacio estructural de ciudadanía⁹⁰.

propuesto por parte de la teoría política liberal —la ecuación entre la nación, el Estado y el derecho— y elaborado por el positivismo jurídico de los siglos XIX y XX es demasiado reductor para nuestros propósitos porque tan solo reconoce una de las escalas: la nacional” (Santos, 2009, p. 54).

89. El derecho a la tutela judicial efectiva debe ser visto como un derecho bisagra, que garantiza los demás; se considera el puente entre el derecho y la seguridad jurídica, entre la formulación hipotética de la norma y su efectividad en la realidad social.
90. Para Santos, la ciudadanía se puede definir como “el contenido de pertenencia igualitaria a una determinada comunidad política y se calibra por los derechos

Diversidad de áreas en la justicia

Ser ciudadano significa poder contar con el amparo estatal a los intereses que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, se garantizan como derechos. Pero la ciudadanía no es un patrimonio uniforme en todas las sociedades contemporáneas. Al respecto, Santos sostiene que la ciudadanía en las sociedades capitalistas se presenta en diferentes grados, y hay áreas en las que la ciudadanía no se presenta: “Existen los súper-ciudadanos —los que pertenecen a la sociedad civil íntima— y los restantes. Los restantes, que forman la sociedad civil extraña, albergan cambiantes múltiples de ciudadanía” (2007, p. 93).

Desde la perspectiva histórica que desarrollamos en este capítulo, podemos ver que ha habido precariedades en el proceso de expansión durante toda la modernidad, y veremos en el siguiente capítulo que muchas de ellas se están agravando en la época actual, al ritmo en que avanza el proceso de globalización. De modo que la pregonada seguridad jurídica no alcanza homogéneamente a todos los que se definen formalmente como sujetos sometidos a un Estado que se cataloga como moderno. Así, aunque tengamos una estructura normativa que se asocia con el Estado y este tenga asignado el monopolio de la administración de justicia, la ciudadanía no puede predicarse de manera uniforme dentro del territorio político que aquél ha demarcado como propio.

[105]

En un territorio *nacional*, por diferentes razones, el aparato de fuerza no da el amparo que ofrece el sistema jurídico. No solo lo vemos para el caso de Colombia, sino que en América Latina podemos apreciar una situación más o menos recurrente. El Leviatán, en la región, no se representa como esa figura impersonal y todopoderosa que está por encima de los intereses personales, dispuesta a hacer valer la ley contra los más poderosos que quieran desafiarla. Este Leviatán no es todopoderoso y aunque, en principio, tiene más poder que todos, no tiene una sola cabeza⁹¹ y se considera

y deberes que la constituyen y por la instituciones a las que da oportunidad para ser social y políticamente eficiente. Por eso la ciudadanía no es monolítica; está constituida por diferentes tipos de derechos e instituciones, es producto de historias sociales diferenciadas, protagonizadas por grupos sociales diferentes” (Santos, 1998b, p. 296).

91. Seguramente, en América Latina, el derecho “debe ser conceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes actores desde diferentes ‘posiciones discursivas’ interactúan en un proceso constructivo. Así, aún más que en otras

probable que alguna de ellas llegue a aliarse con los que quieran desafiar el orden jurídico en cuanto resulta factible y corriente que la clase dirigente no respete la ley, para lo cual puede llegar a contar con el auxilio del propio operador de justicia. Entonces, hasta los propios agentes del Estado pueden conspirar para impedir que se imponga su orden o socavarlo.

Más allá de las diferencias de evolución entre los ritmos y procesos de un país a otro, al interior de los territorios nacionales de los Estados también existen escenarios de administración de justicia que no necesariamente cuentan con la regulación del sistema de derecho del Estado ni regulan los comportamientos por medio del sistema judicial. Esa falta de vigencia del orden jurídico puede darse, bien por carencia de reglas reconocibles en un espacio social o bien por la existencia de estructuras normativas que se excluyen con la estatal.

En el primer caso, estaríamos en una situación que llamaremos de *caos* y, en el segundo, en una situación que catalogamos como de *orden no estatal*. Entonces, para entender los alcances de la oferta regulatoria del sistema judicial, vamos a considerar tres áreas teóricamente diferenciables, en las que será determinante cada una de las situaciones mencionadas: orden estatal (en el que el sistema judicial opera, dentro del espacio estructural de ciudadanía), caos (en el que no opera ningún sistema que ordene y articule todos los espacios de regulación y el ámbito de ciudadanía no es reconocible) y orden no estatal (en el que, a pesar de estar cobijado por la potestad política de un Estado, son instituciones y normas extraestatales las que estructuran los sistemas de regulación de conflictos, articulando y ordenando, sin el concurso del derecho y el aparato estatales, la regulación en los diferentes espacios estructurales que allí existan).

En cuanto a las áreas en las que puede predicarse que rige el derecho estatal, encontramos zonas que, o bien cuentan con sistemas de regulación y gestión de la conflictividad extraestatal, o bien el Derecho y la administración de justicia del Estado compiten de manera caótica con otras estructuras de regulación de la conflictividad.

partes del mundo, el ‘derecho vivo’, el derecho tal como existe en la práctica diaria, está caracterizado por lo que Santos ha llamado ‘interlegalidad’, esto es, la intersección cotidiana de múltiples órdenes jurídicos” (García, 2001, p. 42).

Tabla 2. Áreas de orden.

	Tipo	Vínculo político predominante	Gestión de conflictos	Orden jurídico	Espacios estructurales
Orden estatal	Estado-ciudadano.	El sistema judicial institucionaliza la gestión de los conflictos definidos como jurídicos.	El sistema jurídico estatal complementa y ordena la normativa de otros espacios.	Ciudadano, doméstico, productivo, mercantil, comunitario, global.	
Caos	No hay o no es determinable.	Diversidad de métodos, actores e instancias. La institucionalidad está limitada a cada espacio estructural.	No existe un orden jurídico reconocido.	Pueden estar o no los mismos del anterior, pero no se articulan con el ciudadano.	
Orden no estatal	Institución comunitaria-comunero o actor extraestatal-habitante.	Instituciones comunitarias o actores que se imponen por la fuerza.	Hay sistema normativo no estatal que articula el conjunto de la regulación.	La organización del poder y la regulación se estructuran desde fuera del orden del Estado.	

[107]

Orden estatal

La primera área se encuentra donde, por regla general, se realiza la oferta de seguridad prometida por el sistema moderno de administración de justicia, en la medida en que el Estado y su aparato judicial pueden ser convocados con éxito a la gestión de un conflicto. Con este concepto se comprenden situaciones en las que, si bien pueden ser muy dinámicos los factores de disenso y de lucha social, son operantes los mecanismos de producción de consensos en la interpretación de los hechos o de las normas a aplicar, o al menos se cuenta con canales para el desenvolvimiento de los conflictos.

Es más, en lo que se relaciona con el terreno judicial, no se pretende la presencia regulatoria del juez en todos los espacios de conflictos, sino en su potencialidad de responder de manera articulada con la institucionalidad de los otros espacios estructurales y con legitimidad para decidir cómo lo hace y usar la fuerza monopólica que ostenta⁹².

Siempre habrá tensión en los diferentes espacios estructurales, y la seguridad que les ofrece el campo jurídico es ese lugar de retaguardia desde

92. Véase también a Dahrendorf: “Ningún sistema de normas podría soportar un pleno conocimiento de cada vulneración” (1994, p. 24).

el que se mantendrán los niveles tensionales dentro de los límites del orden jurídico. La intervención del Estado, en general, y del sistema judicial, en particular, es apenas parcial, en cuanto es imposible resolver, investigar y castigar todo, pero es suficiente para orientar los comportamientos desde la normativa jurídica y comunicar el respaldo del aparato de fuerza a la permanencia de las zonas de legalidad.

Para América Latina, hemos mostrado cómo estamos lejos de contar con un sistema jurídico que regule la conflictividad de manera similar al europeo. Hasta podría decirse que pertenecer a este tipo de áreas es de privilegiados, porque, con el amparo estatal a los intereses de determinados sectores, en realidad terminan siendo más privilegios que derechos⁹³. Por eso asumimos que esta área existe con ciertas limitaciones.

Hablaremos de esas áreas donde impera el orden estatal de manera más o menos estable y con niveles tensionales aceptables frente a los diferentes espacios estructurales. Las prácticas sociales allí pueden estar claramente enmarcadas por la normativa jurídica. Se caracterizan por que las personas que participan de ellas tienen relaciones laborales formales y familias nucleares biparentales, como se suponen en las leyes de familia. En su mayoría, se ubican en zonas urbanas donde las comunidades tradicionales no tienen fuerza unívoca para regular los comportamientos. En sentido estricto, las personas se ven a sí mismas como ciudadanos⁹⁴, entrando a constituirse en sujetos de pleno derecho en las sociedades *nacionales*.

[108]

Por tal razón, la ciudadanía es un vínculo político territorial, que da derechos e impone deberes, clásicamente ejercido de manera individual, o de manera colectiva, excepcionalmente, a través de mecanismos de

93. Lo cual, según Boaventura de Santos, puede predicarse de muchas sociedades a las que se ha impuesto el sistema desde fuera: “Al cabo de quinientos años de expansión europea y de una geografía de zonas de contacto extremadamente diversificada, donde hubo lugar a una miríada de formas de hibridación y de criollización, continua siendo problemático, en muchas culturas y sociedades no europeas identificar el derecho como un campo social distinto, y más aún, como un campo social autónomo y homogéneo. En vez de eso, más allá del derecho estatal —que tiene algunas afinidades con el concepto liberal del derecho de Occidente— existe una vasta gama de estructuras normativas ancladas en entidades y agenciamientos no estatales” (Santos, 2007, p. 22).

94. Lo que implica que se haya logrado prescindir de todas las cualidades culturales y sociales que los definen, dotando a esos seres sin cualidades de un revestimiento de derechos ciudadanos o políticos (Capella, 1997, p. 113).

representación, como los sindicatos o los partidos. En tales áreas, podría predicarse solventemente el monopolio de la administración de justicia por parte del Estado, complementado por la actuación regulada de particulares como operadores transitorios (según el art. 116 de la Constitución), y la vigencia de un único sistema jurídico. Allí, la gama de derechos que se atribuyen a los individuos es descriptiva de los altos niveles de seguridad social con la incorporación de derechos sociales, económicos y culturales.

Caos

El segundo tipo de áreas, que denominamos de caos, se caracteriza por que 1) el ordenamiento estatal del espacio de ciudadanía no se conecta con los otros ordenamientos sociales y no ofrece mecanismos suficientemente eficaces en la producción de consensos, y 2) el aparato judicial es al mismo tiempo inalcanzable y desbordado.

En el caso recreado por García Márquez (1981), el caos se presenta en cuanto no hay correspondencia entre la normativa del derecho estatal del espacio de ciudadanía con la del ámbito doméstico. Las normas sociales sobre la sexualidad de las personas solteras, la sanción para aquel a quien se considera responsable de incumplirlas y el procedimiento para sancionarle están establecidos por la normativa propia del espacio reproductivo. Luego de que este realiza sus normas, un juez, como agente del derecho estatal, reclama la preeminencia del derecho estatal, de manera extemporánea e ineficiente, atacando a los que simplemente ejecutaron la norma social, revelando la falta de claridad en la norma de comportamiento para quienes estuvieron en el caso y para el conjunto de la comunidad.

[109]

Esta sería la forma básica del caos: la falta de coincidencia entre la regulación estatal y la de los otros espacios estructurales. Pero no es la única y, de hecho, tampoco las más compleja. También puede ocurrir que el caos se presente por la carencia de capacidad regulatoria de las leyes del país, incluso en el espacio ciudadano, porque no tienen incidencia material en los comportamientos sociales o su incidencia se da en competencia con otras de quienes que pretenden el poder territorial. En tal caso, la lucha por el poder territorial no desemboca en que alguno de los actores u organizaciones logre imponer el orden⁹⁵, sino en que el número plural

95. Más adelante, sustentamos que eso es lo que ocurre en zonas de competencia territorial entre diferentes actores armados en varios lugares de Colombia.

de sistemas desordena el escenario social en tanto cada actor de poder se mantiene en competencia con los otros por regular los mismos asuntos. Finalmente, la modalidad más compleja de caos que se presenta es por la desregulación generalizada, cuando los diferentes espacios estructurales pierden su capacidad regulatoria, al mismo tiempo que el Estado o cualquier otra organización que pretenda ocupar su lugar es incapaz de imponer el orden⁹⁶.

De manera más genérica, decimos que hay caos en la regulación cuando no es clara la norma que las personas requieren para orientar sus comportamientos⁹⁷. Aunque, en América Latina, resulta altamente conveniente (o al menos políticamente correcto) declarar la obediencia al derecho estatal, muy buena parte de la sociedad demuestra un sometimiento precario porque se puede presentar alguna de las siguientes hipótesis: 1) no se considera que el derecho estatal sea benéfico para todas las personas; 2) las normas del derecho estatal suelen estar direccionadas de manera adversa, divergente o esencialmente ineficaz frente a la manera como se regulan los comportamientos mediante la normativa propia de los diferentes espacios

[110]

-
96. Como se verá, este tipo de áreas se produce tanto por la disolución de los vínculos políticos en áreas de orden no estatal pero sin inclusión en el orden estatal como por dinámicas de marginación generadas por exclusión social. La primera hipótesis la asociamos al precontractualismo y la segunda al poscontractualismo, en la teoría de Santos. Según él, en este último caso, la exclusión se produce por la combinación de cuatro modalidades de fascismo: 1) apartheid social (definiendo unas zonas como salvajes); 2) del Estado paralelo, donde actúa como depredador, incluso sin respetar el derecho; 3) contractual, en que el poderoso se impone despóticamente mediante contrato; y 4) territorial: los poderosos ejercen su poder a través del Estado (Santos y García, 2001, pp. 27 y ss.). El efecto será caótico cuando no se produce inclusión en el orden estatal. Un buen ejemplo de ello es lo que ha venido sucediendo en varios procesos de paz en América Latina. La disolución de la capacidad coaccionadora de un grupo guerrillero deja a la deriva a las comunidades donde influye, porque esos procesos no logran (y muchas veces ni siquiera intentan) integrar a las comunidades.
97. Resulta especialmente ilustrativa del concepto de caos que utilizamos en este escrito la manera en que Ralf Dahrendorf da cuenta, tres décadas después, del breve periodo de transición entre la Alemania nazi y el control Soviético, en que este se vio envuelto en una situación caótica. “Todavía tengo los cinco delgados volúmenes de poesía romántica que adquirí en aquella ocasión. ¿Adquirí? Todos se llevaban a casa bolsas y maletas llenas de cosas robadas. ¿Robadas? Tal vez ‘tomadas’ es más correcto, porque incluso la palabra ‘robar’ había perdido todo su significado” (1994, pp. 13-18).

estructurales, como el doméstico, el productivo o el comunitario; 3) no se cree que los operadores de justicia obren con justicia; 4) no se cuenta con pautas únicas para valorar negativamente la violación de la ley y el desacato a la autoridad; 5) el abuso de autoridad puede llegar incluso a ser aplaudido; y 6) los operadores de justicia del Estado no tienen presencia o no es posible acudir a ellos en amplias regiones de los respectivos territorios nacionales. Todo esto hace que el ordenamiento legal no se conecte con la orientación de los comportamientos sociales porque las normas sociales pueden direccionarse de manera adversa al derecho.

No sostenemos que ese sea un fenómeno exclusivo de América Latina. En la época moderna, este tipo de áreas se produjo a partir de que, por diferentes condicionantes históricos, llegaron a disolverse las comunidades tradicionales por presión de actores imperiales o nacionales y con la promesa de ciudadanía del orden jurídico moderno. Sin embargo, los *individuos* que quedaron de esa disolución no siempre encontraron posibilidades reales para asumir, desde el punto de vista práctico, la condición de ciudadanos, en tanto la sociedad no cuenta con medios lo suficientemente eficaces de integración y el Estado no ofrece las condiciones necesarias para garantizarles los derechos que se establecen en el orden normativo que preside.

[111]

Del mismo modo, son demasiado altas las posibilidades de que el Estado no pueda intervenir efectivamente en lo pertinente para cada caso de conflicto. Se trata de la ausencia creciente y sistemática de sanciones efectivas por parte de un Estado incapaz de imponer el orden porque no cuenta con medios suficientes para hacer imperar su estructura jurídica y judicial. Entonces, las normas legales no contribuyen a la regulación social, que se hace desde los otros espacios estructurales, y la administración de justicia se torna irrelevante de cara a la conflictividad. Las controversias que trascienden tales espacios tienden a ser tramitadas por diferentes actores y mecanismos, con imprecisión y métodos carentes de institucionalidad, reduciéndose de manera acelerada los factores de seguridad.

En consecuencia, este tipo de área se corresponde con relaciones donde por regla general no se cumple la promesa de seguridad del orden jurídico moderno y se carece de los espacios que el Derecho estatal ofrece a la ciudadanía. La administración de justicia es inalcanzable porque existen *barreras* que impiden acceder geográfica, económica y culturalmente a la atención de las necesidades de justicia, y es desbordada porque el aparato judicial no puede dar respuesta satisfactoria a los conflictos que tienen las personas que logran acceder a él.

Entonces, el amparo jurídico de los derechos se reduce a lo puramente simbólico (con alcances cada vez menores) y los niveles de tensionalidad tienden al descontrol. En consecuencia, se generan condiciones de inseguridad jurídica que hacen irreconocibles las normas que rigen en cada caso. En este tipo de situaciones, se estrecha el ámbito en el cual se reconocen los derechos y la competencia se refiere, de manera desregulada, a la fuerza que posea cada uno de los eventuales contendientes.

Por tanto, en las áreas de caos se dan condiciones para que los conflictos tiendan al escalamiento⁹⁸, abriendo el paso para su posible manejo violento e incluso favorable a erupciones de conflicto armado, cuando aparecen actores que, desde diferentes enfoques e intereses, empiezan a tratar de imponer su orden. Son áreas, en fin, que no disponen de una estructura normativa eficaz que les permita ordenar su realidad social.

Orden no estatal

[112]

En tercer lugar, tenemos los escenarios en los cuales existe un orden no estatal⁹⁹. Comprenden conjuntos relationales, determinables espacialmente, con sistemas jurídicos autónomos que operan sin vínculo orgánico con el Estado en cuyo territorio se encuentran. Allí hay algún nivel de eficacia para organizar toda la normativa en sus respectivos espacios estructurales¹⁰⁰, orientar los comportamientos sociales y manejar los conflictos. Si bien

-
98. Así es como lo ilustra Dana Barón Romero, como coordinadora de una Casa de Igualdad de Oportunidades, en Bogotá por: "Este es un ejemplo de una de las causas de la baja denuncia o desistimiento de las mujeres que son víctimas de violencias. El fin de semana conocí a una mujer que mató a su esposo, en una situación muy crítica, luego de años de violencia a ella y a sus hijas. Cuando le pregunté por qué no acudió a la policía ante los hechos de violencias, ella me dijo que ellos no iban a hacer nada y la iban a devolver para la casa. Luego de acudir donde la vecina (quien no la quiso ayudar para no meterse en problemas), volvió a su casa y ante un nuevo hecho de violencia, lo mató" (D. Barón Romero, comunicación personal, 10 de junio de 2015).
 99. Apuntamos aquí a la manera como opera la regulación en áreas particulares, no nos referimos a la manera como María Teresa Uribe analiza el funcionamiento del conjunto institucional colombiano: "las sociabilidades plurales y diversas producen sus formas de poder y de orden no estatales; el Estado impone su definición hipotética de orden político, y los intermediarios, mediante un sistema de reciprocidades, gestionan la coherencia y la estabilidad del conjunto" (Uribe, 1997, p. 178).
 100. Posiblemente, muy diferentes de los espacios sociales de la sociedad capitalista.

en esas áreas, en principio, no llega a realizarse la oferta de seguridad del derecho moderno, las personas se sienten amparadas por un orden jurídico diferente al del Estado, que les orienta y al que acatan.

Siendo así, las normas reguladoras pueden ser reconocidas dentro de un sistema de valores que puede llegar a ser sustancialmente diferente del que agencia el Estado. En tal caso, la ciudadanía no es el vínculo político organizador de la vida social, sino que se cuenta con otro tipo de pertenencia, frente al cual el vínculo con el Estado, si bien puede existir, no es el predominante. Con ello, las instituciones imperantes en tales territorios son las que entran a regular las relaciones sociales y a gestionar los conflictos que se presentan.

Podemos tener órdenes no estatales en comunidades tradicionales (como las mencionadas naciones indígenas o las afrodescendientes), donde su estructura de autoridades vertebría sistemas de regulación social que van desde la familia y el parentesco hasta la relación con la naturaleza, en cuerpos normativos que hoy se suelen llamar de *derecho propio*. Las instituciones de justicia comunitaria son predominantes. Mientras tanto, el derecho del Estado y sus instituciones no llegan a tener la misma importancia en la orientación de los comportamientos y el manejo de los conflictos que se presentan.

[113]

Este tipo de área se presenta en donde permanecen comunidades tradicionales como entidades políticas y culturales diferenciadas. Hipotéticamente, también se podrían considerar aquí casos en los que se han producido nuevas y fuertes comunidades que han logrado niveles de identidad e institucionalidad que les permiten organizar su vida social a partir de un sistema de derecho que les es propio, gracias a que se encuentran en importantes niveles de aislamiento frente a las estructuras sociales agenciadas por el Estado.

Este tipo de área también se presenta en zonas donde actores armados enfrentados al Estado o paraestatales han establecido control territorial. En tales casos, caben dos posibilidades muy diferentes.

En primer lugar, cuando el actor armado participa de un proceso hegemónico y articula, sobre esa base, un sistema de ordenación de los comportamientos e instituciones de gestión de la conflictividad. En tales casos, se trata de experiencias de pluralidad jurídica en las que el sistema oficial solo tiene una presencia nominal, ya que no se tiene una relación muy intensa con las áreas del primer tipo, o, si se tiene, no llega a impactar suficientemente sobre sus estructuras. Allí, la administración de justicia

estatal no tiene ninguna presencia y son los mecanismos del orden realmente imperantes los que entran a definir las controversias. Del mismo modo, son autoridades reconocidas y validadas socialmente en su entorno social y cultural, en el que son partícipes y en el que cuentan, además, con el respaldo de las armas del grupo ilegal. Allí se ubicaría el concepto de *territorios liberados*. Estos se establecieron en medio de conflictos internos de diferentes regiones del mundo, pero en América Latina hacen carrera en la segunda mitad del siglo XX¹⁰¹.

Otra forma de orden extraestatal producen los actores armados de cualquier color, cuando logran imponerse por la fuerza y establecen su régimen de poder diferente o contrario al del Estado. Tal es el caso de los grupos paramilitares, en Colombia, o de Sendero Luminoso, en Perú, o como ocurre cuando la guerrilla no tiene liderazgo intelectual y moral, y muchas veces también carece de un proyecto de hegemonía.

Allí, el actor armado impone su orden y su autoridad¹⁰² por la fuerza, pero sin legitimidad. Sus reglas, si es que las tienen, y, en todo caso, sus órdenes son acatadas debido al temor¹⁰³. Por regla general, cuando un

[114]

101. En Colombia, es especialmente reconocido el caso de las guerrillas liberales que durante la década de los cincuenta tuvieron presencia en un amplio sector de la Orinoquia. Allí establecieron las llamadas *leyes del Llano*, mediante las cuales les dieron tranquilidad y reglas claras a los pobladores. La primera de ellas determinó la prohibición de hacerse justicia por mano propia, para lo cual se estableció un claro sistema de autoridades. La segunda estableció reglas para el actor armado, especialmente en lo concerniente a la relación con la población. También estableció órganos de administración de justicia. Allí mismo se instauraron reglas para la propiedad, así como un sistema penal muy claro y simplificado (Nemogá, 2001, pp. 234-235).

102. En todo caso, lo que se observa es que, por regla general, la imposición de estos actores armados sucede a una situación generalizada de caos (muchas veces causada por la lucha territorial en la que este actor compitió sangrientamente con otro) y suele ser apreciada positivamente por la comunidad, gracias al resultado de sosiego con el que llega a coincidir. El tiempo se ha encargado de demostrar que las zonas de control de alguno de estos actores armados no tenían su adhesión ideológica en muchos casos. “Predomina más bien la lógica de la protección, que hace que los campesinos se sometan a la voluntad de quien ostenta la fuerza y puede neutralizar otras violencias” (Aguilera, 2003, p. 11).

103. Sendero Luminoso neutralizaba, aun con la muerte, a los jueces de paz así como a cualquier actor que le pareciese funcionario o actor del Estado. Como contrapartida, ofrecía una justicia rápida, gratuita y muy eficiente por su contundencia en los castigos (Manrique, 2002, p. 81).

actor armado ingresa a una zona, nos encontramos frente a esta situación. Y hay zonas, particularmente en Colombia, donde la sustitución del grupo de poder se presenta recurrentemente y la situación podría ser de caos. El criterio que permite precisar cuándo estamos ante el orden extraestatal está en si la norma de comportamiento es clara. De ser así, estaremos en una situación regulada y por tanto de orden. El caos podrá haberse superado por la vía de la imposición antidemocrática y el terror.

También podemos hablar de un orden no estatal en la administración de justicia, en lo que se refiere a áreas en las que persisten comunidades tradicionales o se han desarrollado comunidades nuevas y fuertes (como en ciertos casos de migración interna o internacional) con alto nivel de relación con áreas de orden estatal. Allí encontraremos formas de pluralidad jurídica muy dinámicas debidas a la competencia y la imbricación entre los mecanismos de justicia de que dispone la propia comunidad con los que promueve el poder estatal.

Estas modalidades de pluralidad jurídica pueden ser explicadas en dos tipos de contextos: 1) en procesos inconclusos de expansión del orden jurídico moderno que apenas logran penetrar en ciertos terrenos de regulación en las comunidades (como ocurre en ciertas zonas indígenas donde conviven e interactúan el derecho del Estado con el propio de las comunidades) y 2) en el constante nacimiento de diferencias culturales y los incesantes procesos de construcción de nuevos vínculos colectivos y estilos de vida que siguen dándose al interior de las sociedades modernas que se dotan de mecanismos de regulación.

[115]

Entre ellas podemos contar tanto las experiencias de regulación que se presentan en zonas donde no hay eficacia de las instituciones estatales, pero son receptoras de confluencia de desplazamientos poblacionales, como los casos de regulación de zonas rurales de colonización espontánea, las estructuras regulativas de la población de la calle de las grandes ciudades de América Latina o los procesos de organización surgidos en medio de una lucha colectiva cuyas actuaciones generan la persecución estatal o excluyen el acceso a las instituciones estatales¹⁰⁴.

104. Caso que suele ser recurrente en los procesos de reivindicación de la tierra urbana o rural, a través de la ocupación de predios. Suele ser muy mencionado y debatido el caso de Pasárgada (nombre ficticio dado por Santos a una experiencia de Río de Janeiro).

Derecho propio y territorio

Por fuera de las fronteras del sistema judicial puede encontrarse el orden que se dan a sí mismas las comunidades a donde no llegan la ley ni la fuerza del Estado. En los territorios que estructuran un orden fundado en el derecho que les es propio se presentan las experiencias más caracterizadas de justicia comunitaria¹⁰⁵, tanto en comunidades tradicionales como en comunidades nuevas. De las primeras tenemos una diversidad en Colombia, entre las que se destacan los territorios indígenas y los de las comunidades afrocolombianas. En relación con las segundas, son notorios los casos de organización de desplazados internos y los de las comunidades de paz. Describiremos los alcances del orden que cada una de ellas establece en sus respectivos territorios.

En Colombia, persisten zonas en las cuales son las tradiciones propias de diferentes grupos étnicos las que en sus respectivos territorios ordenan los comportamientos y regulan la conflictividad. Allí, han sido sus propias estructuras normativas las que sustentan a sus autoridades y articulan instituciones mediante las cuales se organizan sus sistemas productivos, reproductivos, distributivos y de gobierno. En orden de aparición en la escena nacional, vamos a tomar en consideración los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas¹⁰⁶, la diversidad regulatoria de las comunidades afrodescendientes y el ordenamiento de raíz bautista del pueblo raizal isleño caribe.

[116]

105. En todos estos casos, se presenta una situación de pluralidad jurídica, en cuanto existen campos sociales semiautónomos en los que la normatividad propia es permeada por la normatividad que está a su alrededor, principalmente la estatal. Esta categoría fue propuesta por Moore y es ampliamente acogida en la teoría (Merry, Griffiths y Tamanaha, 2007, pp. 111 y 199).

106. No dejaremos de mencionar aquí uno de los sistemas de justicia y derecho propios más antiguo con el que contamos en la pluralidad jurídica de Colombia: *kriss romaní* (justicia y leyes de la comunidad gitana de nuestro país). Comoquiera que define un orden personal para todos sus integrantes, presentes en varias zonas del territorio nacional, debe ser considerada como un caso muy importante dentro de los ordenamientos y judicialidad comunitarios. No la incluimos entre las áreas de orden no estatal, dado que no se caracteriza por su territorialidad, por lo cual no tiene cabida en el análisis de este trabajo.

Orden amerindio

Los grupos indígenas de Colombia representan aproximadamente el 3 % de la población¹⁰⁷ y se ubican en casi todos los departamentos del país. Solo dos tercios de ellos disponen de territorios reconocidos legalmente (en 710 resguardos) y están situados en zonas de tierras inexplotables desde el punto de vista comercial, que teóricamente corresponden a la cuarta parte del territorio nacional. La población de estas etnias se encuentra agrupada en unos cien pueblos o naciones, que van desde los wayúu, con más de trescientos mil integrantes¹⁰⁸, hasta algunos pueblos en la Amazonia que apenas reúnen unos centenares, como los nukak makú o los hitnu.

Las formas de organización política que emanaron de ellos mismos son muy diversas. En idioma español, se les da el nombre genérico de capitanes, caciques y gobernadores a las autoridades máximas de diferentes etnias, pero los términos no dan cuenta de un tipo de dignidad o cargo homogéneo en los diferentes pueblos. En comunidades de la zona de la Amazonia y de la región costera norte, la máxima autoridad es el propio jefe de familia; en muchas existen los consejos de ancianos y en la mayoría de las etnias son muy relevantes políticamente las autoridades religiosas y los médicos tradicionales.

[117]

En su interacción con el mundo occidental, durante el dominio español y después de él, como parte del proceso colonial, ha logrado imponerse la figura del cabildo indígena como principal modalidad de organización, sobre todo en el occidente del país. Se trata de un órgano colegiado, de carácter representativo, en el cual reposa la responsabilidad del gobierno propio, la administración de los bienes comunes y la administración de justicia. Entre los cabildantes se distribuyen las diferentes responsabilidades, siendo la principal la del gobernador, que en la actualidad funge además como representante legal de la comunidad.

107. Durante las últimas décadas, se han hecho varios estudios para determinar el número exacto de indígenas en Colombia. Quedan atrás los datos de los años noventa, que hablaban de menos de doscientos mil hasta novecientos mil en todo el país, dependiendo de la manera como se caracterizaba al indígena en los estudios: idioma propio, vestimenta, relaciones económicas (Arango y Sánchez, 1999, pp. 75 y ss.). En el censo de 2005, 1 378 000 personas declararon pertenecer a alguna de las etnias indígenas, de las cuales 933 000 estaban radicadas en territorios de resguardo (Dane, 2005). Es de esperarse que en la actualidad el número haya aumentado considerablemente.

108. Sin contar un tercio de la población wayúu, que se ubica en territorio venezolano.

Si bien, en la actualidad, el formato del cabildo es bastante flexible y cuenta con desarrollos específicos en los diferentes pueblos donde se implementa, su expansión se ha dado en buena medida de espaldas al sistema de autoridades que habían generado los propios pueblos indígenas. Aunque en algunos casos estas figuras están muy articuladas, como los sistemas tradicionales de autoridad, no es esta la generalidad. En diferentes zonas, principalmente en la Amazonía y la Orinoquia, el cabildo y el gobernador son el medio de relacionamiento con el sistema jurídico y político nacional, mientras que sus dinámicas de gobierno interno y de regulación de los conflictos funcionan sobre todo basadas en las matrices originadas en su cosmogonía y ancestralidad. Se habla entonces tanto de paralelismo como de complementariedad entre autoridades indígenas, autoridades tradicionales (generalmente mayores en edad, con conocimientos ancestrales y reconocimiento comunitario) y legales (generalmente más jóvenes, con formación académica occidental y habilidades validables ante el Estado para asuntos administrativos o jurídicos), y las dinámicas diferenciables que han desarrollado más o menos poderosos vasos comunicantes.

[118]

Los pueblos indígenas cuentan con sistemas de administración de justicia muy diferentes entre sí y, obviamente, respecto al sistema judicial nacional. Carlos Perafán (1995, pp. 20-33) llama la atención sobre las grandes diferencias que hay entre un sistema compensatorio, como el que tienen los wayúu a través de los *palabreros*, y el sistema religioso que tienen los arhuacos o los koguis, a través de los *mamos*. También destaca que, a diferencia de los anteriores y de lo predominante en el sistema judicial, hay pueblos que no tienen autoridades permanentes para la administración de justicia, sino que constituyen una combinación de diferentes variables fácticas y personales.

Esther Sánchez, tras una experiencia de varias décadas al lado de pueblos indígenas de varias zonas del país, concluye que se trata de sistemas sumamente eficientes en la gestión de la conflictividad y en la orientación de los comportamientos dentro de la comunidad: “Se esfuerzan, generalmente, para llegar a acuerdo mediante el acceso a conocimientos que ofrece tanto el sistema propio ya que cuentan con mecanismos no judiciales que resultan altamente efectivos, como en ciertas situaciones al sistema externo al pueblo mismo” (2001, p. 164). La autora refiere que los sistemas jurídicos indígenas varían en su fuerza al interior de la comunidad según su proximidad al centro de esta, y cuanto más alejados de él estén los actores y sus comportamientos, más débil será su fuerza reguladora.

En el último medio siglo, las zonas ordenadas por el derecho propio de las comunidades indígenas han estado sometidas a un intenso juego de vectores, unos que tienden a favorecerlo y otros que lo confrontan o al menos lo socavan. Tienden a fortalecerse los vínculos de pertenencia a las comunidades indígenas, por un lado, por la autoafirmación de lo étnico en las organizaciones indígenas, y, por otro lado, debido un reposicionamiento del indigenismo en el concierto político nacional.

La reivindicación étnica se empieza a consolidar a partir de la fundación del Consejo Regional Indígena del Cauca (Cric), en 1971, luego de que por décadas se impusiera una idea, acorde con discursos modernizantes, desde la izquierda y la derecha, que generalizaba y que situaba lo indígena en el lugar más atrasado de la línea hacia el progreso. El Cric proclama y promueve, como luego lo irá haciendo todo el movimiento indígena del país, el desarrollo y el fortalecimiento de la propia cultura, reivindica y defiende sus saberes y enaltece a sus propias autoridades.

A tono con ello, sus luchas han construido, ladrillo a ladrillo, un reconocimiento en los movimientos sociales y políticos que se consolida con el establecimiento de organizaciones indígenas nacionales (como la Organización Nacional Indígena de Colombia [Onic] y las Autoridades Indígenas de Colombia [Aico]) y lo convierte en uno de los movimientos sociales colombianos más consistentes en lo que va de este siglo¹⁰⁹.

[119]

Un punto de la mayor importancia fue que, a propósito de los quinientos años de la llegada de Colón a América, se posicionó mejor una visión que defiende que nuestra sociedad requiere fortalecerse más desde su componente indígena. A ello han contribuido importantes conquistas institucionales, como el componente multicultural de la Constitución Política de 1991, que sustenta y reconoce la normativa y las autoridades propias, y que desarrolló en este campo durante toda la década de los noventa la Corte Constitucional. Este conjunto de dinámicas ha permitido que las comunidades se expandan en el número de los integrantes que se reconocen étnicamente y que se someten a las normas y a las autoridades propias¹¹⁰.

109. De hecho, durante los dos gobiernos de Álvaro Uribe, cuando se estigmatizaba y perseguía a todos los movimientos sociales asociándolos con estrategias de la guerrilla, el movimiento indígena tuvo que luchar en dos frentes opuestos: por un lado, contra la represión del Estado y, por el otro, contra la agresión de la guerrilla, que lo ronda desde hace décadas.

110. Véase Bonilla (1999).

Esos vientos han sido a favor pero también ha habido corrientes en contra del avance del orden propio de los pueblos indígenas. En primer lugar, tenemos la visibilidad exterior de las instituciones propias, que ha hecho que los voceros de los discursos imperantes de la modernidad las pongan como blanco de atención y de crítica, especialmente en cuanto al derecho y la administración de justicia, tanto en la academia como en el gobierno judicial y los medios de comunicación. Todos esos actores, a través de los poderosos medios de que disponen, hacen exigencias occidentales a los sistemas de derecho propio.

Puede decirse que hay una contratendencia que desconoce que las instituciones indígenas funcionan sobre canales que pueden recibir mucho daño si son sometidos a los raseros eurocéntricos. El desconocimiento judicial de los sistemas y las autoridades propias¹¹¹ es el más protuberante, pero no el único. La crítica a ultranza de lo indígena, acompañada de la dañina ignorancia de sus valores, sus estructuras normativas y sus instituciones, socava su capacidad regulatoria y produce caos. De modo que esos valores han tenido transformaciones que los desnaturalizan y las autoridades han cedido parte del terreno al adoptar, sin coherencia cultural, instituciones propias del sistema occidental, como el predominio del lenguaje escrito, el sistema adversarial, e incluso la cárcel —en varios pueblos— como máximo sistema de prevención de delitos¹¹².

[120]

111. Weildler Guerra (2002, pp. 198 y ss.) muestra cómo en la comunidad wayúu se presentan diferentes formas de intervención de las autoridades estatales, como: 1) interferencia de los cuerpos armados del Estado en las actuaciones de sus instancias propias; 2) procesamiento por extorsión a los palabreros, que son la instancia que tramita los conflictos haciendo llamados a conciliar para evitar la guerra; 3) procesamiento por porte ilegal de armas a los órganos de fuerza de que disponen.

112. Un caso que merece especial análisis es el *remedio* que en 2015 el pueblo nasa aplicó a los militares del Ejército Nacional, que también son integrantes de la comunidad, cuando asesinaron a dos indígenas en su territorio. Las decisiones, tomadas en menos de una semana, a través de sus procedimientos, llegaron a una orden de encarcelamiento de 60 años (una sanción que, siendo occidental, cada vez se aplica más por parte de las autoridades propias de este pueblo así como por las de otros), que a juicio de juristas y medios es desproporcionada y no tiene las garantías que contemplan los operadores de justicia occidentales.

Regulación en el Caribe anglófono

Otro grupo que construyó sus propias estructuras regulatorias fue el pueblo raizal del archipiélago de San Andrés, en el Caribe. Sobre una matriz cultural anglosajona, se produjo, durante siglos, una mezcla étnica en la que pusieron su impronta exesclavos angloparlantes, indígenas, garífunas y migrantes de diferentes regiones del mundo. Su aislamiento se debe en buena medida a la enorme distancia física de la Colombia continental y a la barrera idiomática, dado que los raizales hablan una modalidad del inglés.

Se trata de un pueblo altamente espiritual, muy articulado alrededor de sus autoridades religiosas (Robinson, s. f.). Durante el último medio siglo, ha sido altamente afectado por la presencia creciente de extranjeros y continentales (hoy, el 70 % de los habitantes de San Andrés no son raizales, aunque en las otras islas la proporción raizal es mayor) y por fuertes dinámicas de aculturación, por haberse convertido en la década de los sesenta en un epicentro comercial (puerto libre) y turístico. Las organizaciones, autoridades y líderes luchan por la defensa de su propia identidad, sus instituciones y su normativa social, habiendo logrado en los últimos años el reconocimiento de su propio sistema normativo por parte del Estado colombiano (Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, T-800/14).

[121]

Regulación afrodescendiente

La experiencia de administración de justicia de las comunidades negras en Colombia, junto con sus figuras y sus normas, es aún menos estudiada que la de los indígenas. Su importancia puede ser muy grande, no solo por la alta proporción de población que reivindica esas raíces, sino por el intenso proceso de construcción institucional que partió de grupos humanos que, sin una base cultural única, porque habían sido arrancados de una diversidad de culturas en África, pudieron erigir sus instancias de regulación que los convirtieron en sociedades muy pacíficas.

Desde la implantación de la esclavitud en el país, empezaron a generarse comunidades como puntos de confluencia de afrodescendientes que huían de la opresión esclavista y el racismo. Algunos eran libertos (liberados por sus amos, generalmente por pago de la libertad por parte del propio esclavo) y otros eran cimarrones (libres porque lograron huir). En las riberas de los ríos de tierras remotas se ubicó la población negra que fue saliendo del

cautiverio, del trabajo forzado y de los demás oprobios que implicaba la propia condición de esclavo o la agresiva discriminación, que no dejó de afectar a los afrodescendientes, aun cuando ya no tuvieran la condición de esclavos.

En Colombia, la mayor parte de las comunidades negras se estableció de manera *lineal* en las riberas de los ríos de la cuenca del Océano Pacífico, y una parte menor lo hizo en la zona del litoral Caribe¹¹³. El aislamiento de estos grupos humanos, posibilitado en buena medida por barreras naturales, pero también por el abandono estatal, posibilitó que, mediante una urdimbre de vertientes culturales africanas y usando recursos culturales occidentales obtenidos durante el cautiverio, construyeran una normativa y una institucionalidad propias. De modo que, a finales del siglo XX, se reconocían en el país aproximadamente cien comunidades a lo largo de la zona pacífica y una decena más en el resto del territorio nacional, para un total superior al 10 % de población colombiana que declara tener pertenencia étnica a una comunidad afrodescendiente (Dane, 2005).

Las dinámicas organizativas y reivindicativas, así como el fortalecimiento identitario, cobraron especial impulso en la década de los ochenta y alcanzaron conquistas importantes¹¹⁴ en el sistema institucional colombiano al comenzar la década de los noventa. Sin embargo, luego de contar durante siglos con los mejores índices de convivencia pacífica¹¹⁵, las comunidades negras han sido objeto de una dinámica de violencia que, junto con la diáspora de su población, ha producido un gigantesco etnocidio y, posiblemente, un epistemocidio de proporciones catastróficas, cuyos alcances en la normativa y en la institucionalidad de administración de justicia no son conocidos.

En consecuencia, muy buena parte de las personas más conocedoras y reconocidas en el gobierno de las comunidades ha sido desplazada, cuando no lo ha sido la comunidad entera. Ello es consecuencia de una sobreposición de dinámicas violentas que empieza con la disputa territorial entre

113. En otras regiones, especialmente en las riberas de los ríos Magdalena y Cauca, los más importantes del país, se estableció una parte muy importante de población negra de origen africano que no constituye comunidad afrodescendiente en el sentido que planteamos en este trabajo.

114. Por ejemplo, representación especial en el Congreso Nacional, reconocimiento territorial, propiedad colectiva de la tierra, validación estatal del gobierno propio.

115. El departamento del Chocó, en un ochenta por ciento integrado por comunidades negras, fue hasta mediados de los noventa el más pacífico (y el más pobre) del país, mientras que Antioquia era el más violento (y uno de los más ricos).

las guerrillas de las Farc y del ELN, la expoliación de las tierras colectivas por paramilitares a favor de grandes empresas capitalistas, y la conversión de sus predios en escenario de narcotráfico y minería ilegal o legal.

En la actualidad, un alto porcentaje de los integrantes de estas comunidades se encuentra fuera de sus territorios¹¹⁶, mientras que los que permanecen allí luchan por sostener sus estructuras de autoridad frente a la presencia violenta y avasallante de los actores armados, muchos de ellos provenientes de otras regiones, y que se ubican o pasan por el territorio en actitud depredadora contra la población, sus recursos y el medio ambiente.

Poner orden desde el consenso

En muchas comunidades, el orden no solo se produce sobre la base de una cultura ancestral, sino que puede haber sido el resultado de la construcción de acuerdos para organizar la vida en comunidades nacientes. Aquí también puede hablarse de dinámicas del derecho propio, cuando los conjuntos humanos que han llegado a una zona —ante la imposibilidad de que el Estado responda a la necesidad de organizar un régimen de relacionamiento interno y de convivencia— construyen instancias de orientación de los comportamientos y gestión de los conflictos. Tales dinámicas, en Colombia, han surgido en contextos de 1) marginalidad económica y social o 2) como resultado de una estrategia de protección colectiva en el contexto de la guerra.

Corrientemente, esos procesos de autorregulación se pudieron encontrar en la extensa dinámica de colonización rural espontánea producida entre las décadas de los sesenta y ochenta, como consecuencia de la violencia y la pauperización del campo. Los campesinos colonos tendían a organizarse,

[123]

116. “El proceso de destrucción cultural contra el Pueblo Afrocolombiano queda evidenciado y registrado de manera contundente al observar las cifras de desplazamiento específicas para los 50 municipios en donde están los territorios ancestrales reconocidos legalmente hasta hoy: a diciembre de 2007, 294 842 personas habían sido expulsadas de los 50 municipios; esta cifra representaría el 93 % de los 318 647 habitantes que fueron censados en el proceso de adjudicación de los títulos colectivos” (Asociación de Afrocolombianos Desplazados [Afrodes], 2009, p. 5).

generalmente en sus juntas de acción comunal, y desde allí gestionaban sus conflictos y producían reglamentos internos con una gran eficacia¹¹⁷.

También se presentaban en zonas urbanas marginales, como el caso de Moravia, un barrio céntrico de Medellín cuya marginalidad era extrema. Además de sus condiciones de pobreza e inseguridad, también lo marginaba el hecho de que fue construido por sus moradores en el área destinada a arrojar las basuras de la ciudad y fue zona de confrontación armada durante lustros. Allí, los moradores, en el contexto de la desmovilización como grupo armado de las milicias que operaban en la zona, establecieron mecanismos de mediación alrededor del Centro Comunitario de Resolución de Conflictos, que logró importante incidencia en las controversias internas y en la pacificación de ese sector de la ciudad (Roldán, 2000).

Pero las dinámicas más profundas de derecho propio surgidas del consenso las encontramos en las *comunidades de paz*. Se trata de grupos humanos de unos cuantos miles de habitantes del área rural que, en medio de las zonas de mayor enfrentamiento y victimización de la población civil por el conflicto armado¹¹⁸, se han deslindado de todos los actores armados que se disputan su territorio, incluido el Estado.

Son iniciativas de paz desde la base, en construcción, que encuentran su origen en regiones de alta violencia y en comunidades que, en medio del fuego cruzado, se organizan como expresión de resistencia civil no violenta al conflicto interno armado, dentro de un territorio delimitado que declaran al margen de las hostilidades, para autoprotegerse reivindicando la autonomía e inmunidad de la población civil frente al conflicto armado, reconstruir el tejido social, desarrollar un proyecto de vida soportado en la solidaridad y el bien común y materializar su derecho a la paz. (Hernández, 2000, p. 4)

-
117. Muchos de esos procesos han sido cooptados por los actores armados, principalmente por la guerrilla, dado que en estas zonas tienden a establecerse. Es muy conocido el caso de la Unión Peneya (Premio Nacional de Paz), porque su resistencia al asedio de las Farc lo ha conducido a éxodos masivos. Ricardo Serrano (1995) hace un retrato de las formas de regulación comunitaria que había allí a comienzos de la década de los noventa.
118. Por ejemplo, los pobladores de San José de Apartadó, en los años previos a su declaratoria como comunidad de paz, venían denunciando más de sesenta asesinatos, bloqueo en el flujo de alimentos y medicamentos, bombardeos, pérdidas de cosechas, torturas y hostigamientos.

Muchos de esos esfuerzos han naufragado, bien porque algún actor violento ha logrado imponerse mediante la cooptación o la violencia selectiva, o bien porque se ha generado una situación de caos. Entre los casos más sonados por su sostenibilidad como comunidades de paz, se encuentran el de la India, en el Magdalena Medio santandereano, establecida en los años ochenta; el de San José de Apartadó, comunidad puesta en marcha en la década de los noventa (se declaró en 1997); y Cacarica, en el Urabá chocoano, que con muchos altibajos tomó impulso en los primeros años de este siglo.

Las comunidades de paz se proponen ordenar su propia realidad sin someterse a normas o actores externos. Para ello, establecen sus propios reglamentos y organizan sus autoridades prescindiendo de cualquier dependencia de aquellos, aun del Estado¹¹⁹. Sus normas incluyen pautas de relacionamiento interno y con el exterior, y de producción y de mercado, generalmente estructuradas alrededor de la solidaridad y la reciprocidad, así como reglas para el manejo de los bienes colectivos y el funcionamiento de la organización y sus cargos. Para la gestión de los conflictos, establecen sus propios procedimientos e instancias, los cuales priorizan la gestión consensual.

[125]

Orden y caos en el conflicto armado

Los actores armados que se imponen en los territorios del país son muy diversos: guerrillas, paramilitares y otras organizaciones criminales, principalmente de narcotraficantes. Las mafias de narcotráfico o de minería ilegal, si bien son actores con interés en los territorios para extraer, procesar o para poder circular en su comercio ilícito, no las abordaremos aquí de manera independiente, porque las que logran dominio estable en un espacio considerable estarán englobadas en las categorías mencionadas ya o se servirán de ellas.

119. En 2005, tras el asesinato y descuartizamiento, por parte de paramilitares y militares del Ejército Nacional, de varios de los líderes de San José de Apartadó, como lo establecieron las autoridades judiciales, Álvaro Uribe, entonces presidente, anunció que lo que vendría sería la ocupación estatal del territorio, acusando a los dirigentes de hacer parte de las Farc. La comunidad resistió. En 2013, el gobierno Santos corrigió y se disculpó públicamente en nombre del Estado.

Regulación guerrillera

Las guerrillas han sido un actor presente en diversas zonas del país desde hace más de sesenta años, cuando, enarbolando ideas liberales, combatían al Gobierno conservador a finales de los años cuarenta. Incluso las Farc y el ELN empezaron a tener presencia en las más diversas regiones del territorio nacional a partir de comienzos de la década de los sesenta, operando en zona rural y priorizando al campesinado como destinatario de su mensaje revolucionario. El M-19 actuó militarmente por tres lustros desde mediados de los años setenta; si bien en uno de ellos su principal escenario militar fue el rural, siempre se dirigió a una amplia gama de sectores sociales. Habiendo experimentado diferentes estrategias¹²⁰ y vivenciado variados momentos en su propia trayectoria como organizaciones, las relaciones de las guerrillas con los territorios cambiaron según la época y de una zona a otra.

Más allá de la normativa interna del aparato armado¹²¹, para analizar la manera como las guerrillas han impuesto su orden en cada zona y en cada época, es preciso distinguir cuatro modelos diferenciados en cuanto al sentido que el propio actor armado le da a su relación con el territorio y la población, y la manera como hace presencia en la zona respectiva. De allí se derivan las particularidades en el tipo de conflictos que acomete, el tipo de actores que los gestionan y los procedimientos mediante los cuales se interviene. Con esos criterios, será diferente el lugar de la guerrilla, sus pautas de comportamiento y su intervención en la conflictividad, si su presencia en el territorio es en *provisionalidad*, si está en *disputa* o si tiene *dominio* o es *hegemónica*.

[126]

120. No nos referimos a organizaciones que no han tenido tanta figuración en la historia colombiana y sus territorios. No nos ocuparemos de grupos armados de presencia regional, como el Ejército Popular de Liberación (que consolida una presencia territorial en Urabá y Norte de Santander, cuyas huellas aún existen), el Partido Revolucionario de los Trabajadores (con presencia en una amplia zona de la Costa Atlántica) o el Quintín Lame (vinculado al movimiento indígena de Tolima y Cauca y que operó en la década de los ochenta), ni de grupos con presencia muy breve en la historia nacional, como Autodefensa Obrera (que actuó en Bogotá, en los setenta) o Pedro León Arboleda (Bogotá, años setenta).

121. Alfredo Molano da cuenta de tres códigos a los que se someten los guerrilleros de las Farc: reglamentos internos, derechos y deberes del guerrillero ante la población civil (2001, p. 333).

La presencia de la guerrilla en el territorio es provisional¹²² cuando solo le interesa utilizar una zona como corredor de desplazamiento entre diferentes áreas en las que se tienen intereses estratégicos desde el punto de vista político o económico estable o en una primera etapa de aproximación a unas zonas en las que se proyecta construir dominio territorial. Allí, su interés prioritario estará asociado con la seguridad del propio grupo armado y buscará fundamentalmente controlar que la población no colabore con el enemigo. Para lo cual se persigue y castiga —con la muerte, la violación o el desplazamiento— a quienes se sospecha que sean posibles colaboradores del enemigo. A través del miedo al castigo, se busca disuadir comportamientos que puedan impedir el beneficio del tránsito estratégico o la intención de dominar el terreno. La presencia provisional de la guerrilla suele estar acompañada de la elevación de los índices de violencia.

Es muy diferente la relación con la población y sus conflictos cuando la guerrilla tiene la intención de establecer su dominio territorial. En ese caso, se busca proyectar una imagen favorable de la guerrilla en la comunidad, mediante la persecución y ajusticiamiento de reales o supuestos ladrones, violadores, funcionarios corruptos, etcétera.

[127]

Las zonas en disputa entre dos actores (por ejemplo, entre las Farc y el ELN, en Arauca, durante la segunda mitad de la década anterior) que pretenden el control territorial son las que presentan los peores índices de violencia, precisamente porque se presenta competitivamente la misma lógica entre dos actores superpuestos, victimizando cada uno a la población civil, a la que ve como posible colaboradora de su adversario y vengando los asesinatos de quienes consideran sus aliados¹²³.

Otra cosa es cuando una guerrilla consolida su *dominio* en un territorio, porque suelen reducirse la violencia y el delito a niveles mínimos. Se impone y se consolida así el poder disuasorio del actor armado. La guerrilla establece reglas de convivencia en la comunidad, o de trato entre géneros, o para los negocios; impone contribuciones a la lucha armada; establece

122. Mario Aguilera (2001, pp. 393 y ss.) se refiere a los mismos fenómenos, desde otro enfoque, con el nombre de justicia ejemplarizante, que proyecta en la población civil un régimen dirigido en principio a sus propios combatientes.

123. La competencia entre actores armados en un territorio tiende a aniquilar el tejido social y las autoridades comunitarias. “Esta tensión provoca el aniquilamiento de las formas comunitarias, desfigura el tejido social y es la causa del importante incremento del homicidio de los civiles [...]” (Aguilera, 2003, p. 12).

[128]

controles ambientales y emite dinero¹²⁴. Se reduce el robo a niveles impensables en otros contextos, se evitan las riñas, y se reducen la violencia intrafamiliar y las infidelidades.

El comandante se erige en máximo operador de justicia y la propia población sabe que la única manera de zanjar un conflicto es a través de su intervención. Entonces, la guerrilla atiende conflictos domésticos, mercantiles y vecinales, para lo cual tiende a evitar que su intervención se asocie con su capacidad punitiva. Además, cuando su estrategia lo requiere, en nombre de la comunidad, enjuicia bajo su propia estructura de tipicidad a los dirigentes sociales y políticos, incluso a alcaldes y otros funcionarios (Aguilera, 2001, pp. 401 y ss.). La relación tanto del ELN como de las Farc con la mayor parte de los territorios que han ocupado estaría dentro de esta categoría.

Dependiendo de las respectivas pautas, lo que se estableció en esas zonas fue el orden de la guerrilla, que la comunidad ha acatado, en su mayoría con la certeza de que no cumplir genera castigo, aun cuando la drásticidad de este se hace variable. El enjuiciado puede recibir diferentes tipos de castigo, que van desde una multa o trabajo comunitario, hasta el desplazamiento o la pena de muerte. Pero todas las conductas prohibidas tienden a hacerse menos recurrentes, pues los mecanismos de regulación y de disuasión se han mostrado muy eficaces.

Finalmente, la otra modalidad de relación de la guerrilla con el orden territorial se presenta cuando ella lidera un orden de hegemonía en una zona. Esta modalidad está asociada con una dinámica —intensa, compleja y sostenida en el tiempo— de direccionamiento político de una comunidad por parte del actor armado. Gracias a lo cual se desarrollan en el territorio dispositivos culturales que dirige una cúspide en la que se encuentra el mando armado, pero se ejercen de manera inmediata y tangible por parte de estructuras sociales participativas. Tal tipo de posición del grupo armado se deriva de su capacidad organizativa de la vida social, habiendo llegado a ser catalogada como fundadora del territorio. En regiones de Arauca, por ejemplo, la guerrilla tuvo un papel en la presencia de lo colombiano en una

124. Ha fijado zonas de protección o reglas de caza o extracción, ha circulado con efectividad fotocopias de billetes de las mayores denominaciones con la simple firma del comandante de la guerrilla (o ha fijado la moneda de cambio, como lo hizo, por ejemplo, con los gramos de coca en el Guaviare).

región que, por ausencia de nuestro Estado, estaba altamente identificada con Venezuela hasta los años setenta¹²⁵.

El actor armado no solo habrá formado a sus propios integrantes en una manera de ver la sociedad y la lucha política, sino que contará con recursos para impulsar y encauzar las corrientes de pensamiento y acción que surgen en la comunidad. En alta medida, puede hablarse de zonas que tienen una cultura *fariana* o *elenista*, porque la guerrilla verdaderamente llegó a liderar procesos de orden organizativo y se ocupó de la educación de niños y de adultos, de la salud y de la producción. La guerrilla llegó a gobernar a la población que creyó en ella y la acataba mucho más allá de su poder disuasivo.

Bajo estas circunstancias, en dichas zonas, la mayor parte de la administración de justicia llegó a estar a cargo de entidades de la propia comunidad en las que la organización en armas no intervenía directamente. Las decisiones se tomaban generalmente por mediación o en asambleas comunitarias, ante autoridades respaldadas por la guerrilla¹²⁶. Solo una parte muy menor de los asuntos llegó a ocupar a la guerrilla directamente, en los territorios que se llamaron históricos de presencia de las Farc, como Sumapaz, en Cundinamarca, o La Macarena, en el Meta. Lo propio ocurrió en el caso del ELN, en las zonas de su mayor consolidación, en el pie de monte araucano¹²⁷.

[129]

125. Como quedó registrado en su momento. “Pero hay otro tipo de relación de la guerrilla con el territorio. Son esas regiones donde la guerrilla lleva asentada una, dos o tres décadas, y a donde incluso llegó primero que los colonizadores. En estas zonas ella estableció su propia economía y estructuró comunidades antes de que ocurrieran desarrollos posteriores. En realidad, parte del éxito, del enraizamiento y de la larga duración de la guerrilla colombiana se debe a que ella ha sido constructora de territorios, si entendemos estos como espacios acabados, apropiados, administrados y delimitados política y administrativamente” (Rangel, 1993, p. 57).

126. “Las Farc reconocen autoridad a la junta de acción comunal, limitándose a apoyar las decisiones que esta tome, siempre y cuando no se contrapongan a sus intereses y necesidades estratégicas” (Serrano, 2009, p. 122).

127. Vera Samudio (2006) describe y analiza cómo son las estructuras normativas en los diferentes niveles de sociabilidad y da cuenta de que la guerrilla cuenta con un poder coactivo que excepcionalmente impone sanciones: “Ahora bien, estas sanciones, las cuales se tasan y emplean dependiendo la ‘gravedad del asunto’, ‘la posibilidad real’ de aplicación y el ‘operador jurídico’ que las accione, pueden sintetizarse así: llamados de atención, multas económicas, trabajo comunitario o para el grupo armado, expulsión de la zona y pena de muerte. Por supuesto

Las décadas de los años sesenta y setenta fueron relativamente simples para el conflicto armado colombiano, dado que se trató básicamente de un enfrentamiento de las guerrillas y el Estado. Los proyectos de hegemonía de las Farc y el ELN compitieron con relativo éxito frente a las campañas cívico-militares del ejército, que rara vez abrían paso a la presencia territorial del Estado. En muchos casos, al contrario, la guerrilla llegó a subordinar los poderes locales e incluso los nacionales que hacían presencia en el territorio, como ocurrió con el ELN en la zona petrolera de los Llanos Orientales, en la década de los ochenta.

Es precisamente a mediados de esta década cuando el conflicto hace más compleja la relación de las guerrillas con las zonas de influencia. En ese momento, la violencia¹²⁸ y la violación de derechos alcanzan los niveles más críticos del mundo. Tal situación es la resultante de varios factores: 1) prevalencia de una tendencia militarista en el manejo del conflicto y los derechos humanos por parte del Estado; 2) correlativo fortalecimiento de los sectores guerrillistas en las guerrillas que, en medio de procesos de

[130]

estas pueden encontrarse en estado puro o con múltiples variaciones, matices y combinaciones. Así, es posible que la comisión de una falta se sancione con la expulsión de la región previo pago de una multa, o que se realice un llamado de atención y se obligue al sujeto a desarrollar un trabajo comunitario. También es posible que lo que en principio podría acarrear la pena de muerte, se convierta en el pago de una multa y trabajo para el grupo armado” (p. 89). Nicolás Espinosa (2003, pp. 97 y ss.), por su parte, muestra cómo, en La Macarena, las instancias comunitarias producían sus propias decisiones y solo excepcionalmente, cuando ellas eran rebasadas, se acudía, al otro lado del río, donde decidía, al comandante guerrillero, quien, por regla, empoderaba a las autoridades comunitarias e insistía en el acuerdo entre las partes.

128. Colombia era el país más violento del mundo, con 82 homicidios por cada cien mil habitantes, casi 20 veces el promedio mundial de entonces. “Las cifras del crimen en Colombia resultan exageradamente altas. A mediados de los noventa el índice de homicidios era el triple respecto de la tasa en el Brasil, ocho veces mayor que la de los Estados Unidos y ochenta veces mayor a la de la China. En 1991 en Colombia la tasa de homicidios ascendió a 89 por cada 100 000 habitantes; cifras que a todas luces se torna desbordante para un país que no encuentra en una situación de guerra declarada. No obstante, Colombia no siempre ha sufrido semejantes índices de criminalidad. En los cuarenta la tasa era de 20 de homicidios por cada 100 000 habitantes, en 1975 la tasa de criminalidad en general, y particularmente la tasa de homicidios inició su ascenso: el número de homicidios pasó de 5800 en 1975 a más de 28 000 en 1991, con un leve descenso a 26 600 en 1966” (Echeverry y Partow, 1998).

negociación, se empoderaron en la medida que crecía la violación masiva de derechos humanos por parte del Estado (y su creciente sucedáneo con los grupos paramilitares)¹²⁹; 3) estructuración de un financiamiento a través de fuentes rentables en el propio territorio, como el comercio de la coca por parte de las Farc (primero como impuesto, con el llamado *gramaje*, y luego implicación directa en diferentes actividades productivas), y la extorsión a las multinacionales petroleras (por el ELN); 4) un consecuente salto estratégico que plantearía, hacia la década de los noventa, un discurso territorial asociado con la toma del poder nacional, una generalización de la lucha armada en el territorio nacional y una práctica que fue de cooptación del poder regional y, especialmente, local del Estado¹³⁰.

En consecuencia, desde entonces, los que pudieron considerarse proyectos locales de construcción hegemónica desaparecieron. La estrategia militar subordinó a la política y cultural. A partir de ese momento, la guerrilla se ocupó mucho más de someter que de ganarse a la población civil. Su crecimiento en los noventa fue de ocupación territorial (las Farc llegaron a establecer un cambio estratégico de la guerra de guerrillas hacia una guerra de posiciones) y la modalidad del orden territorial que impusieron fue el *dominio*¹³¹. En este periodo, crecen los territorios de la guerrilla pero no aquellos en los que es hegemónica. Su poder desnudo cada vez depende más del dedo en el gatillo. La izquierda legal cada vez se aleja más de la

[131]

-
- 129. Incluido el exterminio de más de tres mil dirigentes de la Unión Patriótica (UP), que fue el partido mediante el cual las Farc intentaron llegar a la legalidad. Fue la tendencia excluyente y violenta del establecimiento la que se impuso en este genocidio, con el argumento de la combinación de todas las formas de lucha que proporcionaba la guerrilla.
 - 130. En efecto, las Farc pasarían de tener novecientos hombres en armas y nueve frentes de combate, a comienzos de los años ochenta, a cerca de dieciséis mil hombres y setenta frentes, a finales de los noventa. Por su parte, en el mismo lapso, el ELN pasaría de setenta hombres a cerca de tres mil quinientos, y de tres frentes de guerra a unos treinta. De igual manera, su presencia territorial se había multiplicado. En 1985, estaba presente en ciento setenta y cinco municipios y para finales de los noventa esa presencia era notoria en cerca de seiscientos municipios (Rangel, 2001).
 - 131. El desprestigio de la guerrilla, y en especial de las Farc, fue creciente. Ante la estrategia masiva de satanización de la Farc —por parte del Estado y los medios de comunicación masiva— señalándola como casi única responsable de la violencia letal, no hubo una labor seria tendiente a construir consenso a su favor entre la población civil. Ni siquiera en los territorios ocupados, donde se convirtieron en el gran enemigo a erradicar, no solo para los grandes poderes territoriales.

insurgencia y abraza la Constitución Política de 1991 como mínimo político con el que se compromete la casi totalidad de la izquierda no armada¹³².

Contrario a lo que pudo ocurrir con avances armados de proporciones similares en El Salvador, Guatemala, Nicaragua o Cuba, en Colombia, la guerrilla cambió su estrategia militar, pero ello no estuvo acompañado por un frente de organizaciones sociales y políticas ni por un movimiento de insurrección popular. Aunque estableció formas de acción urbana, a los mandos insurgentes tampoco pareció importarles estar solos en esa guerra y, así, asumieron en solitario el proceso de diálogo con el gobierno de Pastrana, al final del siglo.

En ese contexto, al comienzo del siglo XXI, la guerrilla alcanzó su mayor expansión militar, pero también su más estruendosa derrota política, pues se había convertido en el objeto de odio de más del 90 % de los colombianos. Álvaro Uribe recogió ese sentimiento y se convirtió en una fuerza política arrasadora que, desde el Gobierno, logró reducir en un tercio las tropas guerrilleras y en dos tercios los municipios afectados por su presencia. Frente a lo cual las guerrillas replantearon su relación con los territorios¹³³, priorizando nuevamente la guerra de guerrillas y, con ella, prefiriendo la movilidad espacial. Ahora, cuando se ha llegado a

[132]

-
132. Mientras la guerrilla transmitía la idea de que la negociación de la paz era en el largo plazo un medio de su fortalecimiento estratégico en la guerra, la mayoría de la izquierda legal promovía un acuerdo en la mesa de negociaciones como un medio real para que por fin la izquierda y los movimientos sociales pudieran dejar de ser perseguidos con el pretexto histórico de la extrema derecha de ser *guerrilleros solapados*. Los sectores más agresivos de la derecha siempre han sido poderosos en Colombia, en alta medida por antítesis a la acción violenta de la guerrilla. Un proceso de paz se necesitaba como única vía para que cesaran las dos fuentes de la violencia y para que los procesos democráticos por fin pudieran fluir.
 133. Las Farc, por ejemplo, desde el segundo Gobierno de Uribe, dejan a un lado la estrategia de guerra de movimientos y retoman su guerra de guerrillas para lograr reducir su vulnerabilidad y sus costos. Con lo cual logran neutralizar el incremento de un 300 % de las fuerzas del Estado. En Aguilera (2013), puede verse un completo análisis de los cambios estratégicos de la guerra de las Farc en los últimos treinta años. Sobre el momento actual, afirma: “Las Farc están maltrechas pero no derrotadas: no han vuelto a tener la iniciativa de la guerra; han tenido que correr sus líneas a zonas más marginales; hacen una guerra meramente defensiva apoyada en buena medida en la implantación de minas antipersona y expertos tiradores; han tenido importantes volúmenes de deserción; en algunas regiones han perdido su relación con la población civil; padecen un aislamiento internacional y un relativo repudio de la opinión pública; etc.” (p. 109).

un Acuerdo de Paz, las Farc dejaron de ser un poder armado, y la relación con la población ha cambiado en las zonas en que operaba.

Ariel Ávila y Juan Diego Castro afirman que, hacia el año 2005, inició una etapa en la que se incrementó una relación mucho más despótica de la guerrilla de las Farc con los dirigentes sociales y con el conjunto de las comunidades. Los comandantes establecieron reglamentos y dieron directrices obligatorias para la gestión de los conflictos a los líderes sociales. De hecho, se generó una suerte de procedimiento de segunda instancia en el cual los comandantes actuaban de manera directa en los conflictos que se presentaran. La generalización de tales prácticas condujo a altos niveles de arbitrariedad y al uso de la fuerza guerrillera como mecanismo de retaliación y de proyección de los conflictos sociales (“cacería de brujas”, lo llaman los autores), y ello coadyuvó a la ilegitimación creciente de la guerrilla (Ávila y Castro, 2016, pp. 64-85).

El proceso de paz que acabó con la guerrilla de las Farc y que, de recorrer camino similar, hará lo propio con el ELN, no necesariamente amplía las fronteras judiciales del Estado. El vacío que se ha venido generando por esta dinámica no ha sido ocupado por las instancias oficiales de gestión de conflictos y atención a las necesidades de justicia de la población. Por el contrario, cuando no se ha desembocado en una situación de caos, lo que ha ocurrido es que se han impuesto disuasivamente las facciones guerrilleras que siguen en la guerra —por ejemplo, en Tumaco, Nariño o el Catatumbo (Norte de Santander)— u otros grupos armados determinados por la economía ilegal.

[133]

Territorios paramilitares

En franca competencia frente a la guerrilla, en la década de los noventa crece y se consolida un poder territorial que venía medrando gracias al narcotráfico y a influyentes actores económicos y políticos —incluso del nivel nacional del Estado—, ávidos del poder y la riqueza en los mismos territorios: los paramilitares. Los *comandantes*, tras crear ejércitos privados, se adueñaron de los recursos municipales y de parte de los nacionales. Con el argumento de protegerse y luchar contra la guerrilla, desplazaron a pobladores y se adueñaron de millones de hectáreas de tierra, reclutaron niños y niñas, violaron mujeres, y establecieron y monopolizaron rutas de narcotráfico, financiados por políticos, empresas y comerciantes a los que daban *seguridad*.

Claramente partidarios de Álvaro Uribe, a mediados de la década pasada, hicieron acuerdos con diferentes actores y agentes de ese Gobierno mediante los cuales dejaron de operar con sus armas pero se mantuvieron íntegras sus bases políticas, de modo que sus aparatos hoy son un factor de primer orden en el poder territorial del país¹³⁴. Sus huestes armadas fueron heredadas por lo que se conoce como *bandas criminales* (Bacrim), que ya no alegan motivaciones políticas antisubversivas. Muchas de ellas son lideradas por quienes fueron lugartenientes de algunos de los jefes paramilitares desmovilizados y siguen teniendo control territorial sobre cientos de municipios, en muchos de ellos con alcaldes y concejales afines elegidos popularmente, además de un poder nacional que sigue siendo muy grande¹³⁵.

“Los niños buenos se acuestan antes de las ocho. A las malos los acosamos nosotros”. Esta lapidaria frase pintada en una pared de los Altos de Cazuca, barrio popular de Soacha, municipio conurbado con Bogotá, nos muestra cómo estos actores llevaron su orden del gatillo a los extremos más agresivos del terror sobre la población. La gente se les sometió o huyó en muy poco tiempo y sin resistencias mayores¹³⁶. En las zonas bajo su dominio son el poder máximo y desde él prestan, en alta medida por demanda de la propia población sometida, servicios de justicia que teóricamente corresponden al Estado (García Villegas *et ál.*, 2013, pp. 32-33).

[134]

-
- 134. Sobre la manera como, en Antioquia, Córdoba y Sucre, los paramilitares fueron acumulando poder, es muy clarificadora la sentencia del Tribunal Superior de Medellín (Sala de Justicia y Paz, 2016) en el caso del grupo paramilitar Héroes de Tolová.
 - 135. En el segundo gobierno Uribe, los aliados de los paramilitares, según declararon sus excomandantes, llegaron a controlar un tercio del Congreso y permearon hasta los más altos niveles de la Rama Judicial y los órganos de control, además de la ya inveterada relación con sectores poderosos de la Policía y las fuerzas armadas.
 - 136. No solo fue la ferocidad. Las estadísticas muestran que más del 80 % de las violaciones de derechos humanos y de los seis millones de desplazados en los tres lustros previos a la dejación de armas con el gobierno Uribe fue causado por ellos. Solo el Clan Úsuga llegó a controlar 200 municipios. Un poder territorial que puede ser superior al que alcanzaron las Farc en 220 municipios. Esos poderes, política y económicamente muy consolidados, ejercitan su poder violento a través de un gatillo selectivo y, en esas zonas, se ha reducido notablemente el número de homicidios. En las zonas históricamente más afectadas por estos poderes ilegales, en cuya cúspide la figura más rutilante llegó a ser la del paramilitar y narcotraficante Don Berna, se denominó Donbernabilidad a la pacificación que él impuso.

La justicia en el posconflicto

Los contextos de confrontación armada redefinen cardinalmente la conflictividad social. Los conflictos sociales evolucionan de manera muy diferente cuando se producen en un escenario de confrontación bélica o en un territorio controlado por uno de los actores. Asuntos de carácter colectivo, como una lucha sindical o étnica, que tienen causas completamente ajena a la guerra, terminan siendo subordinados o estigmatizados en la lógica amigo-enemigo.

Pero esos no son los únicos casos. La confrontación por el control territorial entre los grupos irregulares y de uno u otro con el Estado hace que asuntos vecinales, de comercio o incluso intrafamiliares, que por alguna razón se salen de las manos de las partes, también lleguen a participar de la polarización, reduciendo sus posibilidades de gestión y su riqueza como opción de transformación y avance social.

Un cambio sustancial, pero dentro de los mismos contornos del conflicto armado, se produce en la historia de una región cuando un actor se impone en el territorio. Ha establecido sus reglas e impuesto su orden en su espacio. Entonces, la dinámica de violencia se contrae y las controversias encuentran un cauce porque se habrán establecido unos procedimientos para su gestión y el propio actor armado habrá validado alguna instancia para intervenir en ellas, muchas veces a través de sus miembros y, muchas otras, por medio de actores de la misma comunidad.

[135]

En uno u otro caso, la gestión de jueces y otros operadores de justicia se queda dentro de los estrechos anillos de seguridad de las áreas urbanas de un municipio, en los cuales, por regla general, no es accesible para la mayoría de la comunidad. En realidad, la mayor parte de los conflictos que interesan a la gente continúan en las lógicas del conflicto armado, porque en el territorio sigue predominando el catalizador armado de los conflictos.

Después de unos acuerdos de paz, es esperable que los grupos al margen de la ley se desmovilicen y dejen de desempeñarse como reguladores de la vida social. La carencia de instituciones que desde la legalidad ocupen esos espacios ha sido muy costosa y es vista como un fracaso en procesos de pacificación anteriores, tanto en Colombia como en el exterior¹³⁷. Porque

137. Son notables los casos de expansión exponencial de la violencia tras un proceso de paz en la última década del siglo XX y primera del actual, en Guatemala y Salvador (tras los acuerdos con la URNG y el FMLN, respectivamente), y en Colombia, en Urabá y Montes de María, por ejemplo (tras los acuerdos con el EPL y la CRS).

el vacío que deja la desmovilización es ocupado precisamente por otros actores armados, que cuentan con la versatilidad y la capacidad operativa para llegar a todos los rincones y también para que las decisiones se impongan. La obvia necesidad de presencia armada del Estado en los territorios no ofrece posibilidad alguna de que se actúe de manera eficaz y legítima sobre las disputas.

Observamos que el conflicto armado ha sido constante en la historia de amplias zonas del país. Durante décadas, grupos armados ilegales han imperado o pretendido imperar o disputado diferentes áreas del territorio. El poderío de tales actores se ha ejercido a través de la regulación y la gestión de los conflictos. Por ejemplo, en varias zonas, se construyó una trayectoria que situó en los comandantes de la guerrilla la tarea de dirimir conflictos entre vecinos y los problemas entre cónyuges.

Entre tanto, en muchas regiones, fueron las instituciones legales objeto directo de la violencia: funcionarios asesinados o amenazados, instituciones perseguidas, y presencia casi reducida a la coerción del Estado y a la acción de la fuerza pública. Durante ciertos períodos, se produjo el retiro de los jueces de cientos de municipios y, aun hoy, las entidades responsables de aportar en la investigación y avance de los procesos judiciales no acaban de llegar al menos a las cabeceras municipales.

El fenómeno del narcotráfico es un vector importante en la descripción de la conflictividad. Algunos analistas indican que la economía de la coca se convirtió en motor de los conflictos sociales y armados de amplias zonas (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010). Además, debe tenerse en cuenta que la persecución de esa dinámica económica, en sus diferentes frentes y modalidades, enfrenta a las instituciones estatales con amplios sectores poblacionales que derivan sus ingresos y buena parte de sus expectativas de ese sector de la producción y del mercado.

Debe tenerse en cuenta que la escasa confianza en la institucionalidad estatal se ve fuertemente socavada por la relación que muchas veces se da impunemente entre actores estatales e ilegales, no solo en la apropiación ilegal de los recursos públicos destinados a la población marginal, sino incluso en la violación grave de derechos humanos. Tales dinámicas mantienen a la población desconfiada, aislada y temerosa de la institucionalidad.

Dado que nos encontramos en una fase de implementación del acuerdo firmado entre las Farc-EP y el Gobierno nacional, el país hace esfuerzos para definir cómo hacer la transición y cómo se gestionarán los conflictos

cotidianos en medio de ella¹³⁸. Sin duda, el proceso de paz constituirá un avance importante para el país y, en especial, para las zonas más profundamente marcadas por el conflicto armado. Pero la forma como se afronten los conflictos y se consoliden efectivamente los mecanismos de intervención marcará la diferencia en una verdadera construcción de paz.

En estas zonas, ha habido una expansión importante de la Rama Judicial y las instituciones que actúan con ella. Nuevas áreas se han beneficiado de la labor de comisarías de familia e inspecciones de policía. Hay jueces de paz y conciliadores en equidad en varios municipios. Muchos de ellos con presencia y capacidad de actuar en las áreas más afectadas por el conflicto armado. Se han consolidado importantes procesos organizativos, como las juntas de acción comunal, que actúan con alto grado de legitimidad e incidencia en los territorios.

En muchos casos, los comités de convivencia y conciliación de las juntas han tenido un papel en la gestión de los conflictos que se debe destacar y fortalecer. Las entidades educativas, en su interior y en sus áreas de incidencia, constituyen un referente, y sus docentes y directivos suelen ser autoridades sociales. Las comunidades de fe, irrigadas en muchas zonas, pueden orientar un aporte concreto a la convivencia pacífica en los territorios.

Adicionalmente, la acción ciudadana ha tenido desarrollos de alto valor para la defensa de derechos. Dinámicas de educación para la paz y superación del conflicto, de resistencia frente a la violencia y para la protección de organizaciones sociales¹³⁹, la organización y articulación de distintos sectores sociales¹⁴⁰, y la organización y movilización ciudadana¹⁴¹ son ejemplo de ello. A partir de allí, pueden prosperar factores que han

[137]

138. La decisión de implementar sistemas locales de justicia prioritariamente en los municipios más impactados por el conflicto es una estrategia de colaboración entre operadores de justicia de todo tipo y los actores que inciden en la conflictividad comunitaria. Es una política muy bien concebida pero sin una buena implementación, principalmente por falta de liderazgo estatal.

139. Mediante actividades como las declaraciones de neutralidad o las zonas de paz y de resistencia civil.

140. Entre ellas, entidades del Estado, organizaciones sociales, gremios económicos y comunidad internacional.

141. Como las movilizaciones organizadas para protestar contra el secuestro, las masacres, las desapariciones, la inseguridad y la violencia; contra los ataques a la población civil y sus bienes; contra la presencia y las acciones de grupos al margen de la ley, y contra la represión y la violación de los derechos humanos.

mostrado un gran potencial en la promoción y la garantía de los derechos y en la gestión de conflictos.

Fronteras inestables

Hecha esta primera aproximación a las áreas en las que se produce la regulación y la administración de justicia, podemos constatar que es necesario ir más allá del orden estatal para entender cabalmente sus realidades en sociedades como la colombiana. El direccionamiento y el control de la administración de justicia del Estado muchas veces están ausentes en formas y modalidad para el manejo de conflictos y en buena medida el Estado no está en posibilidad de regular los comportamientos en regiones enteras.

Nuestra hipótesis en esta parte es que, al comenzar el siglo XXI, la mayoría de las relaciones sociales de los países centrales llegaría a estar ubicada en áreas del tipo 1 (orden estatal), aunque con una tendencia inversa, mientras que en América Latina tenderían a ubicarse en las de tipo 2 y 3. Solo una parte de las relaciones sociales existentes en los países periféricos podría catalogarse como sometida al orden estatal, posiblemente, la mayoría de las que se producen entre los sectores integrados económica, social y políticamente en las dinámicas de desarrollo capitalista, con las salvedades hechas en las secciones anteriores.

Lo que hay que subrayar es la existencia de sectores mayores o menores —dependiendo de cada país— que se ubican en áreas de caos y orden no estatal. Si bien se registran dinámicas intensas de integración en varias ciudades latinoamericanas en los primeros lustros del milenio, la mayoría de las zonas de migración y, en particular, las áreas de periferia de las mayores ciudades de América Latina podrían tender a ubicarse en el segundo tipo.

En el tercer tipo de áreas están, por supuesto, las estructuras de regulación de las comunidades indígenas, que siguen pesando mucho poblacionalmente en varios de los países periféricos o semiperiféricos y teniendo una importancia relativa en el mundo (un 5 % de la población mundial, al menos).

Allí, la ciudadanía no constituye el vínculo que organiza toda la vida social, porque no es predominante y, en algunos casos, puede tener una importancia nimia frente a otras dinámicas de regulación apuntaladas por estructuras culturales o políticas localmente más fuertes que las que

logran los actores estatales. La administración de justicia tiende a ser proveída por estos actores, desde una juridicidad estructurada por fuera de la del aparato estatal.

Pero allí se ubican igualmente las crecientes dinámicas de autorregulación que vienen desarrollándose en zonas del tipo 2, particularmente en las grandes ciudades, como respuesta a las necesidades colectivas que se empiezan a vivir tras el encuentro generado por la inmigración.

Entonces, resulta evidente que los fenómenos sociales de regulación y manejo de conflictos difícilmente podrán ser comprendidos si no trascendemos la idea del monopolio del Estado en la producción del derecho y de la administración de justicia delimitada por el orden estatal. Sobre todo frente a realidades diversas en las que el Estado no llega a imponerse como soberano en los procesos de regulación que se dan en sectores más o menos amplios, ubicados dentro de su territorio, para los cuales el orden jurídico no llega a cumplir la oferta de seguridad que hace. Las áreas de caos y de orden no estatal nos exigen la apropiación de herramientas conceptuales que puedan ser de utilidad para comprender más cabalmente las dinámicas de justicia que están presentes por fuera de las fronteras judiciales en las sociedades de la región¹⁴².

[139]

Territorios cambiantes

Estas áreas no son, finalmente, compartimentos cerrados. Siempre es posible encontrar que las experiencias de justicia transformen el tipo de área en la que actúan y que las fronteras se amplíen o contraigan. Sobre todo porque, como se ha dicho, en camino a establecer la plena soberanía, durante algunos siglos el territorio de orden estatal ha procurado expandirse por diferentes medios.

142. Es en ese conjunto complejo de áreas de regulación que muchas de las dinámicas de justicia pueden catalogarse a partir del concepto de justicia comunitaria. Estas dinámicas son reconocibles a lo largo de la historia moderna y con ellas van a encontrar más sentido las tendencias actuales. Correlativamente, en la Colombia actual, las figuras y las tentativas por implementarlas deben buscarse principalmente en las áreas que están por fuera del orden estatal. En las áreas de orden no estatal, la regulación de los conflictos puede ser consecuencia de dinámicas de justicia propia. En las áreas de caos se promueven, y en ciertos casos con éxito, figuras como los jueces de paz o los conciliadores en equidad, como herramientas para la construcción de condiciones de orden e, incluso, para despejar el camino para que el Estado logre hacer presencia e imponerse.

Frente a los territorios de orden no estatal, la expansión se ha dado, o bien sometiendo e integrando, dentro del orden jurídico estatal, a estructuras autónomas de regulación, o bien disputándoles el espacio de acción. Hemos visto que, frente a las áreas de caos, el orden estatal ha buscado imponerse mediante dos caminos: 1) la represión, con la que el Estado procura someter a esos conjuntos poblacionales a un sistema de derechos de los cuales, en la práctica y por regla general, son solo sujetos pasivos; y 2) a través de mecanismos de acceso a la justicia, con los que se ha intentado —especialmente en la etapa del Estado interventor— integralas como titulares de derechos.

Más allá de las dinámicas generales, en nuestro caso particular, en varios países de América, las fronteras judiciales se redefinen en cuanto se vienen promoviendo transformaciones institucionales en las que se cuenta con las estructuras normativas y orgánicas de las comunidades tradicionales. Tales transformaciones se producen en diferentes grados, que pueden estar entre dos grandes extremos: 1) la integración de las instancias y procedimientos de justicia comunitaria como mecanismo para garantizar la gestión diferenciada de la conflictividad dentro de sociedades que se constituyen desde una concepción de ciudadanía multicultural y 2) la formulación de un Estado plurinacional que, para serlo, tendrá que construirse con un sistema judicial también plurinacional.

También puede verse una tendencia a la expansión de las áreas de orden estatal en políticas que buscan que el aparato judicial tenga posibilidades reales de hacer efectivos los derechos y atender las necesidades de justicia de sectores amplios de la sociedad que han carecido de condiciones para obtener el amparo estatal. En una lógica integradora, tanto las áreas de orden no estatal como las de caos encuentran el sentido que se les ha dado a diversas políticas de *acceso a la justicia*, mediante las cuales se ha apuntado a remover los obstáculos económicos, geográficos y culturales que impiden el ejercicio de los derechos y su garantía judicial¹⁴³.

Sin embargo, si bien puede verse un crecimiento notable de las áreas de orden estatal hasta el punto de generalizarse en los países centrales, las otras áreas siguieron existiendo, siendo muy importantes y hasta mayoritarias en los países periféricos. De modo que, aunque las áreas de

¹⁴³. Sobre este conjunto de interacciones entre las diferentes áreas y las tendencias de transformación de la administración de justicia en el Estado avanzaremos en el próximo capítulo.

orden no estatal tendieron a contraerse, en muchas regiones creció el área de caos más que la de orden estatal. Situación que se aprecia de manera protuberante en lo que llamamos crisis en la administración de justicia, que se presenta tanto por la falta de acceso para la mayoría de quienes la requieren, como por la respuesta cualitativa y cuantitativamente insuficiente que da. Con lo cual, el sistema judicial ha venido contrayendo su capacidad regulatoria de la conflictividad, cediéndole el paso al caos en la mayor parte de los casos. La sensación de ausencia del Estado en la conflictividad social crece¹⁴⁴.

Vectores de poder y de caos

La situación de caos es diferente de la precariedad del orden estatal que presentamos más; atrás. Si bien desequilibrado y discriminatorio, cuando al fin y al cabo el Estado consigue imponerse lo hace sobre un orden, que plantea un escenario de regulación y una cierta manera de orientar los comportamientos y gestionar conflictos. También es diferente de las modalidades de orden no estatal que hemos analizado. Las estructuras normativas de cada comunidad tradicional analizada establecen reglas de comportamiento, otorgan certeza sobre la actuación que se puede esperar de los demás y cuentan con cauce para el tratamiento legítimo de los conflictos. También los actores armados cuentan con una forma de ordenar las relaciones dentro de su espacio y dirimir las controversias.

[141]

En el caos no hay orden. No se cuenta con reglas claras ni se llega a saber cómo producirlas. No es posible saber a quién acudir en el caso de que haya una contradicción de intereses. Entonces, por principio, cada uno depende de sí mismo y de los sustentos inestables que se puedan derivar de una alianza con algún actor poderoso, que en cualquier momento puede ser superado o sustituido por otro y, en consecuencia, el poder que se disponía se vuelve en contra.

El caos puede ser resultante de la interacción estructuralmente conflictiva entre distintos procesos regulatorios en el nivel local, por la superposición espacial de diferentes dinámicas comunitarias, por el intento recurrente

144. Por ejemplo, la ONU ha declarado que la tasa de homicidios en América Latina ha ido creciendo (concentrando más del 36 % de los asesinados en el mundo, mientras no alcanzamos al 8 % de la población) al ritmo que se reduce la tasa de condenas (24) por cada cien víctimas, mientras que en Asia esta es de 52 y en Europa de 81 (ONU, 2013).

[142]

Más allá de la diversidad de actores armados, el caos puede apreciarse como una dinámica de pluralidad cultural y jurídica que se produce por la ocupación del mismo espacio geográfico por parte de comunidades diferentes. Se puede entender mediante algunos de los conflictos que hemos encontrado en los últimos años en unos 20 000 kilómetros cuadrados de los Llanos Orientales de Colombia.

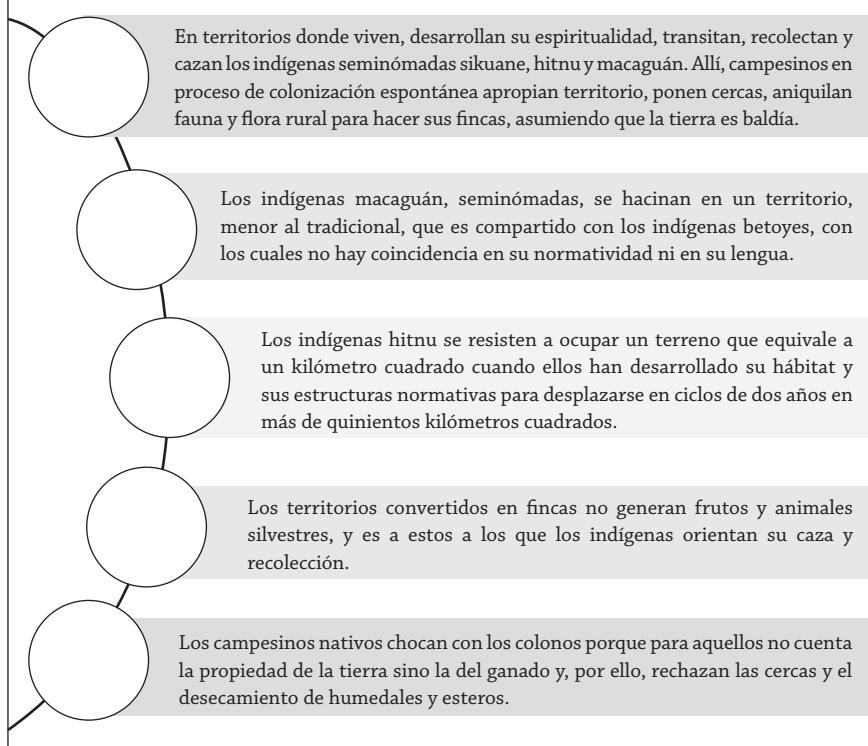


Figura 3. Poder y caos en zonas rurales de Arauca.

de imponerse por parte de un actor armado en choque con la normativa y las instituciones propias de una comunidad, o por la disputa territorial entre actores armados por el mismo territorio. En la figura 3, podemos observar cómo la intersección de estructuras normativas y la confluencia competitiva de actores de poder producen caos en la región de la Orinoquia.

Obviamente, el caos de nuestra sociedad está asociado con la incapacidad que ha tenido el Estado en el periplo de su historia republicana para ofrecer orden en el territorio frente a los diferentes vectores de regulación que venimos exponiendo en esta sección. Lo cual se puede explicar, en

primer lugar, por la inexistencia de consenso al interior del Estado en el respeto de la ley y en la obediencia a las autoridades competentes¹⁴⁵.

Presente a lo largo de nuestra historia, la tendencia caotizante ha venido escalando en lo que ha corrido de este siglo por la entronización, en diferentes lugares del poder nacional, de connotados opositores a la Constitución Política de 1991, los cuales, desde su posición de autoridad, con su discurso y sus acciones, han patrocinado el desacato a las decisiones judiciales, han desarrollado políticas contrarias a las decididas por las autoridades competentes, han respaldado a condenados y han dado ejemplo de irrespeto a las autoridades de la Rama Jurisdiccional, a las cuales han logrado poner ante una parte amplia de la sociedad como enemigos de la nación.

En los contextos locales, también el Estado puede producir caos cuando desarrolla una acción que menoscaba o desvertebra un orden no estatal pero no logra implantar el suyo. Tal situación se presenta, por ejemplo, cuando se recupera territorio guerrillero mediante una campaña militar que no es seguida de la presencia efectiva y sostenible de la institucionalidad de justicia. También, cuando se desautoriza a las autoridades comunitarias, como ocurre frecuentemente con las indígenas y muchas veces con las de las comunidades de paz, sin un plan viable para garantizar derechos y dar cobertura territorial a la Rama Judicial.

[143]

Adicionalmente, se puede presentar caos por la intervención insuficiente del Estado en áreas de orden no estatal, por el efecto de lo que llamaríamos *justicia golondrina*, que lleva episódicamente a representantes de las diferentes entidades de administración de justicia estatal hasta lugares remotos, pero sin la sostenibilidad suficiente para llevar a cabo los procesos

145. Un concepto adyacente al de caos es el de *no-áreas* con el cual Boaventura Santos denomina a zonas donde grupos importantes son objeto de desconocimiento de sus derechos e incluso de su existencia, estableciendo un orden estatal no ciudadano, sin derechos para algunos: “Guantánamo es hoy una de las más grotescas manifestaciones de pensamiento legal abismal, la creación del otro lado de la línea como una no-área en términos políticos y legales, como una base impensable para el gobierno de la ley, los derechos humanos, y la democracia. Pero sería un error considerar esto excepcional. Existen otros muchos Guantánamo, desde Iraq hasta Palestina y Darfur. Más que eso, existen millones de Guantánamo en las discriminaciones sexuales y raciales, en la esfera pública y privada, en las zonas salvajes de las megaciudades, en los guetos, en las fábricas de explotación, en las prisiones, en las nuevas formas de esclavitud, en el mercado negro de órganos humanos, en el trabajo infantil y la prostitución” (2009b, p. 37).

que se hayan de tramitar¹⁴⁶. En tales casos, la aparición de un actor estatal, especialmente el judicial, genera caos porque, al producir expectativas irrealizables sobre una respuesta estatal a las necesidades de justicia, se debilita o aleja a los potenciales usuarios de las instancias sociales.

La presencia episódica de los operadores en zonas apartadas, salvo algunos servicios muy específicos, no llega a convertirse por sí misma en un instrumento de acceso a la justicia, por los siguientes factores: 1) no se cuenta con la capacidad para dar a los usuarios accesibilidad sostenida hasta la satisfacción de las necesidades ante los operadores que conocen y responden por la decisión; 2) no se tiene acceso suficiente a los órganos llamados a actuar cooperativamente con los operadores y que son exigidos como garantía procesal (defensores públicos, de familia, medicina legal); 3) los usuarios carecen de los recursos indispensables para promover que el operador actúe (contratar un abogado, costear los medios de prueba); 4) por distancias o porque sencillamente los actores armados siguen controlando el territorio por fuera de las zonas de seguridad demarcadas y controladas por la fuerza pública, los operadores solo pueden actuar en áreas muy reducidas (ciertas zonas urbanas)¹⁴⁷.

[144]

146. Las Casas de Justicia (que es una experiencia de trabajo coordinada entre distintos operadores) vienen desarrollando desde hace una década un ejercicio que se llama Casas de Justicia Móvil, mediante el cual se tienden puentes cada vez más eficientes para la atención de asuntos de muy difícil acceso a través de los propios actores comunitarios. La experiencia no ha sido suficientemente analizada pero parece que abre algunas posibilidades de atención por parte de las autoridades situadas en la cabecera del municipio. Sin embargo, la mayoría de las personas que acuden pueden frustrarse porque no podrán sostener su presencia al día siguiente de una de esas jornadas. Como veremos en el próximo capítulo, por iniciativa de diferentes actores, se han desarrollado estas brigadas de promoción de la oferta de justicia que buscan poner la ley al alcance de los usuarios más alejados (por ejemplo, con estas Casas de Justicia Móvil). Por su naturaleza, la mayor parte de los procesos de administración de justicia exigen varias actuaciones ante los usuarios. De modo que la utilidad de esta iniciativa no llega a ser más que divulgativa en la mayor parte de los casos, porque los procesos que se exigen ser continuados en una oficina, ubicada lejos de los usuarios a los que se pretende llegar.

147. Con el mismo nombre, en 2013, el Banco Mundial introdujo lo que correspondería más caracterizadamente a la justicia golondrina. Un único tráiler para un país cuyo territorio es mayor que España y Francia juntos. El vehículo va lleno de agentes del Estado ofreciendo la inmediatez de una justicia que nunca llegará

El caos, como se planteó atrás, se genera también por el choque entre los intereses de un actor armado sobre un territorio en el que la comunidad cuenta con un sistema de derecho propio y autoridades que lo encarnan. Podemos ver algunos ejemplos: 1) las Farc y el ELN han estado enfrentados con autoridades indígenas del Cauca, por el territorio, el control político territorial y el reclutamiento, desde comienzos de los años setenta; 2) las guerrillas, así como grupos paramilitares y otras bandas de delincuencia armada, han desplazado a las autoridades propias de las comunidades afrodescendientes del Pacífico; y 3) los paramilitares trataron de doblegar a las comunidades de paz de San José de Apartadó y Cacarica en el Urabá y el Atrato.

El caos tiende a ser mucho más represivo cuando se refiere a la disputa territorial entre actores del conflicto armado, como sucede con las intensas y violentas disputas territoriales entre las diferentes guerrillas (por ejemplo, en Arauca, el enfrentamiento de las Farc con el ELN ha dejado cientos de muertos, civiles en su mayoría) o entre grupos paramilitares y Bacrim (por ejemplo, la lucha entre facciones por el control de las administraciones municipales y las rutas del narcotráfico en Casanare o la sabana de la Costa Atlántica).

[145]

Pero la violencia ha sido de mayor intensidad cuando el caos ha tenido que ver con la lucha por el territorio entre guerrilleros y paramilitares, porque estos siempre prefirieron atacar a civiles desarmados¹⁴⁸ y generalmente indefensos con el argumento de que se trataba de guerrilleros disfrazados de civil, catalogando como ayudante de la subversión a cualquier organización social que ellos no controlaran.

El caos generado por el conflicto armado en un territorio se asocia con el incremento de la violencia¹⁴⁹. No se trata solo de los enfrentamientos

dado que, por su naturaleza, la mayor parte de los procesos de administración de justicia exigen varias actuaciones ante los usuarios.

148. En muchos casos, lo que se hizo fue disimular un propósito más fútil aún: se les atacaba con el propósito de expoliarles la tierra y otras propiedades.

149. Por ejemplo, Caquetá, Arauca y Putumayo registran una tasa del doble de homicidios frente a la totalidad del territorio nacional. En el caso de Centroamérica, varios países han mostrado cambios significativos en las tasas de homicidios. En cinco de los ocho países de Centroamérica, las tasas han aumentado sustancialmente, llegando hasta a duplicarse, como en el caso de Honduras, en 2005 y 2010 (Gottsbacher, 2013, p. 3).

entre combatientes o su accionar sobre la población civil¹⁵⁰. Los conflictos familiares, laborales y civiles tienden a escalar en las zonas de presencia provisional o de dominio de los actores armados por la falta de claridad en las reglas y en las líneas de autoridad necesarias en todo proceso de convivencia.

Los territorios han tendido a ser provisionales porque, con contadas excepciones, han cambiado de manos de un lustro a otro. Con bajos niveles de consenso, sumados a la prepotencia de las armas y el aparato de violencia, cualquier conflicto, por simple que sea, puede entrar en la dialéctica del amigo-enemigo. Allí, cualquier controversia puede zanjarse por la intervención autoritaria de un comandante. En últimas, la mano dura del actor violento puede terminar imponiendo sus reglas o decisión específica, mediante su poder disuasivo, generalmente invencible. En esos escenarios, la gente convive en medio del miedo, pero sintiendo un beneficio por el orden que les entrega el respectivo comandante.

El orden no estatal ha estado también en una dinámica de expansión y retracción frente al caos. El acelerado crecimiento de las tropas ilegales y de las zonas donde se han hecho presentes definió la tendencia a las zonas de control territorial de uno u otro actor armado. Material o funcionalmente, no había jueces en al menos un tercio de los municipios del país (García Villegas, 2008) y, a comienzos de este siglo, las fronteras estaban demarcadas por los bandos rivales sobre más de setecientos municipios que registraban presencia armada. Como agravante, esa no era una situación estable. Recurrentes pugnas territoriales hicieron avanzar el control de un bando sobre el territorio controlado por el otro¹⁵¹.

En nuestra historia, es palmario que las reglas han podido cambiar en cuestión de días y de kilómetros. Cuando un grupo vence, no solo desplaza a un sector poblacional, sino que impone sus reglas y su comandante asume como máximo juez. Previamente, habrá avances y retrocesos¹⁵², una tran-

¹⁵⁰. La disputa territorial contra el Estado impacta a la población civil con la violación de derechos humanos, y no solo por muerte y desplazamiento, sino por la afectación de otros derechos.

¹⁵¹. Lo más recurrente fue el avance paramilitar sobre el guerrillero, pero también el de las Farc sobre el del ELN.

¹⁵². En el caso de Arauca, la disputa territorial del ELN y las Farc ha dejado centenares de muertos civiles durante más de una década. No ha sido tan cruento el enfrentamiento con los paramilitares o las Bacrim en ese departamento.

sición cargada de inestabilidad generalizada con incrementos ostensibles de violencia¹⁵³ y una etapa de persecución y aniquilamiento del adversario.

Igual que la apropiación privada del espacio público, las calles desoladas desde tempranas horas de la noche son señal del caos más agobiante. En las ciudades y poblados colombianos en tal situación, la calle y el parque desaparecen como espacio público. Allí, la gente tiende a no sentirse segura (Franco, 2004). Para la mayoría, en el mejor de los casos, son un camino que hay que recorrer lo más pronto posible para evitar problemas. No son lugares para estar. Podemos ver ejemplos del caos urbano en Medellín. Víctor Reyes (2014) muestra cómo puede llegar a ser el caos en amplias zonas de esa urbe. La gente cierra las puertas en busca de protección precaria ante una calle amenazante. La desconfianza no es solo debido a los actores armados sino a cada vecino, porque cualquiera puede ser instrumentalizado para agredir por parte de otro.

En el caos, no se puede confiar en nadie. La solidaridad desaparece. Lo desconocido es inaceptable, los extraños deben ser expulsados. Cada uno siente que todos los demás lo vigilan y lo pueden dañar. Lo extraño empieza de la puerta de la casa hacia fuera. Solo se siente seguridad en la casa, con el círculo más íntimo de la familia (Reyes, 2014, pp. 2066-2067). Medellín es una ciudad muy grande en donde hay zonas en las que se respira ese aire. Algo similar ocurre en vastas zonas de otras ciudades y ocurre en cientos de localidades en el territorio nacional. No hay orden, no se sabe cómo actuar, no se reconocen las normas que orientan los comportamientos. Cada uno se siente solo, desprotegido.

[147]

Las fronteras internas del sistema judicial

Comprender los problemas de la administración de justicia en América Latina y en Colombia, en particular, exige analizar sus limitaciones territoriales, mirando de manera crítica el presupuesto formal que define el sistema judicial como realización de la supremacía del Estado. Hemos visto que entre Europa y nuestro subcontinente media mucho más que un océano en el tema de regulación de los conflictos por las instituciones del derecho moderno. En nuestra región —especialmente en Mesoamérica, las zonas andinas y la Amazonia— se mantienen con algún vigor sistemas

153. Como puede ser el caso de Tumaco, por la expansión de las Bacrim a expensas de territorios farianos.

tradicionales o se construyen instituciones nuevas de administración de justicia reguladas comunitariamente. Pero también se han impuesto órdenes extraestatales fundados en la fuerza de las armas.

La realidad generalizada en varios de nuestros países es que las instituciones judiciales apenas salpican la mayoría de las controversias. Así, ante la mayor parte de los conflictos, en buena medida, se está en manos de los dispositivos de que se dispone en instancias de gestión de conflictos existentes en los espacios sociales. Y cuando estos no están disponibles o son insuficientes, cada uno depende de la propia capacidad que tiene de imponerse.

El orden estatal es muy precario en nuestras realidades. En el caso de Bogotá, Medellín, Cali y un puñado de ciudades más, se cuenta con unos recursos judiciales inalcanzables para el resto del país, pero, a pesar de su excepcionalidad, no ofrecen el amparo jurídico que se propone en las normas para aquellos en capacidad de pretenderlo. La ausencia del Estado es generalizada en todo el territorio nacional.

A ello se suma la percepción de que el aparato judicial tiende a ser utilizado por los poderosos para imponer sus intereses. Con lo cual, por regla general, los colombianos no buscan su intervención en la conflictividad que les aqueja. El caos tiende a expandirse en tanto las instituciones sean calcos de experiencias ajenas y no una respuesta a nuestras propias necesidades.

Capítulo 4. Transformando el sistema judicial

La primera vez que oí hablar de crisis en la administración de justicia fue en mis primeros años de vida. Abogados cercanos a mi padre se quejaban de los problemas que tenían con su trabajo, no obstante ser reconocidos como los más exitosos en nuestra región. Una década después, ya como estudiante de derecho, presencié un debate entre magistrados y académicos sobre una ley de emergencia judicial con la que se buscaba poner freno a la crisis. Entonces me asaltó la pregunta sobre qué se había hecho en el país para superar la crisis de la que había tenido noticia en mi infancia, y mi sorpresa no fue poca cuando supe que seguía siendo la misma. Que no habíamos salido de ella nunca. Que los problemas de los que se hablaba en esa oportunidad eran los mismos de antes, pero más abultados: congestión y morosidad, falta de credibilidad y legitimidad, inefficiencia e ineficacia.

Después, década a década, tras medidas y reformas, las cifras han cambiado (generalmente se han hecho más negativas) pero, en conjunto, lo que se percibe es que la situación no solo no va a poder superarse, sino que no es posible evitar que cada vez crezca más. Entonces empecé a intuir que el tema de la crisis resurgía no con una nueva situación más complicada, sino con el agotamiento de la expectativa de transformación (y, posiblemente, de los recursos) que se había generado con un paquete de medidas y la intención del bloque de poder dominante de establecer unos nuevos.

En este capítulo, podremos ver que las reformas no logran transformar favorablemente las tendencias, precisamente porque el campo de análisis y de acción sobre los problemas judiciales se ha limitado, en sus objetivos, a lo que interesa a una porción de la conflictividad y, en sus acciones, a una parte menor de las dinámicas institucionales que requieren movilizarse. Las respuestas que se ofrecen parecen pretender, como común denominador, que la imposición del orden del Estado se puede producir omitiendo (o menoscabando) las acciones que son necesarias y posibles para atender de manera sustancial y generalizada las

necesidades de justicia de los más amplios sectores poblacionales que están por fuera de las fronteras del aparato judicial del Estado. Siendo que una parte amplia de los sectores de la sociedad se encuentra en áreas de caos o de orden no estatal, las políticas que desconocen los vectores que las determinan dejan más o menos intacta la tendencialmente grave situación de la administración de justicia del país.

En el último cuarto de siglo vienen presentándose transformaciones importantes respecto de la respuesta institucional de manera que se ha anunciado un quiebre en las tendencias y un nuevo sentido en las reformas. Pero se ha venido reduciendo y transformando el espectro de la actuación estatal en este terreno, para dar paso preferencialmente a labores empresariales en una amplia zona de la conflictividad. No obstante, con avances y retrocesos, hay abiertos unos espacios de lucha y confrontación en los que las dinámicas de justicia comunitaria entran a desempeñar un papel importante. Pero los lustros han ido quedando atrás y la tendencia dominante sigue siendo la misma.

[150] En este capítulo, analizaremos el nuevo escenario de la administración de justicia y el juego de vectores en el que cobran capacidad de acción sus procesos. En primer lugar, propondremos que hay varias perspectivas en lo que respecta al entendimiento de la crisis de la administración de justicia. Obviamente, no nos limitamos a la mirada simple de congestión y morosidad judicial, sino que proponemos que el campo de visión del problema debe ir hasta considerar que hay una parte importante de la conflictividad que afecta a todo el sistema, la cual no se prioriza y que, aún peor, tiende a ser desconocida.

Siendo así, en segundo lugar, veremos cómo las respuestas se limitan a un paquete de soluciones tendientes a hacer más efectivo el trabajo judicial encargado de sustentar la fluidez del mercado y garantizar los derechos que se relacionan con las dinámicas capitalistas. Luego, en una tercera sección, veremos los cambios que se vienen produciendo en la actual etapa. Tales cambios se refieren, por una parte, a la participación de nuevos actores y métodos de actuación en el Estado y, por la otra, a la presencia creciente de la actividad reguladora de los conflictos por parte de elementos del mercado y de la comunidad. Sustentaremos, finalmente, que el aparato estatal cada vez tiende a concentrarse en la parte más represiva de la intervención en la conflictividad social, aunque con un impacto de proporciones cada vez menores.

La crisis y el acceso al sistema judicial

Diferentes perspectivas

Ante todo, intentemos aclarar lo que es crítico en una realidad judicial como la que tenemos en Colombia. Desde nuestro punto de vista, cuando se habla de crisis en la administración de justicia, en realidad se deben considerar diferentes dinámicas sociales, dependiendo de las áreas desde dónde se esté hablando de ella. No serán iguales los problemas que se consideran críticos al interior de las áreas de orden estatal que los que se presentan en las áreas donde hay otro tipo de orden o hay caos. Entonces, es necesario que examinemos el significado de la crisis desde cada uno de los tipos de áreas.

En las que hemos denominado áreas de orden estatal, la crisis tiene que ver, por un lado, con la exigencia que se hace al sistema judicial de ofrecer un sistema expedito de gestión de los conflictos que se presentan en su interior y, por el otro, con el control y el sometimiento al orden estatal por parte de los sectores que están por fuera de sus fronteras.

[151]

Entonces, la crisis de la justicia significa, en primer lugar, que el sistema judicial y toda la institucionalidad pública y privada que lo bordea carecen de eficiencia y eficacia frente a la conflictividad de la parte de la población que se reclama con derecho efectivo a que el Leviatán gestione y actúe sobre sus controversias, especialmente las que resuelven las contingencias del mercado y garantizan los derechos patrimoniales. Dentro del territorio de orden estatal, en segundo lugar, inquieta que el judicial y el aparato de fuerza que lo soporta no actúen con pertinencia, oportunidad y contundencia frente al delito que amenaza al orden estatal, junto con los bienes y derechos de quienes participan de él.

En las denominadas áreas de caos, la crisis debería ser entendida como la carencia estructural de capacidad que ha mostrado el sistema judicial para posibilitar la integración socioeconómica y política de los sectores que las integran. Ello significa la ausencia de mecanismos eficaces para que se tramiten los conflictos que se generan en su interior, se inhiba su escalamiento y se contenga la violencia directa, y también para controlar y sancionar a los actores que agreden a estos sectores, los oprimen o los despojan, muchas veces desde las áreas de orden estatal.

En las áreas de orden no estatal, factiblemente, la crisis judicial no será un problema sino en la medida en que se requiere la coordinación del aparato jurisdiccional nacional en asuntos de interés comunitario o se amplían los cauces de incidencia del orden estatal en ellos. Por ejemplo, para la justicia indígena, hay crisis cuando no llega a encontrar el debido respaldo del sistema judicial nacional y la coordinación horizontal que corresponde a su calidad de jurisdicción consagrada constitucionalmente¹⁵⁴. Una situación similar a la que, guardadas las proporciones, se observa en las zonas de justicia afrodescendiente. La expansión territorial del orden estatal está rodeada de demandas a la justicia que ella no llega a atender porque tiene una presencia precaria.

En las próximas páginas, sustentaremos que la problemática de la administración de justicia tiende a ser entendida de manera limitada a los requerimientos de las áreas donde puede hablarse de un real orden estatal. Correlativamente, cuando se habla de crisis, generalmente se desconocen, se menosprecian o se rechazan las aspiraciones de los sectores situados en áreas de caos y de orden no estatal. Veremos que se tiene una perspectiva muy estrecha de lo que significa la crisis de la justicia para el conjunto de la población del país, sobre el sustrato ideológico de que hay un orden único que rige sobre todas las personas en el territorio estatal, y con esa vena ideológica deja de verse la más abultada realidad de los conflictos y de la manera de gestionarlos. De lo cual se deriva la exigencia a rajatabla de sometimiento uniforme de todos los colombianos al derecho y las instituciones nacionales.

Hemos expuesto cómo el orden estatal no cubre todo el territorio nacional más allá de las leyes y los textos jurídicos. Esa perspectiva limitada proyectada sobre la administración de justicia y sobre su crisis conduce a que las acciones, las políticas y las reformas difícilmente puedan pretender mayor alcance que el de hacer más eficiente el sistema judicial en la gestión

154. La incapacidad del Estado colombiano para regular los conflictos en la sociedad nacional, y su limitada presencia e interés en atender los conflictos dentro de los territorios étnicos, han sido factores primordiales para que incluso algunos cabildos de la región andina se hayan visto abocados a la contradicción de sopor tar la solución de algunos conflictos en grupos o en personas no indígenas, y a veces entre sujetos étnicos, en manos de la guerrilla, lo que de hecho desdibuja, debilita y deslegitima el sentido de la jurisdicción indígena, y de sus fundamentos culturales y jurídicos.

de los conflictos de una parte menor de la sociedad, integrada por quienes pueden reclamar de manera efectiva la acción protectora del Estado.

Con la claridad de que el Estado solo puede pretender el lugar formulado en los textos jurídicos, en unas áreas que están bajo su orden, se hace necesario esclarecer cómo se dan las relaciones del sistema judicial con las diferentes áreas.

Si bien en las áreas de orden estatal se sitúa la población que reconoce su vínculo político con el Estado, en su interior hay grandes diferencias. Existe una parte minúscula que tiene un beneficio evidente del sistema judicial. Pero la mayoría no percibe ese beneficio porque, como sustentamos en el segundo capítulo, existen factores de discriminación social al interior de esta área y el aparato judicial tiende estructuralmente a subrayarlas en lugar de atenuarlas o anularlas.

En relación con el área de caos, el Estado carece de la fuerza necesaria para imponer su orden y el sistema judicial hace una oferta de gestión de conflictos que, en el mejor de los casos, simplemente compite con otras. La administración de justicia que se ofrece desde el Estado, para controlar a esos sectores poblacionales, concentra sus esfuerzos en dos tipos de políticas:

- Por un lado, sobre una ideología de la seguridad defensiva (Lechner, 2002) y de populismo punitivo (Sozzo, 2009), la tendencia predominante tanto en la opinión pública como en las leyes y en las políticas públicas ha sido la de arreciar la represión hacia estos sectores, orientando la mayor parte de los esfuerzos de reforma y de fortalecimiento del sistema judicial a incrementar la capacidad punitiva del Estado.
- Por otro lado, con respaldo institucional y recursos desproporcionadamente menores, se ofrecen programas de gestión de los conflictos que se presentan al interior de estas áreas.

[153]

A pesar de que hay discursos y políticas de reconocimiento y pluralismo jurídico y cultural que, en teoría, dan acogida por parte del sistema jurídico nacional a las dinámicas de orden sin Estado, lo predominante ha sido la contracción entre la capacidad regulatoria de las instituciones y las estructuras normativas de las comunidades, tanto las tradicionales como las nuevas.

Si bien, en algunos casos, el sistema judicial ha establecido formas de asociación y cooperación con las autoridades propias de las comunidades —autoridades que son reconocidas por el sistema legal—, generalmente actúa desautorizándolas. Con lo cual se incrementa la población que llega a las áreas de caos, dado que el socavamiento de los órdenes extraestatales

no tiene como correlato la capacidad en el Estado para responder a los requerimientos de esta población¹⁵⁵.

Las áreas que fueron objeto del orden de los actores armados también se han sumido, en la mayoría de los casos en los que estos han dejado de controlar el territorio (por derrota o por negociación con el Estado), en el caos, dado que ni los jueces ni los demás operadores judiciales han logrado empoderarse en el territorio y desarrollar una oferta creíble para que la regulación de los conflictos se les someta¹⁵⁶.

Probablemente, la acción diferenciada del sistema judicial sobre la sociedad determina el problema de *legitimidad* que es ostensible en la crisis. La cuestión no radica en lo escándalos más recientes por corrupción de magistrados ni en que la gente crea que los jueces son deshonestos o incompetentes; los guarismos relacionados con la confianza y la legitimidad que tiene el sistema judicial como ruta para atender la conflictividad se derivan de que predomina la idea según la cual el sistema judicial no existe para proteger a los débiles.

Mientras que dos tercios de la población cree en la honestidad de los jueces (porque no los consideran corruptos), dos tercios dudan de que sus decisiones sean confiables (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 390). Ello se asocia con el hecho de que, en Colombia, un 70 % de las personas considera que la justicia se aplica diferenciadamente a pobres y ricos (p. 389) y que no se ocupa de proteger los derechos de los débiles, en todo tipo de asuntos.

155. Guerra explica cómo la intervención del Estado puede ser un factor de debilitamiento de la capacidad regulatoria de las estructuras propias en el pueblo wayúu: “La intrusión precipitada de los cuerpos policiales y judiciales origina situaciones de angustia colectiva, dado que una de las consecuencias de la existencia de sistemas de control social alternativos es la no previsibilidad de la conducta de los individuos. En consecuencia, un grupo familiar podrá desechar las formas de conciliación tradicionales si le es posible utilizar los cuerpos armados nacionales para dirimir una disputa en su favor” (Guerra, 2002, p. 198).

156. Un ejemplo es el del Urabá. A comienzos de los años noventa, tras la desmovilización del Ejército Popular de Liberación, las zonas bajo su control en esta región experimentaron una expansión de las dinámicas de violencia, en parte determinada por la competencia entre la guerrilla y una coalición de actores articulados por el paramilitarismo. Desde el mismo ángulo ha de verse la expansión sin precedentes de la violencia social y el establecimiento de la Mara en Centroamérica, luego de la desmovilización de las guerrillas.

No se trata únicamente de problemas de eficiencia y eficacia. En los conflictos, hay un mensaje para amplios sectores sociales: el sistema desamparara a una de las partes en sus derechos. El sistema judicial tiende a favorecer al más poderoso, de modo que opera como una herramienta más de la dominación, de la discriminación y de la exclusión:

- Por un lado, porque se considera que el más poderoso cuenta con mayores posibilidades de utilizar los recursos procesales, incluido el pago de abogados, y estará en condiciones de imponerse en el escenario judicial.
- Por otro lado, porque se asume que los pudiéntes pueden presionar, mediante influencias y amenazas, hasta lograr que las autoridades los favorezcan¹⁵⁷.
- Finalmente, porque hay el entendido de que sencillamente los problemas de los débiles no preocupan ni ocupan al sistema judicial.

Este aserto se sustenta, en particular en los asuntos penales, con la percepción, en un 62 % de los denunciados oficialmente (Dane, 2013), de que las autoridades no hacen nada más que recibir la denuncia, y con el rumor extendido entre usuarios y funcionarios de que la Fiscalía no persigue delitos contra la propiedad que sean inferiores a diez meses de salario mínimo (Llinás, 1998). Son datos que concurren a generar el 84 % de incredulidad que ostenta la Rama Jurisdiccional, situándola como una de las dos instituciones que cuenta con menor credibilidad en el país¹⁵⁸.

[155]

Otro aspecto que se evalúa como crítico es la *capacidad* del aparato judicial para regular los conflictos. Los indicadores de eficiencia y eficacia que tienen mayor visibilidad son los asociados con el campo penal. Más de un 90 % de los asuntos que son conocidos por las autoridades se quedan

157. Lo cual incluye el problema de la seguridad personal, dado que es esperable que muchas veces los jueces puedan tomar decisiones coaccionados por el miedo, en consideración a que ellos se sienten más amenazados (60 %) que el total de la población (27 %) (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 391).

158. Es de esperarse que esta cifra empeore en un próxima medición, dado que es reconocido que el factor que más ha dado credibilidad a la Rama ha sido la Corte Constitucional, pero actualmente esta se encuentra en mala situación porque no ha logrado superar los procesos que pusieron *sub judice* tanto su presidente como otro de los magistrados por corrupción (ambos) y por desplazamiento forzado (el primero). A ello se agregan los procesos abiertos en septiembre de 2017 a un magistrado actual, a un expresidente de la Corte Suprema de Justicia y al Fiscal Jefe Anticorrupción por la compraventa de fallos judiciales.

sin castigo alguno (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 352). Ya vimos cómo, para el caso de homicidio, considerado social y legalmente como uno de los más graves, la impunidad por ineficacia del aparato judicial es gigantesca, siendo, sin embargo, mucho menos deficitaria que la relacionada con otros delitos igualmente graves, como la corrupción administrativa o la violencia sexual¹⁵⁹.

Sin embargo, esa información contrasta con las estadísticas penitenciarias, pues, pese a tanta impunidad, existe un hacinamiento carcelario (superior al 150 %) de proporciones tan elevadas que inevitablemente se produce una violación masiva de derechos humanos de la población recluida sin precedentes en la historia nacional.

Un problema que se suma y no se resuelve es el de la incapacidad del Estado para responder coactivamente en el amparo de los objetos jurídicos tutelados por el derecho penal. Está claro que, en sus condiciones actuales, el sistema judicial, en una alta proporción, no logra disuadir a quienes pretenden violar un derecho. Sobre todo si se trata de delincuentes profesionales, porque cuentan con la seguridad de lograr impunidad. En otras ramas de la jurisdicción, el problema podría ser mayor, si se tiene en cuenta que los problemas judiciales, como la morosidad en los procesos, por la vía de los hechos, pueden tender a perjudicar a quienes están en la posición desfavorable. Por ejemplo, el tiempo prolongado en los procesos relacionados con tierras (como en lo tocante a la restitución de aquellas de quienes fueron desplazados forzadamente) suele beneficiar a quien está en la posición abusiva; lo mismo sucede con la insatisfacción de derechos laborales, que es favorable al patrono.

[156]

El acceso al sistema judicial

El conjunto de indicadores recién presentado puede ser la parte visible del enorme *iceberg* que es la imposibilidad que tiene la administración de justicia para responder por su principal encargo: el amparo de los derechos.

159. En la década de los noventa, la justicia penal dejó de investigar dos de cada tres homicidios. Respecto de otros delitos, las condenas jamás superaron el 7 %. Un 95 % de las muertes violentas quedan sin resolverse y la probabilidad de que un homicidio sea sancionado cayó del 11 % en los años sesenta al 4 % en los noventa. Entre 1997 y el 2003, el 77 % de los procesos penales salió de la competencia de la Fiscalía sin que se hubiera realizado investigación de fondo (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, pp. 30-37).

De acuerdo con el paradigma moderno de administración de justicia, el objeto esencial del sistema jurídico es orientar la capacidad coactiva a la protección de los derechos. Cuando no hay posibilidad real de que las personas obtengan la movilización de la fuerza colectiva para amparar sus intereses, hay un problema esencial para el Estado.

Así, se carece de una herramienta fundamental para que este ejerza su soberanía, pero también para que los habitantes ejerzan su ciudadanía. No conduce a otra conclusión el sentimiento de desamparo que ha de producir que en un 98 % de los casos en que las personas se consideran víctimas de un delito no se produzca la sanción respectiva (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 332).

Aunque se alega que no hay certeza en los niveles reales de victimización penal, porque este indicador es de percepción y la gente corriente usualmente no sabe qué es delito y qué no lo es, lo importante radica en que en un alto número de casos la comunidad ha necesitado que el Estado intervenga en el conflicto que tiene y no ha sido posible que la respuesta se produzca.

Lo que interesa aquí no es si efectivamente hay impunidad penal. El punto a considerar es que la gran mayoría de la población sintió que el Estado no se hizo presente para dar la protección que necesitaba. Si las personas tienen un conflicto y requieren la intervención de la autoridad, poco les importa la calificación jurídica o el tipo de trámite que corresponda. Que sea penal o no, que sea asunto de juez o de autoridad de policía, pasa a un segundo plano ante el vacío de respuesta de la autoridad estatal.

[157]

Para las personas, generalmente importa más su interés en un conflicto que la pertinencia de una sanción privativa de la libertad, y el gran vacío consiste en que el Estado no haya puesto manos a la obra dirimiendo el problema. Hay unas cuentas que deben saldarse entre particulares (la reparación e incluso la venganza) y hay otras que los particulares deben saldar con el Estado (la integridad del orden, el castigo). El ciudadano se siente más desamparado cuando son las suyas las que no se saldan.

Debido a esa insolvencia estatal para responderles a los ciudadanos, se genera un escalamiento del problema: se aumenta el número de asuntos de conflicto que se convierten en delitos y cada vez se tienen penas más altas, lo que incrementa la presión para las autoridades y posiblemente facilita su des prestigio¹⁶⁰, porque no se extiende la capacidad operativa

160. Si aplicamos la lógica de la acción racional y consideramos que el actor criminal calcula los riesgos jurídicos antes de cometer un delito, habría que combinar la

para perseguir el creciente volumen de asuntos que demandan la intervención, ni la infraestructura, ni los recursos financieros para ampliar los cupos carcelarios¹⁶¹.

Siendo que el reclamo penal se pone en marcha buscando que un litigante poderoso —la fiscalía— asuma la tarea de procurar la protección de un derecho, otra es la situación cuando se carece de la posibilidad de movilizar a un actor con poder procesal similar. Entonces, más grave puede ser el sentimiento de desamparo cuando se trata de otras ramas del derecho. Si la parte débil se siente desprotegida en el ámbito penal, en el que la protección de derechos fundamentales se hace más sensible por la naturaleza de la pena, es muy factible que su debilidad sea mucho mayor frente a asuntos que no tienen esa categoría.

En consecuencia, en asuntos civiles y comerciales, es esperable que cualquier reclamación naufrague por la posición desfavorable en la que se encuentra el actor. Debemos considerar la altísima cantidad de asuntos en los que nunca se acude al proceso judicial, sencillamente porque se asume que los problemas de eficiencia judicial se traducirán en ineficacia de los derechos del afectado, bien porque una decisión inoportuna tendrá un efecto nugatorio en la protección del derecho, bien porque el proceso finalmente puede fenercer por el abandono del caso cuando se agoten las fuerzas para sostenerlo.

Muchos asuntos que se registran como una negociación directa de las partes muy factiblemente se deciden por imposición de la parte más poderosa. Otros, ni siquiera llegan a ser tramitados porque se ahogan ante el apabullante poder de la contraparte y porque la resignación se produce desde la génesis del conflicto, ante el evidente desequilibrio en el poder de los actores. Las dos hipótesis pueden ilustrarse, por ejemplo, en los diarios conflictos con las empresas de teléfonos celulares o de transporte

cantidad de pena prevista con el riesgo de ser encarcelado. Considerando los delitos sexuales, tendríamos que, dada la impunidad del 99,8 % en estos casos, el efecto disuasorio de la pena prevista de varios años puede ser insignificante en el agresor y posiblemente contraproducente, porque si puede contar en la gran cantidad de denunciantes que se retractan de cara a la severidad de la pena que puede recaer en su agresor, pariente suyo, las más de las veces.

161. Por ejemplo, duplicar el número de cupos carcelarios solo alcanzaría para encarcelar a una parte mínima de los inasistentes alimentarios, que hoy constituyen el 12,85 % de la demanda penal (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 381) y tienen prohibida la transacción de la acción penal.

o con las entidades financieras que vive cualquier colombiano. Frente a ellas, el interés de compensación por un daño perece en la reclamación directa, que se hace muchas veces mediante un *call center* en el que, con eficientes protocolos, se logra disuadir al reclamante. De no lograrlo, sutil y amablemente lo desafían a demandar.

Por el alto riesgo que ello implica y persuadidas de la inferioridad de su poder, la mayoría de las contrapartes, por regla general, no demandan a los pudientes. Una buena parte de la población no tiene un acceso posible a la actuación judicial y, si lo tuviera, no contaría con condiciones de salir beneficiada frente a contrapartes mucho más poderosas dentro y fuera de los procesos¹⁶². Sería ir en contra de la evidencia, y eso produce que el sentimiento de frustración se vea incrementado con el tiempo. No necesariamente porque la decisión sea estruendosamente favorable al litigante frecuente¹⁶³ cuando el pudiente saca a relucir la letra menuda de un contrato de adhesión real o presunto. La frustración puede llegar porque el reclamante con posibilidad de hacer prosperar su caso se agota en un proceso alargado artificialmente, mientras el pudiente se beneficia de la situación fáctica que le favorece. Lo que puede llevar al abandono del proceso por parte del débil o a concluirlo con una negociación extraprocesal¹⁶⁴.

[159]

-
162. El equipo de Dejusticia da cuenta de los resultados de una encuesta según la cual las razones para no acudir a las autoridades son: “32 [...] falta de pruebas y 18 % temor a represalias; pero igualmente 19 % señalaron como causa la complejidad de los trámites” (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 352). En estos casos, lo que disuade es el común denominador de los desequilibrios entre las partes. En cuanto a pruebas, usualmente la parte poderosa suele estar preparada, o cuenta con recursos para probar (testigos, inspecciones) y generalmente tiene un documento contractual que presta mérito ejecutivo. Respecto al temor, muchas veces a quien se teme es precisamente al poderoso que se tiene de contraparte. En lo tocante a la complejidad de los casos, son los litigantes frecuentes quienes más conocen y se benefician de la complejidad de los trámites.
163. Marc Galanter (2001) explica que el proceso judicial en Estados Unidos establece una correlación de poderes en la que el litigante frecuente tiende a ser favorecido. En nuestro caso, no solamente las dinámicas de administración de justicia se inclinan por estas causas, sino también la presencia en lo judicial de la estructura colonial del poder, como lo vimos en el capítulo II.
164. En 1994, había un millón seiscientos mil procesos en trámite, de los cuales el 60 % había sido abandonado (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 367). Una porción podrá tratarse de casos en los cuales una de las partes habrá demandado para presionar un arreglo extrajudicial, pero no se ha establecido cuál es la proporción en que el demandante sencillamente se quedó sin su derecho.

Otras veces, en caso de que la actuación vaya hasta la sentencia, el litigante frecuente se orientará a preveralser de su posición dominante en el campo jurídico, para presionar una decisión que favorezca en el mínimo a la contraparte. Siendo así, la relación costo-beneficio de demandar resultaría muy onerosa para el litigante infrecuente, habida cuenta de que hay un alto riesgo de obtener un resultado irrisorio en caso de que el Estado ampare efectivamente el derecho.

[160] La realidad es que son los litigantes frecuentes los principales beneficiarios de las actuaciones judiciales. Según el dato disponible para los asuntos civiles, el 77 % de los demandantes está satisfecho. Pero esta cifra debe ser matizada porque quizás una gran mayoría de satisfacción se ubica entre los pudientes, dado que es de esperar que se manifieste satisfacción en el 71 % de los casos en los que se demanda (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 370) y se obtiene en pocos meses la ejecución de obligaciones contractuales con título, que usualmente tramitan las grandes entidades financieras. Entonces, la satisfacción por todas las demás causas se reduce. En el resto de asuntos, solo se espera satisfacción para el 6 % (incluidos nuevamente los frecuentes). Con lo cual es esperable que sea mínima la proporción de satisfacción para el litigante infrecuente y que factiblemente esta se produzca cuando se enfrenta con otros que no son pudientes.

En los asuntos penales, resulta verdaderamente extraño que los poderosos reciban su castigo. Hemos visto que solo en menos del 1 % de las oportunidades se logra castigar a los culpables de gravísimos casos de corrupción. Excepcionalmente, se ha logrado perseguir y condenar a los implicados en homicidios y masacres. En gigantescas estafas, con las que se defraudó a pequeños y medianos ahorradores, se ha visto cómo los procesos se dilatan durante lustros y concluyen con penas irrisorias¹⁶⁵. Hechos como la tortura y el asesinato de las personas atrapadas en el Palacio de Justicia, hace treinta años, todavía no se cierran porque están sometidos a revisión con alta probabilidad de que prosperen las pretensiones de los poderosos. Los casos de los llamados *falsos positivos* —en los que se asesinó a jóvenes llevándolos desde su hogar a lugares de combate para mostrarlos como guerrilleros caídos— continúan en trámite ocho años después de que saltaron a la evidencia. Los procesos penales que se adelantan contra

165. Llama la atención que, en el caso de Interbolsa, en el que las víctimas no eran propiamente de las clases populares y las cifras de defraudación fueron las mayores de que se tenga noticia, la sanción definida en segunda instancia solo fue de seis años de prisión domiciliaria.

poderosos se ralentizan mucho más. Se recusa y amenaza a los funcionarios. Si se logra condenar a aquellos, tal vez no podrá evitarse que evadan la pena. Si es posible apresarlos, entran en reclusión en condiciones de privilegio¹⁶⁶. Y la opinión nunca descarta la posibilidad de que los procesos que lograron esto último sean revisados con algún recurso y que, al caerse, el Estado termine pagando cuantiosas indemnizaciones.

Por esa vía, los condenados efectivamente no pueden ser sino quienes tienen una posición débil en la sociedad. Es notable que la mayor parte del esfuerzo del aparato se concentra en los casos en los que se cuenta de antemano con altas posibilidades en contra del sindicado porque se encuentra plenamente identificado y se tiene un acervo probatorio que facilita la decisión

Es lo que suele ocurrir con personas con muy bajo capital social, económico y cultural, como: 1) en asuntos de estupefacientes, los campesinos cultivadores de marihuana o coca, personas de clase media baja capturadas como emisarias de un envío (mulas); 2) en delitos contra la propiedad, capturados en flagrancia o cuasiflagrancia por el delito de hurto; 3) en delitos sexuales, en tanto la mayoría de los actores tienen cercanía con la víctima; 4) en homicidios, los actores ocasionales que carecen de los recursos para evadir la autoridad, protegerse probatoriamente o huir; y 5) los inasistentes alimentarios.

[161]

El otro elemento en ese desequilibrio de las partes se asocia con el papel de los jueces como responsables en la aplicación de las más importantes políticas dirigidas al acceso de amplios sectores al contrato social en nuestro país. En el segundo capítulo vimos cómo el aparato judicial entregó un resultado nulo en cuanto a las leyes de acceso a la tierra, desde el año 1936; otro irrisorio en lo que tuvo que ver con la distribución de tierras, a partir de 1961; y tampoco hizo la tarea de laboralización de la fuerza de trabajo, que se le encargó en la década de los cuarenta.

Los sectores excluidos del contrato social moderno, que han tenido magras y escasas oportunidades de ser incluidos en el marco de reformas legales, no han contado, en general, con la parte del impulso que ha correspondido a los jueces. Actualmente, estos tienen asignado un compromiso considerado esencial para alcanzar la paz en el territorio, y sobre ellos recae la responsabilidad de particularizar la decisión legal de resarcir las tierras

166. Veamos un ejemplo entre los muchos que hay. En el mes de junio de 2015, trascendió que los comisionistas de bolsa responsables de la estafa más grande de la historia de Colombia están en la cárcel en posición de privilegio sin ningún basamento legal (*Semaná*, 21 de junio de 2015).

despojadas a sus legítimos propietarios por parte los grupos paramilitares y sus aliados.

Los escasos logros reportados en el proceso de implementación de las leyes de tierras de esta década hacen suponer que, a seis años de vigencia de la ley, los usufructuarios del despojo de más de siete millones de hectáreas y generadores de seis millones de desplazados, que son precisamente los poderes regionales que campean en el territorio, nuevamente se impondrán también por la vía judicial¹⁶⁷. De modo que los jueces no solo no han podido contribuir a la inclusión social, sino que tampoco habrán contribuido a evitar la exclusión¹⁶⁸.

167. El sistema de recuperación de los terrenos despojados debe hacerse por vía judicial, dado que se cuenta con títulos legalmente válidos en los que se registraron las ventas forzadas y se trata de desvirtuar la validez de tales contratos. Si bien los títulos actuales parten de una declaración de voluntad recogida notarialmente, hay una frase que sintetiza el punto de partida de esta agresión de estos actores armados: “Señor, véndanos usted o le compramos a la viuda”. Si bien hay muchos casos en los que no hubo declaración de voluntad de venta de uno u otro, la mayoría de las tierras cuentan con escrituras y registros, que pasaron en un tiempo breve por tres o cuatro ventas simuladas consecutivas hasta sus actuales titulares (uno de ellos es el mencionado presidente de la Corte Constitucional, miembro de una poderosa familia de terratenientes de la Costa Atlántica, hoy acusado de desplazamiento forzoso. Hay también parientes y testaferros de los propios paramilitares, así como dirigentes políticos en ejercicio). Se trata de recuperar la titularidad del propietario original o sus herederos. León Valencia (2015) muestra que a 2015 solo se habían restituido 100 000 hectáreas, que equivalían al 5 % de lo despojado. De 73 000 solicitudes efectuadas, solo se ha llegado a 1368 sentencias, aunque la mayoría de ellas (66 000) están represadas por un requisito para proceder judicialmente que exige la ley: autorización de las fuerzas armadas, por razones de orden público. Entre tanto, varios de los líderes de los propietarios que intentan reivindicar sus derechos han sido asesinados. Las cifras se han incrementado.

168. Santos y García (2001, pp. 24 y ss.) explican los límites del Estado moderno en los países periféricos y semiperiféricos por la exclusión de una parte de la sociedad. Frente a la exclusión que llamaríamos originaria, había una promesa de inclusión que, con altibajos, se siguió produciendo hasta el tercer cuarto del siglo veinte. Pero desde entonces, tales tendencias empezaron a invertirse en diferentes campos de la vida social, salvo en varios países de América Latina cuyos gobiernos se comprometen a fondo con la inclusión, como Bolivia, Ecuador y Venezuela. Entonces, en general, la promesa de inclusión desaparece y, por el contrario, se producen nuevas exclusiones. A esa dinámica general de exclusión pre y poscontractual hemos de sumar los cerca de siete millones de desplazados que se registraron en los últimos treinta años en Colombia.

Reorganización institucional desde el orden estatal

Como veremos en la parte restante de este capítulo, en desmedro de las necesidades de justicia de las áreas de caos y de orden extraestatal, la plétora de medidas que se toman para enfrentar la crisis tiene la consigna de garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico nacional y consolidar el orden del Estado, incrementando la capacidad de atender los conflictos que se presentan en las áreas de orden estatal y neutralizando los daños que a ellas se les puedan causar desde las otras áreas.

Tres dinámicas son fundamentales para entender las transformaciones que se proponen para enfrentar las crisis: 1) el Estado, si bien insiste en la vía judicial, diversifica la gama de instancias, procedimientos y metodologías mediante los cuales interviene en la gestión de los conflictos, dando cada vez más lugar a la intervención de actores estatales no judiciales; 2) el Estado renuncia formal o, al menos, materialmente a intervenir en una amplia gama de conflictos que habría dentro de sus linderos normativos, cediendo su espacio a otros actores frente a los cuales se propone una labor que se limita a promocionar y controlar lo que ellos puedan realizar; 3) atendiendo o no las directrices estatales, se abren paso actores no estatales que proponen instrumentos de gestión de la conflictividad. Vamos a ver que ese conjunto de transformaciones plantea un nuevo escenario para la intervención en los conflictos por parte de actores empresariales, y analizaremos cuáles son las reales potencialidades para las instancias de justicia comunitaria.

[163]

Cambios en la oferta estatal de protección de derechos

El Estado experimenta algunas transformaciones importantes para atender la conflictividad en el actual contexto. No es solo porque el aparato político se ha venido transformando orgánicamente, sino porque se anuncian cambios metodológicos en el conjunto institucional mediante el cual el Estado protege los derechos y actúa sobre las controversias. En lo orgánico, la intervención estatal en los conflictos se muta en tanto el modelo judicial se desplaza a otros órganos del Estado (nuevas instancias de la administración pública nacional y territorial), especialmente hacia la Rama Ejecutiva en sus diferentes niveles¹⁶⁹.

169. En cuanto a la Rama Ejecutiva, es amplia la gama de actores que incursionan en el campo de los conflictos y va desde las autoridades de Policía hasta actores

En cuanto a las metodologías de tratamiento de las controversias, los órganos estatales cuentan con una gama diversa, que va desde la pura proyección del sistema judicial hasta un papel no decisorio de las agencias estatales¹⁷⁰. Se multiplican las metodologías en cuanto para unos conflictos la intervención estatal incorpora procedimientos que se fundan en el consenso de las partes, por diseños procesales que se fundan en la autonomía de estas y en las reglas contractuales del derecho privado, o porque ponen su acento en la construcción de tejido social¹⁷¹, aun cuando, para otros, se mantienen los procedimientos adjudicadores, sometidos a una decisión que debe tomar el operador de justicia en aplicación de la ley.

La mayoría de los nuevos operadores estatales cuentan con facultad para combinar los diferentes mecanismos y procedimientos. Principalmente, la competencia adjudicatoria, que corresponde a la mayoría de las instancias, se asocia con la de conciliar. De modo que la intervención en los conflictos que pueden hacer estos operadores contempla la posibilidad de que se combine la adjudicación con la conciliación y que, de ser necesario, se implementen en diferentes momentos, como la caja de cambios de un aparato automotor. A continuación, podemos contemplar las que son más pertinentes al objeto de esta obra.

del nivel nacional del Gobierno en el manejo de conflictos. La administración entra a intervenir a través de sus diversos agentes en conflictos que van desde los individuales y puramente privados hasta los colectivos y de interés público.

170. Entre ellas se consideran las reformas que permiten la desconcentración de la tarea de administración de justicia en sectores del propio aparato estatal que están por fuera del judicial. Se trata de la transferencia de la competencia en asuntos de carácter penal —o correccional— y civil a instancias administrativas, principalmente del nivel local, para que atiendan conflictos que se consideran de menor importancia y para los que se establece un procedimiento en el que los funcionarios desempeñan un papel más cercano a la búsqueda del arreglo directo entre las partes que a decidir desde su posición de autoridad que se pone por encima de las partes.

171. Más allá del modelo generalizado de intervención que ostentan los órganos administrativos del Estado en los conflictos, la flexibilización de los procedimientos judiciales se hace principalmente de dos maneras. Por un lado, se incorporan procedimientos informalizados a la tarea de administración de justicia formal, principalmente como un trámite prejudicial que en muchos casos se hace obligatorio. Los campos en los que más se ha desarrollado esta estrategia son el de familia y el laboral, aun cuando hay ya una cierta experiencia en el campo penal. Por otro lado, se crean mecanismos con una estructura procedural completamente novedosa para la actuación en cierto tipo de casos.

En primer lugar, se ofrecen herramientas para la gestión de conflictos frente a asuntos como los vecinales o los de familia, que, de no existir estas instituciones, se quedarían sin posibilidades de contar con el amparo estatal. Tales mecanismos se han ido estableciendo a lo largo de nuestra vida republicana, sobre la misma matriz imperatoria (del imperio de la ley del Estado) y adjudicatoria, que reincide en la manera limitada que ha tenido el aparato judicial para intervenir en los conflictos. Los problemas que tiene el sistema de los jueces se replican en alta medida en las otras figuras y sus aciertos, infortunadamente, no se han capitalizado mínimamente porque es casi nulo el estudio que se ha hecho sobre el trasegar y los alcances que han tenido.

Para los conflictos vecinales, se ha fortalecido la figura de los inspectores de policía, prolongación de la mencionada función de convivencia que corresponde a los alcaldes. Durante varias décadas, su papel fue cumplido en la mayor parte del territorio nacional por parte de personas honorables sin formación jurídica, que se inclinaban en la práctica por el sentido común en las actuaciones y daban alto valor a las decisiones por consenso de las partes. La creciente proporción de abogados titulados en ese cargo ha traído consigo una mayor formalización y una tendencia hacia la gestión adversarial de los conflictos que tramitan estos operadores. Se han hecho intentos importantes de reconstruir la esencia de la justicia de policía mediante la figura de los corregidores, pero ella no ha llegado a generalizarse en todas las zonas rurales del país ni a estabilizarse en los lugares donde se ha implementado.

[165]

Para la mayor parte de los conflictos de familia, evolucionó un diseño de comisaría con habilidades para su gestión integral. Con este objetivo, all lado de quien como jurista encabeza el despacho, se establece un equipo de profesionales de asistencia social y se ofrece el espacio para la conciliación. El diseño no se ha llegado a implantar plenamente en la mayor parte de los municipios, por limitaciones financieras de los propios entes territoriales. Adicionalmente, ha ido perdiendo capacidad de intervenir en las controversias domésticas, debido a una legislación que orienta la acción del Estado sobre las relaciones de familia hacia el campo penal y encarga las acciones a autoridades cada vez más lejanas de las comunidades en donde los conflictos se presentan¹⁷². Con lo cual, lo que se termina

172. Véase Gordillo (2007).

logrando es impedir que haya alguna actuación que ofrezca el manejo concreto de los casos.

En segundo lugar, en lo que tiene que ver con los demás conflictos cotidianos, la riqueza de la oferta es irrisoria. Mientras los demás países del continente y de Europa establecieron la figura de los jueces de paz como sustitutos de los jueces capitulares, que estaban más cerca de los problemas en el ámbito más inmediato de la vida en comunidad, en los países que hicieron parte de la Gran Colombia¹⁷³ esta figura fue descartada. De modo que las posibilidades para hacerse reconocer un derecho o para poner fin a problemas de responsabilidad contractual y extracontractual en todos los órdenes fueron referidas a la muy limitada oferta de justicia judicial de la que hemos dando cuenta en los dos primeros capítulos.

Durante la década de los noventa, fue establecida la figura del juez de paz —primero como conciliador en equidad—, con una clara orientación de administrar justicia desde los valores comunitarios (leyes 270 de 1996 y 497 de 1999). Pero no ha llegado a irrigarse en todo el territorio nacional, porque no ha habido suficiente interés de los gobiernos. La figura de justicia comunitaria peruana, a la que se quiso emular, ha venido cediendo a presiones tanto de los que tienden a convertirla en una versión desmejorada de la justicia ordinaria como de quienes buscan su eliminación. (Ardila y Castro, 2017)

Correlativamente, tras intentos anteriores, durante el último lustro, se puso en marcha la figura del juzgado de pequeñas causas, que, si bien mantiene el sistema adversarial, propone métodos innovadores que lo acercan a la justicia restaurativa. Sin embargo, apenas existen una docena de ellos, en zonas urbanas, y la Corte Constitucional eliminó su competencia en asuntos penales (Ley 1395 de 2010).

En tercer lugar, desde el nivel nacional del Estado, diferentes entidades han desarrollado herramientas dirigidas a atender algún tipo de conflicto o a apoyar a algún tipo de usuario de los procedimientos judiciales. Ejemplo de ello son las figuras del defensor de familia —en cuanto a los menores—, del defensor público —respecto a los procesados penales y a las víctimas— y de la asistencia jurídica a víctimas del conflicto armado. Tales actores estatales se suman a la presencia nacional de operadores y actores institucionales, como los jueces, en sus diferentes jurisdicciones y ramas. Formalmente hablando, el territorio nacional estaría muy equipado

¹⁷³. Ecuador, Colombia, Panamá y Venezuela.

con tanta oferta de justicia. Todas estas son figuras que aportan alguna herramienta para que los sectores poblacionales concernidos puedan actuar ante ella.

En cuarto lugar, se plantean, complementariamente, dos grandes cambios en la actuación del propio aparato judicial en los conflictos en que interviene. El primer cambio es que se generaliza la combinación de los mecanismos adjudicadorio y consensual, al establecerse la conciliación prejudicial o judicial como un paso obligatorio en la mayor parte de los procesos, con lo cual se convoca a los operadores de justicia a un cambio sustancial en su papel frente a los conflictos. Sin embargo, debe decirse que no ha habido transformaciones en este terreno y que lo usual es que la fase conciliatoria se tiene como un obstáculo nuevo en la gestión procesal y no como una herramienta que puede mejorar sustancialmente el aporte de los operadores judiciales. En ello cuenta: 1) la rígida formación adjudicatoria e imperatoria de los jueces, los abogados y hasta de las mismas partes, que les limita la capacidad de actuar por fuera de las lógicas adversariales; 2) el interés de los abogados en un proceso con más trabajo como fuente de ingresos; y 3) la falta de un claro liderazgo que oriente el enfoque consensual en el Estado.

[167]

El segundo cambio exige la proactividad de todo tipo de juez y es percibido como el más importante instrumento de defensa de derechos en el país: la *acción de tutela*. Ahora, cuando la Constitución Política de 1991 tiene más de un cuarto de siglo, debe decirse que, de toda la institucionalidad nacional de la administración de justicia, esta figura es percibida como la herramienta más poderosa al alcance de la ciudadanía para la protección de sus derechos¹⁷⁴. Por definición constitucional, la tutela genera un procedimiento preferente que busca garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

Dado que no tiene formalismos para ser accionada y que la Corte Constitucional ha interpretado este mandato como la obligatoriedad de

174. La tutela “ha traído como consecuencia no solo una transformación sustancial de la actividad judicial sino que, sobre todo, ha acercado la Constitución al común de las personas al dotarlas de un instrumento ágil para la protección de los derechos reconocidos en el texto” (Uprimny, 2001, p. 291). Ello no implica que desconozcamos los problemas que exigen replantear algunas de sus reglas, como el uso indirecto a favor de actores como las empresas promotoras de salud o el abuso malintencionado que suelen hacer actores que llamamos pudentes en el capítulo I.

garantizar algún otro derecho que repercuta de manera directa en un derecho fundamental, la tutela es percibida como un arma de defensa ante cualquier abuso y es vista por la ciudadanía hoy como la principal herramienta con la que cuentan los más amplios sectores poblacionales (principalmente los trabajadores vinculados al sector formal de la economía) para el amparo jurídico de sus intereses¹⁷⁵. Esto a pesar de que escasamente en una tercera parte de los casos se concede y, en cada uno de ellos, la mayoría no queda satisfecha con la decisión proferida (Santos y García, 2001, pp. 428, 430 y 438).

Retiro selectivo en la gestión de la conflictividad

El anterior espectro de cambios replantea el conjunto del sistema de administración de justicia y el papel que tiene el Estado en él. En el fondo, hay un desplazamiento del modelo judicial construido en los albores de la modernidad europea por metodologías, procedimientos e instancias que de algún modo responden a otras lógicas. Pero hay un cambio que puede ser de mayores repercusiones históricas: el Estado cede a otros actores buena parte de la gestión de la conflictividad.

La nueva estrategia se dirige a canalizar, ordenar y subordinar los mecanismos que se produzcan en la sociedad, bien que sean promovidos y controlados por el propio Estado, bien que provengan de la empresa privada o bien que sean generados en el seno de las comunidades¹⁷⁶. La cesión se produce al establecer canales que posibilitan que actores no-estatales intervengan en la gestión de conflictos¹⁷⁷ para la producción de decisiones relevantes ante el sistema jurídico nacional. Lo cual, en muchos casos, es

175. Más de la mitad de los casos que se traman se orientan a la protección de derechos económicos, sociales y culturales, y sus beneficiarios estarían preferentemente situados en los sectores integrados económica, social y políticamente (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 359).

176. Es lo que se ha llamado movimiento de “juridización desjuridizante” (Rodríguez, 1991, p. 100): en amplias áreas se desmonta la estructura anteriormente existente pero juridizando estructuras comunitarias a las cuales no se les reconocía ese estatus anteriormente.

177. Por ejemplo, en el artículo 116 constitucional, se establece que las altas cortes, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía, los tribunales y jueces ejercerán las funciones judiciales que la ley les asigne. Los artículos 146 y 147 de la Constitución establecen que el Congreso, sus cámaras o comisiones permanentes tomarán decisiones con la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la

solo la formalización de su ausencia por la incapacidad que ha tenido el aparato judicial para la gestión material de los conflictos frente a espacios estructurales diferentes al de ciudadanía o áreas que, estando en su territorio, no están bajo su orden: por caos o por orden extraestatal. Lo que se hace es cambiar de estrategia y esta se concentra en el establecimiento de reglas y controles sobre los actores que estarían llamados a gestionar los conflictos.

El Estado pasa de presumirse el único titular de la administración de justicia a postularse como supremo garante de que los actores no estatales no desborden el orden jurídico. Muchas de las instancias son promovidas o creadas por medio de programas estatales (como el arbitraje, los jueces de paz o la conciliación) o se desarrollan instrumentos para que ante el derecho estatal se hagan visibles instituciones que operan con mayor eficacia y legitimidad en los espacios donde el judicial o sus sucedáneos estatales no llegan (por ejemplo, la justicia indígena).

Así, de instrumento para la implementación de un sistema jurídico único y de una estructura articulada a partir de un centro también único, la administración de justicia pasa a ser concebida como la concurrencia de actores y referentes normativos que administran justicia bajo la tutela de organismos estatales en nombre de la integridad del orden jurídico.

[169]

Ante el retiro de la operación de justicia por parte del Estado, la subalternidad de los mecanismos no estatales tiende a ser preservada a través de diferentes vías: 1) el Estado hace una distribución de la conflictividad mediante la cual puede concentrarse en un tipo de conflictos, al cual atribuye el mayor nivel de importancia, mientras que las competencias que admite para los otros mecanismos de manejo de conflictos se consideran de baja prioridad —se *trivializan*—; 2) frente a una sólida articulación al interior de los mecanismos estatales, hay dispersión de los mecanismos no estatales; 3) a cambio del reconocimiento jurídico estatal de sus actuaciones, los mecanismos se someten a unas reglamentaciones que los enmarcan en sus competencias y en sus procedimientos; y 4) a través de diversidad de medios, el Estado se reserva la potestad de intervención selectiva en la guarda del orden jurídico y político (Santos, 1991, pp. 133 y ss.).

Boaventura de Sousa Santos muestra cómo gracias a estas reformas, que flexibilizan el marco político con el que venía actuando el Estado frente

carta exija otra cosa, y consagra la renovación anual de la mesa directiva de cada Cámara y de los miembros de las comisiones permanentes.

a la justicia, se permite el traslado de las decisiones judiciales a actores que no hacen parte del aparato estatal y, en consecuencia, el Estado puede desarrollar una dinámica de concentración de los centros de decisión judicial (creación y calificación de cuerpos especializados de investigación, establecimiento del sistema acusatorio presidido por un fiscal muy poderoso) y el incremento de los recursos con los que opera.

Boaventura Santos (1991, pp. 123 y ss.) ha dicho que lo que se produce es una distribución de las responsabilidades entre la administración de justicia estatal y los demás actores. Se trataría de una estrategia integrada por un componente para el nivel central y otro para la periferia. En el primero de ellos, el Estado se concentra en los temas y conflictos directamente relacionados con las necesidades más importantes de acumulación capitalista, que varían de un país a otro. En el otro componente, el Estado tolera, promueve o reconoce mecanismos de justicia no estatal, a los cuales asigna valor jurídico en asuntos que se consideran periféricos para la acumulación capitalista, para lo cual se produce un reparto diferenciado de los elementos estructurales del derecho¹⁷⁸.

[170]

Mientras que en el primero se concentraría la burocracia y la violencia, en el segundo tendería a crecer el elemento retórico, porque en este componente predomina el propósito persuasivo, en tanto que en aquel predomina el ánimo disuasivo en el manejo de los conflictos. Mientras que, en el primero, el elemento represivo se pone en el primer plano¹⁷⁹, en el segundo, se transmite un mensaje de reconciliación entre la víctima y el victimario. Hasta en la esfera penal¹⁸⁰ se vienen planteando¹⁸¹ (aunque

178. Para Santos (1991), el derecho tiene tres elementos estructurales mediante los cuales regula las dinámicas sociales: 1) la violencia, que permite imponer comportamientos a través de la instrumentación de la fuerza; 2) la burocracia, que orienta los comportamientos bajo el argumento de la existencia de una norma integrada en el sistema jurídico; y 3) la retórica, que fundamenta la capacidad regulatoria en la persuasión.

179. Santos (1991) dice que, por ejemplo, la teoría neoclásica en la concepción de las penas ha llegado a dominar el escenario penológico.

180. “Se parte de la hipótesis de que el modelo penal basado en la idea del consenso y en la conciliación entre víctima y el autor de hecho se inserta en una lógica de ‘línea de montaje’, tendiente a reforzar la fragmentariedad y la selectividad del sistema penal, en una sociedad jerárquica y desigual” (Rodríguez, 1991, p. 95).

181. Entre los legisladores de muchos países ha prosperado más la tendencia que hemos mencionado como populismo punitivo. Es desde luego lo menos conveniente a las necesidades de acumulación, porque exige que el Estado le dé el

con poco éxito electoral y con menos brillo que las políticas represivas) políticas tendientes a la descriminalización, a la revocación de las normas incriminatorias o a la exclusión de la pena, o cambios en el procedimiento, la informalización y el recurso a mecanismos desburocratizados¹⁸².

Como correlato al retiro formal y material del Estado en la regulación de los conflictos, se produce un cambio en la administración de justicia al darse la diversificación y expansión de los actores de regulación y de gestión de conflictos que operan por fuera del aparato del Estado, lo cual se produce en dos direcciones. Por un lado, crecientemente se posicionan mecanismos con vínculos orgánicos en sectores empresariales —con presencia creciente en terrenos que van desde lo local hasta lo transnacional y con aspectos que van desde la reglamentación general hasta la gestión particular de casos—. Por otro lado, por supuesto, se establecen los instrumentos de gestión de conflictos que hacen parte de diferentes organizaciones sociales, expresiones comunitarias y movimientos sociales.

Las empresas extienden su impacto en la conflictividad

[171]

Ante la cesión de terrenos por parte del Estado, el actual escenario es propicio para el incremento del protagonismo de actores empresariales en la gestión de los conflictos, aun de aquellos que se definen dentro del espacio estructural de ciudadanía. El Estado no solo permite sino que coopera y soporta legalmente la actuación de órganos propios de empresas privadas bajo el principio de protección de la autonomía individual y la lógica de que las partes son dueñas de sus pretensiones¹⁸³. La gestión de los conflictos

mismo tratamiento penitenciario (en lo posible elevado) a lo que no es estratégico para las necesidades del capital. Sin embargo, tienden a ser muy rentables las reformas que incrementan las penas porque satisfacen la sed de venganza de muchos electores.

182. A través de una justicia desburocratizada —más allá de las críticas en lo tocante al acceso, la participación o el respeto a la diversidad cultural—, se obtiene también un control social más eficaz y más operativo (Ghiringhelli, 2000, p. 24).

183. “El tema que nos ocupa nos remite al poder reconocido al sujeto particular de dominar un ámbito que el ordenamiento somete a su señorío. Consecuentemente, la autonomía privada surge como una prolongación del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico la confiere para que gobierne sus intereses, adquiriendo institucionalmente la cualificación de principio general del derecho privado, plasmado en una pluralidad de reglas y aforismos” (Garrido, 2012, p. 226).

se organiza ya no como una competencia de la esencia del Estado, sino como un servicio que se puede prestar por actores empresariales y según las reglas del mercado. El ámbito público solo se reserva el derecho de establecer un marco normativo mediante el cual se queda con la facultad de intervenir en las instancias privadas en garantía del interés general. Es una concesión que hace el Estado de una de sus funciones fundamentales, pero proyectándose a través de las reglas que genera en el nuevo momento.

Esta representaría una especie dentro del género de la des regulación consistente en la tolerancia por parte de los poderes públicos de las normas gestadas en el ámbito privado, pero con el objetivo de que tales normas cumplan fines de interés general. Con esta visión, la característica de la autorregulación regulada reside en la cooperación entre el Estado y los sujetos económicos privados que tiene como fin el cumplimiento más eficaz y eficiente de los intereses generales. (Garrido, 2012, p. 224)

[172]

Algo que admitirá matices en cada caso, pero que, dada la naturaleza de los actores y en línea con lo que venimos sosteniendo, factiblemente considerará interés general la reducción de los costos de transacción y la protección de la ganancia para los inversionistas privados. En un contexto de privatización del derecho (Wolkmer, 1994; Garrido, 2012; Capella, 1997; Arnaud, 2003; Santos, 1991), las empresas, a través de sus instancias, cumplidas ciertas exigencias legales y dentro de los marcos impuestos por el Estado, tramitan conflictos a través de normas que no se pueden catalogar como jurídicas estatales pero que se pueden imponer a las partes¹⁸⁴.

Para garantizar el sometimiento a tales marcos, alguna instancia oficial, predominantemente del Ejecutivo (v. gr., una superintendencia, un ministerio, etc.), responderá por su control. En cualquier caso, deben diferenciarse 1) las instancias privadas que tramitan asuntos en los que la empresa obra como parte interna, en la medida en que tiene un interés antagónico con alguna de las partes, de aquellas en las que 2) la empresa es parte externa al conflicto y su interés se limita a su gestión. Veamos cada una de ellas.

¹⁸⁴. “Se trata de normas que son algo más que usos sociales no normativos, y tienen un mayor peso y conexión que los usos normativos sin que lleguen a ser normas jurídicas de acuerdo con el criterio positivista del pedigrí” (Garrido, 2012, p. 234).

1. Hay instancias que tienen como función atender necesidades de la empresa ante sus proveedores, sus clientes o sus empleados. El fundamento de su facultad de actuar radica en el contrato que une a la contraparte con la empresa. Con lo cual, se supone que voluntariamente se asoció con ella para el logro de un interés, mediante un contrato que formalmente obliga a ambas por igual¹⁸⁵. Pero el operador es un agente suyo. Bajo ninguna circunstancia estas instancias deben considerarse como tercero, porque son una proyección de los intereses específicos de la respectiva empresa, independientemente de las formas parajurídicas de las que se recubre¹⁸⁶.

La labor de estas dependencias (aunque muchas ocultan su dependencia) se relaciona exclusivamente con los conflictos asociados al vínculo contractual que tiene la eventual contraparte con su empresa. Pueden ser vistas como parte o complemento de la atención posventa del bien o servicio contratado. Con estrictos protocolos y limitadas respuestas, tienen como tarea persuadir o (en el peor de los casos) disuadir a la eventual contraparte a partir de los términos de un contrato del cual la contraparte suele ser mucho menos conocedora. El operador (muchas veces telefónico o telemático), si bien por lo general presta un servicio que consolida las prestaciones a las que se obliga su empresa, obtiene su propósito cuando logra que la contraparte deje de serlo.

[173]

185. A esos conjuntos normativos se les incluye dentro del concepto de *soft law*. En estos casos, es claro que las partes son desiguales y que hay una que es la que redacta las normas y que muy factiblemente es la misma que decide a través de sus propios procedimientos. “La plasticidad del derecho suave contiene intrigantes semejanzas con el derecho colonial, cuya aplicación depende de los caprichos del colonizador más que de otra cosa” (Santos, 2010a, p. 45). El concepto de *soft law* es caracterizado por Natalia Ángel así: “1. El diseño e implementación de un régimen de *soft law* no depende de la potestad regulatoria de los Estados [...]. 2. Hay una participación voluntaria en la construcción, operación e incluso continuación del mismo. Los participantes son libres de adherir al régimen o no, de no continuar su aplicación, sin que esto implique invocar el poder sancionatorio de los estados [...]. 3. Idealmente se busca que las decisiones para actuar se tomen en consenso, y como el resultado de un diálogo entre diferentes actores, como gobiernos, firmas y actores de la sociedad civil, que permitan una cierta fuente de legitimidad y obligatoriedad institucional [...]. 4. Hay una ausencia del poder sancionatorio del Estado —poder de policía para garantizar consenso y cumplimiento—, igualmente, se entienden como mecanismos de *soft law* los esquemas de certificación, los códigos de responsabilidad corporativa o los mecanismos de reporte para las empresas” (Ángel, 2008, pp. 7-10).

186. Por ejemplo, se habla de derechos, de doble instancia, de la posibilidad de recurrir.

Según la Encuesta de Necesidades Jurídicas Insatisfechas, en Colombia, un 36 % de los casos que tienen trámite extraestatal se resuelven o encallan (la estadística no diferencia) entre las oficinas de quejas y reclamos y los defensores del cliente (La Rota, Lalinde y Uprimny, 2013, p. 48). Seguramente, serán una apabullante mayoría de los que se presentan con las entidades financieras, de comunicación y de servicios públicos domiciliarios. Aunque hubiera insatisfacción, la contraparte de la empresa, descomunalmente débil frente a ella, agotará su reclamación al recibir la información que lo desarma debido a alguna cláusula del contrato que firmó, algún reglamento o política de la empresa, o alguna decisión de una entidad pública que cobija a la empresa.

Como se sabe, esos contratos son de adhesión y la contraparte juega en el campo de la empresa con las reglas de esta y mediante los operadores de que ella dispone. Las normas de los contratos son escritas, interpretadas y aplicadas por la empresa en su propio beneficio, y el operador es un agente suyo, no un tercero. No tiene ni la independencia ni la fuerza para apartarse de lo que la empresa haya determinado¹⁸⁷. Correlativamente, lo que se presenta como un acuerdo de las partes no es más que el sometimiento de la parte débil a la más poderosa en el modelo de imposición unilateral. En este conjunto de operadores, hemos de contar a las oficinas de quejas y reclamos, las oficinas de servicio al cliente, las oficinas de personal y gestión humana y los defensores del cliente¹⁸⁸.

[174]

187. Otra cosa sería la existencia de instancias de gestión de conflictos al interior de un sector privado pero sin que se trate específicamente de una empresa.

Tribunales de honor, tribunales de arbitramento, comités paritarios, veedores, comités de ética, etcétera. Las partes son equilibradas, es otra historia. Las *boîte postales 5000* (BP 5000), creadas en 1976, son un ejemplo de regulación extrajudicial de los conflictos, teniendo como fin dar opción a consumidores para resolver conflictos mediante conciliación simple, logrando soluciones rápidas, gratuitas y amistosas (Bonafe-Schmitt, 1991, p. 105).

188. En cuanto al defensor del cliente, en diferentes países, como Ecuador y Colombia, han procurado regularlo de manera similar a como se hizo en México: “se le otorgan al defensor del cliente las funciones de resolver consultas y reclamaciones, emitir recomendaciones, tomar las medidas necesarias para preservar la seguridad jurídica, coadyuvar con otras autoridades en materia financiera, celebrar convenios con entidades financieras, actuar como conciliador, amigable componedor y árbitro, y representar los intereses de los usuarios en las controversias que se presenten entre estos y las instituciones financieras” (Vásquez, 2012, p. 909). Lo que no se toca es el vínculo orgánico. En todo caso, sigue siendo un agente de la empresa que lo contrata y lo remunera. Llama la atención también

2. La otra manera como interviene el sector privado en la gestión de conflictos es a través de empresas dedicadas a prestar los servicios como actores externos en la gestión de controversias, enmarcadas en las disposiciones legales al respecto. Existe una cadena normativa que va desde la Constitución Política hasta programas gubernamentales que regulan la figura de los centros de arbitraje y conciliación que hacen una oferta de gestión de conflictos a ser remunerada por las partes y que, según la Encuesta de Necesidades Jurídicas Insatisfechas, están atendiendo el 13 % de los asuntos que son objeto de trámite extraestatal (La Rota, Lalinde y Uprimny, 2013, p. 48), a través de 248 centros reportados en 2014.

Al igual que el anterior conjunto de instancias, las que ahora nos ocupan parten de la base de que se ha producido una decisión voluntaria de las partes de someterse a este tipo de procedimientos, solo que la intervención del operador tiene una clara dependencia en lo que las partes deciden y, en esa medida, estas tienen un claro protagonismo en las decisiones que se producen. El objeto de este tipo de instancias se circunscribe en los formatos definidos en las leyes y versa sobre asuntos que se ubican en la determinación que se hace de los conflictos en el espacio de ciudadanía.

[175]

Entre sus competencias están algunas de las que tienen los jueces y se demarcan por medio de las leyes del Estado¹⁸⁹. Si bien son asuntos de interés colectivo y están caracterizados como públicos por su amparo jurídico, se tramitan por actores privados bajo el principio de que las partes son propietarias de sus pretensiones y pueden disponer de ellas, dentro de ciertos cauces legales:

Por lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre circunscrito al tema que me ocupa, hay que empezar por recordar que

que, para muchos empresarios, el defensor del cliente no es otra cosa que una estrategia de fidelización del cliente (Olamendi, s. f., p. 7).

189. Estas figuras surgieron en el contexto estadounidense, social y culturalmente diverso (antes de ser implantadas en diferentes países occidentales), y han sido históricamente desarrolladas por diversos grupos (cuáqueros, judíos, chinos) como medio para defender la propia cultura frente a la tradición jurídica anglosajona. Se practicaban según los valores de la cultura en cuestión. Otra cosa es lo que ocurre cuando se trata de una mediación previa al proceso judicial, en donde el trámite ya no se hace sobre los valores comunes, sino bajo las normas jurídicas. “Existía un sustrato social especialmente adecuado, y no solo por constituir un mercado de más de trescientos millones de personas, sino por ser una sociedad multicultural con costumbres bien diversas y en muchos casos ajenas y métodos de resolución de conflictos que conocemos como ADR” (Armenta, 2006, p. 50).

no se configura como un derecho de libertad, ejercitable, sin más y directamente, a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal. (Armenta, 2006, p. 48)

Con lo cual, como se hace con la actuación de cualquier operador, la tutela judicial efectiva supone que este debe obrar de cierto modo y cumpliendo ciertas reglas. El Estado está extendiéndose a través de su actuación, es un operador en derecho. Dentro de los cauces legales, en condiciones presumiblemente equilibradas en el poder de las partes, no solo por los escenarios sociales en los que se producen los conflictos de estos actores, sino también por la metodología, la voluntad de las partes tiene la centralidad en la toma de decisiones. El consenso de las partes se requiere para que la intervención se establezca y avance, y, en el caso de la conciliación (4/5 de los casos registrados en la encuesta de necesidades jurídicas), es condición para llegar a una decisión.

[176]

Ambigüedad para la justicia comunitaria

El terreno que cede el Estado en su retroceso es diferenciado. Mientras a los empresarios les entrega facultades claras, con respaldos institucionales, y les ofrece la posibilidad de desarrollarse dentro de su lógica de recibir ganancias en su propio terreno mercantil, a los actores comunitarios les entrega una carga caótica e imprecisa, sin recursos públicos y sin apoyos claros, con evidentes manifestaciones y reiteraciones de desconfianza¹⁹⁰ frente a su idoneidad, y las respectivas limitaciones burocráticas. Así, las reglas que tiene el Estado, mediante las cuales faculta a sus propios agentes para intervenir en las actuaciones de las autoridades comunitarias, hacen de esta una actividad compleja y en ocasiones se prestan para que se lleve a cabo restrictivamente.

Los funcionarios oficiales cuentan con tres tipos de directrices diferenciadas:

190. Una desconfianza que se exacerbaba por distintas vías. Por ejemplo, mediatisando los debates, como ha sucedido en programas como *Séptimo Día*, el 26 de julio de 2015, en donde se abordó el manejo de casos como el abuso sexual, la prostitución y la drogadicción en la comunidad indígena nasa, llegando al punto de indicar que dentro de esta comunidad no existe ley (*Noticias Caracol*, 20 de julio de 2017).

1. Cuando se trata de instancias, procedimientos y reglas propios de las comunidades que el Estado reconoce, no existe la claridad deseable¹⁹¹. Para las comunidades indígenas, hay el soporte constitucional de una jurisdicción (art. 246). De entrada, establece un campo de aplicación protegido, sin embargo, en la realidad, se permite una intervención crecientemente restrictiva de las facultades por parte de diferentes autoridades, patrocinadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura¹⁹². Frente a la justicia raizal, hay un reconocimiento jurisprudencial de competencias similares a las indígenas, mientras que la *khriß romaní* de la comunidad gitana se dirige al mismo propósito sin que haya la suficiente claridad en uno y otro caso. Diferente es el escenario en cuanto a los afrodescendientes, ya que sus instancias tradicionales de gestión de conflictos no llegaron a reconocerse, sino que se creó una competencia uniforme de amigables componedores y conciliadores en equidad dentro del formato organizativo que se impuso para esas comunidades (leyes 446 de 1998 y 70 de 1993).
2. Mediante ley, se ampliaron las competencias de las juntas de acción comunal en lo atinente a gestión de conflictos, en tanto están facultadas para conciliar en ellos dentro de su ámbito organizativo. Sin embargo, aún no se ha logrado precisar el alcance de esta disposición ni se cuenta con mecanismos que permitan por selección y continuidad

[177]

-
191. Se trata de medidas que van desde la permisividad administrativa hasta el reconocimiento constitucional de los mecanismos de manejo de conflictos existentes, principalmente en comunidades establecidas. En tales casos, el Estado da vía libre para que los dispositivos de justicia propia de las comunidades actúen sobre sus propios conflictos a través de sus procedimientos y bajo sus criterios de decisión, pero se reserva el derecho de intervenir en ellos. Tal intervención se justificaría cuando, a su juicio, los mecanismos desborden los límites que el propio Estado les ha impuesto al *permitirles* actuar, a través de disposiciones que van desde precisas reglamentaciones hasta márgenes genéricos (v. gr. *respeto a los derechos fundamentales, integridad de la constitución y la ley*, etc.).
192. La más grave de estas decisiones fue sin duda la tomada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, cuando condenó en segunda instancia, en septiembre de 2015, al dirigente indígena Feliciano Valencia por los delitos de secuestro y tortura por conductas asociadas de manera directa con decisiones tomadas por la autoridad comunitaria del pueblo nasa del que hace parte. Una situación que, afortunadamente, fue enmendada por la Corte Suprema de Justicia, que casó la decisión del Tribunal.

que se conviertan en una herramienta aceptable y actuante en la mayor parte del país. La ley da competencia a los integrantes del comité de convivencia y conciliación para actuar como conciliadores en equidad en disputas que trasciendan a la junta pero les exige el cumplimiento de requisitos para los que hasta ahora no se ha dispuesto de los recursos que hagan posible satisfacerlos.

3. Se crean figuras nuevas destinadas a actuar dentro de escenarios comunitarios específicos. Los jueces de paz tienen rango constitucional y desarrollo legal, mientras que los conciliadores en equidad tienen desarrollo meramente legal. En una y otra figura, hay ambigüedades y notables silencios que las políticas de implementación han interpretado restrictivamente, en contravía de la versatilidad que se reclama de ellas. Nunca se ha llegado a precisar cuál es el alcance de conciliadores y jueces para establecer alguna manera de coordinar las dos figuras. No se ha desarrollado un marco jurídico que permita establecer bajo cuáles circunstancias se implementará una u otra figura, y en qué tipo de casos debe intervenir uno u otro operador. Con lo cual se ha generado confusión y, muchas veces, la presencia redundante de unos y otros con el consecuente choque entre los operadores.

[178]

Desde su creación, las dos figuras han tenido, por vía legal y jurisprudencial, limitaciones a sus competencias. Una limitante sobreviniente ha sido la del desconocimiento de su carácter comunitario por parte de algunos actores estatistas incidentes en el establecimiento y en la operación de estas instancias. Así, se les generan mecanismos de subordinación, cuando no de exclusión, que regentan operadores jurídicos vinculados a la justicia ordinaria. Correlativamente, se contrae la capacidad que deben tener estos operadores para actuar frente a la complejidad del conflicto, limitando su capacidad para actuar con integralidad; se reduce la capacidad de los entornos comunitarios para controlar sus figuras; y se desconoce el carácter esencialmente cultural de estos tipos de operadores.

Al producirse un debilitamiento de estas figuras ante otros operadores, obviamente se estrecha su capacidad de responderle a su propia comunidad. Con la consecuencia adicional de que se generan tensiones con inspectores y comisarios. Al compartir con ellos unos márgenes de competencia legal en asuntos que son los más recurrentes en la conflictividad comunitaria, son frecuentes las oportunidades en las que los operadores administrativos reclaman (y muchas veces se les concede) superioridad como actores esta-

tales, por su posición de funcionarios y por su lugar en el campo jurídico, ya que son abogados en su mayoría. Su posición en uno y otro terreno no es óbice para que debiliten la posición de los conciliadores y jueces de paz, cuando aquellos no pueden fundar su autoridad en el territorio (Ardila, 2006). Los conciliadores en equidad y los jueces de paz no tienen, por regla general, condición de juristas ni están vinculados contractualmente con el Estado, y actúan en equidad por mandato legal. Pero el sentido de la figura es que su respaldo lo da la comunidad y su conocimiento es el sentido de lo justo en ella.

Los jueces de paz y los conciliadores en equidad —siendo las figuras de justicia comunitaria que ofrecen una herramienta de gestión de conflictos a la mayoría de los colombianos, con eficacia ante el sistema jurídico nacional— vienen, desde 1991, en un proceso de implementación muy lento y discontinuo, y con una inversión anual irrisoria en comparación con otras figuras en el sector justicia. Un cuarto de siglo después de su creación en el sistema jurídico, solo hay conciliadores en equidad o jueces de paz en la cuarta parte de los 1100 municipios que tiene el país. No se cuenta con un sistema de análisis y seguimiento de su labor. Por tanto, no se han capitalizado sus aciertos con la misma facilidad con que se establecen y se recalcan sus fallas.

[179]

Recientemente, ha sobrevenido una tendencia que busca eliminar estas figuras. Los argumentos son débiles pero insistentes: 1) no hay un sistema de información (aunque ello no es una falla de la figura sino de los programas gubernamentales y sus órganos responsables fácilmente solucionable con unos recursos mínimos) y 2) no muestran resultados que justifiquen la inversión pública¹⁹³. Obviamente, esta es solo una segunda manera de presentar el primer problema.

193. Mientras que se incrementan los recursos de la administración para las cárceles, para estas figuras los recursos son exiguos. Por ejemplo, durante el segundo gobierno Santos, se proyectó incrementar en 12 500 el número de cupos carcelarios, pero no se proyecta aumentar el número de conciliadores en equidad, sino apenas darle acompañamiento al 15 % de los municipios que han sido objeto del programa, para lo cual se destinan unos recursos que equivalen a lo que cuesta sostener 25 cupos carcelarios (el 0,02 % de la ampliación de centros de reclusión que se planeó). Habría que ver comparativamente qué tan exigentes son los equipos de evaluación y de planeación frente a los resultados de reducción de la criminalidad que tienen las políticas que proponen la ruta carcelaria.

Estas figuras carecen de representación nacional en el Estado, ya que usualmente quedan en manos de los procesos locales, pero no se ha establecido claramente sobre cuál entidad recae la responsabilidad para recabar, producir y suministrar esa información y su condición gratuita hace que sea imposible exigir información autogenerada sobre la labor que realizan los operadores. Pero independientemente de la realidad y necesidad de superar esa situación, problemas similares pero en una escala mayor, como vimos al comienzo de este capítulo, tiene el sistema judicial en su conjunto, y no por ello alguien está proponiendo eliminarlo.

Al contrario, debería verse como un acontecimiento afortunado que el derecho colombiano haya abierto una puerta de oportunidad, ofreciendo posibilidades claras para que el orden estatal se expanda sobre la base de una administración de justicia que participe en las soluciones de los conflictos que la gente tiene a partir de los contextos sociales locales, sin agredir sus identidades y a un costo en todo caso bastante menor para el Estado y para las comunidades beneficiarias que el de la justicia ordinaria.

[180]

¿Se fortalecerá el orden del Estado?

En esta parte, corresponde analizar la capacidad que tienen las políticas y los programas para superar los grandes problemas de la administración de justicia. Abordamos esta sección con el presupuesto sustentado de que la orientación que tienen las políticas mediante las cuales se busca conjurar o superar la crisis en el sistema judicial en realidad se concentran en buscar el fortalecimiento del orden del Estado, sin acertar sobre qué hacer con las áreas que están por fuera de las fronteras judiciales. No se trata solo de que se puede estar desconociendo o subvalorando la importancia que tienen las áreas de caos y las de orden extraestatal, sino también de que, cuando se interviene en ellas, se puede estar teniendo una sumatoria negativa en la manera como se está incidiendo. El conjunto de estrategias mediante las cuales se está transformado el sistema de administración de justicia no arropa a los sectores que pueden reclamar garantías ciudadanas reales ante el Estado o ante los otros ciudadanos, ni a los sectores sociales que se encuentran situados en zonas de caos o de orden extraestatal.

Vamos a analizar aquí en qué medida las acciones que se ponen en marcha para estas dos últimas áreas tienen su foco en el orden estatal y, por tanto, no se dirigen a la satisfacción de sus propios objetivos sino de los sectores integrados en el primer tipo de áreas. Siendo así, hemos

de examinar cuál es el papel que desempeña la acción represiva a cuyos estrechos límites parecen ir confinándose las prácticas judiciales por fuera de sus fronteras.

Impacto diferenciado en la conflictividad

La pléthora de transformaciones que hemos descrito en la sección anterior, si bien parecen homogéneas y muchas veces se recogen en los mismos estatutos¹⁹⁴, tienden a ser muy diferenciadas entre sí. Los mismos vectores que han logrado que el sistema judicial participe en las estructuras de dominación, discriminación y exclusión determinan estas transformaciones o actúan dentro de ellas. Ese juego vectorial se desgrana en proyectos de reforma, figuras y programas que buscan transformar los mapas institucionales para la gestión de los conflictos, según se trate o no de áreas de orden estatal. Para ese efecto, aunque las rutas que se generan para la transformación de la justicia son diferenciadas para cada tipo área, en conjunto se busca arrojar los mismos resultados de la sumatoria institucional que hemos podido ver en la historia de la administración de justicia en el país.

[181]

Tabla 3. Políticas estatales de administración de justicia.

Escenario	Factor crítico	Problemas	Objetivos reforma	Política
Orden del Estado	Garantía de cierta seguridad jurídica.	Altos costos de transacción.	Eficacia en la justicia	Gerencia judicial. Gestión administrativa. MASC.
Caos	Control de la marginalidad.	Inseguridad-delito. Conflictos en escalada.	Controlar sectores en caos.	Parajudiciales-MASC. Persecución delito.
Orden no estatal	Subordinación de las comunidades.	Instancias propias no obedecen al sistema jurídico.	Someter a las autoridades comunitarias.	Debilitamiento de los sistemas propios.

194. En Colombia se ha incluido una amplia baraja de estas transformaciones en la regulación para la descongestión de despachos judiciales, los métodos alternativos de solución de conflictos, etcétera.

La crisis de la administración de justicia afecta las áreas que hemos llamado de orden estatal por la incapacidad que tienen sus instituciones para garantizar la estabilidad y la circulación de los derechos de propiedad (Uprimny, Rodríguez y García, 2006)¹⁹⁵. Desde allí, se promueve una acotada versión de la seguridad jurídica que limita la eficacia y la eficiencia de la justicia, en cuanto a la reducción de los costos de transacción¹⁹⁶, la estabilidad en los derechos asociados con la propiedad y la claridad en las reglas en lo tocante a la producción y el intercambio de mercancías. Con recursos importantes, situados principalmente en la Rama Judicial, se proponen cambios dirigidos a mejorar la organización, la gerencia y los servicios de administración de justicia. Además, se concentran recursos en el desarrollo institucional de entidades, sobre todo administrativas, como las superintendencias, que intervienen en las controversias en un rango menor de la conflictividad pero a nivel nacional. Finalmente, se promueve que estos actores acudan a métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), como la conciliación y el arbitraje.

[182]

Desde ese mismo ángulo de la sociedad, se ve la crisis como la incapacidad que tiene el sistema de administración de justicia para garantizar la estabilidad del orden en cuanto logre controlar a los sectores subordinados o marginados, provenientes de las que llamamos áreas de caos. Lo crítico aquí radica en dos tipos de problemas que, desde la lógica del orden estatal, son relevantes para la administración de justicia: por un lado, la tendencia a la escalada en los conflictos intraclase que se presentan al interior de las áreas de caos y la inseguridad que genera no poder regular a los actores inmersos en ellos; por otro lado, los conflictos de clase, que tienden a trascender hacia las áreas de orden estatal y los hechos delictuales que tienden a presentarse, generando riesgos y daños en las áreas de orden estatal.

195. Las reformas realizadas a la justicia en tiempos de neoliberalización tienden a la protección de libertades como las referidas a la propiedad privada y a fortalecer el aparato penal, sin tener en cuenta que corresponde realizar al mismo tiempo reformas que permitan proteger garantías procesales y de acceso a la justicia (Uprimny, Rodríguez y García, 2006, p. 117).

196. Robert Cooter y Thomas Ulen desarrollan ampliamente la función del derecho en la organización de la sociedad capitalista (1998, 127 y ss.). Ellos ven en el planteamiento hobbesiano el camino tomado en Occidente para reducir los costos de transacción en la negociación privada y minimizar los daños causados por las fallas de los actores no estatales.

En qué se queda el Estado: ¿reprimir o proteger?

Frente a la problemática planteada, se proponen dos tipos de transformaciones que, teóricamente, deberían ser complementarias. En primer lugar, estrategias encaminadas a incrementar la capacidad represiva sobre los actores que producen o reproducen el caos, al tiempo que, en segundo lugar, se desarrollan programas que procuran la atención de las necesidades de justicia que se producen por fuera de las fronteras del orden estatal.

Sin embargo, podemos ver que las políticas no responden a estas necesidades y están direccionaladas de manera muy diferente. Por un lado, porque el repliegue del Estado parece concentrarse en el afán de imponer la supremacía del Estado y su ordenamiento jurídico, principalmente mediante el uso de la fuerza, a favor de las prioridades del desarrollo capitalista. Por el otro, porque la diversificación de actores en la gestión de los conflictos tiende a la privatización de la justicia, en la medida en que los espacios cedidos por el Estado son ocupados por los actores empresariales y se socava el aporte, la incidencia y, aun, el número de las instancias comunitarias.

El Estado se concentra en garantizar su orden dando cierta seguridad al capitalismo, mientras se genera en conjunto una privatización de la justicia, en el entendido de que el sector privado puede hacer el despliegue pleno de los recursos. Es en ese sentido que asumimos la pregunta de este apartado: teóricamente, el elemento coactivo de la intervención estatal es simplemente la contracara del amparo que el Estado hace de los derechos. De tal modo que no existiría la disyuntiva entre reprimir y proteger, sino la lógica de que la acción del Estado es al mismo tiempo coacción para unos y para otros, amparo. Pero esta pregunta se responde de forma diferente cuando se trata de sectores poblacionales situados por fuera de las áreas de orden, en donde el Estado solo tendería a reprimir mientras que la protección se va quedando reducida a lo que el sector privado buenamente puede ofrecer a través del juego del mercado.

Nuestro Estado se desnuda cada vez más en su tarea de imponer orden en todo el territorio. Para ello, en cuanto a la administración de justicia, desarrolla diferentes políticas dirigidas a someter a las áreas de caos y las áreas de orden no estatal. En cuanto a ellas, se desarrollan sin mayores diferencias, para unas áreas u otras, dos tipos de políticas que, en lo fundamental, reiteran el modelo judicial predominante, en dos modalidades: unas dirigidas a someterlas por la vía de la persecución y sanción penal, que llamaremos *represivas*, y las demás dirigidas a *otras formas de protección de derechos* que no acuden a los instrumentos caracterizadamente penales.

Consecuentemente, llamamos represivos a los recursos de la justicia que se orientan a la persecución o al castigo del delito, mientras que llamamos otras formas de protección de derechos a los que se dedican a otras modalidades de intervención de las entidades de justicia. Nuestra tesis es que, al predominar de manera apabullante la primera modalidad, el sistema judicial sigue siendo principalmente una herramienta de sometimiento y subordinación de los sectores marginados y excluidos.

Lo cual sustenta las lógicas de seguridad defensiva que subordinan al judicial al imperio del orden legal estatal. Y es precisamente esta idea de la crisis de la administración de justicia la que más hace carrera en un escenario en el que las dinámicas de exclusión social, política y económica se combinan con discursos y políticas que atan la seguridad pública a la administración de justicia, y esta a la represión. Es así como los mayores esfuerzos de reorganización del sistema judicial y los más ingentes recursos se orientan hacia la persecución del delito. En los siguientes datos del presupuesto nacional actualmente ejecutado podemos ilustrar la situación sin pretensiones de exhaustividad¹⁹⁷(tabla 5).

[184]

En la parte represiva, situamos los recursos que tiene a disposición la Fiscalía General de la Nación¹⁹⁸, a través de sus diferentes dependencias, así como los de Medicina Legal, dado que están destinados fundamentalmente a la aportación de pruebas científicas en las investigaciones penales. Aquí, obviamente, es necesario sumar recursos de entidades del Gobierno que se ocupan de la ejecución de las penas (el Instituto Nacional Penitenciario) y de su infraestructura (Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios).

197. Estos datos recogen la información de las autoridades específicamente orientadas al sistema judicial y no dan el panorama completo de la administración de justicia; simplemente buscan ser indicativos de la orientación que tienen los recursos. Hay entidades del orden nacional que cuentan con programas de protección de derechos, como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la Unidad de Tierras, mediante los cuales se promueven intereses jurídicos específicos en procesos judiciales. También se cuentan oficinas que atienden reclamaciones particulares de los respectivos sectores en las superintendencias. En los municipios, el personero promueve pretensiones jurídicas y las autoridades locales de policía deciden asuntos familiares o vecinales. Por su parte, en lo relacionado con lo represivo, hay entidades de mucho poder y peso presupuestal que tienen funciones parapenales, como la Contraloría y la Procuraduría, en lo que respecta a sus potestades disciplinarias.

198. Aunque es de suponerse que los penales sean los costos predominantes en la Rama Judicial, hacemos abstracción de ellos por carecer de datos discriminados.

Tabla 4. Recursos financieros del sector justicia (en millones de pesos).

	ENTIDAD	PRESUPUESTO 2017
Rama Judicial	Consejo Superior de la Judicatura	3 547 007
Fiscalía	Fiscalía General de la Nación	2 975 182
Medicina legal	Instituto de Medicina Legal	198 607
Gobierno nacional	Ministerio de Justicia y del Derecho	78 223
	Instituto Nacional Penitenciario (Inpec)	953 767
	Unidad de Servicios Penitenciarios (Uspec)	929 372
Defensoría	Defensoría del Pueblo	470 024
Total represivo	Fiscalía General de la Nación, Instituto de Medicina Legal, Inpec, Uspec	5 056 929
Otras entidades de protección de derechos	Ministerio de Justicia y del Derecho, Defensoría del Pueblo	548 247
Relación represivo / protección	En todo el presupuesto	9,22/1
	En el Gobierno nacional Prisiones / Ministerio de Justicia y del Derecho	24/1

[185]

Fuente: elaboración propia con datos de Presidencia de la República de Colombia (27 de diciembre de 2016).

Mientras que incluimos en otras líneas de protección de derechos la totalidad del Ministerio de Justicia, no obstante que buena parte de sus labores se relacionan también con la vía represiva, por ejemplo en cuanto a estupefacientes. También se considera en esta parte la Defensoría del Pueblo, que tiene una amplia misión en cuanto a la efectividad de los derechos humanos, aun cuando para muchos colombianos su única presencia es funcional a la tarea represiva liderada por la Fiscalía General de la Nación (que se ubicaría en la orilla contraria a la Defensoría), a través de la defensoría pública en los procesos penales. Pero como ni en el caso del Ministerio ni de la Defensoría tenemos el desglose suficiente, los situaremos en la línea no represiva¹⁹⁹, a fin de lograr una aproximación que nos permita sustentar el análisis.

La lectura de la tabla nos arroja los siguientes elementos: 1) por cada peso que el nivel nacional del Estado se gasta en acciones encaminadas a

199. Los recursos de la Rama Judicial que reúnen la totalidad de los gastos de juzgados, tribunales y los funcionarios de estos tampoco se desglosan.

la protección procesal de derechos, se gasta más de nueve en la vía represiva, haciéndose más honda la brecha cuando se tienen en cuenta solo los recursos del Gobierno nacional, que se gasta más de 19 veces en represión que en la protección de derechos por otras vías. 2) La Fiscalía cuenta con seis veces más recursos para perseguir los delitos que la Defensoría para promover la protección de los derechos, si bien en la mayoría de los casos lo que hace es acudir a la propia vía penal, con lo cual, sus recursos apalanca la vía represiva²⁰⁰. 3) Los recursos destinados a la represión de los delitos son 42 % mayores que los de toda la Rama Judicial, aunque esta obviamente incluye a magistrados, jueces y otros funcionarios en lo penal.

Con lo cual, debe decirse que los mayores esfuerzos de la administración de justicia estatal en Colombia están claramente orientados a la represión del delito y, desde tal óptica, se ve su crisis como un déficit en la oferta de seguridad y, en consecuencia, en la persecución y sanción de los hechos delictivos. Por eso sus indicadores, si bien irrisorios, se dirigen a establecer sus alcances y sus logros en el número de personas capturadas, condenadas y sancionadas.

[186]

Estos datos muestran cómo los recursos públicos se priorizan para la represión, y lo que termina siendo más crítico es que por esta vía, a pesar del esfuerzo, no se logra imponer el orden estatal. Precisamente, el mayor énfasis en las reformas y en las políticas judiciales suele ser en el campo penal y penitenciario, pero no es el único. Entre los rubros presupuestales que denominamos otras formas de protección, hemos de contar estrategias de inclusión que, con el rótulo de acceso a la justicia, ofrecen acciones, mecanismos e instancias para que ciertos sectores gestionen los conflictos que tengan entre sí²⁰¹ o para que se realicen —al menos formalmente— las garantías establecidas en las leyes, cuando el orden estatal los persigue penalmente. Con pocas diferencias, las mismas iniciativas de acceso a la justicia que se proponen para las áreas de caos también se postulan para áreas de orden no estatal, sin hacer las distinciones necesarias.

200. En cuanto a los procesados, entre otras cosas porque la *defensa* en muchos casos se limita a solicitar las rebajas por la colaboración con la Fiscalía que generalmente el defensor propone a sus representados. De modo que, de manera más o menos inmediata, participa de la tarea represiva. En relación con los derechos de las víctimas, la labor es mucho menor.

201. Mediante operadores de justicia comunitaria promovidos por el Estado, como los conciliadores en equidad y los jueces de paz, y, sobre todo, a través de agentes administrativos del nivel nacional o de los territorios.

Como lo expusimos previamente, en las áreas de orden no estatal, sea legal (territorios indígenas), extralegal (comunidades de paz) o ilegal (por actores armados), se encuentran sistemas más o menos eficientes de gestión de controversias para los conflictos internos. De modo que, aunque pueden recibirse muy bien para conflictos externos y para el acceso a servicios del Estado (documento de identidad, sistema de salud, subsidios a víctimas), allí las ofertas estatales, más que significar acceso a la justicia, el esfuerzo parece orientarse a lograr la presencia territorial del Estado y de su orden, y no necesariamente de mecanismos de gestión de los conflictos que se presentan entre los actores locales.

La oferta del sistema judicial no encuentra la acogida que se necesitaría porque, para sus objetivos, posiblemente se sigue contando con ofertas de gestión de conflictos que no solo pueden ser eficientes y eficaces, sino que pueden tener aceptabilidad social. Vamos a ver cómo, en estos casos, la oferta de acceso a la justicia se hace presente muchas veces sin el consenso de la comunidad y sin llegar a establecerse plenamente en el territorio.

[187]

Orden estatal de la mano con la comunidad

En las zonas de orden no estatal, a los funcionarios suele desbordarlos la responsabilidad de hacer una oferta consistente de administración de justicia al actuar como parte de estrategias en las que domina el interés de sustituir los órdenes imperantes por el del Estado. De allí que lo que articula y concentra los recursos en la actuación estatal es el combate frontal, por parte de las diferentes agencias del Estado, a las instancias y los procedimientos que allí imperan, como puede verse en lo que tiene que ver con los sistemas normativos y las autoridades de los pueblos indígenas y otras comunidades²⁰² que cuentan con algún respaldo legal del Estado colombiano.

Si bien no es sencillo para un funcionario saltarse la reglamentación estatal que da espacio a las instancias de justicia comunitaria, suelen movilizarse dispositivos institucionales y mediáticos que socavan su autonomía y lo debilitan culturalmente. Las tendencias que intentan llegar a imponerse desde el orden estatal buscan el debilitamiento de los sistemas propios de justicia, mediante la imposición de reglas estatales a

202. Para los primeros hay consideración mayor, derivada del sustento constitucional, mientras que las otras tienen sustentos jurídicos menos fuertes.

sus actuaciones y a sus instancias o, incluso, mediante la anulación de las actuaciones de sus autoridades.

Siendo ello así, las transformaciones que se observan no se orientan, en general, a atender las necesidades de justicia ni a producir salidas a los problemas estructurales presentes en esas zonas, ni a impactar sobre el conjunto de factores que determinan las falencias que tiene el sistema judicial como recurso democrático para ejercer los derechos. Por el contrario, aunque con importantes excepciones, lo que prima desde el orden del Estado es el interés de renovar y hacer más efectivos los mecanismos de exclusión y desigualdad que, como hemos venido sustentando, afectan a los sectores donde las propias comunidades han logrado dotarse de recursos para la administración de justicia.

Hemos ilustrado en esta obra cómo no solo las comunidades indígenas o afrodescendientes, sino muchas otras han desarrollado instituciones que les han permitido construir un orden en su interior, han desarrollado estructuras normativas más o menos complejas mediante las cuales regulan sus relaciones sociales y garantizan su propia convivencia (Borrero, 2014). En lugar de empoderarlas mediante su reconocimiento y de apoyarlas mediante recursos técnicos y de fuerza, la actitud que toman frente a ellas las entidades estatales suele ser de desconocimiento, cuando no de persecución. Herinaldi Gómez (2000) ilustra el problema para el caso de las comunidades indígenas, pero es claramente el mismo que tienen otras comunidades que cuentan con su ordenamiento por fuera de las estructuras estatales:

La incapacidad del Estado colombiano para regular los conflictos en la sociedad nacional, y la limitada presencia e interés en atender los conflictos dentro de los territorios étnicos ha sido factor primordial para que incluso algunos cabildos de la región andina se hayan visto abocados a la contradictria razón de delegar la solución de algunos conflictos con grupos o con personas no indígenas, y a veces entre sujetos étnicos, en manos de la guerrilla, lo que de hecho desdibuja, debilita y deslegitima el sentido de la jurisdicción indígena y/o de sus sentidos culturales jurídicos. (Gómez, 1999, p. 306)

En cuanto a la población indígena, no debería caber ninguna duda acerca del papel que respecto a ella corresponde a los agentes del Estado: hay una jurisdicción con jerarquía constitucional que ampara sus estructuras de administración de justicia. Pero, en lo tocante a las otras comunidades,

se deberían tener en cuenta también consideraciones de oportunidad y de pertinencia para decidir cómo actuar frente a los mecanismos de que disponen para administrar justicia. Hemos visto que existen probadas instancias comunitarias que entregan a la comunidad herramientas eficaces y legítimas de gestión de controversias entre afrodescendientes, comunidades de paz y otras comunidades campesinas.

Si las comunidades cuentan con mecanismos de gestión de sus controversias, la intervención del Estado debería dirigirse a que al menos no se deteriore su convivencia y al amparo de los integrantes de esas comunidades. Sin embargo, este propósito está muy lejos de convertirse en realidad. La presencia territorial del Estado suele verse por las comunidades e, incluso, por los propios funcionarios como fuente de deterioro para la regulación de los conflictos. Ello ocurre porque el Estado articula su accionar alrededor de la presencia del aparato armado (Ejército, Policía), quedando muy atrás el amparo de los derechos. La administración de justicia que se ofrece llega con los formatos rígidos del Estado, sin consideración de las particularidades territoriales, culturales y socioeconómicas.

Entonces, sí sucede que las entidades estatales llegan a estar presentes en el territorio, pero con alcances mínimos (generalmente limitados a una parte de la población urbana) y mediante formatos rígidos de instituciones a las que no les interesa contextualizarse y posibilitar que las realidades particulares las apropien. Por tanto, no están dispuestas a leer las realidades locales y menos aún a contemporizar con instancias que menoscapan porque las consideran atrasadas o las estigmatizan como proyecciones o simples agentes de los actores armados. En consecuencia, lo que se logra, muchas veces, es un sentimiento generalizado de desamparo que hace que la población añore el orden extraestatal, aunque estuviera soportado en los aparatos irregulares de fuerza²⁰³, muchas veces arbitrarios y opresivos.

[189]

203. En Tumaco, por ejemplo, encontramos la convergencia de dos grupos étnicos, los afrotumaqueños y los indígenas awá, con doce consejos comunitarios y seis resguardos indígenas en total. Dichas comunidades están ubicadas en área rural, principalmente. La oferta de justicia para el municipio es variada pero congestionada, y limitada (costos, distancias, barreras culturales, preponderancia de lo escrito, etc.) en la parte rural, donde están las autoridades étnicas mencionadas. Se reconoce por las autoridades un manejo mayoritario de conflictos, tales como riñas entre vecinos, enfrentamientos entre actores armados, disputas de territorio donde actores armados están involucrados, reclutamiento de jóvenes por la guerrilla, robos, entre otros. La presencia de actores armados en el municipio ha sido una problemática difícil de encarar, pues mientras el Estado considera que el

Si hubiera una perspectiva democratizante en las reformas, a cambio de buscar debilitar el orden extraestatal, la administración de justicia estatal debería transformar la manera como se relaciona con las instancias y los procedimientos existentes (germinal o consolidadamente) en las áreas de orden no estatal. Con ello podrían desarrollarse dinámicas de administración de justicia que favorezcan la atención de las necesidades de justicia de sectores crecientes de la población. Un desarrollo de la institucionalidad debería dialogar con los avances que los grupos sociales han ido logrando, recogerlos, reconocer sus aportes e identificar sus falencias. Esa puede ser una buena manera de propender a la expansión de la protección de los intereses de las personas y a reducir las áreas de caos. Si esa perspectiva democratizante se inscribe en un propósito de inclusión de sectores excluidos o discriminados, lo conducente sería empezar por la inclusión de las metodologías y, también, de las instancias que las comunidades han desarrollado, muchas veces con éxito, para construir su convivencia en realidades frente a las que el Estado no ha respondido ni cuenta con metodologías ni con recursos para llegar.

[190]

En síntesis, las reformas se deben pensar en una combinación que reconozca medidas diferenciadas para cada uno de los tipos de áreas. Aunque el conjunto de transformaciones necesarias se formule como la retracción del Estado de amplias zonas de la conflictividad para concentrar sus recursos de burocracia y de fuerza en la conflictividad que es prioritaria en la construcción de un Estado democrático, viable y sostenible (Vallespín, 2000; Voight, 1998; Santos, 1991; Bonafe-Schmitt, 1991), habría de esperarse un conjunto de reformas que posibiliten la transformación diferenciada en cada uno de los contextos existentes en nuestro territorio nacional.

Tales reformas, al considerar la evaluación hecha de lo que significa la crisis, deberían concentrar sus acentos en los siguientes aspectos:

- En las áreas de orden estatal, las políticas deben a fortalecer los MASC y la desjudicialización en una amplia gama de conflictos, incluidos los procesos ejecutivos, que ocupan dos tercios de la atención de los

acceso a la justicia se materializa con la presencia de operadores en las cabeceras, los cuestionamientos acerca del papel de autoridades étnicas y su relación con la comunidad rural hacen que se presente la necesidad de articulación entre el Estado y las instancias de regulación propia para sustituir la regulación de actores armados, y lograr legalidad y validez nacional en la administración de justicia en los municipios con poca o nula presencia estatal. El caso de La Macarena es muestra de la posibilidad de articulación entre autoridades.

juzgados. Con ello, el Estado se liberaría de una parte de la litigiosidad como vía útil para elevar la eficacia en la administración de justicia que le sigue correspondiendo gestionar.

- Correlativamente, se puede instrumentar la justicia comunitaria en conflictos complejos y continuos, penetrando en ámbitos a los que el Estado no puede llegar a través de la estructura judicial o sus sucedáneos. A la larga, mediante estas políticas se enfrentaría el problema del desfase creciente entre la conflictividad jurídica y la capacidad de respuesta del aparato judicial.
- En cuanto a las áreas de orden estatal, con instancias de justicia comunitaria, se lograría afrontar el menoscabo de la ciudadanía, que surge al no poderse ofrecer amparo judicial efectivo para un creciente volumen de derechos.
- Frente a las áreas de caos, complementariamente a medidas de integración social, política y cultural que trasciendan la administración de justicia, se debe contemplar la promoción de mecanismos de justicia comunitaria que posibiliten un acceso²⁰⁴ físico y económico satisfactorio y culturalmente armónico para los conflictos intraclase²⁰⁵. Así mismo, en la mayoría de los casos de delito se puede actuar efficazmente a través de mecanismos de justicia comunitaria y de control social gracias al refuerzo que otorgan los vínculos sociales que, mediante tales mecanismos se puede generar.
- La administración de justicia puede dedicarse a cumplir su deuda histórica con las políticas distributivas, con lo cual participaría en la tarea de integración social que se reclama para estos sectores²⁰⁶, de manera

[191]

204. Si bien las iniciativas estatales aquí pueden ser vistas dentro de las políticas de acceso a la justicia, son sustancialmente diferentes de las políticas de acceso que se implementaron entre los años sesenta y setenta, en las que los mecanismos de manejo de conflictos a los que ahora se ofrece el acceso son orgánica —por estar fuera del aparato— o sustancialmente —por la oferta que hacen y por las garantías que ofrecen— diferentes de los judiciales.

205. Bajo ninguna circunstancia, la justicia comunitaria puede ser la justicia de segunda, descalificada y desempoderada que hasta ahora ha predominado. No puede aceptarse la denominación crítica que suele dársele de una *justicia de segunda* o una *justicia para pobres*.

206. Lo cual no puede limitarse a ofrecerles un conjunto de medidas que llegan apenas hasta una representación legal gratuita. Esas medidas han mostrado que no se traducen en la redistribución buscada porque no logran remontar las desigualdades frente a los poderes fácticos. Está claro que deben impulsarse medios para

similar a como se viene dando para la gestión de conflictos de género²⁰⁷. Sobre este conjunto de políticas, puede desmontarse la carrera carcelaria que de manera creciente absorbe los recursos públicos.

- En cuanto a las áreas de orden no estatal, la política debiera dirigirse a articular los respectivos sistemas de autoridad con el sistema jurídico nacional, empoderándolos y generando mecanismos de diálogo de saberes y aprendizaje mutuo, en lugar de las tendencias destructivas de las instituciones propias que parece que avanzan cada vez más.

Sentido de los cambios en la justicia

Para entender y tramitar la crisis de la administración de justicia, hay que hablar de sus deficiencias estructurales. Lo que está en el fondo es la constante incapacidad del sistema judicial para regular la conflictividad fuera de sus fronteras. Las políticas que limitan la gestión de la crisis a los problemas de ineficiencia, congestión e ilegitimidad que tiene el aparato judicial están llamadas a fracasar, porque se niegan a producir soluciones sobre la base de la conflictividad, que se sitúa en las áreas de caos y de orden extraestatal.

Para entender y atender la crisis, debe actuarse de manera diferenciada. En las áreas de orden estatal, se habla de crisis tanto en lo relacionado con las carencias en el manejo adecuado de los conflictos entre los sectores que ostentan plenamente la condición de ciudadanos como en la necesidad de que se someta a sus reglas a quienes están por fuera de la capacidad ordenadora del Estado. En las áreas de caos, los problemas se identifican con la falta de inclusión social, el trámite de conflictos en escalada, y la falta de acceso a la justicia y a los derechos. En el orden no estatal, la crisis tiene que ver con la falta de capacidad para coordinar, articular y respaldar instituciones comunitarias, que son las que efectivamente actúan en los lugares a los que no llega otro tipo de instancia.

Sin embargo, los problemas de las áreas de caos y de orden extraestatal generalmente se desconocen u omiten en las políticas que enfrentan la crisis. La tendencia que se impone es la de reprimir a estos sectores, quedando en un lugar muy secundario las estrategias de inclusión y de acceso.

fortalecer directamente a los actores a través de redes y el establecimiento de estas como litigantes frecuentes.

207. Son notables, aunque aún muy limitados, los esfuerzos que se hacen para empoderar a las mujeres ante la administración de justicia.

Si bien ha habido esfuerzos muy importantes que se encaminan en la dirección contraria, tienen una sumatoria en la que la tendencia dominante se orienta a que el sistema judicial funcione con eficiencia y eficacia al interior de sus fronteras reales y como instrumento manipulable por las élites políticas nacionales y regionales.

Y es precisamente allí donde radica la más importante causa de ilegitimidad del sistema judicial. La población no rechaza a los jueces porque los considere deshonestos, lo hace porque siente que no están al servicio de los débiles, porque, por el contrario, contribuyen a incrementar la desigualdad, la ineficiencia y la impunidad. El sistema no logra dar amparo a los derechos porque no cuenta con mecanismos eficaces para ocuparse de los derechos de los menos empoderados.

Las reformas no tienden a cambiar de fondo la manera como se produce la intervención estatal. Aunque se amplía el número de entidades que gestionan los conflictos, en muchos de ellos se tornan en instancias consensuales o incorporan los mecanismos de decisión *inter partes* (muchas veces en menoscabo de las garantías procesales, en cuanto el operador no se despoja como portador de la fuerza cuando está desarrollando una labor conciliatoria). En el caso de que sea practicada por los operadores judiciales ordinarios, la conciliación, por regla general, no empodera a la parte débil, sino que termina siendo un espacio de disuasión para no seguir adelante en un procedimiento que le anuncia un resultado negativo esperable.

[193]

El Estado viene cediendo espacios de administración de justicia a actores empresariales o comunitarios, dado que en los hechos estos han ocupado lugares abandonados por aquél. Pero también porque el Estado desarrolla mecanismos formales para la creación o reconocimiento de instancias extraestatales de administración de justicia. En tales casos, la centralidad del Estado se garantiza a través de la clasificación de los asuntos: algunos se tramitan con el despliegue de la fuerza y la burocracia, mientras que otros se manejan mediante la persuasión.

En esa cancha inclinada entran a jugar los actores empresariales y comunitarios en la administración de justicia. El escenario actual es propicio para la expansión de la empresa privada en la gestión de conflictos en los que ella es parte o en los que figura como tercero relevante ante las partes directas. Mientras tanto, los actores de justicia comunitaria deben tratar de crecer y florecer en muy difíciles condiciones, sin respaldo institucional y con restricciones para su sostenibilidad. Además, a estos se les tiende a

poner en posición desfavorable ante los operadores jurídicos, al sacarlos de su lugar como autoridades de la comunidad.

Las políticas que enfrentan la crisis judicial se articulan alrededor del propósito de fortalecer las áreas donde impera el orden estatal a costa de los intereses de los sectores que se encuentran en las otras áreas, aun si ello implica llevar el caos a las zonas de orden extraestatal e imponerlo mediante la represión a los actores que no están incluidos en el contrato social. Siendo ello así, la justicia no se orienta a reducir los factores de exclusión de los sectores marginalizados, sino a incrementar su sometimiento al orden.

En lo que tiene que ver con las instituciones que han desarrollado las comunidades para regular sus conflictos, las tendencias predominantes apuntan a desconocer su aporte, y se interesan más por su socavamiento o destrucción que en construir respuestas institucionales al menos tan efectivas para ellas como las que les ofrecen las instancias extralegales, con lo cual se hace una apuesta muy costosa desde el punto de vista social (por incremento de factores de exclusión), económico (por costos de seguridad ciudadana) y político (por generación de factores de tensión e inconformidad).

Así, la actuación del Estado ha venido incrementando de manera exponencial los costos de la justicia represiva, en desmedro de las otras opciones que venimos analizando a lo largo de este trabajo. Sin embargo, el impacto del aparato represivo sobre el volumen general de los conflictos caracterizados como penales apenas alcanza a ser observable.

Lo que hemos podido observar a lo largo de este capítulo es que se hace necesario un entendimiento más comprensivo de la crisis y de sus causas, e incluir en las políticas de administración de justicia estrategias de articulación del sistema judicial con las diferentes dinámicas de gestión de conflictos que actúan en la conflictividad social para empoderarlas y fortalecerlas. Solo así se pueden ofrecer respuestas favorables a los sectores sociales que se sitúan en cualquiera de los tres tipos de áreas.

Conclusiones

En esta obra, intentamos caracterizar el sistema judicial en Colombia y demarcar conceptualmente sus alcances reales. Mostramos cómo los territorios que impacta son mucho menores en la realidad que lo demarcado por la ley y los doctrinantes del derecho, y que, en ellos, es altamente deficitario en la atención de las necesidades de justicia de las mayorías. También sustentamos que los cambios que se están haciendo en medio de la crisis judicial factiblemente ahondarán en la misma tendencia.

Sostenemos que nuestras instituciones, aunque las llamemos igual, son sustancialmente diferentes de las existentes en los países capitalistas centrales. Los cinco siglos de presencia y dominación occidental no nos han igualado ni nos han permitido igualarnos porque hay vectores culturales, sociales y políticos que lo impiden. El sistema judicial, ligado a un sistema colonial de exclusión y discriminación, ha sido vehículo para la imposición de los intereses de los poderosos y no tiene el mismo valor que en los países centrales como herramienta para la democratización de las relaciones sociales.

Exploramos, desde sus elementos en común, la historia de la administración de justicia de las provincias que hoy llamamos Europa. Vimos que allí se desarrollaron una cultura jurídica y unas dinámicas de distribución del poder y de la riqueza ante las cuales la institucionalidad jurídica y judicial tiene unos determinantes muy diferentes de los latinoamericanos. Aquí, el derecho y el sistema judicial llegaron como herramienta esencial de un sistema de poder colonial estructurado fractalmente desde y para la desigualdad.

El derecho moderno en América Latina llegó atado a la opresión colonial y como herramienta de discriminación. Si bien ha habido cambios, el sistema judicial no se ha transformado estructuralmente. No solo porque carece de los genes emancipatorios que configuran el sistema judicial de los países centrales, sino porque las estructuras coloniales que lo enmarcan no han desaparecido sino que se han reconfigurado de una reforma a otra. La verdadera organización político-jurídica se funda sobre la fractalidad de las estructuras coloniales, y el sistema judicial ha tendido a reproducir esas estructuras.

Los soportes culturales construidos en Europa durante siglos fueron ressignificados, haciendo que la relación que tenemos con los derechos de los demás y las normas sea ambigua. Tenemos una actitud generalizada de desobediencia de la ley —que también favorece a los poderosos— al tiempo que pregonamos nuestro legalismo. Importa más el éxito individual y hay más compromiso con las directrices religiosas que con la civilidad.

La ciudadanía en América Latina se ve profundamente limitada por el clasismo y el racismo en una de las sociedades más estratificadas del mundo. Las instituciones judiciales carecen de la capacidad y la independencia para desafiar a los poderes reales. Al contrario, suelen ser utilizadas como herramientas del poder desnudo, especialmente fuera de las principales capitales del país.

Hemos analizado la insuficiencia del derecho estatal y el sistema judicial para regular todo el territorio. Las fronteras materiales son muy diferentes de las que se establecen de manera formal en las leyes. En el espacio demarcado por las normas en un país como Colombia coexisten diferentes territorialidades en la administración de justicia porque el Estado carece de capacidad para garantizar la eficacia del orden jurídico. Por ello hablamos de que, además de unas zonas —más o menos restringidas— de orden del Estado, es ineludible reconocer que hay otras donde el orden se impone desde dinámicas no estatales y zonas en donde impera el caos.

El orden no estatal puede ser impuesto por las propias comunidades, generalmente a través de la justicia comunitaria, o por un actor externo, generalmente armado, como la guerrilla o los paramilitares. Comunidades tradicionales, principalmente indígenas y afrodescendientes, construyeron orden desde sus conocimientos y sus creencias, y en diversas zonas han logrado sostenerlo. En determinadas áreas rurales y algunas urbanas, pequeños grupos se hicieron cargo de su propio orden en resistencia a la guerra o a las dinámicas de marginalización a las que se les sometió.

En medio siglo de confrontación armada, diversos territorios de conflicto también se consolidaron como zonas de orden no estatal reguladas directamente por los actores que las controlan o por parte de actores sociales a quienes aquellos respaldan. Después del tránsito de la guerrilla de las Farc hacia una organización política pacífica, se genera un vacío en los territorios que, de no ser ocupado por la institucionalidad estatal, podrá ser ocupado por otro actor bélico o generará una situación de caos.

En las zonas de caos es donde, por falta de orden y de normas claras, tiende a escalar la violencia. Ante la falta presencial o funcional del Estado

y sus instituciones de justicia, estas áreas se expanden debido a diferentes dinámicas. El caos se puede producir por simple interacción horizontal entre diferentes comunidades, por la competencia entre actores armados, por el choque entre estos y los actores comunitarios, o por la acción socavante del Estado en los órdenes no estatales, en la medida en que no cuenta con capacidad para establecer sosteniblemente su propio orden.

Uno de los factores sobresalientes en el panorama de la administración de justicia es precisamente la competencia entre distintas dinámicas que buscan establecer orden, lo cual hace que las áreas sean cambiantes. No solo del caos se puede derivar orden estatal o extraestatal. Una zona de orden comunitario puede transformarse en una de caos o de orden de un actor armado en medio de los intentos de la institucionalidad estatal por imponerse. Además del Estado, que busca establecer su soberanía territorial, los actores armados compiten entre sí o intentan anular o cooptar diversas experiencias de justicia comunitaria, que terminan por ser efímeras.

Con ese marco, analizamos la crisis en la administración de justicia. Hemos mostrado cómo el problema tiene tres vértices diferentes a partir de los cuales analizarlo y para actuar sobre él: la crisis desde el orden estatal, desde el orden extraestatal y desde el caos. Tanto los estudios como las políticas se han concentrado en el primero de los vértices. La perspectiva sobre la crisis se reduce a la disfuncionalidad de la justicia como herramienta para garantizar el funcionamiento del mercado y para el control y la disuasión, mediante la vía penal, de los sectores que generan inseguridad en el orden estatal.

[197]

En un contexto de crisis permanente de la administración de justicia, se viene produciendo una nueva relación del sistema judicial con el territorio. Se abren posibilidades para que intervengan en los conflictos otras instancias y dinámicas tanto desde el propio Estado, como desde el mercado y las comunidades. Así, las figuras de justicia comunitaria se incrementan, se extienden y se visibilizan, pero al mismo tiempo tienden a ser neutralizadas por el campo jurídico formalista y eurocéntrico, acompañado de otras estructuras coloniales del poder mundial. Al mismo tiempo, en la retracción del Estado de la gestión de la conflictividad, se favorecen instancias y procedimientos que medran en el sector privado y especialmente en el sector empresarial.

Hemos encontrado que el escenario actual de crisis abre grandes líneas de cambio en la administración judicial. En cuanto al aparato estatal, sus políticas y recursos se orientan preferencialmente a la represión,

principalmente penal. De modo que los demás asuntos deben ser cubiertos cada vez más por actores diferentes. Aun considerando que en Colombia la concentración de recursos que hace todo el sistema penal-penitenciario es descomunal, puede verse que este no logra disuadir y la política criminal apenas rasguña los índices de criminalidad. El sentimiento de desamparo, en consecuencia, es generalizado, y no se atienden los deseos de justicia y reparación que reclaman las víctimas ni se logra restablecer el orden quebrantado por los ilícitos.

La crisis tiene repercusiones diferentes en cada tipo de área. Sin embargo, los análisis y las políticas parecen reducirse a la perspectiva del área de orden estatal. Con esa visión limitada, la crisis no se considera más allá de la falta de capacidad del aparato judicial para atender sus conflictos y la ineeficacia que tienen sus instancias para sancionar efectivamente a los infractores de la ley, especialmente la penal. Como en estas áreas resulta más cómoda la gestión privada de sus conflictos, lo que se procura y logra es el incremento de los recursos y los procedimientos dirigidos a la represión de ciertos delitos.

[198]

De lado quedan las necesidades de las áreas de orden no estatal, empezando por las indígenas, que tienen rango constitucional, y que justamente requieren de un respaldo de las instituciones de administración de justicia y, excepcionalmente, del poder coactivo que monopoliza el Estado. También pasan a un nivel muy bajo de prioridad las necesidades de las áreas de caos, que reclaman el establecimiento del orden mediante la presencia de instituciones legítimas y viables de gestión y regulación de la conflictividad.

Siendo que el sistema judicial obra como una herramienta para los intereses de los poderosos, la mayoría no ve a los jueces como garantes de sus derechos, no los consideran una forma de amparo. En ese sentido, las áreas de orden del Estado son muy reducidas, si se les mira desde la administración de justicia. Precisamente porque, lo mismo que en las de caos, los intereses de los más débiles tienen muy pocas posibilidades de ser viables acudiendo a las instancias judiciales. Excepcionalmente, y bajo condiciones especiales, se logra derrotar las aspiraciones de los poderosos en los estrados. Son ellos los mayores beneficiarios de la impunidad generalizada. En el escenario de crisis, el desamparo predomina y la sociedad en su conjunto es empujada al caos.

El aparato judicial dedica la gran mayoría de sus recursos al área penal, que no puede responder la mayor parte de las solicitudes ciudadanas. En las

demás áreas del derecho, la impotencia de los débiles impide que lleguen incluso a los estrados. En general, el sistema judicial se retira de la parte más amplia de la conflictividad. Frente a ese vacío, el Estado se reorganiza incorporando nuevas metodologías, acompañando a sujetos procesales particulares, facilitando el acceso mediante mecanismos de actuación célere a partir de, por ejemplo, la solicitud informal de las partes. Pero también abre posibilidades para la intervención de instancias no estatales.

A las figuras de justicia comunitaria se les ubica hoy dentro de un conjunto de dinámicas de gestión y administración de justicia que se desarrollan por fuera del aparato del Estado. Pero han cobrado una presencia inédita en la conflictividad actores del mercado que, por un lado, tramitan los conflictos de los que son parte y, por el otro, establecen empresas que prestan el servicio para su gestión como mecanismos alternativos. Las figuras comunitarias, emergentes en las áreas de orden no estatal o en las de caos, se expanden y ganan influencia en la conflictividad gracias a formatos legales y a dinámicas recientemente introducidas y desarrolladas en el sistema jurídico nacional en los últimos cinco lustros.

Ante las necesidades de transformación del sistema de administración de justicia, lo que se está imponiendo son cambios con origen y fin en el territorio de orden estatal mediante los cuales se modifican las instancias y los procedimientos que parecieran tender a elevar los muros fronterizos de exclusión para que los que están afuera sigan allí, mientras se procura incrementar la capacidad disuasiva de las cárceles.

Referencias

- Aguilera, M. (2001). Justicia y guerrilla y población civil 1964-1999. En Santos, B. de Sousa y García Villegas, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Tomo II* (pp. 389-492). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Aguilera, M. (2003). Justicia y Guerrilla. Las Farc en Colombia. En Instituto de Defensa Legal, *Justicia y violencia en zonas rurales. La experiencia de la Región Andina*, Lima: Inwent.
- Aguilera, M. (2013). Las Farc: auge y quiebre de su modelo de guerra. *Revista Análisis Político*, 77, 85-111.
- Ángel, N. (2008). Discusión en torno a las soluciones de *soft law* en materia de responsabilidad social empresarial. *Revista de Derecho Privado*, 40, 3-37.
- Arango, R. y Sánchez, E. (1999). *Los pueblos indígenas en Colombia 1997*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Ardila, E. (2006). *¿A dónde va la justicia en equidad en Colombia?* Medellín: Corporación Región.
- Ardila, E. (2007). Breve historia de un eclipse: la justicia comunitaria y el derecho moderno. *Revista Pensamiento Jurídico*, 20, 135-172.
- Ardila, E. y Castro, F. (2017). La justicia en equidad como institución comunitaria. En Castro, F. et ál., *Huellas y trazos de la justicia comunitaria en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Armenta, M. (2006). *Justicia de proximidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Arnaud, A. (2003). Consideraciones sobre el juez y la función de juzgar en el siglo XXI. En Prieto, R. (coord.), *Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto social* (pp. 15-34). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Asociación de Afrocolombianos Desplazados (Afrodes). (2009). *Los derechos humanos de los afrocolombianos en situación de desplazamiento*. Bogotá: Acnur.
- Ávila, A. y Castro, J. (2016). Retos del postconflicto en materia de seguridad y administración de justicia en zonas rurales. En Valencia, L. y Ávila, A. (comps.), *Los retos del postconflicto*, Bogotá: Ediciones B.
- Barriera, D. (2012). Justicia de proximidad: pasado y presente, entre la historia y el derecho. *PolHis*, 10, 50-57.
- Bergoglio, M. (2008). *La matriz del orden social: la cultura de la sociedad*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

[202]

- Berman, H. (1996). *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. [Traducción al español de Ultrilla de Neira]. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1992). *Thomas Hobbes*. [Traducción al español de Escriva de Romani]. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bonafe-Schmitt, J. (1991). *Las justicia de lo cotidiano*. [Traducción al español de Irirzar Gómez y Harriet Caballero]. España: Laboratorio de Sociología Jurídica.
- Bonilla, D. (1999). *La ciudadanía multicultural y la política del reconocimiento. Estudios ocasionales Cijus*. Bogotá: Uniandes.
- Borrero, C. (2014). *Derechos multiculturales étnicos en Colombia. Una dogmática ambivalente*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Cali Cómo Vamos (2014). *Informe de calidad de vida en Cali 2014*. Santiago de Cali: Cámara de Comercio de Cali.
- Cámara de Comercio de Bogotá (2016). *Encuesta de percepción 2016-1*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Capella, J. (1997). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el Estado*. Madrid: Trotta.
- Centro de Estudios y Análisis de Convivencia y Seguridad Ciudadana (CEACSC) y Alcaldía Mayor de Bogotá (2014). *Balance muertes violentas y delitos de mayor impacto*. Bogotá: CEACSC.
- Clavero, B. (1992). *Institución histórica del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Clavero, B. (1996). La monarquía, el derecho y la justicia. En Martínez, E. y Pacis, M. (eds.), *Instituciones de la España moderna. Las jurisdicciones* (pp. 15-38). Madrid: Actas.
- Comisión Económica para América Latina y El Caribe (Cepal). (2008). *Anuario estadístico de América Latina y el Caribe*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.
- Congreso de Colombia (31 de agosto de 1993). *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política*. [Ley 70 de 1993]. DO: 41 013.
- Congreso de Colombia (15 de marzo de 1996). *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*. [Ley 270 de 1996]. DO: 42 745.
- Congreso de Colombia (7 de julio de 1998). *Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*. [Ley 446 de 1998]. DO: 43 335.
- Congreso de Colombia (11 de febrero de 1999). *Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento*. [Ley 497 de 1999]. DO: 43 499.

- Congreso de Colombia (12 de julio de 2010). *Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial*. [Ley 1395 de 2010]. DO: 47 768.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Recuperado de <http://www.secretariapresidencial.gov.co>
- Cooter, R. y Ulen, T. (1998). *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (31 de octubre de 2014). Sentencia T-800/14. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- Dahrendorf, R. (1994). *Ley y orden*. Madrid: Civitas.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane). (2005). *Censo general*. Recuperado de <http://www.dane.gov.co/censo/files/libroCenso-2005nacional.pdf>
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane). (2013). *Encuesta de convivencia y seguridad ciudadana*. Colombia: Dane.
- Díaz-Mas, P. y Puente, C. de la (2007). *Judaísmo e islam*. Barcelona: Ares y Mares.
- Echeverry, J. y Partow, Z. (coords.). (1998). ¿Por qué la justicia no responde al crimen? El caso de la cocaína en Colombia. En Cárdenas, M. y Steiner, R. (eds.), *Corrupción, crimen y justicia*. Bogotá: Fedesarrollo, Lacea, Colciencias y TM Editores.
- El Espectador* (28 de junio de 2017). Farc, con imagen más favorable que los partidos políticos. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/politica/farc-con-imagen-mas-favorable-que-los-partidos-politicos-articulo-700548>
- Elster, J. (2001). *Las limitaciones al paradigma de la elección racional*. Valencia: Institución Alfons el Magnànim.
- Espinosa, N. (2003). Entre la justicia guerrillera y la justicia campesina: ¿Un nuevo modelo de justicia comunitaria? *Revista Colombiana de Sociología*, 20.
- Fariñas, M. (2008). Las fronteras identitarias. En Díaz, F., Moreno, R. y Bautista, J. (eds.), *Estudios y debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México-España* (pp. 49-57). Oaxaca: Universidad Autónoma Benito Juárez.
- Felstiner, F., Abel, R. y Sarat, A. (2001). Origen y transformación de los conflictos: Reconocimiento, acusación, reclamación. En García, M. (ed.), *Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (pp. 39-67). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Fioravanti, M. (1996). *Apuntes para la historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.

[204]

- Fitzpatrick, P. (1998). *La mitología del derecho moderno*. [Traducción al español de Nuria Parés]. Madrid: Siglo XXI.
- Franco, V. (2004). Violencia, conflictos urbanos y guerra civil. El caso de Medellín en la década del noventa. En Balvín, J. (comp.), *Violencias y conflictos urbanos: un reto para las políticas públicas*. Medellín: Instituto Popular de Capacitación.
- Galanter, M. (2001). ¿Por qué los poseedores salen adelante? Especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. En García, M. (ed.), *Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (pp. 70-103). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Galeano, E. (1995). *Memoria del fuego I. El siglo del viento*. Madrid: Siglo XXI.
- Galtung, J. (2000). *La transformación de los conflictos por medios pacíficos*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.
- Galtung, J. (2003). *Paz por medios pacíficos. Paz, conflicto, desarrollo y civilización*. Bilbao: Gernika Gogoratz.
- Garay, L. (2008). *La captura, la reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá: Grupo Método y Fundación Avina.
- García Canclini, N. (1989). *Culturas híbridas: estrategias para entrar y salir de la modernidad*. México: Grijalbo.
- García Márquez, G. (1981). *Crónica de una muerte anunciada*. Bogotá: La Oveja Negra.
- García Nossa , A. (1978). *Sociología de la reforma agraria en América Latina*. Buenos Aires: Cruz del Sur.
- García Villegas, M. (2001). Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina. *Revista El Otro Derecho*, 26(27), 13-48.
- García Villegas, M. (2008). *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá: Siglo del Hombre-Dejusticia.
- García Villegas, M. (coord.). (2009). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- García Villegas, M. et ál. (2013). *Los estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá: Dejusticia.
- Garrido, M. (2012). La corriente privatizadora del derecho. *Revista Frónesis de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 19(2), 221-241.
- Ghai, Y. (1999). La globalización y la política de derechos. En Hewitt, C. (ed.), *Globalización y derechos humanos* (pp. 29-68). Bogotá: Santillana.
- Ghiringhelli, R. (2000). *Informalização da justica e controle social*. Sao Paulo: IBCCRIM.

- Gómez, H. (1999). Crisis de la justicia y jurisdicción indígena en Colombia. *Revista Convergencia*, 6(18), 285-307.
- Gómez, H. (2000). *De la justicia y el poder indígena*. Popayán: Universidad del Cauca.
- Gómez, P. (1982). *La otra raya del tigre*. Bogotá: la Oveja Negra.
- González, P. (2003). *Colonialismo interno (una redefinición)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gordillo, S. (2007). *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel.
- Gottsbacher, M. (2013). De inseguridad excluyente a la construcción de seguridad legítima. En Abello, A. y Angarita, P. (eds.), *Nuevo pensamiento sobre seguridad en América Latina. Hacia la seguridad como un valor democrático* (pp. 1-18). Colombia: Clacso.
- Goyes, I. (2010). *La enseñanza del derecho en Colombia 1886-1930*. Pasto: Universidad de Nariño.
- Guerra, W. (2002). *La disputa y la palabra. La ley en la sociedad wayúu*. Bogotá: Ministerio de Cultura.
- Guillén-Martínez, F. (2008). *El poder político en Colombia*. Bogotá: Arco.
- Hernández, E. (2000). Comunidades de paz: expresiones de construcción de paz entre la guerra y la esperanza. *Reflexión Política*, 4.
- Hespanha, A. (1989). *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*. Madrid: Taurus Humanidades.
- Hespanha, A. (1993). *La gracia del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Hespanha, A. (1998). *Panorama histórico de la cultura jurídica europea*. Lisboa: Europa América.
- Hespanha, A. (1999). *História do direito na história social*. Lisboa: Libros Horizonte.
- Hespanha, A. (2002). *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.
- Kalmanovitz, S. (1994). Análisis macroeconómico del narcotráfico en la economía colombiana. En Vargas, R. (comp.), *Drogas, poder y región en Colombia: impactos locales y conflictos*, vol. I. Bogotá: Cinep.
- Kalmanovitz, S. (1997). *Las instituciones, la ley y el desarrollo económico en Colombia*. Recuperado de http://www.eumed.net/cursecon/textos/kalmanovitz_inst.htm
- Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones colombianas en el siglo XX*. Recuperado de <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra131.pdf?q=colombianas>
- Kelsen, H. (1992). *¿Qué es justicia?* Barcelona: Ariel.
- Lalinde, J. (1998). *Iniciación histórica al derecho español*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

[206]

- La Rota, M., Lalinde, S. y Uprimny, R. (2013). *Encuesta nacional de necesidades jurídicas*. Bogotá: Dejusticia.
- Leal, F. (1984). *Estado y política en Colombia*. Bogotá: Cerec y Siglo XXI.
- Lechner, N., (2002), *Las sombras del mañana. La dimensión subjetiva de la política*, Santiago de Chile: Editores Independientes.
- Llinás, V. (1998). Acceso a la justicia y descentralización: Estudio de caso. (Tesis de especialización en Derecho Público). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Locke, J. (2006). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Tecnos.
- Losano, M. (1993). *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid: Debate.
- Machado, A. (1998). *La cuestión agraria en Colombia al final del milenio*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Macpherson, C. (1979). *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Barcelona: Trotta.
- Mann, M. (1997). *Las fuentes del poder social II*. Madrid: Alianza Universidad.
- Manrique, N. (2002). *El tiempo del miedo. La violencia política en el Perú, 1980-1996*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Mayer, M. (2000). *Normas jurídicas y normas de la cultura*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Melo, J. (2009). Cultura ciudadana y homicidio en Bogotá. En E. Sánchez y C. Castro (eds.), *Cultura ciudadana en Bogotá. Nuevas perspectivas* (pp. 88-109). Bogotá: Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte.
- Merry, S., Griffiths, J. y Tamanaha, B. (2007). *Pluralismo jurídico*. [Traducción al español de Libardo Ariza y Daniel Bonilla]. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Mockus, A. (2002). Convivencia como armonización de ley, moral y cultura. *Perspectivas*, 32(1), 19-37.
- Molano, A. (2001). Justicia guerrillera. En Santos, B. de Sousa y García Villegas, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, tomo II* (pp. 331-388). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Montaña, J. (2008). La función judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana. En Ávila, R., Grijalva, A. y Martínez, R., *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (pp. 189-205). Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Nemogá, G. (2001). Contexto social y político de las transformaciones institucionales de la administración de justicia en Colombia. En Santos, B. de S. Ins.: de Sousa y García Villegas, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, tomo I* (pp. 215- 259). Bogotá: Siglo del Hombre.
- North, D. (2000). *La evolución histórica de las formas de gobierno*. Recuperado de <http://www.economiainstitucional.com/pdf/No2/dnorth2.pdf>

- Noticias Caracol* (20 de julio de 2017). Abusos sexuales, prostitución, drogadicción: ¿es suficiente la justicia indígena? Disponible en: <http://www.noticias-caracol.com/septimo-dia/abusos-sexuales-prostitution-drogadiccion-es-suficiente-la-justicia-indigena>
- Olamendi, G. (s. f.). Fidelización de los clientes. Recuperado de <http://qm1t1da.com/phocadownload/G.Calidad/doc%209%20.fidelizacion%20clientes.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2013). *Global study on homicide*. Londres: UNODC.
- Organización Internacional del Trabajo (2013). *Panorama laboral 2013: América Latina y el Caribe*. Lima: OIT.
- Palacio, G. (1987). *La irrupción del paraestado. Ensayos sobre la crisis colombiana*. Bogotá: Cerec.
- Panikkar, R. (1999). *El espíritu de la política: homo politicus*. Barcelona: Península.
- Pásara, L. (1988). *Derecho y sociedad en el Perú*. Lima: Ediciones El Virrey.
- Pásara, L. (2010). Reformas del sistema de justicia en América Latina: cuenta y balance. En Caballero, J., Concha, H. y Fix-Fierro, H. (coords.), *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (pp. 371- 419). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Paz, O. (1979). *El laberinto de la soledad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Peña, S. (2005). *Capitalismo en cuatro comunidades rurales*. México: Siglo XXI.
- Pécaut, D. (11 de junio de 2015). En plata blanca con Daniel. *Revista Semana* Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo-en-plata-blanca-con-daniel-pecaut/387944-3>
- Perafán, C. (1995). *Sistemas jurídicos paez, kogui, wayuu y tule*. Bogotá: Colcultura.
- Presidencia de la República de Colombia. (27 de diciembre de 2016). Decreto 2710. DO: 50 099. Recuperado de <http://www.minhacienda.gov.co>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2010). *Análisis de conflictividad en el Meta*. Recuperado de http://www.undp.org/content/dam/undp/documents/projects/COL/00058220_Analisis%20conflictividad%20Meta%20PDF.pdf
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En Lander, E. (comp.), *La colonialidad del saber. Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas* (pp. 122-151). Buenos Aires: Clacso.
- Quintero, M. (1987). *¿Qué paso con la tierra prometida?* Bogotá: Cinep.
- Rangel, A. (1993). *Naturaleza y dinámica de la guerra en Colombia*. Recuperado de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/01993/03.pdf>
- Rangel, A. (2001). *Guerra insurgente, conflictos en Malasia, Perú, Filipinas, El Salvador y Colombia*. Bogotá: Intermedio.

[208]

- Reyes, V. (2014). *Medellín, un espacio anónimo*. Trabajo presentado en X Congreso Nacional de Sociología, Medellín, Universidad de Antioquia.
- Robinson, D. (s. f.). *Pueblo raizal en Colombia*. Recuperado de <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/InvestigacionenDerechoAmbiental/ur/Catedra-Viva-Intercultural/documentos/raizales-DiliaPDF.pdf>
- Rodríguez, C. (2001). La justicia civil y de familia. En Santos, B. de Sousa y García Villegas, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I (pp. 547- 614). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Rodríguez, E. (1991). Pluralismo jurídico. ¿El derecho del capitalismo actual? *Revista Nueva Sociedad*, 112, 91-101.
- Roldán, H. (2000). Construcción de consensos en las comunas de Medellín. El Caso de Moravia. *Revista Pensamiento Jurídico*, 81-105.
- Román, M. (2002). *Diccionario antológico de budismo*. Madrid: Alderabán Ediciones.
- Rubio, M. (2001). La justicia penal. Juicio sumario. En Santos, B. de Sousa y García Villegas, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Russell, B. (1967). *El poder en los hombres y en los pueblos*. Buenos Aires: Losada.
- Samudio, V. (2006). El Derecho, una construcción social. Estudio de caso sobre las Farc-EP en la región del Sumapaz desde la microsociología del derecho. (Tesis de maestría). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Sánchez, E. (2001). Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas. En Santos, B. de Sousa y García Villegas, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo II. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Santos, B. de Sousa. (1991). *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Ilsa.
- Santos, B. de Sousa. (1998a). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regularización y emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Santos, B. de Sousa. (1998b). *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Santos, B. de Sousa. (2000). *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*, vol. 1. Porto: Edicoes Afrontamiento.
- Santos, B. de Sousa. (2001). El derecho y la democracia: La reforma global de la justicia. En Santos, B. de de Sousa. y García Villegas, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia* (pp. 151-207). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Santos, B. de Sousa. (2001). Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas. En Santos, B. de Sousa. y García Villegas, M. (eds.), *Caleidoscopio de las justicias en Colombia* (pp. 85-146). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Santos, B. de Sousa. (2007). *Poderá o direito ser emancipatório*. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória.

- Santos, B. de Sousa. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Ilsa.
- Santos, B. de Sousa. (2010a). *Descolonializar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Trilce.
- Santos, B. de Sousa. (2010b). La difícil construcción de la plurinacionalidad. En Senplades (eds.), *Los nuevos retos de América Latina: socialismo y sumak* (pp. 149-154). Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.
- Santos, B. de Sousa. y García Villegas, M. (eds.) (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Semana* (15 de noviembre de 2014). *Por qué las instituciones están en crisis*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/instituciones—en-crisis/409100-3>
- Semana* (18 de abril de 2015). ¿Justicia o persecución contra exmiembros del gobierno Uribe? Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/justicia-persecucion-contra-exfuncionarios-del-gobierno-uribe/424542-3>
- Semana* (21 de junio de 2015). Cómo viven los ‘cuatro de Interbolsa’ en La Picota. Disponible en: http://www.semana.com//nacion/articulo/los-cuatro-de-interbolsa-sus-privilegios-en-la-picota/432152-3?hq_e=el&hq_m=827457&hq_l=23&hq_v=2a2d821452
- Serrano, R. (1995). Desnacionalización del Estado y flexibilidad del derecho: mecanismos alternativos de justicia. Caso inspección de la policía la Unión Peneya. (Tesis de grado). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Serrano, R. (2009). Administración de justicia, conflicto y violencia. (Tesis de maestría). Bogotá: Universidad Internacional de Andalucía.
- Sozzo, M. (2009). Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. *Sistema Penal y Violência. Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS*, 1(1), 33-65.
- Tamayo, J. (2009). *Fundamentalismos y diálogo entre las religiones*. Madrid: Trotta.
- Torres, D. (1998). A escravatura negra no Brasil colônia e o pluralismo jurídico no Quilombo dos Palmares. En Wolkmer, C. (org.), *Direito e justiça na América indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz. (7 de julio de 2016). Radicado 110016000253 2009 83825. [M. P. Juan Guillermo Cárdenas Gómez y Ruben Dario Pinilla Cogollo].
- Uprimny, R. (2001). Las transformaciones en la administración de Justicia. En Santos, B. de de Sousa y García Villegas, M. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Siglo del Hombre.

- Uprimny, R., Rodríguez, C. y García, M. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Uribe, M. (1997). *Antioquia: entre la guerra y la paz*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Uribe, M. (2001). *Nación, ciudadano y estado soberano*. Medellín: Corporación Región.
- Valencia, L. (2015). Los militares y la restitución de tierras. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/leon-valencia-los-militares-la-restitucion-de-tierras/432770-3>.
- Vallespín, F. (2000). *El futuro de la política*. Madrid: Taurus.
- Vásquez, C. (2012). *Protección al consumidor financiero*. Bogotá: Fasecolda.
- Voight, R. (1998). En defensa de la conducción cooperativa. En Bergalli, R. (coord.), *Contradicción entre derecho y control social*. Barcelona: Bosch-Goethe Institute.
- Weisstein, E. (2017). Star Fractal. Recuperado de MathWorld <http://mathworld.wolfram.com/StarFractal.html>
- Wolkmer, A. (1994). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Pablo: Alfa y Omega.
- Wolkmer, A. (1998). *Direito justica na América indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Índice temático

A

amparo: 27, 69, 86, 93, 102, 103, 105, 108, 112, 140, 148, 156, 165, 168, 175, 183, 189, 191, 193, 198
-jurídico: 93, 112, 148, 168, 175

C

cabildo: 58, 60, 117, 118
campo jurídico: 50, 51, 94, 107, 119, 123, 149, 150, 155, 160, 163, 165, 174, 177, 186, 197
caos: 107, 109, 181
Casas de Justicia: 144
ciudadanía: 26, 30, 43, 53, 55, 63, 64, 66, 67, 74, 75, 79, 94, 95, 99, 102, 103, 106, 108, 109, 111, 113, 138, 140, 157, 167, 168, 169, 171, 175, 191, 196
coacción: 25, 183
colonialidad: 62-63, 68
colonialismo: 54-56, 62-63, 67-68
comunidad/es: 15, 23-24, 29, 35, 44-45, 49-50, 56-62, 64-68, 73-74, 78, 99, 102, 104, 108-111, 113-125, 127-129, 133, 135, 137-138, 140-143, 145, 150, 153, 157, 165-166, 168, 176-181, 187-190, 194, 196-197
-afrodescendiente/s: 57-58, 58, 113, 116, 122, 145, 152, 177
-indígenas: 58-59, 64, 66, 68, 119, 138, 177, 188
-de paz: 116, 124-125, 143, 145, 187, 189
conciliadores en equidad: 137, 139, 177-179, 186
conflictividad: 23-24, 26-27, 29-30, 32, 45, 46, 68, 93, 99, 101, 104, 106, 108, 111, 1113, 1116, 1118, 126, 135, 136, 140, 141, 148, 149, 150, 151, 154, 163, 168, 169, 171, 178, 181, 182, 190, 191, 192, 194, 197, 198, 199
conflicto/s: *passim*
-Gestión de: 31, 99, 107, 133, 138, 148, 153, 165, 171, 174-175, 177, 179, 187, 192-194

contrato social: 26, 34, 53, 61, 64, 69, 91, 161, 194
creencias: 42-43, 61, 76, 196
-Sistema de: 42, 76
crisis judicial: 152, 194-195
cultura jurídica: 18, 26, 28, 30, 33, 55, 79, 85-86, 92, 96, 195

D

derecho/s: *passim*
-común: 36-37, 41-42
-germánico: 33, 37-38, 56
-moderno: 36, 113, 147, 195
-propio: 58-59, 113, 116, 119-120, 123-124, 145
-romano: 33-34, 37, 40, 56, 69
desigualdades: 27, 32, 54, 70, 92, 94, 191
diversidad cultural: 33, 171

E

encomienda: 57-60, 65
espacio/s: 30, 33, 36, 39, 47-48, 52-53, 55, 59, 62, 68, 74-75, 99, 101-104, 106-112, 125, 129, 135, 140-142, 147-148, 150, 163, 165, 169, 171, 175, 183, 187, 193, 196
-comunitario/s: 52, 74, 107, 111
-estructurales: 52, 74-75, 99, 101-102, 104, 106-112, 169
Estado: *passim*
-interventor: 51, 140
-moderno: 47-48, 88, 101, 162
estructuras normativas: 32, 34, 72, 75, 101-102, 106, 108, 116, 120, 129, 140-142, 153, 188
eurocentrismo: 54-55, 64
exclusión: 13, 17, 25, 30, 32, 52-54, 78, 91, 110, 155, 162, 171, 178, 181, 184, 188, 194-195, 199

[212]

H

hacendado: 63, 65, 68, 88

I

ilegitimidad: 25, 28, 192-193

institucionalidad: 14-15, 17-18, 25-26, 29, 31-32, 53-54, 56, 59, 68, 73-74, 81-83, 93, 99, 102, 107, 111, 113, 122, 136, 143, 151, 167, 190, 195-197

instituciones: 23-29, 31, 47-48, 54, 56-58, 60, 66, 69-70, 73, 76, 79, 83, 85, 91, 101-102, 105-107, 113, 115-116, 120-121, 135-137, 142, 147-148, 152-153, 155, 165, 169, 174, 182, 188-189, 192, 194-198

J

jueces: 23, 25, 28, 42, 49-51, 56, 58, 60-61, 70-71, 73, 79, 83-84, 87, 89-97, 114, 135-137, 139, 146, 154-155, 161-162, 165-169, 175, 178-179, 186, 193, 198

-de paz: 60-61, 114, 137, 139, 166, 169, 178-179, 186

jurisdicción: 50-51, 97, 152, 156, 177, 188

-indígena: 152, 188

justicia: *passim*

-Acceso a la: 52, 67, 140, 144, 161, 182, 186-187, 190-192

-Administración de: 18, 23-25, 26-35, 39-41, 49-51, 56, 58, 61, 68, 72, 78, 85-86, 91, 96, 99, 101-103, 105-107, 109, 111, 113-115, 117-118, 120-122, 129, 138-141, 143-145, 147-153, 156-157, 159, 164, 167-171, 180-184, 186-199

-comunitaria: 113, 139-140, 150, 163, 166, 176, 179, 186-187, 191, 193, 196-197, 199

-indígena: 152, 169

-local: 50, 60

-Operador de: 51, 86-87, 94, 106, 128, 164

-propia: 139, 177

L

legalidad: 53, 82, 87, 103, 108, 131, 135, 190

legitimidad: 14, 16, 23, 27, 42, 107, 114, 137, 149, 154, 169, 173

M

métodos alternativos de solución de conflictos (MASC): 181-182, 190

modernización: 13, 18, 36, 61, 91

O

obediencia: 25, 30, 38, 70, 72, 75, 82, 94, 110, 143, 196

orden: *passim*

-estatal: 26-27, 94, 106-108, 110, 115, 138-141, 143, 148, 151-153, 163, 180-183, 186-187, 190-192, 194, 197-199

-extraestatal: 114-115, 163, 169, 180, 189-190, 192, 194, 197

-jurídico: 23, 47, 56, 101, 106-108, 111, 113, 115, 139-140, 169, 171, 196

-no estatal: 106-107, 110, 112, 115-116, 138-141, 143, 146, 150, 152, 181, 183, 186-187, 190, 192, 196, 198-199

operador judicial: 28, 71, 91, 103

organización política: 46-47, 53, 59-61, 117, 196

P

pensamiento cristiano: 33, 36-37, 43, 56, 69

pluralidad jurídica: 39, 41, 48, 113-116

pluralismo jurídico: 39, 47, 57, 153

poder: *passim*

-Cooptación del: 131

-Estructuras de: 25-27, 47, 62, 64-66, 68-69

-de las partes: 94, 176

-judicial: 18, 87-88, 90, 92

-político: 19, 25, 34, 38, 62, 65-66, 86, 88-89, 97

-Relaciones de: 51, 64, 72, 90, 94

propiedad/es: 72, 89, 114, 122, 142, 145, 155, 161, 182

pueblos indígenas: 53, 57, 66, 68, 73, 116, 118, 120, 187

R

racismo: 54, 61, 64, 66, 121, 196

relaciones sociales: 27, 46-47, 51-52, 54, 64, 68-70, 72, 92, 94, 102-103, 113, 138, 188, 195

S

sanción/es: 50, 53, 97, 109, 111, 120, 129, 157, 160, 183, 186

sistema: *passim*

-imperial: 58

-judicial: 24-27, 30, 31-33, 36, 41, 45, 48, 51-52, 54-56, 61, 69-70, 72-73, 76, 92-93, 96, 99-102, 106-108, 116, 118, 140-141, 147, 149, 151-156, 164, 180-181, 184, 187-188, 192-199

-jurídico: 19, 23, 27, 38, 46, 51-52, 69, 95, 105, 107-109, 118, 153, 157, 169-170, 179, 181, 192, 199

sociedad/es: 15-19, 23, 25-28, 30, 32-34, 40, 42-49, 51, 53, 56-58, 63-65, 70, 73-75, 77,

80, 82, 91-92, 100-101, 105, 108, 110-112, 115, 119, 121, 129, 138-140, 142-143, 150, 152-154, 161-162, 168, 170, 173, 175, 182, 188, 196, 198

-capitalista: 48, 53, 112, 182

-modernas: 42, 51, 53, 63, 73-74, 115

soft law: 173

T

territorio/s: 23-29, 31, 33, 38, 40, 45-49, 53, 55, 59-60, 62, 66-68, 72, 74, 81-82, 89-90, 92-97, 99-102, 104-106, 111-114, 116-117, 120, 122-133, 135-137, 139-140, 142-148, 151-152, 154, 161-162, 165-166, 169, 179, 183, 186-190, 195-197, 199

-comunitario: 74, 178

V

violencia/s: 13-15, 18, 24, 26, 28-30, 48, 58, 72, 81, 89, 112, 114, 122-125, 127-128, 130-132, 135-137, 145-147, 151, 154, 156, 170, 196

[213]

Índice onomástico

A

Agustín de Hipona (santo): 36
Ángel, Natalia: 173

B

Barón Romero, Dana: 11, 67, 112
Berman, Harold: 33, 37, 39-40

C

Constantino: 35

D

Dahrendorf, Ralf: 52, 107, 110

E

Elster, Jon: 102
Escobar, Pablo: 82-83

F

Frank, Andre Gunder: 16
Fitzpatrick, Peter: 46, 55

G

Galtung, Johan: 43, 45, 73
García Nossa, Antonio: 63, 66
García Márquez, Gabriel: 100, 109
García Villegas, Mauricio: 53, 74-75, 93-95, 134
Ghai, Jash: 43
Gómez, Herinaldi: 188
González, Pablo: 62-64, 67-68
Guerra, Weildler: 120
Guillén-Martínez, Fernando: 63, 66, 88

H

Hart, Herbert: 19
Hespanha, Antonio: 33-35, 37, 41, 47

K

Kalmanovitz, Salomón: 16, 80, 82-83

L

López Pumarejo, Alfonso: 89

M

Mann, Michael: 48-49
Mayer, Max: 73, 104
Mockus, Antanas: 81
Molano, Alfredo: 126

N

North, Douglass: 42, 61, 76

P

Pásara, Luis: 79, 87-88
Paz, Octavio: 77, 82
Pécaut, Daniel: 15, 82
Perafán, Carlos: 118

Q

Quijano, Aníbal: 54-55, 62, 64, 67, 79

R

Reyes, Víctor: 147
Ricoeur, Paul: 19

S

Samudio, Vera: 129
Sánchez, Esther: 117-118
Santos, Boaventura de Sousa: 41, 49, 51, 53, 56,
73-74, 86, 92-93, 101-106, 108, 110, 115,
143, 162, 168-170, 172-173, 190

U

Uribe, Álvaro: 79, 81, 119, 125, 132, 134
Uribe, María Teresa: 94, 112

W

Wolkmer, Antonio: 47, 59, 172

Las fronteras judiciales en Colombia

FUE EDITADO POR UNIJUS, INSTITUTO UNIDAD DE INVESTIGACIONES JURÍDICO-SOCIALES GERARDO MOLINA, DE LA FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. FORMA PARTE DE LA SERIE INVESTIGACIONES JURÍDICO-POLÍTICAS. EL TEXTO FUE COMPUESTO EN CARÁCTERES SOURCE PRO Y CHAPARRAL PRO. SE UTILIZÓ PAPEL BOOK CREAM DE 60 GRAMOS Y EN LA CARÁTULA PAPEL PROPALCOTE DE 240 GRAMOS. EL TIRAJE DE ESTA EDICIÓN ES DE 300 EJEMPLARES. EL LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN BOGOTÁ, EN XPRESS ESTUDIO GRÁFICO Y DIGITAL SAS, EN EL AÑO 2018.

[* * *]