

## Módulo Político Económico

---

# LA JUSTICIA EN COLOMBIA DENTRO DEL CONTEXTO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

## Justice in Colombia within the context of the welfare and constitutional state

---

JUAN CARLOS ARIAS DUQUE<sup>1</sup>

*La justicia y la paz se besaron*

Salmos 85.10

Fecha de entrega: 15 de febrero de 2007

Fecha de aprobación: 11 de mayo de 2007

Fecha de evaluación del par: 13 de junio de 2007

### Resumen

La fórmula constitucional que integra los conceptos de Estado, Estado social, Estado democrático y Estado de derecho, supone la armonización de una serie de presupuestos y conceptos, en algunos casos excluyentes entre sí y hasta aparentemente contradictorios, siendo tarea fundamental de la justicia la de integrarlos, de manera que la organización estatal pueda garantizar el ejercicio de unos dere-

---

<sup>1</sup> Profesor de Derechos Humanos en la facultad de derecho de la Universidad Santo Tomás. Asesor de la Dirección del Sistema Nacional de Defensoría Pública. Dirección electrónica: juancarlosarias5@yahoo.com.

---

chos en un marco de equidad, como justificación de su existencia, tanto de la justicia, como, sobre todo, del Estado. En este orden, se verifica inicialmente la existencia de cada uno de los elementos de la fórmula: Estado, Estado democrático, Estado de Derecho y Estado Social, concluyéndose que mientras no se verifique el presupuesto empírico de la paz, entendida solo como cesación definitiva de la guerra, nuestro país no podrá pensar en desarrollar las otras adjetivaciones del Estado, esto es, lo de democrático, lo de derecho ni lo de social. Y en esta tarea, la justicia, específicamente la administración de justicia, tiene una misión trascendental que cumplir.

### **Palabras clave**

Estado social y democrático de derecho, justicia, administración de justicia.

### **Abstract**

The constitutional formula that integrates the concepts of state, social state, democratic State and State of right, supposes the harmonization of a group of assumptions and concepts, that in some cases are excluding among them and up to apparently contradicting the fundamental task of justice is integrate them in a way that State organization can guarantee the practice of the rights in a frame of equitableness, as a support of them, of the justice and mainly of the state. In this order we will verify, at the beginning, the existence of each one of the elements of the formula: State, democratic state, state of right and social State, concluding that whereas not happened the empiric presumption of peace, meaning only the definitive ceasing of war, our country will not be able to think in develop the other attributes of the State, that is, the democratic, the rights and the social. In this task, justice, specifically justice administration has a transcendental mission to fulfill.

### **Key words**

Social and democratic of right State, justice, administration of justice.

## **INTRODUCCIÓN**

La forma extraordinariamente rápida como se construyen los edificios modernos, nos proyecta en una nueva velocidad con la que se conciben los adelantos de la ciencia, en la que para todo existe una maquinaria apropiada, con la posibilidad de hacerlo todo de manera más acelerada y con-

trolada, con cálculos precisos de costo y tiempo, todo dentro de la nueva relación entre tiempo y dinero en que la modernidad nos ubica.

Y así como la modernidad va afectando todas las actividades del hombre, también va exigiendo cambios en las reglas sociales. El derecho, siempre se ha dicho, aparece como consecuencia del

cambio social: para adecuarlo a la comunidad, bien sea para mitigar sus efectos, para corregirlo o incluso para estimularlo.

Así, el constituyente del 91 consideró que nuestro edificio jurídico tenía que elevarse a partir del concepto de "Estado social y democrático de derecho", esto es, por una parte, sobre las bases de la democracia y el liberalismo, nacidos a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVI, y, por otra, de las lecciones que dejaron la miseria y la exclusión que facilitaron la barbarie de la segunda guerra mundial, que fueron en definitiva las que propiciaron la aparición del Estado social.

## 1. LA FÓRMULA CONSTITUCIONAL

Conceptos de Estado, de Estado democrático, de Estado social y de Estado de derecho se conjugan pues en nuestra fórmula constitucional, por lo que encontramos necesario aproximarnos brevemente a cada uno de ellos, en un principio desde la perspectiva académica, para posteriormente hacerlo desde nuestra propia realidad.

### 1.1. Colombia como Estado

Dentro de todo este conjunto de conceptos, el del Estado es el primero que se debe verificar, toda vez que a partir de él se caracterizan los demás que tenemos en la fórmula constitucional, es la premisa de los otros, es el sustantivo del cual los demás términos de la fórmula se convierten en sus calificativos: de nuestro Estado se dice que de acuerdo con la forma en que se adoptan sus decisiones o se eligen a sus dirigentes es democrático (Madriñán, 2001, p. 44 y ss); y que es de derecho porque garantiza y defiende libertades, con reglas que excluyen el simple capricho y la arbitrariedad y también porque dentro del ejercicio y la división de los poderes, y con controles contra-

pesos (p.41 y ss), y finalmente, que es Estado social, por cuanto ya no solo debe preocuparse por verificar la garantía de los derechos de libertad, sino que se compromete además, de manera efectiva, con el desarrollo de la sociedad, específicamente con la materialización de los derechos económicos sociales y culturales en función de una sociedad más equitativa y, por ende, más justa (p. 61 y ss).

No nos vamos a detener ni en los elementos ni las características del Estado por superar las pretensiones de este escrito y las capacidades mismas del autor, sino que sólo llamamos la atención en que dicho concepto, el de Estado, que se produce en el entorno europeo del siglo XVII, tiene un orden de construcción distinto al de nuestros Estados latinoamericanos, y para su creación y consolidación debió verificarse un presupuesto empírico particular que nosotros aún, tres siglos después, no alcanzamos.

En relación con la forma cómo se construyó y consolidó el Estado europeo, hay que decir que fue fruto de la acomodación, violenta en la mayoría de los casos, de nacionalidades que fueron buscando su identidad frente a los postulados democráticos y libertarios ofrecidos por el discurso revolucionario que excluía cualquier forma del ejercicio del poder con origen distinto al del pueblo soberano. Y en esa lucha contra los Estados enemigos con los que se disputaban los territorios, intervenían los ejércitos nacionales en procura de la seguridad de las fronteras, contra la voracidad expansionista de los vecinos (Orozco, et al, 1999, p. 31 y ss). Y en esa visión hegemónica del Estado con el monopolio de la fuerza, sobre la base de la paz interior y de la guerra exterior, se genera una política militar de seguridad exterior, el soldado enfrentando a los enemigos, a los enemigos externos del Estado; pero a la vez el soldado se transformó, en la política de seguridad interior, en una especie de "soldado domesticado", el enemigo se transfor-

mó en delincuente, también dentro del ejercicio de la política de seguridad interior (p. 17), de la necesidad de mantener el presupuesto empírico del Estado, la paz; de suerte que los ejércitos respondieron a las necesidades de seguridad exterior, para luchar contra los enemigos, y las policías fueron las responsables de la seguridad interior, esto es, para enfrentar a los delincuentes.

El presupuesto empírico, entonces, de la consolidación de esos nuevos Estados era el monopolio de la fuerza en cabeza de la organización estatal, esto es, que solo a partir de la consolidación de la organización política y social llamada Estado, es que se renuncia, por lo menos legítimamente, a la justicia privada para dejarla en sus manos<sup>2</sup>, específicamente en una de las ramas del poder público, la encargada de garantizar la vigencia del derecho, la rama judicial; todo lo cual implicaba la existencia de una condición elementalmente lógica para la convivencia de todos los ciudadanos del Estado: la paz.

Como se sabe, el proceso de formación de los Estados latinoamericanos surge de la superación de su condición colonial, sin que los límites territoriales impuestos por la autoridad europea hayan sido significativamente discutidos luego de su expulsión; a partir de lo cual cada uno de los nacientes Estados se han desarrollado como han podido de acuerdo con sus particulares situaciones económicas, políticas y sociales (36 y ss).

En el caso colombiano, específicamente, la definición colonial de sus fronteras ha sido aceptada por nuestros vecinos sin que haya sido necesario un despliegue de fuerza significativo para su consolidación, con lo que podemos concluir que nuestra formación no se ha producido de afuera hacia adentro, como sucedió a los Estados europeos, sino que ha debido ser desde adentro hacia fuera,

de suerte que para nuestra conformación territorial, podemos afirmar, que casi no hemos tenido enemigos.

Como el enemigo no existía fuera del país, pero se formaron ejércitos sin la existencia del enemigo que disputara por fuera las pretensiones del Estado, le quedó muy fácil a nuestras organizaciones estatales encontrar en su política de seguridad interior, identificar al delincuente con el enemigo, haciendo del derecho penal una práctica autoritaria, por medio de la cual se ha pretendido, infructuosamente, alcanzar la paz interior.

Y en ese contexto la Carta Política colombiana consagra flamante y orgullosa un derecho de reciente aparición en el escenario constitucional como es el derecho a la paz, un derecho que no obstante ser colectivo y de aparición tardía se ubica por el querer del constituyente como derecho fundamental, dando aparente coherencia al presupuesto empírico de la existencia del Estado, además que le da la connotación de deber, vinculándolo con ello a la actividad del Estado, que tiene el "deber" de garantizarle la paz a todos los asociados.

## 1.2. Colombia como Estado democrático

Lo democrático de nuestro Estado se plantea desde la Carta Política como una de sus características, cuando plantea que Colombia es un Estado social de derecho "organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista", de donde tenemos, de una parte, que lo democrático implica la protagónica intervención de las personas libres, que ejercen por supuesto su libertad en un ambiente de paz, li-

2 Incluso mucho antes de que existiera el Estado como lo entendemos ahora, ya no existía la justicia privada, sino que ya estaba en cabeza del monarca, en cuyo nombre los jueces fallaban, y en todo caso el monarca cumplía la tarea de protección de sus súbditos.

bres de cualquier presión, libres, entre otras cosas para elegir y ser elegidos, pero sobre todo, libres para decidir, por la fuerza de las mayorías, los destinos del Estado; y por otra parte, que ya la democracia no es solo representativa, permite y requiere de la participación activa de los ciudadanos libres, esto es, de todos los ciudadanos que viven en el ambiente libre de cualquier presión para ejercer su decisión con libertad, para perfilar y formar los destinos de la organización estatal.

El Estado, nuestro Estado social, por ser democrático, se sustenta en el ejercicio del poder de las mayorías, en las que el pueblo decide su forma de gobierno y elige sus representantes en ese vaivén de las mayorías y las minorías, pero además supone la participación comunitaria en la orientación de los destinos del país, ejerciendo el poder político, esto es, que gobierna con sus iniciativas y contribuye a la formación de la voluntad general (Vila, 2004, p. 402).

Esos mecanismos de participación democrática, que al decir de la Corte Constitucional<sup>3</sup> se expresan en diferentes contextos: en la esfera política, al participar en la conformación, control y ejercicio del poder político (artículo 40), al incrementarse el número de funcionarios elegidos mediante el voto universal (artículo 260), y al establecerse el voto programático (artículo 259) la revocatoria del mandato (artículo 103); en la esfera normativa, por medio del referendo, el plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa para aprobar o derogar leyes (artículo 103); en el contexto de la planeación (artículo 341); en la esfera de la administración activa, al establecerse que los servicios públicos puedan ser prestados por las comunidades organizadas (artículo 365), la participación de los usuarios en

la administración y fiscalización de las empresas estatales (artículo 369), en la dirección y administración de la educación (artículo 68), salud (artículo 49) y medio ambiente (artículo 79), además de otras formas de participación contenidas en los artículos 23, 26 y 78; en la esfera de la administración de justicia, a través de los jueces de paz (artículos 116 y 247), la asignación de funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas (artículo 246), al consagrar la obligación de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (artículo 95-7), y más recientemente<sup>4</sup> con la consagración del jurado popular (artículo 116); y finalmente en la esfera de la administración pasiva, al facultarse a la ley para organizar las formas o sistemas de participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública y de sus resultados (artículo 270) y mediante el derecho a elevar peticiones respetuosas a las autoridades (artículo 23)

Y para garantizar y proteger la democracia la Carta también le dio al Estado la función de regular, financiar y controlar la actividad de los partidos políticos (artículos 108 y 109), con una organización inspirada también en reglas democráticas, lo mismo que a los sindicatos (artículo 39), organizaciones gremiales (artículo 39), colegios profesionales (artículo 26), clubes deportivos (artículo 52), asociaciones cívicas y comunitarias (artículo 103 inciso segundo), todo lo cual supone conciencia social del sentido y alcance de la participación.

Coherente con este presupuesto democrático nuestra Carta Política prevé una organización electoral con la que pretende desarrollar una democracia limpia, que permita la expresión y participación de los hombres y mujeres conscientes y libres, con igualdad de oportunidades para todos.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

4 Incorporados por el Acto Legislativo 03 de 2002 que modificó la justicia penal hacia un sistema acusatorio.

### 1.3. Colombia como Estado de derecho

El Estado de derecho surge desde la época posrevolucionaria, justamente cuando se reconoce a la razón como la inspiradora del bien común en función del cual se producía la ley, a partir de una división de poderes en torno de ella, en todo caso identificando al hombre como la principal razón del quehacer de la organización estatal, esto es, un ser con dignidad y con libertad.

Con esto, los presupuestos del Estado de derecho son, ante todo, el control en el ejercicio del poder, la vigencia de la legalidad, que supone la división de poderes de acuerdo con la participación en torno de la producción, aplicación y ejecución de la ley, además del reconocimiento de la dignidad del hombre como el centro de todo su accionar, por ser concebido como un auto-fin en sí mismo (Madriñán, 2001, p. 42), por tanto un ser libre.

Es cierto que Constitución Política colombiana consagra la división de poderes, y al ejercicio de los poderes puso frenos y controles, que reconoce la vigencia del principio de legalidad por cuanto vinculó a los jueces ante todo con la vigencia de la ley, además que reconoció un catálogo de derechos generosamente concebido, en cuyo cumplimiento se compromete la organización estatal.

### 1.4. Colombia como Estado social

La principal perspectiva del Estado social se encuentra en la realización y concreción de la igualdad material con equidad, esto es, que para el hombre ya no es suficiente el reconocimiento formal de los derechos sino que la construcción del orden justo implica la acción del Estado encaminada a intervenir la sociedad en función de un mínimo existencial para todos sus asociados; lo cual surge de la necesidad de superación de la sociedad egoísta e indiferente, propia del li-

beralismo, que sirvió como generadora de riquezas pero a la vez como productora inhumana de una miseria generalizada. Esto, por supuesto supone, no una guerra contra la riqueza, solo contra la pobreza y la desigualdad, que aunque se inicia en la Europa de la segunda post-guerra, en nuestro medio nacional también era declarada por las mismas épocas por caudillos criollos (Gaitán, 2003, p. 45).

De ahí que en las características del Estado social se cuenten la procura de un mínimo existencial, la garantía de igualdad de oportunidades para todos y la generación de un orden económico y social justo en función de la dignidad de todos los asociados, todo lo cual supone la prelación de los derechos económicos, sociales y culturales en función de garantizar unas condiciones mínimas de existencia a todos los colombianos; dentro de un orden económico y social justo, dentro del contexto de una justicia distributiva en el que en la asignación de recursos económicos de nuestra sociedad se deberá tender a privilegiar a los sectores desfavorecidos<sup>5</sup>.

En la Carta se reconoció una generosa lista de derechos que implican serias obligaciones a la sociedad y a los gobiernos y se incluyeron también mecanismos económicos y jurídicos para hacerlos respetar: entre los económicos se estableció la progresividad tributaria como mecanismo de redistribución de la riqueza, la destinación creciente de los ingresos fiscales a las regiones en una proporción ascendente hasta atender la totalidad de las necesidades en salud y educación, y la prioridad social para atender las necesidades básicas de la población; entre los jurídicos estableció la acción de tutela como forma de comprometer definitivamente a la administración de justicia con la realización de una verdadera justicia material y como mecanismo ciudadano de hacer respetar los postulados constitucionales.

5 Como se indica en la sentencia T-505 de 1.992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

## 2. LA REALIDAD COLOMBIANA FRENTE A LA FÓRMULA CONSTITUCIONAL

Corresponde ahora, de acuerdo con la propuesta metodológica que traemos, verificar el cumplimiento de cada uno de los elementos de la fórmula constitucional, con miras a acercarnos a las responsabilidades y posibilidades de la rama judicial.

### 2.1. Colombia como Estado y el estado de su democracia

Nuestro Estado, como ya se dijo, ha tratado de construirse desde dentro hacia afuera, entre la sangre producida por innumerables guerras civiles, en las que enfrentados los dos partidos tradicionales generaron una estela de odio y venganza que intentó superarse con la alternancia en el poder de los partidos liberal y conservador a partir del llamado Frente Nacional, lo cual finalmente terminó siendo una práctica excluyente y generadora de inconformidades, que dio vida a movimientos insurgentes como las Farc y el ELN<sup>6</sup>, con origen en ideologías extremas de izquierda, protagonistas hoy de nuestro acontecer nacional; en cuya respuesta, también desde ideologías extremas, pero de derecha, surgieron luego las fuerzas paramilitares, llamadas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), hoy Águilas Negras, formando todos ellos una complicada red de representaciones aparentes de distintas clases sociales, en una guerra que sigue consumiendo hoy a nuestra sociedad, sociedad y guerra gravemente vinculadas o por lo menos afectadas por el fenómeno del narcotráfico.

En todo caso, no es un secreto para nadie que el Estado colombiano no ostenta el monopolio de las armas, ni que es el único que realiza coerción para que sus postulados se cumplan; a tal punto que, en algunas ocasiones, tienen definitivamente más fuerza coercitiva por virtud de sus métodos violentos de intimidación y muerte, las

otras organizaciones armadas que le disputan el monopolio de la coerción al Estado; con graves repercusiones en la lógica y la dinámica del funcionamiento de nuestra organización política.

Es decir que el presupuesto del cual surgía el Estado, que era el del monopolio de la violencia en cabeza suya, en nuestro país, no se ha dado, y más que nunca, se evidencia la existencia de múltiples actores armados, en una disputa por el poder, frente a la cual ni siquiera está claro si tiene connotación de conflicto armado interno.

El presupuesto del surgimiento del Estado, vale decir, la paz generalizada y el monopolio de las armas y de la fuerza en cabeza del Estado, no está satisfecho. Y no estando cumplido el supuesto empírico del Estado, lo de democrático, lo de social y lo de Estado de derecho, comienza a desdibujarse, o mejor, a percibirse que nunca estuvo realmente dibujado, puesto que ninguno de ellos puede hacerse realidad por fuera de un entorno pacífico, en cuya ausencia, cada uno de ellos puede terminar, como ha sucedido en nuestro país, siendo utilizado por los guerreros, para mejorar sus posiciones de ventaja en la confrontación armada.

Gracias a que nuestro Estado no ha podido satisfacer con su presencia las necesidades mínimas de sus asociados, lo cual tiene innumerables causas, entre otras, una corrupción acomodada, legalizada y mimetizada en el espectro político, la acumulación creciente de riquezas en reducidas élites y el mantenimiento de un costoso conflicto armado, nuestra sociedad, nuestro electorado, más específicamente, no tiene interés en las elecciones, pareciera que no tiene interés en la democracia.

Al desenvolvimiento democrático de nuestro Estado le caben serios cuestionamientos, lo cual lo podemos observar con los certámenes electora-

6 Entre otros grupos subversivos.

les que tuvimos en el año 2006, en el que se realizaron comicios parlamentarios y presidenciales. De 45 millones de habitantes que somos los colombianos, para las elecciones parlamentarias existía un potencial de votación de 26.595.171 cédulas<sup>7</sup>, y entre los votos válidos, en blanco, nulos y tarjetones no marcados se produjeron un total de 10.793.408, siendo los votos válidos, esto es, los que eligieron senadores y representantes, 9 millones doscientos mil; con lo que tenemos que del total del potencial electoral, terminaron eligiendo a los legisladores, menos de la tercera parte del total de colombianos aptos para votar. Y para las elecciones presidenciales, la situación no fue mejor: de los mismos 45 millones de colombianos, había un potencial electoral de 26.731.700 cédulas<sup>8</sup>, de las que se obtuvieron entre votos nulos, en blanco y tarjetones sin marcar, un total de 12.041.737, de los cuales fueron válidos 11.864.410 votos, correspondiéndole la “victoria democrática” al candidato que obtuvo la gran mayoría, esto es, la suma de 7.397.835 votos, cerca de la cuarta parte del potencial electoral, con lo que tenemos que de los 45 millones de colombianos, solo entre 7.397.835 dirigen su destinos.

La democracia, en el ambiente de guerra que vive nuestro Estado, nos ha llevado, de una parte, a que las manifestaciones de simpatía, de esa tercera parte de los votantes que si participan, esté, en un nivel importante, permeada por la amenaza y la coacción<sup>9</sup>, lo mismo que la posibilidad de la participación en el manejo de los destinos del país; y, por otra parte, se encuentre en una enorme indiferencia respecto de lo que sucede con sus instituciones, a tal punto que existen dos terceras partes de los potenciales votantes, a quienes no despierta ningún interés su participación en el certamen electoral.

Frente a esa tercera parte que vota, se hace proselitismo a partir de la combinación de la campaña política, y de la campaña militar, no en las ciudades, o no allí tan abiertamente como en la mayoría de las regiones del país. Esa combinación de formas de lucha, de la acción política con el ejercicio de la guerra, que no es nueva en nuestro país (Montenegro, 2007, 21 al 27 de enero), terminó por consolidar una representación legislativa importante para uno de los grupos armados ilegales enfrentados en nuestro particular conflicto armado, lo que comenzó a desnudar nuestra real situación económica, política, y posiblemente a develar nuestro actual momento histórico, el de la Colombia feudal.

Los movimientos insurgentes, en representación oficiosa y aparente de las clases menos favorecidas, atacando sin piedad a la población civil, motivaron la aparición de los grupos paramilitares, en el seno de las clases sociales más pudientes, sobre todo del sector ganadero que cansado con el secuestro y la extorsión consolidó su propia organización para la guerra, con verdaderos señores de la guerra, en algunos casos, al parecer, apoyados por las fuerzas regulares del Estado, señores de la guerra a los cuales se les rinde obediencia e inicialmente aportes económicos, a cambio de que ellos protejan y dominen la región con la expulsión de los grupos guerrilleros.

Esas relaciones contractuales que, en algunos casos, supusieron el desplazamiento de los políticos tradicionales y el apoderamiento del poder regional por nuevas figuras, y en otros, la asociación de los caciques tradicionales con los señores de la guerra, que también los llevó a la consolidación del poder local; y en otras regiones, la guerrilla definitivamente desplazó a los políticos para apropiarse del poder local; todo lo cual, por

7 [www.registraduria.gov.co](http://www.registraduria.gov.co)

8 [www.registraduria.gov.co](http://www.registraduria.gov.co)

9 Como lo reconoce abiertamente el actual Registrador Nacional del Estado Civil, en entrevista concedida al diario El Tiempo, en su edición del domingo 25 de febrero de 2007, titulada: “Elecciones del 2002 para el senado fueron tramposas.”



distintas vías, condujo a la captura de lo público por los violentos, con fines patrimoniales, con lo que se puso el conflicto al servicio de la corrupción (Gaviria, 2007, 31 diciembre al 6 enero), dividiéndose al país entre el norte y el sur, donde esa estructura mafiosa se apropia del poder local, lo que le facilita la apropiación de los presupuestos regionales y la producción y tráfico de estupefacientes. Corrupción y guerra, en una exitosa combinación, cada una al servicio de la otra, por el botín del manejo de lo público y del control de la producción y tráfico de cocaína y amapola.

Los Señores de la Guerra, que se desligan de la institucionalidad y hasta la desafían abiertamente, ejerciendo su soberanía en amplios territorios, en los que no se escucha ni la voz de la democracia (Kalmanovitz, 2007, 31 diciembre al 6 enero), ni del Estado, ni del Estado de derecho, ni del Estado social, ni de la República Unitaria, ni ninguna voz distinta de sus fusiles y motosierras, y con ella definen la representación regional y el manejo de lo público, y por supuesto, se convierten en una presencia mafiosa para el manejo de todo lo que pueda ser rentable en la región, para lo cual se valen del poder de sus representantes en corporaciones públicas<sup>10</sup>, sin importar su legalidad.

Todo surgido al amparo del concepto de Estado, que como los europeos, quisimos creer que teníamos, sin percatarnos de que somos, o mejor, de que pasamos por un estado de formación, propio de la Europa feudal<sup>11</sup>, que pretendemos comprender y describir con la lógica del siglo XXI.

El desarrollo constitucional de nuestro mundo de hoy no se puede explicar porque los Señores de la Guerra aíslan con su violencia a poblaciones enteras intimidando a sus moradores, obligándolos finalmente a desplazarse a los centros urbanos a partir de la amenaza, cumplida ya en algunos de sus coterráneos, obligándolos a abandonar sus tierras; y en el mejor de los casos, comprándolas a muy bajos precios, con lo que se han formado enormes concentraciones rurales, implicando grandes extensiones del país que soportan dichos procedimientos a cambio de "seguridad", la misma que el Estado, que ha debido garantizar el monopolio de la fuerza en sus manos, no lo ha logrado<sup>12</sup>.

Y del mantenimiento de la guerra se benefician unos pocos, gracias al fomento de la corrupción por vía de la captura de lo público por parte de los "violentos" y de la concentración de tierras en sus manos, lo cual genera otro fenómeno injusto, cruel y muy difícil de manejar para un Estado en guerra permanente: es el desplazamiento de millones de colombianos que huyen de la violencia de la guerra a la violencia de la exclusión y la indiferencia.

Lo democrático de nuestro Estado se queda perdido en medio de la guerra, que retrasa de manera imperdonable la realización de los cometidos de la organización estatal, lo cual a la vez alimenta, en un círculo sin fin, la desconfianza y el desinterés de los ciudadanos en su democracia, todo lo cual le da la razón a quienes señalan que en el curso de nuestra historia vivimos un extraño momento llamado "medio evo

---

10 Como parece haber sucedido, entre otros proyectos, con la aprobación de la llamada "Ley de Tierras", como se insinúa en informe especial del diario El Tiempo, en su edición de febrero 25 de 2007, en sección llamada Primer Plano, en artículo desarrollado a tres páginas, titulado: ¿Cómo va a resolver Uribe la encrucijada?

11 La época feudal se distingue porque se fundaba en un sistema de relaciones contractuales, por medio de las cuales el rey ofrecía tierras y protección a los señores feudales, a cambio de su lealtad y servicio y de esta manera los señores llegaron a tener más poder que el mismo rey, porque protegían a sus siervos a cambio de su sumisión y lealtad.

12 Como se relata, entre otros, en una crónica titulada "Urabá Feudal", de Enrique Rivas, publicada en el semanario El Espectador, de la semana comprendida entre el 31 de diciembre y el 6 de enero de 2007, en la que se lee: "Esta compra desaforada de tierras, a punta de presión, ha llegado al punto de que son contadas las parcelas que quedan entre Arboletes, San Pedro y Necoclí."

posmoderno” (Orozco et al, 1999, p.110); en el cual, nuestra confrontación, queda perfectamente definida cuando se dice que: “La guerra es una masacre entre gentes que no se conocen para provecho de gentes que sí se conocen, pero no se masacran”<sup>13</sup>.

## 2.2 La realidad del Estado de derecho colombiano

Con la debilidad de nuestro Estado a partir de su desarrollo prematuro, en el que lo democrático no ha logrado despegar, como hasta ahora queda planteado, corresponde ahora aproximarnos a nuestra realidad en torno del concepto de Estado de derecho.

Ya hemos destacado como el Estado de derecho tiene como presupuestos la plena vigencia del principio de legalidad como defensa del ciudadano frente la arbitrariedad del soberano, los controles al ejercicio de toda autoridad y la división de poderes en torno de la ley, a partir de la consideración de la dignidad del hombre como centro de la actividad del Estado.

Sin embargo, el Estado de derecho se ha venido fracturando paulatinamente, gracias a varios fenómenos:

La posibilidad de la reelección presidencial ha agravado nuestro esquema presidencialista, gracias al gran poder que adquiere un presidente en ejercicio que tiene opción de ser reelegido. Se han modificado sus relaciones con el Congreso de la República, con los organismos de control y con la rama jurisdiccional, toda vez que ha crecido de manera desmesurada su poder, sin que con su control se haya verificado la misma situación. Aumenta el poder del presidente que

puede aspirar a ser reelegido, sin que su gran poder de intervención en las otras ramas del poder público cambie, el cual puede utilizarlo en función de su campaña re-eleccionista, lo que hace que cambien las relaciones del presidente con las ramas del poder público:

- Con el Congreso de la República, la rama ejecutiva, o mejor, la figura del presidente, ha adquirido más y más protagonismo, quitándole poder y posibilidades de control, tanto con el ejercicio del poder como con la utilización de la función pública con fines electoreros, con lo que el ejecutivo logra fácilmente reducir o poner de su lado a la rama legislativa del poder público, sin que el control que ejerce su juez natural, que es, precisamente el Congreso de la República, sea ni mínimamente eficaz, a tal punto que desde hace décadas no se observa a una Comisión de Acusaciones trabajando en serio, acusando, investigando, realmente controlando. Las mayorías que el ejecutivo logra en su favor en el legislativo a partir de intercambios se oponen a cualquier control.
- Con la rama judicial, encargada de juzgar los actos del gobierno, cambia sus relaciones en el entendido de que la rama legislativa, de manera importante intervenida por la rama ejecutiva, elige a los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura (específicamente a los de la sala jurisdiccional disciplinaria) de ternas que le envía el mismo poder ejecutivo (artículo 254 C.P.), quienes a su vez son los que elaboran las listas para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículo 231 C.P.); y a su vez los magistrados de la Corte Constitucio-

13 Paul Valery, citado en un artículo publicado en la revista *Población Civil* de la Defensoría del Pueblo, como encabezado en artículo llamado “Buenaventura, desmovilización de las autodefensas y disputa armada por los espacios desalojados”, escrito por José Manuel Hernández Salinas; p.1.

nal son elegidos de ternas hechas, tanto por el mismo presidente de la república, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, organismos estos en cuya conformación, el presidente puede llegar a tener una incidencia importante como queda planteado. Pero además, el Fiscal General de la Nación, quien también hace parte de la rama judicial (artículo 116 C.P.), es elegido por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el presidente de la república (artículo 249 C.P.). Y no es específicamente que cambien las relaciones del presidente con la rama jurisdiccional, el punto es precisamente que no cambia su gran poder de incidencia en su conformación y en cambio si se varía el tiempo que puede llegar a estar en el gobierno, con lo que en su intervención en la conformación de la rama judicial reduce los controles de sus actos de gobierno y mejora sus posibilidades de ventaja de sus contradictores políticos, desdibujando este supuesto del Estado de derecho.

- Con los organismos de control cambia también en el entendido de que mantiene su mismo poder de designación de sus controladores, frente a las nuevas posibilidades que le otorga su reelección.
- El llamado “choque de trenes”, del cual nos ocuparemos adelante, ha producido una serie de confusiones altamente dañinas para el Estado de derecho, en relación con, quién controla a quién al interior de la rama jurisdiccional.
- La ruptura del Estado en torno del poder regional, promovida por los Señores de la Guerra, ha servido de excusa para fortalecimiento del poder central y consecuentemente el debilitamiento de las finanzas regionales, los partidos políticos, el congreso de la república, el Banco de la República (Kalmanovitz,

2007, 31 diciembre al 6 enero), todo ello en función del incremento de poder del ejecutivo central (21 a 27 de enero).

### 2.3. El Estado social colombiano

Como se sabe, el Estado social surge de las limitaciones del liberalismo individualista, de generar felicidad para todos los asociados, frente al comportamiento particularmente injusto de la mano invisible, que se aseguró de que pocos bolsillos estuviesen repletos, y que la gran mayoría ni siquiera existiesen. Esa mano invisible que regula la oferta y la demanda, que ensayó el mundo durante tantos años, produjo muy pocos adinerados y una enorme mayoría de miserables. Y es cierto que el liberalismo parte de reconocer y garantizar las libertades del hombre, lo que no fue suficiente dado que el mundo necesitaba, además de libertades, un poco de equidad.

En ese nuevo orden constitucional, el del Estado social, adquiere dimensiones insospechadas el concepto de justicia distributiva, que aparece en nuestro orden constitucional a partir del artículo 13 que la consagra. De ahí que el avance del Estado liberal al social trae implícito el paso de la libertad a la igualdad, lo que parte del concepto de una sociedad efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia, dentro de una perspectiva social clara en relación con los derechos y deberes que deben asignarse para lograr los beneficios de la cooperación, y la forma como deben distribuirse los beneficios obtenidos con dicho orden social, en una sociedad entendida como sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos libres e iguales.

El advenimiento del Estado social nos coloca frente a la ubicación del ser humano como eje central de la misión y el quehacer de la organización estatal que se convirtió en garante de la realiza-

ción material de los principios de dignidad humana e igualdad de oportunidades, a partir de considerar un mínimo existencial propio de cada ser humano. Como fue tarea del liberalismo desarrollar y respetar las libertades, el Estado social se compromete definitivamente con la satisfacción concreta de los derechos económicos sociales y culturales, con un claro concepto equitativo de redistribución de riquezas.

La Carta Política reconoció una generosa lista de derechos, como ya se dijo, e incluyó mecanismos económicos y jurídicos para garantizar su prevalencia, de lo cual no se hizo mucho de lo que se ordenó, ni queda todo lo que se dijo inicialmente.

Entre los económicos se incluyó la destinación creciente de los ingresos fiscales a las regiones, de suerte que los artículos 356 y 357 señalaban incluso porcentajes y formas de distribución para la financiación de salud y educación, hasta tanto se llegara a la atención adecuada, y el aumento sistemático de los recursos destinados a inversión social, todo lo cual fue cambiado con el Acto Legislativo 01 de 2001, limitándose a unos puntos por encima de la inflación. Con la Ley 100, sobre la base de la mano invisible del mercado, se entregó la administración de la salud a las empresas privadas EPS y ARS y se crearon los fondos privados de pensiones. El Estado con sus políticas públicas ha sido incapaz de enfrentar la inequidad de la sociedad colombiana, lo cual se evidencia en las cifras catastróficas que nos muestran los niveles de pobreza, de desempleo, de exclusión, de desplazamiento, de salud y de educación (Arias, 2006, p. 127 y ss) que vemos todos los días en los distintos análisis de la realidad nacional.

Entre los mecanismos jurídicos se encuentra por su puesto todo el llamado sistema nacional e internacional de protección de derechos humanos, den-

tro de los cuales los jueces son el centro de la actividad de protección, con la acción de tutela como la principal protagonista, por lo menos en el ámbito de lo nacional, lo cual será abordado más adelante.

Dentro de la justificación para la reducción de los ingresos a las regiones, por supuesto que se encuentra la guerra, y la actividad de los Señores de la Guerra. Pero también la falta de voluntad política, y tal vez la falta de capacidad de los políticos de cambiar, como lo reconoció valerosamente en su momento un senador, que luego de ser congresista durante 22 años, confiesa su frustración e impotencia por no haber podido hacer nada al encontrarse con lo que identifica la lucha por la equidad como: "imposible en nuestro país, dominado por minorías privilegiadas que detentan el poder político", todo al percatarse desde su curul legislativa, que "los poderes económicos son los dueños del poder político mientras no se rompa ese círculo infernal que deforma la democracia y hace de ella una plutocracia". Y agrega, "hoy, acepto, humillado y avergonzado ante la realidad, el triunfo de la injusticia y del oprobio, la inutilidad de mi discurso y mi fracaso al no haber podido contribuir en el cambio de las estructuras económicas que nos rigen"<sup>14</sup>.

Y del cambio de esas estructuras económicas que nos rigen depende fundamentalmente el desarrollo de lo social de nuestro Estado, que espera su oportunidad de desarrollar la equidad, aterrado ante la posibilidad de ser cambiado sin que haya podido concretarse, cambiado en función de un "estado comunitario unipersonal", como ya avizora por algunos (Kalmanovitz, 2006, 19 a 25 de noviembre), cuando identifican el fracaso del Estado social y democrático de derecho a partir de la observación de realidades que llevan a concluir que:

---

14 Entrevista ofrecida por el ex senador por el partido liberal, doctor Darío Martínez, al diario El Tiempo, publicada en su edición de julio 16 de 2006.

Hoy el Estado es una carcasa burocratizada, clientelizada: proveedor de servicios sociales deficientes, de justicia maltrecha y de seguridad perforada por el paramilitarismo. Se echan de menos las grandes inversiones en puertos y en carreteras estratégicas, se prometen obras pequeñas en consejos comunales, robándoles autogobierno a alcaldes, a gobernadores y a sus ciudadanos. El estado comunitario unipersonal, desplazando al estado social de derecho que nunca alcanzó a concretarse (Kalmanovitz, 2006, 19 a 25 de noviembre).

Mientras el concepto de estado para nosotros no está completo por ausencia de uno de sus presupuestos empíricos, mientras que se nos va de las manos lo social, mientras el estado de derecho está cada vez más debilitado, mientras la democracia también es de alguna manera ilegítima<sup>15</sup>, nosotros, los colombianos, no podemos seguir analizando nuestro “orden constitucional” a la luz de las propuestas de los pensadores europeos, que reaccionan a partir de una realidad diferente, de un Estado de bienestar, facilitado y exigido por la integración regional, dentro de una lógica distinta a la nuestra de producción y distribución de riqueza. Nuestra realidad es diferente, y por tanto merece ser atendida desde nuestras propias vivencias y carencias, desde nuestra realidad feudal de país en guerra, que espera en su administración de justicia la redención para la concreción de verdad de un Estado Social y Democrático de Derecho.

#### **LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO RESPONSABLE DE LA COHERENCIA ENTRE LA REALIDAD COLOMBIANA CON SU FÓRMULA CONSTITUCIONAL**

Tal vez el papel de la justicia en esa “fórmula constitucional” propuesta en la Carta Política de 1991 sea de lo más volátil e indefinido que tenemos

hasta el momento, por lo que podríamos decir que nuestro Estado en construcción, que percibe su Constitución como el derrotero del país para los próximos tiempos, podría, o mejor, debería buscar en el sentido de la justicia, de esa nueva justicia, de esa justicia en construcción, la del Estado social y democrático de derecho, el rumbo para superar sus dificultades.

El origen de todo este embrollo de lógicas y prioridades se suscitó, al parecer, por no haber partido de un pacto, de un verdadero pacto social, que involucrara a todos, que de manera sincera no excluyera a las masas, al pueblo, pretendiendo superar ese grave y creciente conflicto social con presencia militar y con la represión ofrecida y dispensada por el derecho penal; todo lo cual terminó en la formulación de políticas de seguridad que no respondían a la causa de lo que pretendían remediar, que era precisamente la protesta por la exclusión social, y solo se dirigían a acallar las voces de los rebeldes (no de la insurgencia como de los rebeldes que no participan de nuestra “democracia”), de las dignidades y los estómagos que no se conformaban, como no se conforman hoy, con su mundo de exclusión y de negación, en favor de unas minorías en su inmensa mayoría corruptas, que se nutren del poder.

Dicho de otra manera, en vez de fuerza, el conflicto social necesitó justicia. Nuestra justicia debió servir para superar ese gran conflicto que suscitaba la búsqueda de la equidad, que se “atendió” con fuerza. Y esa equivocación, la de proponer meramente una solución de fuerza contra los movimientos populares y la insurgencia armada, todos ahora bajo el rótulo de “terroristas”, facilitó y favoreció la aparición en el doble escenario político y de guerra, de los grupos paramilitares; habiendo evolucionado todos ellos

15 Aunque el columnista de El Tiempo, Eduardo Posada Carbó no esté de acuerdo con este calificativo para nuestra democracia, según se lee en su obra “Ilegitimidad del Estado en Colombia sobre los abusos de un concepto”, Bogotá, Ediciones Alfaomega Colombiana S.A. 2003.

hoy a un escenario de guerra, repleto de complejidades y de razones por las cuales no salir de él, vinculadas básicamente con el inmenso poder que otorga la amenaza, y, de otra parte, la seguridad que produce el dinero producto del narcotráfico.

El constituyente del 91, en su inmensa sabiduría, fija las pautas a partir de las cuales se debe llegar a la paz: respeto de los derechos-libertades dentro de una política social que debe conducir a la equidad; orientada por la dignidad, el trabajo, la solidaridad, y en última instancia, la vigencia del interés general; aspectos frente a cada uno de los cuales la justicia tiene mucho, o casi todo que decir.

Por eso, dar un paso importante en la búsqueda de un verdadero orden de las cosas en nuestro entorno social, o, si se quiere, en nuestra realidad constitucional, se relaciona con ponernos de acuerdo en torno del alcance de nuestra justicia frente a la realidad en la que se desenvuelve: en primer término, para analizar como debiera ser, y contrastar ese deber ser con la forma en que ha sido, para identificar qué se debe cambiar, y qué hay que hacer para que ello suceda.

### La justicia que soñamos

La consolidación de la fórmula constitucional en torno de un Estado social y democrático de derecho nos dejó en la perspectiva del logro de la igualdad material, como marco real de un espacio económico política y socialmente justo para todos, así como se reconoce desde el preámbulo de nuestra Constitución. En este contexto una sociedad es justa cuando además de reconocer derechos y libertades dispone de los medios suficientes para hacer de ellos uso efectivo y real, por parte de todos los asociados. Libertad e igualdad en constante conflicto, que por su-

puesto delinea y redefine de manera categórica el concepto mismo de justicia.

Para ello, en el artículo 1º constitucional se declaró como principio que el primer elemento sobre el cual se fundaba ese Estado era la dignidad humana, seguido del trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. Y como si fuera poco, en el artículo 2º, al declararse los cometidos estatales se señala que los fines del Estado son servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, entre otros.

Cuando la Carta Política señaló la dignidad como primer elemento fundante de nuestro Estado, la ubicó antes que el trabajo, la solidaridad y el interés general, y eso es ya una primera señal para la forma de interpretar todo el texto constitucional, y por supuesto, el comportamiento de nuestro Estado en relación con el diseño y ejecución de todas las políticas públicas desarrolladas en su nombre. En la dignidad humana (tal vez el término resulte pleonástico), el Estado colombiano justifica toda su actividad y su existencia misma (Arias, 2006, p.13 y ss).

La dignidad humana no se queda solo en una explicación teórica de la dimensión del ser, sino que se concreta en supuestos socioeconómicos, tal y como lo ha aclarado la Corte Constitucional<sup>16</sup> al decir que:

El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (C.P. art. 1.). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que com-

16 Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1.992.

prometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales. El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (C.P. art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en su sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social.

A partir de la claridad de los objetivos de nuestro Estado es desde donde se reconocen los derechos que estamos dispuestos a respetar y garantizar, se diseñan los medios que se van a emplear para materializar su vigencia concreta, más allá del reconocimiento formal, se crean las instituciones encargadas de cumplir dichos objetivos y se les señala las funciones necesarias para su logro. Un orden político, económico y social *justo* como presupuesto para la garantía de la vida, la convivencia, el trabajo, la *justicia*, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, señala pretencioso el preámbulo de la Carta como la razón de ser de nuestra existencia como Estado.

En ese nuevo orden constitucional adquiere dimensiones insospechadas el concepto de justicia distributiva, que aparece en nuestro orden constitucional a partir de esa doble connotación de la justicia, del objetivo de nuestra organización política, que se concreta en el artículo 13 constitucional. La libertad y la igualdad formalmente las reconocía ya el Estado liberal, pero su materialización es solo propia del Estado social y democrático de derecho, nada menos que el lograrlo se convierte en la única tarea del nuevo orden constitucional, que, como lo afirma el autor (Rawls, 2002, p. 24), reconoce la existencia de un conflicto entre las demandas de libertad y de igualdad del pensamiento democrático.

De ahí que el avance del Estado liberal al social y democrático de derecho trae implícito el paso de la

libertad a la igualdad lo que parte del concepto de una sociedad efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia, dentro de una perspectiva social clara en relación con los derechos y deberes que deben asignarse para lograr los beneficios de la cooperación, y la forma como deben distribuirse los beneficios obtenidos de dicho orden. Una sociedad democrática entendida como un sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos libres e iguales (p.24).

Consciente de esta nueva realidad en torno de esa nueva justicia, el legislador plasmó con precisión los objetivos de la administración de justicia en el artículo 1º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (270 de 1.996), en el que se indica que:

La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

El advenimiento del Estado social y democrático de derecho nos coloca frente a la ubicación del ser humano como eje central de la misión y el quehacer de la organización estatal que se convirtió en garante de la realización material de los principios de dignidad humana e igualdad de oportunidades, a partir de considerar un mínimo existencial propio del ser humano.

Esa nueva justicia, con la obligación de hacer prevalecer la equidad y los derechos, tanto los llamados derechos libertades, como los económicos sociales y culturales, otorga un desarrollo enfático a estos últimos, a partir de hacer efectivas las obligaciones de solidaridad de los que más retienen en favor de los que menos tienen y más requieren, todo ello, no solo con el fin, sino como único camino para realizar la convivencia social armónica y lograr la concordia nacional.

Todo esto supone una justicia consciente, primero del lugar que ocupa en la sociedad en que se desarrolla, vale decir, con conciencia de lo que supone desplegar sus alas en un país en guerra, que no ha consolidado el monopolio de la fuerza en cabeza del Estado; en segundo término, consciente del papel que debe jugar en la consolidación de ese presupuesto empírico del Estado, esto es, que no permita que termine siendo utilizada como arma de guerra, sino que su papel sea protagónico como dispensadora de soluciones para los múltiples conflictos que tiene que resolver en la realidad del entorno en que se desarrolla.

Una justicia capaz de contribuir decididamente con la consecución de la paz, de hacer prevalecer la democracia, sin desquiciar el Estado de derecho, dispuesta a combinar la protección de los derechos libertades con los económicos sociales y culturales, esto es, capaz de generar un espacio justo para todos los colombianos.

### **La justicia que tenemos**

Una justicia que trata de desarrollarse en medio de la guerra, de un país que por eso mismo tiene poco desarrollo democrático, en el que el Estado de derecho pierde validez por la ampliación del poder presidencial, y en el que el desarrollo social es mera retórica, precisamente porque ello supone la limitación de los privilegios de los financiadores de la democracia, no tiene propiamente un camino limpio de espinas y dificultades, y por el contrario, en algunas ocasiones, también las altas posiciones de la justicia terminan siendo convertidas en representaciones de distintos poderes, no siempre identificados con la generación de ese espacio económico, político y social justo para todos, que menciona la Constitución Política como justificación de nuestra existencia como Estado.

La justicia colombiana no ha podido hacer efectivos los derechos de los millones de miserables

que produce nuestra economía en admirable crecimiento, ni de los millones y millones de desempleados que produce nuestra balanza comercial, ni de los desplazados, huérfanos y viudas que se producen todos los días con la “amenaza terrorista” en medio de la cual vivimos, frente a la mayor indiferencia de “la gente bien”; ni de los miles de secuestrados que llevan años en medio de la selva colombiana, víctimas de la retención ilegal, pero también de la arrogancia que supone el desconocimiento de la existencia de un conflicto armado y el tratamiento de prisioneros de guerra que se merecen, ni se ha dispensado justicia a ese gran número de colombianos que ha debido dejar sus parcelas por la amenaza y la presión de las grandes organizaciones al servicio de la guerra, ni a los campesinos que vieron en el cultivo de la coca y la amapola el único medio para asegurarse ese mínimo existencial que el Estado social de derecho fracasó en garantizarles, ni se les ha dispensado justicia a los pobres sin educación y con menos oportunidades que desesperados buscaron en el delito una forma de reivindicar aquello que el Estado social de derecho no logró.

Y en cambio, seguimos relacionando la justicia con la actividad procesal, con las barandas y las notificaciones, las formalidades y la excesiva reverencia por la cosa juzgada, cuando la dignidad humana está por encima de todo esto y de la legalidad misma, lo cual se aclara al comprender que la dignidad está antes que el mismísimo interés general, el cual solo puede entenderse en la suma de las dignidades de todos y cada uno de los colombianos que con añoranza la buscan.

### **Principales obstáculos que se oponen a que la justicia que tenemos coincida con la justicia que soñamos**

Innumerables, seguramente, pueden resultar las dificultades que nos enfrentan a que nuestra justicia responda de manera eficaz a su función de



hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y en la ley, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional. Sin embargo, nos aventuramos a destacar algunas, que merecen ser por lo menos mencionadas y planteadas brevemente, sin dejar de reconocer que deben existir muchas más, para lo cual las dividimos en dos niveles de acuerdo con su nivel de complejidad.

### En el plano conceptual

De ese nuevo *Edificio Colombia* se realizó una construcción, no solo retórica, de alcance meramente semántico, sino que se identificó la necesidad de crear un espacio económico, político y social justo para todos, y con ese objetivo se puso la primera piedra y se echaron las bases con la proclamación y juramento de la Constitución del 91, y se diseñó el material con el cual estaría construida la estructura de la edificación, la cual sería una combinación entre unas altas dosis de dignidad y de solidaridad, que mezcladas con trabajo, producirían una resistencia suficientemente capaz de atender los requerimientos de los habitantes del nuevo edificio, que decidieron cambiarse ante la insuficiencia y estrechez con que vivían el mayor número de habitantes del antiguo edificio, en busca del interés colectivo de los copropietarios.

En este nuevo espacio, en el que se buscó mejorar las condiciones de vida del anterior, tenía que haber, no sólo el conjunto de derechos libertades que se protegían allí, sino que además los económicos sociales y culturales, cuya garantía representa el reto a superar por el nuevo concepto de construcción, sin menoscabar los otros. O planteado de otra manera, se debían desarrollar con equidad los derechos de segunda generación sin afectar libertades o derechos

de primera generación, lo cual comporta, al parecer, una contradicción en sí misma.

Los derechos del Estado liberal, combinados con los derechos del Estado social, con un claro mandato interpretativo, de colocar a la dignidad por encima del interés general, generan, por lo menos, algunas dificultades para el intérprete: nuestra Constitución puede ser catalogada de liberal por realizar un reconocimiento tan amplio de los derechos de libertad, los cuales son a su vez son conservadores en el plano de lo social, puesto que su respeto supone la no intromisión en aspectos claves para la sociedad, pero a la vez, es progresista en el campo del control y la sanción porque el respeto por las libertades implica un Estado menos controlador; a su vez, el Estado social, se vincula mejor con los derechos económicos sociales y culturales, con el riesgo siempre de terminar en autoritarismo eficientista.

Estas dificultades que surgen de combinar al Estado liberal con el Estado social, son abordadas desde dos posturas de interpretación que suponen orientaciones completamente diferentes, *el constitucionalismo* y *el legalismo*, cuyo abordaje supone tener claro el sentido general del Estado, sobre lo cual debe existir unos parámetros fijos en torno del matiz que deben imprimirle los jueces a los conflictos que son sometidos a su consideración, orientación y sentido que solo puede ser ofrecido por el órgano que diseñó la Constitución para que garantice la vigencia de sus mandatos: la Corte Constitucional, quien debía, como lo ha hecho en la mayoría de sus pronunciamientos, realizar la ponderación en lo que podríamos llamar el antiguo régimen y el nuevo papel de la justicia con equidad, autorizada para restringir la discrecionalidad de todos los demás órganos de los poderes públicos con la decisiones de profundo contenido político que debe adoptar en su misión de guardar y desarrollar la Constitución (Orozco, 1999, p.134).

No podía ser de otra manera si se quería cambiar, de un derecho basado en el interés general, a uno que tuviera como centro de su desarrollo la dignidad y la equidad. Y por esta razón, la Corte Constitucional molesta con sus decisiones a todos los demás órganos de los poderes públicos, incluidas, por supuesto, las otras instancias judiciales, adoptando decisiones en algunos casos calificadas de invasivas, de arbitrarias en otros, y hasta de abusivas.

Y para evitarse lo que podría ser el despliegue de una amplia facultad de guarda de la Constitución, que por amplia e imprecisa podría ser vista como invasora de las otras esferas del poder, para salvaguardar ante todo el avance de la nueva Constitución, del nuevo orden, en países como Alemania, Italia y España, se diseñó un tribunal constitucional por encima y por fuera de cualquier vecindad con la rama judicial, con la obligación de obediencia de sus providencias, para cualquier otra autoridad del Estado, lo cual no sucedió en nuestro medio, aunque existen planteamientos modificatorios en esa dirección (Echeverri, 2006).

Es la Corte Constitucional la que tiene que fijar los parámetros de interpretación en pos del Estado social y democrático de derecho, y para ello tiene que tener la capacidad de intervenir todas las actividades de los demás funcionarios del Estado. En la situación actual, de los jueces esperamos decisiones conforme a derecho, esto es, respetando el principio de legalidad, pero acordes con el Estado social y democrático de derecho. Pero, los jueces todavía no tienen un derecho social para aplicar desde la ley, porque la ley, en lo fundamental para el desarrollo del nuevo Estado, no ha cambiado. Las causas por las que el mundo caminó hacia el Estado social, no han sido decididamente atendidas desde la ley colombiana por distintas razones.

El enfrentamiento entre un derecho que no se quiere ir, el de la protección de los privilegios y el respeto excesivo por las formas, desde el pro-

rito de la seguridad jurídica, con un nuevo derecho planteado en la Constitución, desde la justicia distributiva, el cual debe ser interpretado con la clave profundamente revolucionaria para nuestra realidad, como es la de la equidad en pos de la dignidad, subordinando al interés general, en la búsqueda de un espacio económico, político y social justo para todos, es lo que vivimos todos los días en nuestra realidad política y judicial.

En el Estado social, a diferencia del Estado liberal, todas las demandas en pos de derechos de los ciudadanos, se “justicializan”, así que el principal llamado a su reconocimiento es el juez, y por eso la coherencia con la misión de la rama judicial consignada en su ley estatutaria, por lo que el poder del juez amplía su espacio de acción en el nuevo orden jurídico, todo desde la señal, una única señal, que debe provenir del faro orientador del sentido del desarrollo de ese nuevo Estado, el social y democrático de derecho.

Hay que terminar de construir el nuevo edificio que se inició con la Constitución del 91, del cual hasta ahora está la estructura, por cuyas columnas metálicas pasan haciendo equilibrio las sentencias de la corte constitucional, a la espera del piso nuevo (ley) de cada uno de los temas que se ponen a su consideración.

### **En el plano funcional**

La principal dificultad, en este campo, está dada porque la Carta Política, de una parte señala que la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución está en cabeza de la Corte Constitucional (artículo 241), pero, de otra, otorga la competencia residual de la guarda de la Constitución al Consejo de Estado (artículo 237.2); pero a la vez, señala que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (artículo 234), y, por esta vía, se entiende que sien-

do los organismos de cierre de sus correspondientes jurisdicciones, tanto la Corte Suprema de Justicia, como el Consejo de Estado, producen decisiones que hacen tránsito inexorablemente a la cosa juzgada.

Todo lo anterior indica que la Corte Constitucional está catalogada como una alta corte, a la altura de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y teniendo como misión fundamental la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, se encuentra con la talanquera que supone, primero, compartir del análisis de la constitucionalidad con el Consejo de Estado, y, en segundo término, no poder producir sentencias con capacidad para remover la ejecutoria material de las providencias judiciales.

La Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en desarrollo de los parámetros señalados por el artículo 241 de la Carta, controla rigurosamente la actividad legislativa y todas las decisiones relacionadas con los estados de excepción, con los tratados internacionales, además de su eventual revisión de cualquier sentencia de tutela, actividades con los cuales, la Corte Constitucional ha realizado un gran esfuerzo hermenéutico para indicar la forma en que debe entenderse la Constitución, lo cual le ha generado un enfrentamiento con funcionarios y autoridades de todas los niveles, con su consecuente desgaste.

Por otra parte, la facultad constitucional de investigar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia está colocada en cabeza de la Cámara de Representantes (artículo 178.3), y su juzgamiento en el senado (artículo 174); y a la vez, la investigación y juzgamiento de los congresistas, está dentro de las funciones de la Corte Suprema de Justicia (artículo 235.3).

Todos los enfrentamientos producidos desde este panorama de falta de precisiones es lo que

generalmente se le ha llamado con el nombre de “choque de trenes”, que, en algunos casos, han representando serios enfrentamientos en torno del cumplimiento de decisiones judiciales en las que la Corte Constitucional en ejercicio de la eventual revisión de las sentencias de tutela, decide dejar sin efectos decisiones judiciales producidas por jueces de las otras jurisdicciones.

Es claro que mientras no se cambie la Carta Política es la Corte Constitucional la responsable de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, para lo cual tiene amplias facultades de interpretación constitucional, aún en ausencia de regulación legal, en función de un desarrollo jurisprudencial que nos acerque a ese espacio político, económico y social justo para todos, señalando parámetros de orientación, de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios públicos, e incluso, de ser necesario, impartiendo órdenes que se relacionen con el cumplimiento de sus fallos, también a cualquier servidor público, incluidos todos los jueces de la República.

La función de guarda de la supremacía e integridad de la Constitución solo la tiene la Corte Constitucional, y en su cumplimiento, ella, y solo ella, está por encima de las vanidades y soberbias que se esconden detrás de la sombra implacable de la cosa juzgada, que cuando atenta contra la dignidad de cualquier persona, está por encima, tanto del interés general, como de la cosa juzgada, y de lo que tenga que estar. El interés general no puede justificarse en el sacrificio de la dignidad de ninguna persona.

## A manera de conclusión

Terminar la construcción supone desarrollar el derecho como el espacio ideal de la búsqueda de la paz, un derecho en el que no se excluya a

nadie, un derecho que permita la co-habitación de las expectativas satisfechas de la mayor cantidad de nuestros compatriotas que son precisamente los más necesitados, con la holgura ambiciosa de los más pocos, de los que más tienen. Esta cohabitación pacífica implica, entre otras cosas, la redefinición del concepto de justicia social como ejercicio de la caridad dadivosa, en favor del reconocimiento de las necesidades mutuas, un replanteamiento en la propiedad de las tierras, un respeto inquebrantable por los bienes y dineros públicos, una función pública que garantice estabilidad con calidad, una rama judicial imparcial e independiente, comprometida con el desarrollo de los derechos y menos interesada en avalar la respuesta punitiva del Estado, posiblemente el replanteamiento de la lucha contra la producción y tráfico de drogas ilícitas, y, en general, el desarrollo con dignidad de los derechos económicos sociales y culturales, sin sacrificar las libertades públicas.

Porque solo cuando tengamos paz, originada en la justicia social, podremos considerar satisfecho el presupuesto empírico del Estado, y con el monopolio de la fuerza en cabeza de la organización política, podremos redefinir la intensidad de lo social que le queremos imprimir, para que sea el pueblo el que se apropie de los espacios que hoy están en manos de intereses particulares.

Solo cuando tengamos un país en paz, con justicia social, con igualdad de oportunidades, con el reconocimiento del otro, superando las vanidades que se van consolidando con discursos sordos, tendremos un horizonte de esperanza, que tiene que comenzar a vislumbrarse con un proceso de paz integral, con vinculación y compromisos de todos, que podría iniciarse con lo que se ha llamado un "intercambio humanitario". Sin verdad no hay reconciliación, sin reconciliación no hay paz, sin paz, no hay Estado, sin paz no hay justicia, y para que haya

paz, es necesaria mucha imaginación y, sobre todo, una alta dosis de indulgencia: "La misericordia y la verdad se encontraron, la justicia y la paz se besaron".

## BIBLIORAFÍA

- Arias, J. C. (2006). *Sistema Acusatorio Colombiano Análisis desde su Implementación*. Primera edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Barreto, H. (2000). *Administración de Justicia Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho*. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Echeverri, A. (2006). *La Constitución de 1991 y el principio de seguridad jurídica*. Cuadernillos Avances. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Gaitán, J. E. (2003). *Democracia radical en Colombia*. Selección de Ricardo Sánchez Ángel. Bogotá: Fundación para la Educación y la Cultura.
- Gaviria, A. (2007, 31 diciembre al 6 enero). Por punta y punta. Columna. *El Espectador*.
- Herrera, J. Los derechos humanos: una visión crítica...
- Kalmanovitz, S. (2007, diciembre 31 al 6 enero). Enfeudización de la Costa. Artículo. *El Espectador*.
- \_\_\_\_\_. (2007, 21 a 27 de enero). El país que envisiono. Artículo. *El Espectador*.
- \_\_\_\_\_. (2006, 19 a 25 de noviembre). La Revisión de la Constitución del 91. Artículo. *El Espectador*.
- Madriñan, R. E. (2001). *El Estado social de derecho*. Primera reimpresión de la primera edi-

- ción. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Mir, S. (1994). *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Primera edición. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Montenegro, A. (2007, 21 al 27 de enero). Poder, votos y balas. *El Espectador*.
- Orozco, I. et al. (1999). *Los Peligros del Nuevo Constitucionalismo en Materia Criminal*. Primera edición. IEPRI. Universidad Nacional. Bogotá: Editorial Temis.
- Rawls, J. (2002). *La Justicia como Equidad una Reformulación*. Traductor Andrés de Francisco. Barcelona: Editorial Paidós.
- Posada, E. (2003). *Ilegitimidad del Estado en Colombia sobre los abusos de un concepto*. Bogotá: Alfaomega Colombiana S.A.
- Vila, I. (2004). *Nuevo derecho constitucional parte general y colombiana*. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.