

Patrocinado por:



Unión Europea

Iniciativa impulsada por:



Comisión Andina
de Juristas

INDEPENDENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA EN CLAVE DE POBLACIONES VULNERABLES

Por

GERMÁN BURGOS PhD¹

LUISA FERNANDA GARCÍA. Mg

ILSA

BOGOTÁ, MAYO DE 2015.

1. Profesor Asociado Universidad Nacional de Colombia. Investigador Asociado. Colciencias.

Hacia el acceso igualitario a una justicia independiente. Balance de la situación en poblaciones vulneradas.

© Fortalecimiento del acceso igualitario a una justicia independiente y transparente en la Región Andina: auditoría social y transparencia.

© Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA)

© Germán Burgos Silva

Todos los derechos reservados.

Puede citarse parcial o totalmente citando la fuente.

Edición para Colombia, Bogotá, D.C. junio de 2015.

Coordinación editorial

Daniela Albán Domínguez

ISBN: 978-958-8341-60-6

Edición, diseño, diagramación y corrección de estilo

Alexander García

Impresión en Colombia

Digiprint Editores E.U.

Calle 63Bis No. 70-49

Tel.: (57-1) 251-7060

© Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA)

Calle 38 No. 16-45

Teléfono: (57-1) 288-4772

Fax: (57-1) 288-4854

www.ilsa.org.co

Correo electrónico: ilsa@ilsa.org.co

© Comisión Andina de Juristas (CAJ)

Loa Sauces 285, Lima 27

Teléfono: (51-1) 440-7907

Fax: (51-1) 202-7199

www.cajpe.org.pe

Correo electrónico: postmast@cajpe.org.pe

«Este documento se ha realizado con la ayuda financiera de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de las organizaciones socias del Proyecto: Comisión Andina de Juristas (CAJ), Fundación CONSTRUIR, Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES), Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. De ningún modo debe considerarse que refleja la posición de la Unión Europea».

Bogotá, D.C. junio de 2015

INDEPENDENCIA Y ACCESO A LA JUSTICIA EN CLAVE DE POBLACIONES VULNERABLES

Proyecto:



**Auditoria Social a los
Sistemas de Justicia**

Socios participantes:



Bolivia



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Chile



Colombia



Ecuador

Índice

Introducción

1. El sistema judicial colombiano. Un mapa de actores institucionales

2. Reconocimiento del principio de Independencia Judicial y su alcance.

2.1 MARCO LEGAL	14
2.2 GARANTÍAS INSTITUCIONALES PARA LA INDEPENDENCIA	15
2.3 LIMITACIONES PARA EL AUTOGOBIERNO. UN BALANCE CRÍTICO DEL CONSEJO.	16
2.4 EL FUTURO CRÍTICO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.	22
2.5 GARANTÍAS PARA LA INDEPENDENCIA PERSONAL DE LOS OPERADORES JUDICIALES.	25
2.6 LA CARRERA JUDICIAL	28
2.7 RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y DE EVALUACIÓN DE JUECES(ZAS) Y FISCALES	39
2.8 EL MARCO FORMAL, SU DISEÑO Y FUNCIONAMIENTO.	44
2.8.1 Procedimientos para el nombramiento de jueces(zas) idóneos.	44
2.9 LA ESTABILIDAD EN EL CARGO	45
2.10 LA AUSENCIA DE PRESIONES INTERNAS Y EXTERNAS DURANTE EL EJERCICIO DEL CARGO	47
2.11 EL JUZGAMIENTO EN FUNCIÓN Estrictamente DEL DERECHO	50
2.12 OTRAS PRÁCTICAS ASOCIADAS CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL	52

3. Acceso a la justicia

3.1 MARCO JURÍDICO GENERAL DE ACCESO A LA JUSTICIA	54
3.1.1 Instrumentos internacionales ratificados por Colombia	61
3.2 ACCESO A LA JUSTICIA PARA NIÑOS Y NIÑAS.	63
3.2.1 Análisis formal, normas y jurisprudencia.	63
3.2.1.1 Toda persona.	63

3.2.1.2 Derecho a ser escuchados.....	65
3.2.1.3 Debidas garantías.....	66
3.2.1.4 Plazo Razonable.....	68
3.2.1.5 Juez competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad de la ley.....	68
2.3.2 Ciertas percepciones y prácticas sobre el acceso a la justicia de niños(as).....	70
2.3.3.1 Toda persona.....	72
2.3.3.2 Debidas Garantías.....	72
2.3.3.3 Plazo Razonable.....	72
2.3.3.4 Juez competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad.....	72
3.3 DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS COMUNIDADES INDÍGENAS	73
3.3.1 Análisis formal, normas y jurisprudencia	73
3.3.1.1. Toda persona.....	73
3.3.1.2. Debidas garantías.....	76
3.3.1.3 Juez competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad de la ley.....	79
3.3.1.4. Determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o cualquier otro carácter.....	82
3.3.2 Ciertas percepciones y prácticas sobre el acceso de los(as) indígenas a la justicia.....	86
3.3.3 Balance del acceso a la justicia de los (as) indígenas.....	88
3.3.3.1 Toda persona.....	89
3.3.3.2 Debidas Garantías.....	89
3.3.3.3 Plazo Razonable.....	89
3.3.3.4 Juez competente e imparcial previo.....	90
3.3.3.5 Determinación de sus derechos y obligaciones.....	90
3.4 DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES	91
3.4.1 Análisis formal, normas y jurisprudencia	91
3.4.1.1 Toda persona.....	91
3.4.1.2 Derecho a ser oído.....	92
3.4.1.3 Debidas garantías.....	92
3.4.1.4 Plazo razonable.....	95
3.4.1.5 Juez competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad de la ley.....	96
3.4.1.6 Determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o cualquier otro carácter.....	96

3.4.2 Jurisprudencia Mujer-Conflicto	101
3.4.3 Ciertas percepciones y prácticas de acceso de las mujeres a la justicia.	104
3.4.4 Un balance sobre el acceso a la justicia de las mujeres	106
3.4.4.1 Toda persona	106
3.4.4.2 Debidas Garantías	107
3.4.4.3 Plazo Razonable	107
3.4.4.4 Juez competente e imparcial previo	108
3.4.4.5 Determinación de sus derechos y obligaciones	108
3.5 DERECHO DE ACCESO DE LA POBLACIÓN LGBTI	109
3.5.1 Análisis formal, normas y jurisprudencia	109
3.5.1.1 Toda persona	109
3.5.1.2 Derecho a ser oído	109
3.5.1.3 Debidas garantías	110
3.5.1.4 Juez competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad de la ley	112
3.5.1.6 Determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o cualquier otro carácter	112
3.5.2 Ciertas percepciones y prácticas de acceso de la población LGBTI a la justicia.	114
3.5.3 Balance del acceso a la justicia de la población LGBTI	116
3.5.3.1 Toda persona	116
3.5.3.2 Debidas Garantías	116
3.5.3.3 Plazo Razonable	117
3.5.3.4 Juez competente e imparcial previo	117
3.5.3.5 Determinación de sus derechos y obligaciones.	118
3.6 CONCLUSIONES	118

Bibliografía

Leyes y jurisprudencia	123
Leyes	124
Jurisprudencia.	127
Entrevistados	129
Abogados	129
Jueces	129

Introducción

El presente informe tiene por objeto, hacer un balance del marco institucional y de su funcionamiento respecto de la independencia judicial y el acceso a la justicia, con especial atención a la situación de ciertas poblaciones tales como mujeres, niños(as), indígenas y poblaciones LGBTI. Se asume, que el acceso y la independencia son elementos claves para el avance real en materia de los derechos formalmente reconocidos a estas partes de la población.

La noción de partida de los conceptos de independencia judicial y acceso a la justicia, es la inicialmente prevista en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y desarrollada parcialmente mediante varios pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana.

Dado lo anterior, entendemos inicialmente los conceptos, objeto parcial de este informe de la siguiente manera:

Art 8. "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

En otros términos, el acceso a la justicia se puede entender como un derecho reconocido nacional e internacionalmente, el cual, conlleva la posibilidad de dar a conocer un caso a las autoridades judiciales, contar con una debida respuesta, la cual debe respetar ciertas garantías sustanciales y de tiempo, y debe permitir el esclarecimiento de los hechos y la debida reparación a las víctimas.

Para que este acceso sea idóneo, se precisa entre otros, que los jueces(zas) y en general las instancias resolutorias con funciones judiciales, tengan independencia e imparcialidad. La garantía de este acceso significa, entre otros, que los jueces(zas) y tomadores de decisiones, que no estén sujetos a presiones indebidas de actores externos o internos del poder judicial. Adicio-

nalmente, la imparcialidad conlleva la debida independencia respecto de las partes para tratarlas en igualdad de condiciones.

El enunciado amplio de la independencia y el acceso ha sido puesto de manifiesto a lo largo de diversos pronunciamientos del sistema interamericano. Bajo esa premisa, el acceso se desdobra en diversos factores que se pueden valorar por su existencia o desempeño y entre los que se encuentran la inclusión de mecanismos para hacer efectivas las decisiones judiciales; formas de control respecto de las mismas; la idea del juez natural; el fundamento internacional del derecho al acceso; los términos de accesibilidad de las piezas procesales; el tiempo razonable; la diligencia del juez, el esclarecimiento de los hechos y la consideración de las víctimas².

En lo que hace a la independencia, su materialización estaría asociada a la estabilidad de los jueces(zas) en su cargo y en el manejo de los casos; la existencia o no de presiones indebidas; el nivel de entendimiento que los operadores judiciales tienen de la independencia; la debida aplicación y ajuste al derecho; potenciales o reales situaciones de parcialidad en el tratamiento etcétera³.

2. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en relación con la duración de las investigaciones y procesos “que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite formal de procesos internos, sino que éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables”¹⁵. En este sentido, la Corte Interamericana estableció la necesidad de tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales¹⁶.” Caso la Cantuta Vs Perú. Por su parte, “el acceso a la justicia es un derecho que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos a quienes acuden ante el sistema de justicia para solucionar sus conflictos jurídicos. Asimismo, el derecho de acceso a la justicia se configura como una garantía del derecho de igualdad en la medida que supone que los Estados deben asegurar que todos los ciudadanos tengan igualdad de oportunidades, y hagan efectivo su derecho sin sufrir discriminación alguna de por medio. 2. Así, el derecho de acceso a la justicia se configura como una garantía fundamental con reconocimiento nacional e internacional en el ámbito regional y universal”. El Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú, la Fundación Debido Proceso Legal (DPLF), el Centro de Derechos Humanos en las Américas de la Universidad De Paul (Chicago) y el Centro de Derechos Humanos y Asesoría a Pueblos Indígenas (CEDHAPI) de México, Centro de Estudios sobre Justicia y Participación (CEJIP) de Bolivia, Barreras para el acceso a la justicia en América Latina, 2008, “Disponible en internet”.

3. Para el desglose de las posiciones del sistema interamericano sobre acceso e independencia, se tuvo en cuenta la estructura temática y la organización de decisiones y conceptos organizados por el Buscador Jurídico en Derechos Humanos de la Corte Suprema de Justicia de México. <http://www.bjdh.org.mx/BJDH/>.

En suma, el acceso y la independencia judicial se pueden entender como garantías judiciales, de las cuáles depende parcialmente el cumplimiento de muchos de los derechos humanos, de su tratamiento especial para ciertas poblaciones y en general del estado de derecho. Dada su importancia, han sido entendidos en sí mismos como derechos del ciudadano, en este caso para ser oídos por jueces(zas) debidamente independientes.

Dado el especial interés por el alcance que puede tener la independencia y el acceso para los niños(as), mujeres, indígenas y personas LGBTI, es importante previamente identificar su relación no solo normativa sino analítica.

Como se indicó, los derechos humanos y las particularidades que adquieren para ciertas poblaciones dependen de jueces(zas) accesibles e independientes. Y éste es un tema transversal para cualquier ciudadano(a). Analíticamente la situación es similar dado que al evaluar aspectos como la estabilidad de los jueces(zas), la existencia de presiones o no, su apego al derecho, tiende a no depender de manera determinante de la población a la que se prestan servicios o se atienden sus demandas. En otros términos, la independencia judicial en sentido extenso es relativamente neutra frente a las calidades particulares de ciertos sujetos. Al respecto, se hace referencia al no sesgo frente a las partes, y el punto aquí es que hoy el tratamiento especial que pide el derecho a mujeres, indígenas, niños(as) y LGBTI, es hasta cierto punto un quebrantamiento legítimo de dicha imparcialidad, pues lo que las normas hoy solicitan es un tratamiento favorable a los derechos de estas poblaciones. De cierta forma, la imparcialidad de la igualdad abstracta es desplazada por un grado de parcialidad que ayude a revertir dinámicas de desigualdad real por género, edad, orientación sexual o pertenencia étnico-cultural.

Por su parte, el acceso es un tema más evidente en ciertas poblaciones según se analice. De hecho, en sociedades tan divididas y fragmentadas como la colombiana, la pertenencia a un género, orientación sexual, población o edad han sido factores históricos de discriminación para el acceso a la escuela, ciertos derechos civiles, políticos o colectivos. Los estereotipos machistas, sexistas, homófobos y racistas aún operan socialmente para excluir y estigmatizar poblaciones, lo que propone una identificación de los problemas de acceso a la justicia en estas comunidades.

El desarrollo de este informe se funda en el marco teórico ofrecido por los desarrollos desde el sistema interamericano, y la información para el mismo proviene de fuentes primarias expresadas en textos constitucionales, legales y jurisprudenciales que permitan el análisis de arreglos institucionales. También lo conforman las percepciones provenientes de jueces(zas) y abogados(as) que fueron entrevistados de manera específica para el informe y cuyas respuestas buscan determinar aspectos sobre el funcionamiento de dichos marcos formales. En los dos niveles de trabajo, se incorporan aportes de otros trabajos que previamente han abordado el tema del acceso, al igual que otras percepciones de la encuesta andina realizada al interior del proyecto al que pertenece este informe. Con todo, este texto se concibe como un trabajo exploratorio de identificación de tendencias generales que merecen obviamente futuras profundizaciones.

El informe se divide en dos grandes partes. La primera de ellas corresponderá al tema de la independencia judicial y la segunda al acceso a la justicia. En el primero, se ubican inicialmente quienes conforman la rama judicial y cuál es su situación legal, para luego ver la independencia judicial tanto institucional como personal. Luego se revisarán aspectos específicos como: el nivel de estabilidad, amenazas, presiones y cumplimiento del derecho. En la parte del acceso se hará el desglose del marco legal y jurisprudencial, de su alcance y límite y de los desarrollos específicos para las poblaciones ya mencionadas.

Este informe hace parte de un proyecto regional andino, denominado Auditoría Social de la Justicia, desarrollado por iniciativa de la Comisión Andina de Juristas en el Perú y con financiación de la Unión Europea. La parte correspondiente a Colombia, presentada en este informe, se ejecutó por el Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Desarrollo Alternativos, ILSA.

1. El sistema judicial colombiano. Un mapa de actores institucionales

La rama judicial colombiana está organizada en jurisdicciones e instituciones atinentes a diversas áreas y funciones. Están así, en primer lugar, la jurisdicción ordinaria, encargada de conocer de asuntos penales, laborales, civiles, de familia y menores, etcétera. Su cabeza es la Corte Suprema de Justicia, seguida por los Tribunales de Distrito judicial, los jueces(zas) del circuito y los jueces(zas) municipales. Es posible pensar que su accionar abarca la actividad judicial en Colombia.

De otro lado, está la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de tramitar los conflictos entre instancias del estado y los particulares, y al interior del mismo estado. Su órgano de cierre es el Consejo de Estado siendo además integrada por los tribunales y jueces(zas) administrativos en diversos distritos judiciales. El estado colombiano es uno de los pocos de América Latina que cuenta con una jurisdicción especial para estos asuntos, dado que sus pares en la región tienden a resolver este tipo de conflictos en la jurisdicción ordinaria.

A renglón seguido estaría la jurisdicción constitucional, la cual busca resolver todas las controversias ligadas con la defensa y aplicación de la Constitución. La misma está integrada por la Corte Constitucional y por todos los jueces(-zas) de la República, puesto que tienen facultades concretas para resolver acciones constitucionales.

A nivel jurisdiccional finalmente estarían la llamada jurisdicción especial, integrada por autoridades de los pueblos indígenas y los jueces(zas) de paz quienes conocen casos con base en la equidad.

En otro plano complementario se puede incluir dentro de la Rama Judicial a:

- La Fiscalía general de la nación, encargada de la investigación y acusación penal ante los jueces(zas) correspondientes. Es un ente de carácter nacional que forma parte de la rama judicial.
- El Consejo Superior de la Judicatura, integrado por dos salas, la administrativa y la disciplinaria, tiene una estructura central y regional que reproduce el anterior modelo de salas. Se encarga del autogobierno judicial a nivel presupuestal, de la carrera, de ciertas reglamentaciones y de la organización de los despachos y del mapa judicial.

Finalmente en este mapa, debemos incluir instancias que integrando al poder ejecutivo, tienen hoy por hoy facultades judiciales. Estarían entre otros, las superintendencias en diversos servicios públicos; las comisarías de familia, de alta pertinencia para los casos de las mujeres y los centros de conciliación creados para generar mecanismos más accesibles para la resolución de conflictos.

De acuerdo con la Constitución, el funcionamiento de la Rama judicial debe estar sujeto a varios principios a saber: independencia judicial, acceso a la justicia, publicidad de sus actuaciones, apego al derecho, funcionamiento descentrado y autónomo, además de cumplimiento de los términos procesales. (Arts. 228 a 230)-. Por su parte, la ley 270 de 1996 y su reforma, reiteran los anteriores principios e incluyen además: el derecho de defensa, la celeridad y oralidad, la gratuidad, la eficiencia y el respeto de los derechos.

De acuerdo con datos recopilados por la Corporación Excelencia en la justicia, para 2013, el Estado colombiano contaba con 9, jueces(zas) por cada cien mil habitantes y para 2011 de 9,8 fiscales por igual número de colombianos. Por su parte, la demanda de justicia formal para todas las jurisdicciones, fue para 2013 de 2.060.512 casos, mientras los egresos para el mismo año fueron de 2.248.662. El número de egresos es de 4,7 por cien mil habitantes (CEJ, 2015)⁴.

En suma, la Rama Judicial colombiana está conformada por cuatro jurisdicciones institucionalmente organizadas, la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura y de manera específica instancias administrativas con funciones judiciales, que no formando parte de la Rama, si tienen atribuciones al respecto.

En este contexto, las instancias estatales especialmente relacionadas con los sujetos objeto de este informe serían las correspondientes a las áreas penal, laboral y civil, de familia y de menores de la jurisdicción ordinaria; lo relativo a la jurisdicción constitucional especialmente por las acciones de amparo o tutela a su cargo; la jurisdicción indígena y la comisarías de familia ligadas con instancias administrativas.

Ubicado el mapa general y más relevante para los actores considerados en este informe, se pasará a desarrollar el ámbito constitucional y legal de la independencia judicial y el acceso a la justicia.

4. Indicadores de Justicia. Corporación excelencia en la justicia, tablero de indicadores generales de la justicia en Colombia, 2015, "Disponible en Internet"

2. Reconocimiento del principio de Independencia Judicial y su alcance⁵.

El principio de independencia judicial se encuentra consagrado en diversas normas de tipo constitucional. En primer lugar, los artículos 228 y 230 establecen que las decisiones de la administración de justicia son independientes y que en tal sentido solo están sujetas al imperio de la ley. Por esta vía se hace un reconocimiento a la independencia personal de los operadores judiciales.

En términos institucionales, el artículo 228 de la carta política, plantea que el funcionamiento de la administración de justicia será autónomo, lo cual conlleva un reconocimiento de la independencia de la rama en cuanto tal. Esta tesis constitucional se hace evidente para el caso de la Fiscalía general de la Nación en el artículo 249, el cual establece que aquella forma parte de la rama judicial y tendrá autonomía presupuestal y administrativa.

La última referencia constitucional que se expresa sobre el tema en mención, está igualmente relacionada con la Fiscalía y plantea claras limitaciones a la independencia de los fiscales.

En tal sentido, el artículo 251 numeral 3 establece que el Fiscal general tiene como funciones directas: determinar el criterio y la posición que la Fiscalía debe tener en los casos bajo su conocimiento y asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos.

En otros términos, un fiscal no puede establecer de manera directa un criterio de interpretación sin la potencial intervención del Fiscal general, puede verse relevado en sus funciones cuando el Fiscal no esté de acuerdo con su accionar al margen de las razones para ello y finalmente puede verse obligado a entregar su investigación al Fiscal cuando este lo ordene.

5. Esta primera parte del informe, se funda parcialmente en un trabajo realizado sobre el tema para 2008, editado por ILSA y redactado por la misma persona que desarrolla parcialmente el presente texto. Germán Burgos, Justicia Bajo Presión, 2008.

De esta manera tenemos una Fiscalía que tiene garantizada la independencia judicial constitucionalmente, pero fiscales que no tienen garantías en el mismo sentido⁶.

Adicionalmente, mediante el bloque de constitucionalidad algunas normas del derecho internacional relacionadas con la independencia judicial son de rango constitucional. Así, el pacto de derechos civiles y políticos, ratificado por Colombia, reconoce el derecho que tienen los ciudadanos a un tribunal independiente: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial”. Lo mismo ocurre con la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.1 MARCO LEGAL

El entramado constitucional antes descrito, es desarrollado en distinto tipo de cuerpos normativos, dentro de los cuales destaca sin duda la ley estatutaria de la administración de justicia, 270 de 1994. En ella, es posible encontrar distintos aspectos ligados con el tema. Es así como enuncia de manera clara el principio de independencia cuando se afirma que:

“La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias” Art 5, ley 270.

A fin de promover y garantizar esta autonomía, la mencionada ley incluye un conjunto de arreglos institucionales que pretenden evitar las injerencias indebidas por distintos actores. Estas garantías se pueden visualizar en dos planos.

6. Esta norma, que cuenta ya con un examen de constitucionalidad, fue declarada exequible por la Corte Constitucional bajo el siguiente argumento: “a través de la expresión “Sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley”, se reafirmaron las consecuencias derivadas de la decisión de mantener a la Fiscalía General de la Nación como un órgano que hace parte de la rama judicial del poder público (C.P. Arts. 116 –aprobado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2002- y 249), lo que en sí mismo comporta que los fiscales, en su calidad de funcionarios judiciales y en ejercicio de las funciones judiciales que desempeñan, se sometan a los principios de autonomía e independencia predicables de la función judicial, de acuerdo con los artículos 228 y 230 de la Constitución Política y al artículo 5 de la Ley 270 de 1996, lo que no implica necesariamente una contradicción con el principio de jerarquía sino más bien un precisión sobre su proyección y alcance” Sentencia C-888 de 2004, M.P Clara Inés Vargas Hernández

Están las propiamente institucionales y las relacionadas con la autonomía de la Rama. Las otras corresponden a las estrictamente personales que tienen que ver, entre otras, con los derechos y deberes del funcionario judicial, la existencia de un sistema de carrera, los mecanismo de control, evaluación y la existencia de un régimen de incompatibilidades.

A continuación se pasará a revista tanto a la organización formal de este marco de garantías, como a alguna información sobre los problemas centrales de su funcionamiento.

2.2 GARANTÍAS INSTITUCIONALES PARA LA INDEPENDENCIA

Con la Constitución de 1991, se introdujo por primera vez en la historia institucional colombiana un órgano de autogobierno judicial especializado, denominado Consejo Superior de la Judicatura. Antes de su creación, la administración de los aspectos presupuestales, organizacionales y de personal estaban en parte, a cargo del poder ejecutivo y parcialmente de las altas cúpulas de la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

Si bien este órgano de autogobierno es garante fundamental de la independencia y en sí mismo es autónomo, no quiere decir que actúe al margen de los otros órganos judiciales o de los otros poderes. En realidad tiene el mandato legal de coordinar su actuación con las distintas instancias estatales que corresponda.

La ley 270 establece el marco básico de acción de este órgano de autogobierno. Sus funciones básicas son las de administrar la rama judicial y ejercer la función disciplinaria. Estas dos tareas estructuran la organización básica del consejo, el cual se divide a nivel nacional y seccional en salas administrativas y disciplinarias respectivamente. El Consejo es un poderoso órgano de autogobierno que controla aspectos como la construcción y ejecución del presupuesto, la carrera judicial, la organización de los despachos, la estructuración del mapa judicial, el establecimiento de reglamentos para la gestión judicial, la evaluación cuantitativa de buena parte de los operadores judiciales, la capacitación de los funcionarios judiciales y la investigación y sanción a los miembros del aparato de justicia. Si bien algunas de estas ta-

reas están limitadas por constricciones provenientes del ejecutivo y el legislativo, no se puede desconocer que al menos en el papel, Colombia cuenta con un potente órgano de autogobierno judicial.

El anterior cuadro institucional es particular, si tenemos en cuenta que antes de 1991, el manejo de buena parte de los aspectos mencionados era tarea del poder ejecutivo quien realizaba estas labores con limitaciones. Por tanto, la creación del Consejo Superior de la Judicatura representa un paso histórico para fortalecer la independencia externa; y su marco amplio de funciones ofrece amplias posibilidades para un ejercicio claro de autogobierno judicial.

La estructura antes descrita, ha recibido un importante número de críticas que han pretendido su desmantelamiento. De hecho, han existido varias iniciativas de reforma constitucional que han buscado su reestructuración a fondo. A continuación se expondrán las críticas relativas al cumplimiento de sus funciones como órgano de autogobierno.

2.3 LIMITACIONES PARA EL AUTOGOBIERNO. UN BALANCE CRÍTICO DEL CONSEJO.

Sobre el papel real del Consejo Superior de la judicatura desde su creación hasta nuestros días, no existen balances pormenorizados que den cuenta general o especial, de cómo se están cumpliendo o no sus funciones⁷. Para los efectos de este informe hay cuatro preocupaciones específicas que muestran algunas limitaciones en materia de sus atribuciones como defensor de la independencia judicial a saber: el origen de los integrantes de las salas administrativas y disciplinarias; las constricciones sobre el presupuesto presentado por el consejo; las influencias políticas a la hora de conformar las listas para ciertos cargos judiciales, y el uso del mecanismo de las circulares para influir de manera indebida en el criterio judicial de los jueces(zas).

7. Algunas excepciones al respecto son: Andrés, Hernández, La sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura colombiano y su diseño para la toma de decisiones. 2005. Jeffrey Rinne. The devil in the details of employee performance evaluation: the case of Colombia's judicial sector. Presentado en el XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Guatemala, 2006, Luisa García. El papel del juez en la sociedad de contrastes Un análisis a la autonomía funcional del juez. Universidad Santo Tomás. 2013

En lo que tiene que ver con el origen de los miembros de la sala administrativa del Consejo de la judicatura, está constituido por personas seleccionadas en distinto número por el Consejo de Estado, la Corte Suprema y la Corte Constitucional. Los integrantes de este órgano provienen de los altos niveles de la judicatura no existiendo relación de origen respecto de los jueces(-zas) medios y bajos de la administración de justicia y mucho menos, respecto de otros operadores judiciales.

Lo anterior ha conllevado a que los integrantes mayoritarios de la judicatura no le reconozcan legitimidad y respaldo a la sala administrativa del Consejo, como expresión de su órgano de autogobierno y por el contrario tiende a verse como un órgano de control en materia de desempeño de las funciones. Si bien este carácter como instancia de control forma parte de las funciones del Consejo, el origen de la actual sala administrativa facilita su inadecuada apropiación por parte de los miembros de la judicatura, como un verdadero órgano de autogobierno.

A la ausencia de legitimidad interna se debe agregar que, en determinadas ocasiones la sala administrativa se ha mostrado permeable a presiones de diverso tipo relacionadas con sus funciones. Uno de esos aspectos ha sido la conformación de las listas de candidatos a ser tenidos en cuenta para escoger a futuros integrantes de las altas cortes. En primer lugar ha sido de público conocimiento la ausencia de transparencia para dar a conocer los criterios que permiten seleccionar uno u otro candidato a fin de integrar las listas⁸. Y existe la sensación de que presiones políticas de diverso tipo son fundamentales para poder ser escogido como parte de una lista, hecho que explica porque la Corte Suprema y el Consejo de Estado son unas de las pocas instituciones que conservan la paridad liberal y conservadora proveniente del Frente Nacional.

El origen de la sala disciplinaria del Consejo de la Judicatura a nivel nacional es aún más crítico en materia de independencia. Sus integrantes provienen en su totalidad del poder legislativo al ser elegidos por la cámara de representantes de postulaciones realizadas por el presidente de la República. En tiempos recientes, han sido seleccionados para la mencionada sala, personas sin

8. En particular esta ha sido una de las quejas reiteradas de las organizaciones sociales que han monitoreado en los últimos años los procesos de selección de los nuevos magistrados para las altas cortes.

ninguna formación y experiencia en la administración de justicia, pero con trayectoria política cercana al gobierno. En efecto, el hoy magistrado Angelino Lizcano, proviene del grupo político del ex congresista Luis Fernando Almaro, investigado por la para-política y la farc-política. El magistrado, Ovidio Claros fue recomendado por el partido Colombia Democrática, partido del primo del presidente, ex senador Mario Uribe, también investigado por la para-política. En su cuestionada hoja de vida se cuenta el incumplimiento del pago de cuota de alimentos y antecedentes en la Procuraduría por modificar los valores de un contrato para favorecer a terceros. El tercer y último caso es el Pedro Alonso Sanabria, excandidato conservador a la gobernación de Boyacá y vinculado al escándalo de pirámide financiera o DMG a partir de unas grabaciones que registran haberle dado millones de pesos para su fallida campaña⁹.

Este origen político se ha expresado en el accionar de la sala disciplinaria. A lo largo de su existencia ha decidido sobre acciones de tutela, las cuales han terminado favoreciendo a integrantes del gobierno como el exministro de protección social, Diego Palacios, y a políticos vinculados a los casos de las relaciones con los paramilitares, como Mauricio de la Espriella. Igualmente, esta sala revocó la tutela que ordenaba al gobierno nacional suspender la extradición del jefe paramilitar alias "Macaco", hasta tanto éste no respondiera por los crímenes de lesa humanidad y reparara a las víctimas en Colombia. En este caso las mayorías gubernamentales en la sala disciplinaria, favorecieron la tesis del gobierno que permitía la extradición del jefe paramilitar¹⁰.

Estas situaciones son elementos críticos en materia de independencia, pues el órgano que controla disciplinariamente en última instancia a los jueces(-zas), tiene un origen político y cada vez menos ligado a una mínima experiencia con la judicatura. Por esta vía, aquellos jueces(zas) que inicien o desarrollen investigaciones relacionadas directa o indirectamente con políticos que intervinieron en la selección de los magistrados disciplinarios pueden ser objeto de retaliaciones.

9. Al respecto ver: Revista Semana. Parias de la Justicia. 2009. [Disponible en internet]

10. Al respecto ver: Revista Semana. "Dos nuevas fichas de Uribe en el CSJ, 2008. [Disponible en internet]

La sensación al respecto es clara al interior de la judicatura. Según la revista *Semana* un magistrado no identificado expresó: “Con esta sala hay un vacío de legitimidad. Por un lado, no tienen autoridad para juzgar a jueces(zas) y abogados(as). Y por otro lado, la clase política puede llegar a utilizar a la Judicatura como mecanismo de presión en contra de los jueces(zas) para que resuelvan casos a su favor”¹¹.

Esta situación contraría uno de los pilares previstos por las normas internacionales en la materia. En efecto, declaraciones como los Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la independencia judicial establecen que “la decisión con respecto a si el comportamiento específico o la capacidad de un juez constituye un motivo para su destitución debe ser tomada por un órgano independiente e imparcial...”¹²

Una de las restricciones adicionales para que el Consejo cumpla de mejor manera su papel de autogobierno, tiene que ver con el presupuesto. Si bien éste es preparado y ejecutado por la sala administrativa del Consejo, el proceso de aprobación y desembolso está en manos del poder ejecutivo y legislativo. En tal sentido, la dinámica colombiana reciente ha mostrado que la diferencia entre lo solicitado y lo aprobado es importante y que los desembolsos se demoran. Como puede verse en el cuadro 1, mientras en 2005 la diferencia entre lo solicitado y lo aprobado fue de 35 mil millones de pesos, para el 2009, la misma se multiplicó por siete llegando a 225 mil millones. En estas condiciones el autogobierno tiene varias restricciones que se expresan en problemas de gestión irresueltos como el acceso a tiempo a las normas que deben ser aplicadas por los jueces(zas); la ausencia de materiales de trabajo y el hacinamiento que caracteriza a algunas sedes judiciales.

Finalmente, algunos magistrados de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura han utilizado el mecanismo legal de las circulares como una forma de presión indebida a los jueces(zas), particularmente en el área laboral. Esto pone en tela de juicio el papel del Consejo, no solo como órgano de autogobierno sino como garante de la independencia interna de la judicatura.

11. *Ibidem*.

12. Al respecto ver: Comisión Internacional de Juristas, principios Internacionales sobre Independencia y responsabilidad de jueces(zas), abogados(as) y fiscales. Montevideo, 2005.

Un caso al respecto ocurrió el 29 de agosto de 2006, cuando el entonces presidente del Consejo, señor Alfredo Escobar envió la circular 03 de 2006 en la cual remitía el inconformismo expresado por el presidente Asociación Nacional de industriales sobre algunas decisiones judiciales:

“La presente tiene como fin primordial, darles a conocer la comunicación remitida por el Presidente de la ANDI, doctor LUIS CARLOS VILLEGAS ECHEVERRY, mediante la cual manifiesta su inconformismo con la tendencia asumida por la justicia laboral, de anular los acuerdos conciliatorios que se han suscrito como consecuencia de planes de retiro y terminaciones de contratos de trabajo, aduciendo “supuestos vicios en la manifestación de la voluntad por parte de los trabajadores”.

Por su parte, mediante la circular 04 de 2006, el hoy exmagistrado Escobar, instruye a los jueces(zas) sobre diversos aspectos de la liquidación de Telecom:

“La presente tiene como fin primordial, instruir a los jueces(-zas) de la República, acerca de la extinción Jurídica de Telecom y las Teleasociadas, así como también sobre la conformación de los Patrimonios Autónomos PAR y PARAPAT, constituidos por dichas empresas antes de su desaparición..... De igual manera, se debe esclarecer que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su calidad de fideicomitente, no tiene la obligación de asumir el cumplimiento de obligación alguna, y mucho menos, si no está comprendida dentro de la finalidad de los contratos de fiducia”.

Así las cosas, la tutela no es el mecanismo para imponer a estos patrimonios autónomos el reconocimiento o cumplimiento de obligaciones que son totalmente ajenas al contrato de fiducia mercantil, más aún, si las mismas se originaron con posterioridad al cierre de los procesos de liquidación.

Finalmente, y sin pretensión de injerencia alguna en la toma de las decisiones a su cargo, me permito informarles que debido al elevado número de fallos que se han producido en contra de estos patrimonios autónomos, se está poniendo en peligro la financiación del pasivo pensional de la extinta TELECOM en liquidación y las Telesociadas en liquidación, al tener que destinar cuantiosas sumas de dinero al amparo de causas anteriores a la constitución de los mismos.

Los efectos críticos de esta comunicación dentro de la judicatura, fueron tan cuestionados, que un mes después el mismo presidente del Consejo tuvo que aclarar el alcance de su anterior circular:

“En atención a las inquietudes que originó la Circular 04 de 2006, expedida el pasado 4 de septiembre, me permito aclarar que la misma sólo tuvo un propósito eminentemente informativo respecto de la situación jurídica de Telecom en Liquidación y de sus Telesociadas, sin que de manera alguna constituya una interpretación oficial de esta Corporación o pretenda fijar un criterio sobre este tema. Como bien se sabe, de conformidad con el diccionario de la real Academia de la Lengua Española, la palabra instruir significa “dar a conocer a uno el estado de una cosa, informarle de ella.

Se trató simplemente de comunicar la situación de las empresas en referencia, sin que ello pueda entenderse como una preceptiva que contenga una decisión administrativa con carácter vinculante. Y no podría ser así, pues cualquier interpretación en este sentido sería violatoria de los mandatos constitucionales que nos enseñan que los jueces(zas) en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Por lo tanto, me permito solicitarles que la Circular No° 04 de 2006 sea considerada bajo los criterios aquí expuestos”.

Si bien el mecanismo de envío de circulares a jueces(zas) y magistrados es normal como medio de comunicación entre el Consejo y la judicatura, es claro, que ejemplos como los anteriores, muestran formas de presión indebida sobre los jueces(zas) a los que se les dirigieron estos documentos.

De acuerdo con los datos recogidos para esta investigación, la anterior práctica no se ha vuelto a presentar, entre otras cosas por las críticas reacciones que generó dentro de algunos sectores de la rama judicial. Con todo, se siguen enviando circulares de manera permanente pero obviamente bajo un tono mucho más cuidadoso para la independencia judicial.

2.4 EL FUTURO CRÍTICO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

Dado el anterior balance sobre la configuración, mal funcionamiento e ineficacia del Consejo de la judicatura, se viene discutiendo, vía reforma constitucional la eliminación de dicho órgano. Basada en el texto aprobado a finales de 2014 y pendiente otra legislatura más de discusión, la propuesta de reforma se puede caracterizar de la siguiente forma:

Crear el Sistema Nacional de Gobierno y Administración Judicial. Éste estaría integrado por tres niveles de administración: la sala de gobierno judicial, la Junta ejecutiva y el Director ejecutivo. La Sala de Gobierno Judicial, integrada por: los presidentes de las altas cortes; un delegado de los magistrados de tribunal y de los jueces(zas) y un delegado de los empleados judiciales y integrada además con voz pero sin voto por: el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación y el Director Ejecutivo de Administración Judicial. La Junta Ejecutiva de Administración Judicial, integrada por sendos delegados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Los miembros de esta Junta serán funcionarios de libre nombramiento y remoción de la respectiva Corte, deberán contar con los mismos requisitos del Director Ejecutivo de la Administración Judicial.

La Sala de Gobierno Judicial tendría las siguientes atribuciones:

1. Diseñar y fijar las políticas en materia judicial de la rama y elaborar su Plan sectorial para ser incluido en el Plan Nacional de desarrollo.
2. Fijar la división del territorio para efectos judiciales y señalar los casos en los que los despachos judiciales tengan competencia nacional.
3. Crear, ubicar y redistribuir los despachos judiciales.
4. Revisar, reasignar o fijar competencias de los mismos en cualquiera de los niveles de la jurisdicción.

5. Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, y los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos.
6. Regular el empleo de tecnologías de información en el servicio judicial con efectos procesales.
7. Elegir al Director Ejecutivo de Administración Judicial para un periodo de cuatro años.
8. Darse su propio reglamento.
9. Las demás que le atribuya la ley.

La Junta Ejecutiva de Administración Judicial deberá definir y aprobar las estrategias y directrices administrativas, basándose en las políticas fijadas por la Sala de Gobierno, dirigidas a garantizar la eficacia de la administración de justicia y el acceso de los ciudadanos al servicio. En tal virtud le corresponde adoptar un plan estratégico de la rama, aprobar el proyecto de presupuesto, fijar las políticas en materia de contratación, establecer las bases de los concursos para la carrera judicial, aprobar los estados financieros, establecer mecanismos de evaluación a la gestión y rendimiento del Director Ejecutivo y los despachos judiciales y adoptar el sistema de remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

Finalmente la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con sujeción a las políticas que dicte la Sala de Gobierno, sería la encargada de:

1. Ejecutar los planes sectoriales y el presupuesto.
2. Administrar el talento humano, el Sistema Único de Información y Estadísticas Judiciales, la carrera judicial y la escuela judicial.
3. Establecer la estructura así como designar y remover a los empleados de la dirección ejecutiva.
4. Elaborar las listas para la designación y elección de funcionarios judiciales, y enviarlas a la entidad que deba designarlos de acuerdo con el concurso. Se exceptúa la jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales.
5. Dotar cada una de las jurisdicciones de la estructura administrativa y de los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
6. Llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales. Elaborar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial.

7. Representar y ejercer la defensa judicial de la Rama Judicial.
8. Llevar el registro nacional de abogados(as) y auxiliares de la justicia y expedir las tarjetas profesionales.

Para completar el cuadro de alta relevancia para la independencia judicial se plantea que la vigilancia de la conducta de los funcionarios de la rama judicial, la harán salas especializadas en los Tribunales Superiores de los distritos judiciales y en la Corte Suprema de Justicia, integradas en la forma que determine la ley.

Esta propuesta, aún sin ser aprobada presentaría algunas dificultades eventuales para la independencia judicial de la rama como tal y de los jueces(zas). Las preocupaciones al respecto son:

- No se aborda el tema de un fortalecimiento presupuestal que permita una mayor autonomía al respecto.
- Se genera un papel excesivo de las altas cortes, las cuales vuelven a tener no solo facultades jurisdiccionales sino de administración judicial. Esto conlleva a que se generen al interior, mecanismos formales o informales que dificultan la independencia personal de los jueces(zas) frente a sus superiores, que no solo serían a nivel jurisdiccional sino para efectos de la carrera, la evaluación etcétera. Lo anterior no sería extraño si tenemos en cuenta las redes de clientelismo judicial que caracterizan a la judicatura.
- El disciplinamiento de los jueces(zas) por sus superiores de los tribunales y en la Corte suprema, dificulta de manera adicional los espacios de independencia interna al facilitar el surgimiento de eventuales presiones a cambio de no iniciar, mantener o decidir ciertos procesos contra los jueces(zas).
- Como colofón, el cambio propuesto no es sustancial respecto de lo que se tiene aún. Si se tiene en cuenta que serán dos órganos de carácter colegiado, a falta de uno, quienes se encargarán de tareas finalmente administrativas y de gestión judicial, conformados por personas cuya instrucción es en derecho y no en disciplinas de organización y gestión del trabajo.

2.5 GARANTÍAS PARA LA INDEPENDENCIA PERSONAL DE LOS OPERADORES JUDICIALES.

La ley estatutaria de la administración de justicia establece un conjunto de derechos y deberes que en determinados casos protegen o garantizan la independencia personal de los funcionarios judiciales. En materia de derechos se pueden anotar los siguientes:

1. Participar en procesos de selección que permitan promociones dentro de la pirámide judicial.
2. Formar parte de asociaciones de carácter cultural, asistencial, cooperativo o similares.
3. Permanecer en el cargo mientras observe buena conducta, tenga rendimiento satisfactorio y no haya llegado a la edad de retiro forzoso
4. Ser trasladado, a su solicitud y previa evaluación, por razones de salud o de seguridad debidamente comprobadas.
5. Percibir una remuneración acorde con su función, dignidad y jerarquía la que no puede ser disminuida de manera alguna.
6. La protección y seguridad de su integridad física y la de sus familiares.

Las anteriores previsiones son especialmente importantes pues brindan garantías que deben permitir la independencia de los operadores. Otras garantías asociadas al ejercicio independiente son: la permanencia en el cargo, la imposibilidad de ser trasladado sin solicitud previa, la no disminución de la remuneración y la protección a la integridad personal del operador y de su familia. En líneas generales, las anteriores características se encuentran de acuerdo con la normatividad internacional prevista para el efecto.

En lo que tiene que ver con los deberes, la ley establece que los operadores judiciales deben respetar, cumplir y, dentro de la órbita de su competencia, hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos. Es fundamental este deber, pues da sentido a la defensa de la independencia judicial. Esta última parece estar implícita en el anterior enunciado, debe resaltarse que la misma no se considera ni como un deber ni como un derecho de los funcionarios y empleados de la judicatura. Si bien su existencia formal no garantiza en principio nada, su ausencia normativa es un vacío que puede dificultar una mayor apropiación de la importancia y defensa de la independencia judicial.

Otro tipo de garantías para el juez y su imparcialidad tienen que ver con el régimen de incompatibilidades para ejercer cargos en la rama judicial. En Colombia las normas aplicables son la Constitución Nacional, el código disciplinario único y la ley estatutaria, que establece unas causales específicas para los funcionarios judiciales. Entre estas últimas se encuentra que no podrán desempeñar funciones judiciales quienes:

1. Desempeñen cualquier otro cargo retribuido, o de elección popular o representación política; los de árbitro, conciliador o amigable componedor, salvo que cumpla estas funciones en razón de su cargo; de albacea, curador dativo y, en general, los de auxiliar de la justicia.
2. Sean miembros activos de la fuerza pública.
3. Ostenten la calidad de comerciante y el ejercicio de funciones de dirección o fiscalización en sociedades, salvo las excepciones legales.
4. Realice la gestión profesional de negocios y el ejercicio de la abogacía o de cualquier otra profesión u oficio.
5. Desempeñe de ministro en cualquier culto religioso.

Existe una excepción al anterior régimen y es la referida a la posibilidad que tienen los funcionarios y empleados judiciales de ejercer la docencia universitaria en materias jurídicas hasta por cinco horas semanales, siempre que no se perjudique el normal funcionamiento del despacho judicial. Igualmente, con las mismas limitaciones, puede realizar labor de investigación jurídica e intervenir a título personal en congresos y conferencias.

En relación con esta excepción la información suministrada a través de entrevistas mostró que en algunos casos, los funcionarios judiciales desempeñan cargos de dirección académica en instituciones universitarias, como por ejemplo: el de decanos. También, que algunos de ellos solicitan contratos por un tiempo mayor de horas a las previstas legalmente a fin de percibir honorarios superiores por sus cátedras. En este contexto, en reciente audiencia en la Cámara de Representantes, actores de la sociedad civil, solicitaron incluir en la reforma constitucional que afecta la rama judicial, la prohibición de este tipo de actividades en cabeza de los jueces(zas), dado que al final parece impactar en su desempeño. En otros términos, existe la percepción de que los jueces(zas) se dedican más a dar clases, dentro y fuera de sus ciudades de trabajo, que a cumplir sus labores judiciales.

Finalmente la ley estatutaria incluye igualmente un conjunto variado de prohibiciones que deben facilitar en principio una mayor independencia. Entre ellas están:

- Expresar y aun insinuar privadamente su opinión respecto de los asuntos que están llamados a fallar.
- Cualquier participación en procesos políticos electorales, salvo la emisión de su voto en elecciones generales.
- Interesarse indebidamente, de cualquier modo que sea, en asuntos pendientes ante los demás despachos judiciales o emitir conceptos sobre ellos.
- Recibir cualquier tipo de remuneración de los interesados en un proceso, por actividades relacionadas con el ejercicio del cargo.
- Aceptar de las partes o de sus apoderados o por cuenta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en su favor o en favor de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

De estas prohibiciones, muy dirigidas a mantener la independencia interna y externa del juez, la que parece no cumplirse del todo es la última. En efecto, mediante las entrevistas, se pudo confirmar que son usuales los agasajos a magistrados de tribunales y de la Corte particularmente en su zonas de origen. Si bien, en principio estos no provienen de las partes o de sus apoderados, si sirven para generar distintos lazos de compadrazgo y amiguismo que en el futuro pueden afectar la independencia de un operador judicial. Otro tipo de comportamientos reiterados son la entrega de obsequios de diverso tipo, particularmente a final de año por diversas empresas y abogados(as). En este caso, si bien puede que no provengan específicamente de las partes o de sus abogados(as), si es casi seguro que estos obsequios son entregados por personas o instancias que utilizan de manera asidua los servicios de la administración de justicia.

Finalmente el régimen de prohibiciones tiene vacíos que facilitan conductas que pueden afectar la independencia. En la actualidad, si bien se prohíbe que el gobierno designe para cargos públicos a magistrados de las altas cortes, no existe la prohibición para que los postule para diversos cargos, sea en ejercicio de sus funciones o luego de ellas. Un ejemplo al respecto ocurrió a propósito de la fallida postulación del magistrado de la Corte Constitucional, Rodrigo Escobar

Gil al cargo de procurador General de la nación por parte del presidente de la República. Igualmente para preservar su independencia, se debería prohibir al Presidente nombrar a los parientes cercanos de los magistrados en cargos en la burocracia, como ocurría con el padre del ex magistrado Manuel Cepeda quien se desempeñaba como embajador en Francia. Otro tanto podría decirse de las facultades del procurador que han permitido nombrar un buen número de familiares de magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado lo cual ha generado clientelismo judicial con diversos alcances.

2.6 LA CARRERA JUDICIAL

Una de las garantías institucionales para la independencia personal de los operadores de justicia es la existencia de un sistema de carrera que permite el acceso y ascenso dentro de la burocracia judicial por medio del mérito. El sistema de carrera brinda estabilidad en el cargo y por tanto debe promover un mayor nivel de independencia. Adicionalmente facilita el acceso de los más idóneos y por ello previsiblemente de unos operadores judiciales que defiendan mejor su independencia.

En Colombia, la existencia formal de la carrera judicial se remonta a la reforma constitucional de 1945. Aunque la carrera judicial se reforzó con lo previsto en el plebiscito de 1957 y se reglamentó de diversas maneras, solo hasta finales de la década de los ochentas, con la creación del Consejo de la Judicatura se puede hablar de un verdadero sistema de carrera eficaz. La carrera administrativa, incluida la judicial, es un derecho constitucional de los servidores judiciales¹³.

En la actualidad, el sistema de carrera está regulado por la ley estatutaria de la administración de justicia y es gestionado por las Salas administrativas y seccionales de la judicatura. Según el artículo 157 de la mencionada ley, los objetivos de la misma son “atraer y retener los servidores más idóneos, procurarles una justa remuneración, programas adecuados de bienestar y salud ocupacional, capacitación continua que incluya la preparación de funcionarios y empleados en técnicas de gestión y control necesarias para asegurar la calidad del servicio, exigiéndoles, al mismo tiempo, en forma permanente conducta intachable y un nivel satisfactorio de rendimiento”.

13. Consejo de la Judicatura. Estructura y cultura organizacional de la rama judicial. Bogotá, 2004.

Este marco es a su vez desarrollado, entre otros, por los acuerdos 1392 y 1581 de 2002, proferidos por el mismo consejo¹⁴. Como producto de lo anterior, el sistema se puede caracterizar en los siguientes términos:

1. Existe un sistema de concurso de méritos que tiene en cuenta los conocimientos, la experiencia, el nivel de formación y las publicaciones. Una persona puede concursar para distinto tipo de cargos, especialidad y jurisdicción de manera simultánea. En la primera fase del concurso se hace una valoración de la hoja de vida mediante la constatación de los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo, que están en la constitución, ley 270 y en los acuerdos reglamentarios y de convocatoria al concurso, de cuya verificación depende que el participante sea llamado a presentar la prueba de conocimientos.
2. Las personas que superan la prueba de conocimientos con 800, sobre mil puntos, son llamadas a un curso de formación judicial ofrecido por la escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, el cual toma cerca de 9 meses y brinda herramientas y destrezas en el ejercicio de la función judicial. El curso de formación judicial, comprende dos etapas, la primera, común a todos los participantes comprende temas como: argumentación judicial, tendencias actuales del proceso, organización del despacho y además temas transversales como: perspectiva de género, acoso laboral, jurisdicción indígena, salud ocupacional, jueces(zas) de paz etcétera. Esta etapa se evalúa por módulos en pruebas orales y mediante la metodología de mesas de estudio. Superada esta etapa, se ingresa a la formación especializada en las áreas para las cuales los aspirantes optaron (penal, civil, laboral etcétera.) Luego se evalúa y se obtiene un promedio del curso concurso.
3. Quien logra llegar a este punto, es llamado a una entrevista ante el consejo superior de la judicatura, para magistrados y ante los consejos seccionales para jueces(zas). En ambos casos esta entrevista es reglada y cuenta con la presencia de psicólogos. El puntaje obtenido mediante la entrevista es promediado con las calificaciones de las anteriores etapas y se le suma un puntaje referido a la hoja de vida sea por experiencia o capacitación adicional, publicaciones y/ o ejercicio de la cátedra.

14. Es de anotar, sin embargo, que de acuerdo con información suministrada vía entrevistas, el consejo ajusta las reglas relacionadas con el concurso para cada convocatoria que realiza al respecto.

4. Se asignan puntajes de acuerdo al proceso anterior, y se conforma el registro de elegibles por cargo, el cual tiene 4 años de vigencia. De acuerdo a las vacantes existentes y previamente publicadas, los integrantes del registro pueden optar por dos cargos y/o sedes. También tienen la opción de no optar por ninguno. Esto no significa que salgan del registro de elegibles.
5. Una vez aceptado el cargo y sede, los consejos superiores y/o seccionales conforman la lista de candidatos elegibles, la cual es enviada a los nominadores. Éstos son los que finalmente seleccionan al correspondiente funcionario o empleado judicial. Es importante anotar aquí que quien determina finalmente al personal es la autoridad judicial según la jerarquía de esta burocracia y debe hacerlo, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el orden de puntaje de la lista de elegibles.
6. El anterior sistema se aplica por igual a aspirantes a jueces(zas), magistrados. Los empleados tienen un régimen especial aunque muy parecido al anterior. Los magistrados de las instancias supremas de las jurisdicciones ordinarias, administrativa y constitucional no son de carrera.

Basándose el anterior esquema, la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, había adelantado hasta el 2007, 17 concursos públicos en los que se inscribieron más de 211.000 personas de las cuales fueron finalmente nombradas 9073. Según información emitida por el propio consejo:

“El nivel actual de cargos en carrera judicial de Magistrados es superior al 90%, a nivel de jueces(zas) se ha alcanzado el 92% en la jurisdicción ordinaria y el 47% en la contencioso administrativa. Se estima que para el año 2009, la provisión de cargos por el sistema de carrera, incluidos los cargos de empleados, tanto de la jurisdicción como del área de gestión administrativa, colmara la totalidad de los cargos.¹⁵”

Sin embargo, para 2013 el informe presentado por el Consejo Superior de la Judicatura indica que la meta no ha sido alcanzada pero se han conseguido progresos. Así, “el 70,7% de la totalidad de los empleados hace parte de la carrera, subdividido en porcentajes individuales: un 88,3 % del total de los jueces y un 90,0 % del total de los funcionarios”¹⁶.

15. Intervención del Dr. Hernando Torres Corredor. Presidente Sala Administrativa en el IV Encuentro del consejo superior de la judicatura. “Sistema jurídico y aparatos estatales de justicia”. Cartagena- Bolívar, 25 a 27 de octubre de 2007.

16. Consejo superior de la judicatura, Informe al congreso de la república gestión de la administración de justicia año 2013, Bogotá, 84

Confrontada esta información con la brindada en entrevistas por jueces(zas) en varias partes del país, se logró constatar que buena parte de ellos consideran que el sistema de carrera es idóneo y ha permitido el acceso de personas de alta formación, sin vínculos partidistas y sobre todo que en el pasado hubieran tenido muy pocas posibilidades de acceder a una rama altamente influida por los partidos liberal y conservador. Adicionalmente, este sistema ha facilitado una renovación generacional de la rama que ha facilitado a su vez, un mayor alcance a las tendencias interpretativas renovadoras provenientes de la corte constitucional.

Como producto del trabajo de campo realizado para este informe, se pudieron registrar algunos hechos que cuestionan el alcance de la carrera y que se identifican a continuación:

- ***El exceso de provisionales.*** Existe un importante número de funcionarios y empleados que se encuentran en estado de provisionalidad. Ésta se explica fundamentalmente por qué hay un importante número de cargos vacantes que no son seleccionados por las personas que pasaron el concurso. Lo anterior ocurre porque los aspirantes que han ganado el concurso pueden escoger el sitio y cargo a donde quieren ir, muchos de ellos no optan por zonas rurales o cargos por debajo de sus máximas expectativas. Esto es lógico si se tiene en cuenta que una parte de los concursantes de la carrera son a su vez funcionarios judiciales de otro nivel. De otra parte, la provisionalidad se explica porque en algunos casos no existe un registro de elegibles activo, ya sea porque se agotó o porque no se ha convocado un concurso al respecto. Es importante tener que en cuenta que el proceso de selección es demorado y lento. Es así como, entre el momento de la inscripción al concurso y la fecha en que se es nombrado pueden transcurrir entre 3 y 4 años. Es decir no existen mecanismos claros que garanticen la existencia de un registro de elegibles vigente.

Un aspecto reciente de estos jueces(zas) provisionales, son los llamados funcionarios de descongestión. Creados en el 2004, mediante el decreto presidencial 2697, que reformó la ley 270, se permitió a la sala administrativa del Consejo de la Judicatura crear distinto tipo de cargos de descongestión de forma temporal, dirigidos a enfrentar los diversos problemas de sobrecarga laboral que afectan a ciertas dependencias judiciales. En principio, su

vinculación a la rama judicial estuvo asociada al cumplimiento de las mismas calidades que deben tener los jueces(zas) en propiedad. Sin embargo, según las entrevistas realizadas, estos funcionarios a pesar de que deben provenir de la lista de elegibles para la carrera, su identificación no pasa por ningún concurso de méritos y son finalmente designados de forma espuria por las salas administrativas de los Consejos, seccionales de la judicatura y los tribunales de distrito judicial.

Al ser provisionales no están sujetos a los mecanismos normales de evaluación y en este momento son más de 8000 funcionarios que constituyen una nómina paralela no sujeta ni a los mecanismos de ingreso, ni de estabilidad que favorecen a los funcionarios en propiedad. *Ver cuadro 1.* Los jueces(zas) de descongestión, son en buena parte la negación de la carrera judicial y de los beneficios inherentes para la independencia judicial.

Cuadro 1.

Especialidad Competencia	Circuito	Municipal	Total
Civil	49	205	254
Laboral	56	78	134
Familia	41		41
Penal	Sup. 9 circ. 132	11	152
Promiscuos	7	30	37
Mixtas			6
Contencioso admtno			78
Disciplinaria			17
		Total	719

Fuente: <http://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales/gestion-despachos-de-descongestion-de-2014>

La situación mencionada conlleva varios aspectos críticos. En primer lugar, por esta vía se está eludiendo el sistema de carrera, pues estos funcionarios provisionales no llegan a este estado mediante mecanismos de mérito y por

tanto están potencialmente sujetos a niveles de presión resultantes de la persona que los nominó. Igualmente puede ocurrir que sus expectativas limitadas en el tiempo para el ejercicio en el cargo, los hace más susceptibles a la presión por diversos tipo de intereses que les pueden ofrecer beneficios futuros. De otra parte, los funcionarios provisionales no están sujetos al mismo tipo de controles y evaluaciones que aquellos de carrera y por tanto pueden ser influenciados por actores de poder.

- **No respeto del orden de la lista de elegibles.** A pesar de que la Corte Constitucional ha indicado que el orden de la lista de los seleccionados a ser elegibles es vinculante dado que muestra de mayor a menor las calificaciones obtenidas por los aspirantes, en el pasado, la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha respetado dicha orden y ha escogido para ser magistrados de tribunales a personas que se encuentran en diversos lugares de la lista. Esta dinámica responde a una tradición de clientelismo judicial permitiendo a candidatos que no estén de primeros en la lista hagan lobby o relaciones con los magistrados, a fin de obtener sus apoyos y favores a la hora de la selección. En otros términos, mediante el no respeto en el orden de la lista, se está poniendo en juego el proceso meritocrático y se está dando cabida a dinámicas patrimonialistas de diverso orden.

Por fortuna esta situación cambió a raíz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional que finalmente fue tenido en cuenta por la mencionada instancia de la Suprema.

- **El peso de las entrevistas.** Para algunos de los cargos objeto de concurso en la carrera judicial, ha sido usual el mecanismo de las entrevistas para valorar diversos aspectos de la idoneidad de los candidatos a operadores judiciales. La queja de éstos al respecto, ha sido el excesivo peso que se le ha otorgado en cuanto a su valor como parte del proceso de selección. También se cuestiona la forma en que los magistrados participantes como entrevistadores se ven influidos a la hora de la selección por criterios políticos, regionales, de origen universitario, vínculos familiares etcétera. Por ejemplo, en una de las entrevistas realizadas para ese informe se encontró que en la entrevista se existían preferencias por familiares de miembros de la Corte Suprema de Justicia. Buena parte de las críticas han llevado a que se morigere el valor de la entrevista, cuyo valor pasó de un 35% a un 10%.

- ***El mecanismo de los traslados.*** De acuerdo con las normas vigentes, cualquier integrante de la rama judicial en carrera, puede solicitar traslados a cargos iguales a los que ostentan pero ubicados en diversas zonas del país. Estas peticiones pueden fundarse en temas de salud, seguridad personal o de sus familiares debidamente comprobados; por reciprocidad, es decir cuando dos funcionarios han acordado solicitar simultáneamente un traslado mutuo. También están las denominadas razones del servicio. Finalmente un funcionario judicial puede solicitar traslado cuando existe una vacante definitiva de un cargo para el que cumple los requisitos o por carrera.

La tramitación de las solicitudes de traslado corresponde a nivel consultivo al Consejo superior tratándose de jueces(zas) y magistrados y respecto de empleados a los consejos seccionales de la judicatura quienes emiten un concepto no vinculante sobre las posibilidades del traslado. La decisión final de aprobación o no del traslado está en manos de los nominadores, es decir los tribunales superiores o administrativo de cada distrito judicial quien como ya se dijo son los correspondientes nominadores. Las razones por las cuales no se acepta una solicitud de traslado deben ser objetivas.

Es de anotar que de acuerdo con las entrevistas realizadas, la aprobación o no de un traslado está sujeta a un sistema de relaciones políticas y personales, con miembros de los consejos seccionales, como con los integrantes de los tribunales¹⁷. Dada la excesiva demanda de traslados, priman las relaciones de diverso orden antes que criterios objetivos¹⁸.

El punto crítico en materia de carrera, es que a la hora de seleccionar para llenar determinadas vacantes, las autoridades competentes deben escoger entre personas que están en la lista de elegibles y las que solicitan traslado. En muchos casos se opta por estos últimos, dado el espíritu de cuerpo que existe al interior de la judicatura. Lo que conlleva a desestimular el régimen de carrera, pues la persona que ganó en su momento un concurso puede ser “desplazada” por otra persona que ya está en carrera pero en otro puesto o zona del país. Esta preferencia por los traslados internos para llenar vacantes ha sido de hecho avalada por la Corte Constitucional, quien en la sentencia de control previo de constitucionalidad de la ley 771 de 2002 expresó:

17. Ver ley 771 de 2002 por la que se reformó la ley estatutaria a fin de flexibilizar las razones y condiciones para un traslado.

18. Como relata un juez: “En la justicia, para que lo trasladen a uno hay que conversar con un magistrado amigo y esperar que salga una vacante”. Burgos. Óp. cit, P 97.

“Así mismo, la Corte llama la atención sobre el hecho de que las situaciones y sujetos interesados en este caso no son comparables, como quiera que es diferente la situación jurídica de quien desempeña un cargo en la rama judicial y se encuentra ya inscrito en la carrera, de la que se encuentra concursando y tan solo tiene una expectativa de acceder a ella. En ese orden de ideas, para la Corte, el Legislador dentro del marco de su potestad de configuración bien puede otorgar una prioridad en la selección de las plazas vacantes a quienes ya se encuentran inscritos en la carrera judicial”¹⁹.

Originalmente, los traslados horizontales no fueron aceptados por la jurisprudencia. Sin embargo, con ley 771 y su interpretación jurisprudencial, se ha generado una especie concurso cerrado entre los miembros de la judicatura, a las sedes más buscadas o apetecidas. Es así como los jueces(zas) de determinados cargos como los penales municipales, o los promiscuos, provienen más de traslados que de las listas de candidatos.

La Corte reconoce que lo anterior puede facilitar la prevalencia de criterios subjetivos por encima de los propios del mérito, para llenar una vacante mediante traslado. De este tema afirmó:

(...) no escapa a la Corte la necesidad de hacer prevalecer el derecho a acceder a la carrera judicial de quien en el concurso de méritos respectivo obtuvo, a título de ejemplo, un puntaje total de 600, frente al derecho al traslado de un servidor judicial que al momento de ingresar a la carrera obtuvo, igualmente a título de ejemplo, un puntaje total de 300.

Así mismo, ante varias solicitudes de traslado para una misma vacante la Corte concluye que deberán existir elementos objetivos para la selección del servidor que podrá ser beneficiado con el traslado, basados en las condiciones de ingreso a la carrera judicial y en los resultados de las evaluaciones en el desempeño de la función de cada uno de los solicitantes, de acuerdo con los mecanismos establecidos en la Ley Estatutaria²⁰.

19. Corte Constitucional, Sentencia C 295 de 2002. M.P Álvaro Tafur Galvis

20. Ibidem.

En suma, la información recogida para este informe, la organización y funcionamiento del sistema de traslados puede afectar la independencia judicial, dadas las dificultades para obtener datos mediante un sistema objetivo y por la primacía de los traslados internos para llenar una vacante por encima de las personas que han concursado para un determinado cargo.

- ***La ausencia de un verdadero sistema meritocrático en las altas cortes.*** La carrera judicial ha sido un proceso progresivo que ha venido vinculando a buena parte de los operadores judiciales, incluyendo los empleados de apoyo, mediante el sistema de carrera administrativa. Sin embargo, existe un gran vacío legal a este respecto y se remite a que los miembros de las altas cortes de justicia del país no ingresan por concurso a sus magistraturas. Éstos son seleccionados por de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, de listas que son confeccionadas por el Consejo de la judicatura.

Las mencionadas listas, incluyen a los aspirantes que responden a una convocatoria pública y de acuerdo con la ley 270, se debe indicar y explicar las razones por las cuales se introducen los nombres de los aspirantes que aparecen en ella. Lamentablemente, los criterios y argumentos mediante los cuales se confecciona la lista no son de conocimiento público. Al respecto, la veeduría ciudadana creada para monitorear el proceso de selección de algunos miembros de la corte suprema de justicia, planteó los siguientes cuestionamientos al proceso:

“El Consejo Superior no ha explicado cómo redujo la lista de 129 aspirantes a 30, y la Sala Penal tampoco ha dado mayores indicaciones sobre cuál será su criterio para definir quién se integra a ella ¿Cuáles son las condiciones en que repara (la Corte) -y que van más allá de los requisitos mínimos- para establecer que entre dos candidatos que reúnen las mismas condiciones uno es mejor que otro?”²¹.

Este sistema ha generado que los superiores de buena parte de una rama seleccionada por mérito, no provengan de la misma. Si bien esto no ha afectado la consideración de la autoridad jurídica de los miembros de la corte, no deja de ser un contrasentido.

21. Al respecto Ver: El tiempo. Veeduría ciudadana pone peros a elección de nuevos magistrados para la sala penal de la corte. Bogotá, 2007. “Disponible en internet”

Valoraciones como las descritas en la actual reforma a la Constitución que se viene discutiendo, han sugerido cambios en el mecanismo de selección, el cual, ya no estaría bajo el control del Consejo de la Judicatura, que desaparece y quedaría en manos de la Corte Suprema y el Consejo de Estado, los cuales deben elaborar listas de 10 personas para cada cargo incluyendo a los interesados e identificados mediante convocatoria pública.²² El problema de esta propuesta, es que centraliza aún más el proceso de selección, no lo sujeta a la meritocracia y favorece las redes de clientelismo judicial que de tiempo atrás existen. En cierto sentido, es peor que el sistema anterior.

Un caso adicional en este plano, fue el proceso de selección de magistrados para los tribunales de justicia y paz, dedicados de juzgar delitos generalmente de lesa humanidad, cometidos por actores armados vinculados a conflicto interno. Estos magistrados no contaron con un proceso de selección meritocrática y siguieron el esquema previsto para la selección de los magistrados de la Corte Suprema y el Consejo de Estado. Es decir, la elaboración de listas por la sala administrativa del Consejo superior de la judicatura y selección por la Corte Suprema. Si bien la jurisdicción de justicia y paz es excepcional y temporal dada la gravedad de los delitos que conoce, merecía un procedimiento más meritocrático para garantizar la independencia e imparcialidad de los escogidos.

Este origen no meritocrático de los miembros de las altas cortes, tiene efectos críticos respecto de las funciones de nominación o selección de funcionarios de organismos de control que les ha otorgado la ley y la constitución. En efecto, en cabeza de los magistrados de las altas cortes está la elaboración de:

1. La terna para la elección del contralor general de la nación por parte del Congreso y del procurador general por parte del senado.

22. El Artículo 231 de la Constitución Política quedará así: ARTÍCULO 231. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos por la respectiva Corporación mediante el voto afirmativo de las tres quintas (3/5) partes de sus miembros, de listas de 10 candidatos conformadas mediante convocatoria pública adelantada por la respectiva corporación. En la integración de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se atenderá el criterio de adecuado equilibrio entre quienes provienen del ejercicio profesional, de la rama judicial y de la academia. La ley o, en su defecto el reglamento interno de cada una de estas corporaciones, tomará las provisiones necesarias para dar cumplimiento a este criterio de integración.

2. El Consejo de Estado tiene la facultad de elegir a los miembros del Consejo Nacional Electoral y elegir, la terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, para períodos de dos años, al Auditor ante la Contraloría General de la República.
3. Por su parte, los tribunales administrativos tienen entre sus funciones: nominar los candidatos que han de integrar las ternas correspondientes a las elecciones de Contralor Departamental y de Contralores Distritales y Municipales, dentro del mes inmediatamente anterior a la elección.

Este tipo de funciones han puesto a las instancias judiciales antes mencionadas, en un marco de relaciones de tipo político y clientelista que puede afectar su independencia. En efecto, en primer lugar las mencionadas instituciones son objeto de presión y cabildeo por los distintos actores políticos interesados en ser nominados para formar parte de una terna o ser efectivamente elegidos.²³

Dado que muchos de estos cargos terminan en el terreno del juego político, se ha generado una dinámica perversa de intercambio según la cual una nominación o elección de una Corte se obtiene a cambio de puestos públicos que benefician a familiares de los magistrados que intervinieron en el proceso. Como se puede comprobar fácilmente, por ejemplo, altos cargos de la procuraduría general están en manos de familiares de miembros de las altas cortes. Esta dinámica se ha conocido mediáticamente como clientelismo judicial.²⁴ Con estos antecedentes el sistema se viene replanteando en el contexto de la reforma constitucional en proceso de discusión actualmente e incluye la eliminación de las actuales facultades.

23. Por ejemplo, este funcionamiento era registrado así por el diario El espectador "Pero lo que debería ser un proceso más en el interior del Alto Tribunal, se ha convertido en una puja entre los 15 aspirantes que finalmente fueron admitidos, con una peregrinación constante por las oficinas de los magistrados haciendo gala de conocimientos y con rumores sobre regalos, invitaciones a almorzar, ofrecimiento de favores y hasta quienes se reconocen como la ficha del actual contralor de la ciudad, Óscar González Arana" Redacción política, El martes se escoge nombre para terna a Contralor Distrital Pulso en Tribunal de Cundinamarca. El espectador, 2007.

24. Al respecto, el presidente del Congreso Hernán Andrade denunciaba como "El roscograma es que el Procurador nombra a los familiares de la Corte, el Fiscal nombra a los de la Corte, los de la corte nombran a los directores de Fiscalía, el clientelismo judicial que es ahora evidente y claro" Ver Uribe asegura que hay un "roscograma" en la rama judicial del país. Semana, Jueves 14: Ataque de Uribe a la Justicia desata controversia, Bogotá, 2008. "Disponible en internet"

Esta inmersión en las relaciones con actores políticos y los favores burocráticos que reciben, pueden afectar la imparcialidad e independencia de los magistrados de las altas cortes. Y puede orientar sus decisiones en casos que puedan convenir a sus favorecedores. Igualmente estos últimos pueden presionar a los operadores judiciales en casos de su interés directa o indirectamente. Estas aseveraciones resultan más claras si se tiene en cuenta que al tener periodos fijos y no ser de origen meritocrático, los mencionados funcionarios no tienen las garantías adecuadas para sostener su independencia e imparcialidad.

2.7 RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y DE EVALUACIÓN DE JUECES(ZAS) Y FISCALES

La independencia judicial no es ajena a la existencia de mecanismos de evaluación del desempeño y de control disciplinario. Como se ha indicado con anterioridad, con la independencia, se buscan fines superiores como el imperio de la constitución, la ley y los derechos. Esta independencia no puede convertirse en un mecanismo para el abuso judicial. Con todo, para que exista un equilibrio entre la independencia y la responsabilidad judicial, los mecanismos de control existentes deben reunir ciertas condiciones. Así, deben estar previstos los mecanismos legales y reglamentarios que la garanticen; su desarrollo debe estar a cargo de órganos especializados y su funcionamiento debe seguir el debido proceso y ser transparente.

Las funciones de evaluación sobre el desempeño de los jueces(zas) se desarrollan en dos planos: el cualitativo y el cuantitativo. El primero de ellos está a cargo por lo general de los superiores funcionales. Por ejemplo, los magistrados de tribunal son evaluados por la Corte Suprema, aquellos evalúan cualitativamente a los jueces(zas) de circuito y éstos a su vez a los jueces(zas) municipales y cada funcionario judicial a los empleados de su despacho. En el caso de los funcionarios judiciales, la valoración cualitativa “deberá comprender un mínimo de diez (10) procesos y cuando menos seis (6) de éstos deberán corresponder a procesos con sentencia o decisión que resuelva de fondo el asunto en la respectiva instancia.”²⁵ Por lo general, la valoración cualitativa del superior se hace sobre el total de decisiones que conoce mediante el recurso de apelación.

25. República de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo 1392 de 2002.

La evaluación antes indicada, tiene un valor de 40 puntos sobre el total de 100 e incluye dos aspectos nucleares: **1.** Dirección del proceso (manejo de términos, conducción del debate probatorio, manejo de audiencias y diligencias) y **2.** Estructura y contenido de las providencias (comprensión fáctica, juicio jurídico, aspecto formal), los cuales valen máximo 24 y 16 puntos respectivamente.

La evaluación de tipo cuantitativo está a cargo de los Consejos Superior y seccional de la judicatura. El primero de ellos tiene a cargo **a)** Realizar la calificación integral de servicios de los Magistrados de Tribunal y **b)** Establecer indicadores de gestión de los despachos judiciales e índices de rendimiento e indicadores de desempeño para los funcionarios y empleados judiciales, basándose en el control y evaluación correspondientes. Por su parte los consejos seccionales de la judicatura, tienen por función: **a)** Llevar el control del rendimiento y gestión de los despachos judiciales mediante los mecanismos e índices correspondientes y **b)** Practicar visitas generales a todos los juzgados de su territorio por lo menos una vez al año, con el fin de establecer el estado en que se encuentra el despacho de los asuntos a su cargo y procurar las soluciones a los casos de congestión que se presenten.

Esta evaluación realizada por los consejos se desglosa a su vez en dos partes: una la relacionada con la eficiencia y el rendimiento esperado y la segunda relativa a la organización del trabajo en el despacho. La productividad de las unidades judiciales se mide fundamentalmente por medio del establecimiento de una gradación diversa de cargas procesales y la proyección de metas de rendimiento esperado. Igualmente se tienen en cuenta otros indicadores. En el acuerdo 1392 de 2002 y las normas que lo reforman, existe una descripción básica de referente a partir de la cual se hace la evaluación. La calificación de la eficiencia y organización del trabajo se hace sobre un total de 58 puntos. Dos corresponden a publicaciones.

La calificación integral de servicios es por tanto la suma de los aspectos cuantitativos y cualitativos, la cual tiene como valoración máxima 100. El acuerdo antes indicado establece igualmente los baremos desde los cuales una evaluación es considerada satisfactoria (de 85 hasta 100) o insatisfactoria (de 0 hasta 59). Debe anotarse que de acuerdo con el artículo 3 del acuerdo 1392, una evaluación integral negativa puede conllevar el retiro por insubsistencia del funcionario en cuestión.

Los fundamentos de esta evaluación y sus implicaciones son: la ley estatutaria de la administración de justicia y los diversos acuerdos proferidos por la sala administrativo del Consejo Superior de la Judicatura.

En el caso únicamente de evaluación negativa, se pueden ejercer los recursos de reposición y apelación. En la práctica, mediante de derechos de petición, los consejos seccionales de la judicatura están dando trámite a recursos en aquellos casos donde la evaluación ha sido positiva pero no es del todo compartida por el evaluado.

A través de las entrevistas realizadas para este informe, se pudieron identificar algunos aspectos críticos del mecanismo. Se escucharon varias quejas en distintas regiones del país donde los jueces(zas) inferiores denunciaban que cuando su superior, en desarrollo del recurso de apelación, no estaba de acuerdo con la orientación de una sentencia, o ésta no respetaba los precedentes del superior, se tiende a emitir una evaluación cualitativa más baja que lo normal.

En el contexto colombiano, el precedente de la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa, aunque en menor medida, en sus distintos niveles no es obligatorio. Apartarse del mismo es por tanto viable y se hace en ejercicio de la independencia del operador judicial. Sin embargo, la práctica de la evaluación cualitativa parece desdejar lo anterior, y puede convertirse en una forma de obstaculizar la independencia de los jueces(zas). Según algunos entrevistados, la variación en la calificación por diferencias de criterio tiende a darse ante todo de la Corte, respecto de los tribunales y de estos últimos respecto de los jueces(zas) del circuito. La variación es casi de 10 puntos sobre el máximo previsto para esta variable.²⁶

No puede dejar de mencionarse, que el control cualitativo y de desempeño es desigual respecto de los magistrados de las altas cortes. En efecto, éstos no están sujetos a ningún tipo de control cualitativo, salvo, el que puede ocurrir mediante las tutelas por vías de hecho, el cual por lo demás ha sido resistido por sectores de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa. En términos cuantitativos, tampoco existen indicadores que deban ser cumplidos en materia de carga o rendimiento esperado.

26. Un testimonio de un juez al respecto anotaba: "Con la introducción de la carrera judicial logramos un poco de independencia, pero no la suficiente; porque si a uno los superiores le revocaban mucho de lo que decidía, lo calificaban mal y lo sacaban. Mejor dicho, o se somete o se somete". En justicia para todos. Óp. cit, p 103.

Las altas cortes, realizan y emiten sus propios informes en materia de gestión, dado que no están sujetas a ningún nivel de control por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

En lo que corresponde a la Fiscalía, la entidad encargada al respecto es la Oficina de Personal de la entidad. En el estatuto orgánico de la institución, se enuncian cuáles son los objetos y objetivos de la calificación. Se tienen en cuenta la celeridad, eficiencia, calidad, oportunidad, imparcialidad y rendimiento. La calificación insatisfactoria impedirá desempeñar cargos en la entidad por un término de cinco (5) años contados a partir de la misma y obviamente puede conllevar la declaratoria de insubsistencia.

En lo que corresponde con el régimen disciplinario, el mismo está a cargo de las salas disciplinarias tanto del consejo superior como los seccionales de la judicatura. En el caso del primero, tiene por funciones **1.** Conocer, en única instancia, de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los magistrados de los Tribunales y Consejos Seccionales de la Judicatura, el Vicefiscal, los fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales y **2.** Conocer de los recursos de apelación y de hecho, así como de la consulta, en los procesos disciplinarios de que conocen en primera instancia las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura.²⁷

Por su parte, los consejos seccionales, conocen en primera instancia de los procesos disciplinarios contra los jueces(zas) y los abogados(as) por faltas cometidas en el territorio de su jurisdicción.

El funcionamiento de las Salas disciplinarias está regido por la Constitución (1991), La Ley Estatutaria de la Justicia (1996), El Código Disciplinario Único (2002), la Ley 497 de 1999 reglamentaria de la Justicia de Paz. Igualmente son aplicables algunos Acuerdos de la Sala Administrativa, que también deben ser observados por la justicia disciplinaria, en cuanto reglamenten la actividad judicial y su incumplimiento también constituye falta disciplinaria.

De otro lado, el control disciplinario sobre los magistrados de las altas cortes, del Consejo de la Judicatura y del Fiscal General está a cargo del Congreso de la República. Finalmente, este tipo de control respecto de los empleados judiciales se hace por sus correspondientes superiores jerárquicos. Con todo, la procuraduría podrá ejercer control prevalente sobre los del superior jerárquico.

27. República de Colombia, Ley 270 de 1996, Ley estatutaria de la administración de justicia.

Algunos datos sobre el funcionamiento de lo anterior muestran que entre 2005 y 2006 hubo un aumento de los casos conocidos por asuntos disciplinarios de funcionarios judiciales, el cual pasó de 1138 a 1256.²⁸ La mayoría de las denuncias que son objeto de disciplinarios son relacionadas con la mora judicial y provienen en primer lugar de los particulares seguidos por miembros de la misma judicatura, que legalmente están obligados a compulsar copias. Las sanciones más utilizadas respecto de los casos investigados son la multa, la amonestación, la suspensión y en un último lugar la destitución.

El control disciplinario a nivel de la Fiscalía se divide en dos. De un lado, los fiscales tienen control disciplinario de las salas disciplinarias de los consejos seccionales de la judicatura. Los empleados están sujetos a una veeduría interna.

El marco de faltas disciplinarias para los anteriores casos está establecido en el código disciplinario único, aplicable a todos los funcionarios del Estado. En el mismo sentido, se encuentra el régimen de sanciones.

De acuerdo con los informes institucionales producidos por la Fiscalía, entre 2005 y 2006, se conocieron 3078 denuncias de distintos casos disciplinarios, las cuales conllevaron tan solo 96 fallos sancionatorios, dentro de los cuales a su vez, en 24 casos significaron la destitución. Para el periodo siguiente la situación es casi calcada: se conocieron 2032 procesos disciplinarios pero los fallos sancionatorios fueron 91, habiéndose archivado 1322 denuncias.²⁹

En 2013, se encuentra indicadores similares “de las 3.800 decisiones proferidas para el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 2013 y el 21 de febrero de 2014, se adoptaron 1.706 decisiones que culminan con el trámite procesal, es decir, que se evacuó más del 34% de los 4.807 procesos que se tramitaban a febrero de 2013”³⁰.

De acuerdo con la información recabada para este informe, el marco de control disciplinario y de desempeño no presenta mayores problemas de diseño y su funcionamiento no se ha constituido en una forma de represalia y control sobre la independencia de los operadores judiciales. Sin embargo, existe la percepción por algunos de estos últimos, de exabruptos en el uso de las denuncias disciplinarias como un recurso por parte de los abogados(as) y las

28. Fiscalía General de la Nación, Informe institucional de la fiscalía. Bogotá, 2007. 61

29. *Ibíd.*, 14

30. Fiscalía General de la Nación, Informe de gestión 2013-2014, Bogotá. 2014.172

partes, para someter a retaliaciones a los operadores judiciales y en la práctica, ejercer presión en el futuro. En otros términos, por medio del abuso en las acusaciones en materia disciplinaria, los jueces(zas) se pueden sentir coaccionados en determinados casos o por ciertos abogados(as) y esto puede influir en su accionar.

2.8 EL MARCO FORMAL, SU DISEÑO Y FUNCIONAMIENTO.

En el Estado colombiano y su marco jurídico, se reconoce el principio de independencia judicial y sus alcances. Por su parte, a la luz del marco analítico propuesto para esta investigación, el balance es:

2.8.1 PROCEDIMIENTOS PARA EL NOMBRAMIENTO DE JUECES(ZAS) IDÓNEOS.

El sistema de carrera ha permitido la identificación y designación de jueces(-zas) más capaces y mejor formados. Con todo, ha surgido un sistema paralelo de designación de funcionarios al margen del sistema de carrera. Bien sea a través de los jueces(zas) de descongestión, por medio de la ausencia de listas de elegibles, traslados internos, o por medio de la creación de tribunales especiales con periodos fijos, tales como los magistrados de justicia y paz. Dado su carácter provisional, estos funcionarios y empleados judiciales pueden ser sujetos de presiones por diversos actores de poder internos y externos y además legalmente no están sometidos a los mecanismos de evaluación previstos normalmente para los funcionarios en propiedad.

Llama la atención que, según las entrevistas realizadas especialmente a jueces(zas), los empleados de los despachos, los que prestan el apoyo necesario para el funcionamiento del juzgado, son en muchos casos provisionales y además seleccionados por el mismo juez. Esto se justificó, declarando que eran más eficientes al no ser estables. Dicha situación genera alarma porque empleados provisionales, no estables, que no llegan por méritos, y que en muchos casos controlan los juzgados, pueden ser altamente influenciados o sometidos por diversos actores de poder.

De otra parte, el mecanismo de designación de los magistrados de altas cortes, particularmente del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, al no estar amparada en concurso de méritos y no contar con transparencia en

los criterios de selección, no facilita el ingreso de los más idóneos. Dado que muchos de estos magistrados, continúan su vida laboral luego de terminar su periodo de ocho años, pueden ser presionados por actores de poder público, que les ofrecen futuros cargos dentro del Estado o por actores privados de los cuales dependerá su vida profesional. Por otra parte el mecanismo de selección de los magistrados establecido por las mismas cortes, que permite independencia en la designación, ha afectado negativamente el proceso, pues muchos exmagistrados terminan llevando litigios ante los que ellos mismos eligieron como miembros de ciertas cortes.

La reforma constitucional que se viene discutiendo³¹, intenta poner límites especialmente a la nominación de exmagistrados en cargos públicos y a su posibilidad de litigar en las cortes que ayudaron a conformar. Con todo, el mecanismo de selección propuesto, la selección de los magistrados por cada corte a través de un proceso definido por ella, presagia serios problemas de independencia ligados a la pertenencia a redes de poder regional, de origen universitario y de partido político. En otros términos, el sistema propuesto no impide que se llegue a ser magistrado a cambio de lealtad a los magistrados que eligen. Esto sucede porque no se prevén claros mecanismos de concurso que sean vinculantes.

Finalmente es importante anotar que de las entrevistas realizadas a abogados(as) para este informe, los mismos indicaron no saber el estado de provisionalidad o no de los jueces(zas), que conocen de sus casos y no lo consideran algo trascendental.

31. Senado de la República, Proyecto de acto legislativo 05 de 2014, por el cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política y se reajusta el equilibrio de poderes

2.9 LA ESTABILIDAD EN EL CARGO

Para los funcionarios que están en carrera la estabilidad formalmente está asegurada y además las causales de su eventual destitución son claras. Adicionalmente, como vimos, los traslados son por petición de parte y debidamente justificados. Finalmente, de acuerdo con datos planteados por el Consejo de la Judicatura y por lo recogido en las entrevistas, no es común la destitución de jueces(zas) o empleados(as) judiciales. Por ejemplo, según la Corporación Excelencia en la justicia, de cerca de 108.000 casos conocidos por las salas disciplinarias de distrito judicial, pertenecientes al Consejo de la judicatura y entre 1991 y 2011, solo 195 terminaron en destitución, siendo en la mayoría de los casos la multa o la suspensión el tipo de sanción más utilizada frente a fallas disciplinarias. (CEJ, 2015)

Los problemas de estabilidad existen especialmente para los funcionarios provisionales. En muchos casos, no tienen claro si les va a renovar el nombramiento o a cambio de obtenerlo deben vincularse a alguna red de clientelismo existente. Con todo, no se logró determinar cuál es cuantitativamente el impacto de esta no renovación.

Otro tema relacionado con la estabilidad, tiene que ver con la continuidad en el conocimiento de los casos por el juez asignado inicialmente al mismo. En general esto ocurre bajo ciertas condiciones legales que el juez solicite, entre otras por razones de seguridad, como la remisión del caso a otro juez, generalmente en otra ciudad. En las entrevistas realizadas, algunos abogados(as) de niños(as) y mujeres expresaron lo limitante que puede ser la estabilidad en el conocimiento del caso, dado que hay jueces(zas), que han demostrado no tener la aptitud e interés en favor de situaciones que afectan a este tipo de sujetos, aun así no es posible cambiarlos del caso, ni siquiera mediante recusación.

Donde existen claros problemas de estabilidad en al menos dos niveles es en la Fiscalía. Allí, dada su estructura organizacional, es usual que los casos sean retirados del fiscal de conocimiento por orden de su superior y sin ninguna explicación. Esto tiene especial impacto en la continuidad de las investigaciones y puede ser una forma de impedir el desarrollo de ciertas investigaciones que no son del agrado del Fiscal General o cualquier superior jerárquico. Adicionalmente, la imposibilidad de introducir de manera general la carrera en la fiscalía, el ingreso y salida de este órgano, perteneciente

a la rama judicial, depende finalmente del Fiscal general, el cual solo debe justificar de manera general cualquier despido en el cargo. En últimas, el órgano de acusación penal, perteneciente a la rama judicial, no cuenta con la estabilidad en el manejo de los casos, ni en los cargos.

2.10 LA AUSENCIA DE PRESIONES INTERNAS Y EXTERNAS DURANTE EL EJERCICIO DEL CARGO

Hoy por hoy la violencia contra algunos jueces(zas) sigue siendo el factor de presión más crítico que de parte de actores externos los afecta. En zonas donde el conflicto armado está presente, la amenaza o asesinato de jueces(zas) se sigue presentando lamentablemente. La Corporación FASOL, organización civil creada para denunciar y defender a los jueces(zas) frente a diversas situaciones de violencia, hace periódicamente un balance de las situaciones que los afecta. El resultado arroja que entre 1989 y 2015, se han asesinado 308 funcionarios judiciales, 608 han sido objeto de amenazas, hay 40 desaparecidos y 35 desplazados.³² (Fasol, 2015). Según otras fuentes, las amenazas están afectando hoy por hoy especialmente a los jueces(zas) de tierras, encargados de aplicar las sentencias relativas a la restitución de inmuebles, de personas que fueron despojados violentamente en el contexto del conflicto armado.³³

Situaciones como las anteriores y el mismo contexto en que se trabaja, generan un legítimo temor que termina por afectar la independencia. No es de extrañar que algunos funcionarios judiciales decidan determinados casos o no los decidan, para evitarse problemas con los actores armados. (García, 2013)

Otro ámbito de presión externa es el tándem conformado por ciertos intereses empresariales y exmagistrados de algunas altas cortes. Estos últimos fungen de apoderados de conglomerados económicos y litigan en su nombre ante quienes son sus excompañeros y fueron ayudados a seleccionar por ellos mismos. Un reciente caso al respecto fue el pretendido soborno cobrado por el magistrado de la Corte Constitucional, Jorge Pretelt, a los representantes de la firma FIDUPETROL a su vez asociados al exmagistrado Rodrigo Escobar Gil. Aparte de la eventual corrupción de un magistrado en

32. Corporación Fasol, 2015. "disponible en internet"

33. La FM. conoció que han sido amenazados 530 jueces(zas) en lo que va corrido de este año en varias regiones del país.

relación con sus funciones, un tema de fondo es la interacción espuria y coactiva de los exmagistrados sobre sus colegas. La reforma constitucional en curso viene incluyendo un ajuste que prohíba al menos por un periodo de tiempo, la posibilidad de litigar como exmagistrado ante la corte de la cual se fue parte.

Esta eventual reforma no incluye el litigio por nombre interpuesto, donde el exmagistrado sigue actuando pero usando el nombre de otra persona.

Una situación similar es la que ocurre con exmagistrados, que tan pronto terminan el periodo de su cargo o antes de él, son designados por el gobierno de turno para ser Ministros, candidatos a órganos de control o contratistas. Estos serían los casos de los exmagistrados Escobar Gil, nominado antes de cerrar su periodo, por el expresidente Uribe, para ser Fiscal General, la exmagistrada de la Corte Suprema, Ruth Stella Correa, quien sale de la Corte para ser Ministra de Justicia y el exmagistrado de la Corte Constitucional, Manuel José Cepeda, quien funge como asesor del gobierno para diversas materias. ¿Qué independencia se puede tener frente a un gobierno para el que finalmente se termina trabajando de alguna u otra forma?

Otras formas de presión son las realizadas por los medios de comunicación. Se cuestiona la oportunidad, la dureza o el alcance de ciertas decisiones judiciales. Si bien es propio de una sociedad democrática discutir las decisiones de los jueces(zas), la situación se hace compleja cuándo dichas argumentaciones en contra de las decisiones, no se hace en términos jurídicos sino en razón de conveniencias políticas, económicas etcétera. La reacción de los medios en respuesta a decisiones, genera temor en los jueces(zas) que las tomaron, lo cual lleva a que finalmente se tenga en cuenta que dirán los medios frente a sus decisiones y con estas valoraciones de por medio, no siempre apliquen independientemente la ley. De hecho, en las entrevistas realizadas a los jueces(zas) para este informe, esta circunstancia fue mencionado de forma reiterativa.

Un ejemplo reciente se ha dado en la Corte Constitucional, la cual antes de presentar públicamente decisiones política o económica trascendentales, emite comunicados que resumen en líneas generales el contenido de la decisión, pero termina modulando la misma luego de recoger las reacciones vertidas a través de los medios de comunicación. Éste parece ser el caso, de los términos de la decisión contraria a la segunda reelección de Álvaro Uribe Vélez.

En el ámbito de los medios de comunicación, también ha sido corriente, que ciertos actores políticos cuestionen agriamente las decisiones judiciales. En particular el expresidente Uribe Vélez y su entorno buscan deslegitimar las decisiones contra personas ligadas a su gobierno, sosteniendo que forman parte de una persecución política, que existen vínculos entre los jueces(zas) y las guerrillas, que el fundamento de sus decisiones es basado en animadversiones personales etcétera. Que esto provenga del jefe político de la oposición y que en las pasadas elecciones obtuvo cerca de 8 millones de votos, no deja entrever respeto y defensa de la independencia judicial.

Finalmente uno de los temas que generan una presión creciente e importante sobre los jueces(zas) son las denuncias penales y disciplinarias que los afectan. Cada vez es más normal que autoridades del estado o abogados(as) de las partes, opten por “tomar represalias” en contra de los funcionarios judiciales por la forma que deciden. Como recoge el informe de la Corporación Excelencia en la Justicia, entre 1992 y 2011 el Consejo Superior de la Judicatura pasó de emitir 702 providencias a producir 8268, lo cual muestra un mayor nivel de denuncia. Este informe expresa claramente como:

“No se puede desconocer que durante los años 2010 y 2011 el ingreso de procesos a los Consejos Seccionales de la Judicatura se vio afectado por más de 12.000 investigaciones disciplinarias originadas por quejas interpuestas por el Ministerio del Interior y de Justicia contra jueces(zas) y Fiscales, por el otorgamiento del beneficio de detención domiciliaria a procesados en el marco de procesos penales de connotación. La mayoría de dichas actuaciones terminó en el archivo, registrándose así un total de 15.399 terminaciones de este tipo en el año 2011”. (CEJ, 2015)³⁴

La posibilidad de denunciar a un juez por eventuales abusos en el ejercicio de su cargo es un derecho para la ciudadanía, pero los excesos dentro esta acción, pueden afectar la independencia a la hora de aplicar el derecho, que puede derivar en el temor a evitar un disciplinario, más que a defender la

34. El presidente de la Judicatura en la actualidad, Wilson Ruiz indicó que la labor de la actual Sala Disciplinaria de la Judicatura implica 175 sentencias estudiadas semanalmente, con 25 ponencias por Magistrado en cada sala plena, lo que representa más de 700 fallos mensuales y unos 40.000 procesos disciplinarios que estudia la Judicatura en todo el país. Periódico el Tiempo. “disponible en internet”

juridicidad de determinada decisión. Con todo, debe registrarse que buena parte de estas denuncias no terminan en sanción alguna para los jueces(zas).

La presión contra jueces(zas) y fiscales, que pueda afectar su independencia judicial, tiende a provenir de los actores de violencia; agentes empresariales ligados con exfuncionarios judiciales; medios de comunicación; actores políticos estatales o no, y finalmente las partes.

Dentro de las presiones internas el único tema a resaltar, es el alcance de la jurisprudencia de ciertas altas cortes para los ámbitos de decisión de los jueces(zas). En las entrevistas realizadas se registró que al menos para los casos de mujeres y niños, los precedentes no siempre son los más garantistas para estos sujetos, pero siguen primando en la práctica, dificultando renovaciones interpretativas más ajustadas a derecho. La autoridad de las altas cortes se hace valer como pura autoridad, independientemente de la coherencia de sus decisiones con el ordenamiento jurídico.

Finalmente en las entrevista se indagó sobre el uso de coimas para el desarrollo ágil de los procesos u otra actividad relacionada con el proceso y se mencionó que dados los cambios en la organización del trabajo, muchas de estas actividades ya están por fuera del ámbito de los juzgados, después de ser centralizadas en unidades administrativas.

2.11 EL JUZGAMIENTO EN FUNCIÓN ESTRICTAMENTE DEL DERECHO

Como se ha planteado, los jueces(zas) en Colombia están sujetos a la Constitución, la ley y las demás fuentes formales del derecho. La jurisprudencia y la doctrina son criterios auxiliares, aunque los precedentes de la Corte constitucional son vinculantes para toda autoridad pública y bajo ciertas condiciones los del Consejo de Estado también. Como es de conocimiento general, la aplicación final del derecho es uno de los objetivos de la independencia.

Se pueden ubicar tres aspectos que afectan la final aplicación del derecho:

- La impunidad como resultado general de múltiples factores, es expresión de la incapacidad de aplicar el derecho al caso concreto y por tanto de un juzgamiento fundado en él. Para el caso de la violencia contra mujeres y niños(as) y de acuerdo con las entrevistas, la impunidad en el ámbito penal sigue siendo muy alta, debido a la imposibilidad de encontrar

al victimario; el desistimiento tácito de la víctima; la insuficiencia de pruebas por lo costoso que puede resultar su levantamiento en un sistema adverso. Para los delitos de mayor impacto social tales como el homicidio, el nivel de impunidad en Colombia es del 95%.

- Las excepciones interpretativas. Parte de la impunidad antes indicada está en el no cumplimiento de los plazos procesales previstos legalmente, los cuales terminan en prescripción o preclusión del proceso y la consecuente no aplicación del derecho al caso. Desde interpretaciones generadas por la misma Corte Constitucional, el incumplimiento de los términos procesales se ha terminado justificando ante la congestión y carga que tiene el sistema. Por esta vía se genera el perverso incentivo de mantener la congestión que justifique no cumplir con los plazos procesales.³⁵
- Finalmente, la aplicación efectiva del derecho está sujeta a las diversas interpretaciones que pueden existir al interior de determinados ámbitos judiciales. Así, al interior del Consejo de Estado y de la Corte Suprema puede haber simultáneamente diversas interpretaciones que dificultan saber a cuál atenerse por parte de los jueces(zas). Otra situación, especialmente crítica para mujeres, personas LGBTI y niños(as), es que las interpretaciones de los órganos superiores especialmente a nivel penal, no siempre incorporan los objetivos de las nuevas regulaciones protectoras de estas personas y terminan protegiendo más al victimario que a la víctima. También se dijo en las entrevistas, en particular en casos relacionados con familia, que algunos jueces(zas) mantienen sus criterios, en contra de lo dicho en la jurisprudencia, la cual si bien formalmente no es vinculante, en la práctica lo es. Por esta vía alargan los procesos, dado que estos terminan siendo apelados y transformados por órdenes del superior, afectado al final la oportunidad de la justicia.

35. “En desarrollo de este precedente, por ejemplo, la Sala Disciplinaria ha determinado que la congestión judicial limita la eficiencia y celeridad de la administración de justicia, constituyendo este fenómeno una causal de configuración de fuerza mayor revestida de imprevisibilidad e irresistibilidad, que a la luz del Código Único Disciplinario constituye una causal de justificación¹⁰ y comporta la absolución del funcionario procesado”. Néstor Ramírez, Situación de la función disciplinaria de la rama judicial en Colombia. 5, “disponible en internet.

2.12 OTRAS PRÁCTICAS ASOCIADAS CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Como producto de las entrevistas realizadas y la encuesta aplicada por la CAJPE para los países vinculados al proyecto, Auditoría Social de la Justicia y el esquema utilizado con base en la metodología planteada para este informe, se lograron identificar algunas otras prácticas que pueden afectar críticamente a la independencia judicial:

- La jurisdicción indígena, identificada al inicio de este informe, no cuenta con información sobre su nivel de independencia. Es decir, no fue posible saber si las autoridades propias que administran justicia, cuentan con el nivel de independencia adecuados. Formalmente la designación, estabilidad y marco de acción de estos juzgadores varía según comunidad. Si bien el marco constitucional y legal los rige y está por encima de ellos, fue imposible identificar casos que permitieran discutir la independencia de las autoridades judiciales comunitarias. De hecho, desde algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, según los cuales la jurisdicción indígena no forma parte de la estructura judicial, se discute entonces si tiene sentido aplicarles el principio de independencia, de clara ascendencia occidental.
- De acuerdo con la encuesta aplicada a jueces(zas) y abogados(as) en Colombia, un número importante de ellos consideraron que la transparencia de las decisiones, no necesariamente contribuiría a la independencia judicial, pues puede afectar la seguridad de las partes, su buen nombre y se adujo, sin mayor sustento, el desarrollo del caso concreto. De hecho, no se puede desconocer que la experiencia colombiana en cuanto al número de jueces(zas) que entregaron sus sentencias para hacerlas públicas fue lamentablemente bajo respecto de las expectativas que se tenían.
- Como se indicó en la introducción de este informe, la independencia para el caso de mujeres, indígenas y población LGBTI, pasa por la debida parcialidad teniendo en cuenta las protecciones y beneficios existentes en la ley para estos casos. En las entrevistas lo que se evidenció fue que a pesar de procesos de formación recibidos por los funcionarios judiciales, siguen existiendo estereotipos contra las mujeres violentadas, los indígenas y los LGBTI. De hecho, antes que protegerlos, se les trata como sospechosos habituales, no se creen sus testimonios y se generan procesos de doble victimización. Por tanto, ni se cumple la imparcialidad

formal clásica (no estar a favor de ninguna de las partes), ni la parcialidad en pro de la igualdad solicitada de alguna forma por la ley.

- De acuerdo con las entrevistas, en el caso de niños(as) y de mujeres, las Comisarías de familia tienen atribuciones judiciales asociadas a medidas de protección y establecimiento de cuotas alimentarias, que son muy importantes en estos casos. La designación de dichos comisarios(as) no es meritocrática y depende de la autoridad política de los alcaldes, además no son estables. Igualmente pueden ser presionados en determinados casos por sus nexos con personas ligadas con las autoridades políticas que los designan.
- De acuerdo con las percepciones de los entrevistados y recogidas igualmente en la encuesta, se considera que en los temas de niños y mujeres, hay un abuso de la independencia judicial en la medida en que no se tienen en cuenta los precedentes judiciales, especialmente de la Corte Constitucional. Los(as) jueces(zas), tienden a tomar decisiones según su criterio y prefieren que cualquier cambio se tomen por sus superiores. Esto retrasa el proceso y no permite que avances jurisprudenciales permeen la base judicial. Adicionalmente no hay mayor consecuencia para el juez cuando se aparta de las decisiones precedentes.
- Respecto de la población LGBTI, se considera que declaraciones y actuaciones del procurador general de la nación y de organizaciones defensoras de la familia que protestan en los juzgados, afectan la debida independencia de los jueces(zas) que toman decisiones en estos casos. Y que constituyen formas de presión indebida en sus ámbitos de decisión.
- Finalmente en el caso de las mujeres se planteó que algunos jueces(zas) imponen requisitos que no está previstos en las leyes, (tener abogado para ciertos casos o contar con avales notariales) y no siempre resuelven las pretensiones solicitadas. En otras palabras no usan su independencia, para apegarse a la legalidad, que dice ser el objetivo de este arreglo.

3. ACCESO A LA JUSTICIA

Dentro de las principales problemáticas que se presentan en la actualidad para los grupos en condiciones de vulnerabilidad como: mujeres, niños y niñas, indígenas y LGBTI, están la falta de garantías de acceso a la justicia. La multiplicidad de características y necesidades demandadas por estas problemáticas, pugnan porque al interior del sistema judicial se adopten progresivamente disposiciones que permitan un trato diferencial al momento de abordar los conflictos; además de la estructuración de transformaciones sustantivas al momento de entender y aplicar el derecho.

En este apartado, se responderá el siguiente interrogante ¿Qué garantías y barreras formales existen hoy para los grupos en situación de vulnerabilidad en materia de acceso a la justicia? Para dar respuesta a la pregunta, el texto se desarrollará de la siguiente forma: en la primera parte se abordará el marco constitucional y jurídico que permite el acceso a la justicia; además de instrumentos internacionales que se han ratificado por Colombia, que han incidido en el derecho de acceso a la justicia de cada grupo. En la segunda parte se presentará un análisis de cada grupo poblacional, basado en los fundamentos que determinó la convención Americana sobre derechos humanos para garantizar el derecho de acceso a la justicia. Finalmente, en el último apartado se presentarán las conclusiones.

3.1 MARCO JURÍDICO GENERAL DE ACCESO A LA JUSTICIA

Las garantías formales del derecho de acceso a la justicia están consagradas principalmente por la Constitución Política de Colombia. Ésta, a partir de 1991, brindó los elementos necesarios para comprender las necesidades particulares de administrar justicia en Colombia según el nuevo modelo social de Estado de Derecho. Se encuentran apartes como:

- i. El preámbulo, en el cual se plantea la necesidad de un orden jurídico que garantice el orden social.
- ii. El artículo 2, acerca de los fines del Estado, en el cual se establece como objetivo, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

- iii. El artículo 4, respecto de la Prevalencia de la Constitución, el cual indica que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.
- iv. El artículo 5, derechos inalienables, dispone: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”.

En el capítulo I, referente al catálogo de derechos fundamentales, se encuentra el artículo 13, derecho a la igualdad, que es considerado esencial para estas poblaciones, por cuanto describe todos los derechos y acciones del Estado, al establecer el respecto a la diferencia y la necesidad material de brindar los elementos necesarios para superar desigualdades.

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real, efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Otro de los artículos considerados fundamentales para la administración de justicia, es el artículo 29, el Debido proceso, el cual brinda los elementos mínimos y se considera como garantía fundamental del acceso a la justicia:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

En el desarrollo del debido proceso, se encuentra el artículo 31, que se refiere a la garantía de segunda instancia, donde se establece que todas las sentencias pueden ser apeladas o consultadas para garantizar un proceso justo y transparente. Por otro lado, se consagran mecanismos de acceso institucional directo (Participación), como en el artículo 23, con el derecho de petición, en el que se establece que toda persona puede presentar peticiones respetuosas con el fin de obtener una pronta resolución. Además de los mecanismos judiciales de protección, estipulados en, el artículo 86, la acción de tutela, el artículo 87, acción de cumplimiento, el artículo 88, la acción popular, el artículo 89, obligación de creación y cumplimiento de procedimientos.

Otro mecanismo judicial de protección es el Art 229, garantía de acceso, en el que se consagra que, “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”. Por su naturaleza suprallegal, debe observarse la ley estatutaria de la administración de justicia, ley 270 de 1996, la cual contiene los lineamientos generales para garantizar el acceso; el artículo 1º administración de justicia: “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 artículo 2, acceso a la justicia:

“El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público”; igualmente, el artículo 4, celeridad y oralidad, contempla el principio de plazo razonable.

También, el artículo 9, *respeto de los derechos*, expresa: “Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso” de tal forma que se vele por las debidas garantías judiciales. Posteriormente, en el título II, y demás, se estipula la respectiva organización de la Rama. Artículo 12 y 13 y siguientes. *Jurisdicción*, el artículo 93, *el principio de legalidad en los trámites judiciales y administrativos*.

Estas garantías judiciales se encuentran igualmente en disposiciones específicas como son: los códigos de procedimiento. En primer lugar, con *El código general del proceso*, ley 1564 de 2012, se regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. En su artículo 2, *acceso a la justicia*, establece: “*toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un debido proceso de duración razonable. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado*”. Además, plantea los elementos necesarios para cumplir con un debido proceso y brindar las garantías necesarias de acceso en este tipo de conflictos, para dar cumplimiento a estas disposiciones están: el Artículo 7. *Legalidad*; Artículo 9, *Instancias*; Artículo 11, *interpretación de las normas procesales*; Artículo 14, *debido proceso*; del Artículo 27 al 34 se desarrolla la competencia en la jurisdicción; El título Único artículo 164, *pruebas*, garantiza el derecho a ser escuchado, y *siguientes al título único*; de los artículos 318 al 360 señala los respectivos medios de impugnación.

Igualmente, el artículo 4 *Igualdad de las partes*, establece: “*El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes*”. Es decir, debe propender para garantizar los derechos que se encuentran en condiciones de desigualdad.

A su vez, el título III, *deberes y poderes de los jueces*, incorpora los principios que el Juez debe cumplir para garantizar el acceso a la justicia independiente y eficaz, situación que se refuerza con el artículo 42, *respeto de los deberes del juez*, y se amplía con el artículo 43, *en cuanto a los poderes de ordenación e instrucción*.

Otra garantía que establece e impacta a los grupos poblacionales de estudio, es el denominado **amparo de pobreza**, consagrado en el artículo 151, el cual reza: “Se concederá el amparo de pobreza a la persona que no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso a título oneroso”. Y su desarrollo se encuentra entre los artículos 151 y 158.

En relación al **código de procedimiento penal**, ley 904 de 2004, en su artículo 4 consagra el derecho a la igualdad: “**Es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.**”; Artículo 5, **imparcialidad**; artículo 6, **legalidad**; artículo 8, **derecho a la defensa**; artículo 10, **actuación procesal**, “La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este código”; artículo 15, **contradicción**; artículo 19, **Juez natural**; artículo 21, **cosa juzgada**; artículo 22, **restablecimiento del derecho** y finalmente el artículo 24 indica el ámbito de la jurisdicción penal, al igual que el título I **Jurisdicción y competencia**.

Es importante anotar que para los casos que se cometieran en vigencia de la ley 600 de 2000, esta sigue vigente, y contempla artículos similares, por ejemplo: el artículo 5 consagra el **derecho a la igualdad**: “es deber de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”, artículo 6, **legalidad**, artículo 8, **derecho a la defensa**, artículo 9, **actuación procesal**, “La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este código”.

Este código, establece el derecho a acceder a la justicia y la independencia judicial, el artículo 10, **acceso a la administración de justicia**, establece “El Estado garantizará a todas las personas el acceso efectivo a la administración de justicia en los términos del debido proceso” y el artículo 12, **autonomía e**

independencia judicial, expresa, “Las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso penal serán la expresión del ejercicio de la función constitucional de administrar justicia. Los funcionarios judiciales serán independientes y autónomos”.

Por otro lado, dando cumplimiento al lineamiento “plazo razonable” de las garantías de acceso, el artículo 15, *celeridad y eficiencia* plantea que: “Toda actuación se surtirá pronta y cumplidamente sin dilaciones injustificadas. Los términos procesales son perentorios y de estricto cumplimiento. El funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales”.

Con relación al código de procedimiento laboral y de la seguridad social, decreto-ley 2158 de 1948, en el artículo 2, establece la *competencia general*, el artículo 4, identifica la jurisdicción territorial y el capítulo II, *la competencia*. El capítulo XI, *poderes del juez*, establece las garantías que debe brindar el juez, artículo 48, *el juez director del proceso*, “El juez asumirá la dirección del proceso adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes, la agilidad y rapidez en su trámite”. Capítulo XII, *pruebas* y el capítulo XIII, *recursos*, como garantía de la doble instancia. Seguidamente, desarrollará los términos procesales.

En el código de *procedimiento administrativo y de los contencioso administrativo*, ley 1437 de 2011, en el artículo 5 se consagran *los derechos de las personas ante las autoridades*, en específico, en su numeral 6 se destaca que deberán “recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política” sugiriendo protección manifiesta a los grupos vulnerables.

Otra dimensión que ha tenido que adoptar Colombia en razón del conflicto armado que vive y que es la raíz de los problemas de las poblaciones vulnerables, es la derivada de la aplicación de mecanismo de justicia transicional, como la Ley 975 de 2005, *Ley de Justicia y Paz*, la cual se constituyó al inicio como una serie de herramientas legales que atendieran las necesidades de abordar procesos de desmovilización, desarme y reintegración.

Esta ley busca garantizar el acceso a la justicia a las personas víctimas del conflicto armado "**garantizando los derechos a la verdad, justicia y reparación**" en el artículo 1, objeto de la presente ley, se busca establecer un marco que respete el "derecho al debido proceso y las garantías judiciales de los procesados"; artículo 4, **Derecho a la verdad, justicia y la reparación y debido proceso**. De la misma forma, en su artículo 6, **derecho a la justicia**, establece que "**de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley, asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones**". Consecutivamente, el artículo 7, **derecho a la verdad**, se fundamenta en uno de los ejes articuladores del acceso a la justicia de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al buscar que las víctimas conozcan la verdad de los hechos ocurridos, "La sociedad, y en especial las víctimas, tienen el derecho inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada. Las investigaciones y procesos judiciales a los que se aplique la presente ley deben promover la investigación de lo sucedido a las víctimas de esas conductas e informar a sus familiares lo pertinente".

En suma, el Estado colombiano ha adoptado los lineamientos y disposiciones específicas que se han planteado respecto al derecho de acceso a la justicia, la organización del Estado ha dispuesto los elementos necesarios para el funcionamiento de la Rama y los códigos han buscado respetar y garantizar el debido proceso. Asimismo, los lineamientos orientados a prestar un servicio de justicia dentro de un plazo razonable y con la debida obligación de sustanciación, entendida como recopilación de argumentos suficientes, se encuentran consagradas expresamente en los códigos de procedimiento.

3.1.1 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA

Dentro de los criterios generales de protección y garantía del derecho de acceso a la justicia, se encuentran instrumentos internacionales enmarcados dentro de la garantía y protección de derechos exigida a los Estados respecto de su población. A nivel internacional, las poblaciones objeto de estudio han adquirido un estatus especial, el cual obliga también a los Estados a brindar protección inmediata y especial. Se puede afirmar que los tratados y convenios internacionales refuerzan, conducen y brindan parámetros para brindar garantías a cada grupo recordando como regla general, su carácter prevalente sobre el orden interno, de acuerdo a la figura del Bloque de Constitucionalidad, que según lo dispuesto en los artículos 9, 53, 93, 94 y 102, otorgan fuerza normativa.

Con respecto al grupo poblacional de niños y niñas, Colombia ha ratificado:

- a. La Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
- b. Convención Sobre los Derechos del Niño.
- c. La Convención Americana Sobre Derechos o Pacto de San José.
- d. La Convención Interamericana Sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.
- e. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.
- f. Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores; y en el campo procesal las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, o “Reglas de Beijing”.

En relación con las mujeres, son múltiples los instrumentos internacionales que se han ratificado y que han permeado el orden jurídico interno, entre los que se encuentran: *la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*, de 1995; *La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* o “*Convención de Belem do Pará*”, aprobada mediante Ley 248 de 1995; *El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y niñas*, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado mediante Ley 800 de 2003; *El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, aprobado mediante Ley 984 de 2005, la *Recomendación*

No 19 adoptada en 1992 por el Comité *para la Eliminación de la Discriminación contra de la Mujer*, y, la *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), aprobada mediante Ley 51 de 1981. Debe incluirse también en este grupo de instrumentos internacionales de protección a la mujer, la *Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia*; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación racial y Formas conexas de intolerancia; *La Declaración Universal de derechos humanos*, artículo 7, *derecho a la igualdad*; y *la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, artículo II, *derecho a la igualdad*.

Respecto de los derechos de las comunidades indígenas se encuentran como instrumentos internacionales de protección, el convenio 169 de 1989, que se presenta como actualización del convenio 107 de 1957, el cual fue ratificado por la ley 21 de 1991, *la Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 7, *derecho a la igualdad*, *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, artículo 13, *derecho de educación en perspectiva de integración racial*, *la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, artículo II, *derecho a la igualdad*; *el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, artículo 2, *respeto y garantía por todos los habitantes en razón de su raza*; artículo 26, *derecho a la igualdad sin discriminación*; artículo 27, *respeto de la autonomía cultural y religiosa de las minorías étnicas*; *la Convención de los Derechos del Niño*, artículo 30, *respeto de la cultura, prácticas e idiomas a las minorías*; *Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*; y *la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*.

Aunque múltiples han sido los convenios internacionales ratificados por Colombia, debe mencionarse que el Estado Colombiano se abstuvo de aprobar la *Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas*, la cual busca regular los derechos individuales y colectivos de los grupos indígenas y el rol que los Estados tienen para proteger e implementar estos derechos.

En relación con el grupo social LGBTI, a nivel internacional existen varios instrumentos que han permitido reconocimientos en torno a la igualdad. Puede mencionarse: *La Convención Americana sobre Derechos Humanos* `Pacto

de San José de Costa Rica, que establece que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley' (art. 24); *El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*, que reza: "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley"; *la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*; y *la Declaración Universal de Derechos Humanos*, artículo 7: *igualdad*.

Tal como se ha descrito, Colombia ha ratificado la mayoría de los instrumentos internacionales que se han promulgado para proteger la sociedad y en particular los grupos poblacionales objeto de estudio. La figura del bloque de constitucionalidad les da un rango prevalente sobre el ordenamiento jurídico interno; por ende, propende por un marco de cumplimiento constitucional, principalmente para el aparato judicial.

3.2 ACCESO A LA JUSTICIA PARA NIÑOS Y NIÑAS.

En Colombia se han presentado grandes reformas legales en cuanto la garantía del derecho de acceso a la justicia por parte de los niños y las niñas. A través del tiempo se han ratificado los principales instrumentos internacionales que reconocen lineamientos, límites y garantías para esta población. Colombia ha sido uno de los países que ha armonizado su legislación con estos avances, en 2006 expidió el Código de la Infancia y Adolescencia, ley 1098, el cual busca unificar al igual que, establecer los principios, derechos y procesos en las diferentes áreas del derecho que atañen a los niños y niñas.

A continuación se presentan los principales desarrollos legislativos y jurisprudenciales que permiten el acceso a la justicia de los niños, niñas.

3.2.1 ANÁLISIS FORMAL, NORMAS Y JURISPRUDENCIA.

3.2.1.1 TODA PERSONA.

Además de los tratados internacionales que brindan protección, se tiene como base legal algunas disposiciones que determinan al menor como suje-

to de derechos. A nivel constitucional se encuentran, artículo 44, Son derechos fundamentales de los niños, en éste se expresan las diferentes dimensiones en las que se deben garantizar derechos a la los niños y se indican derechos propios de ellos como personas:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

En 2006, se expidió, la ley 1098, el *Código de Infancia y Adolescencia*, el cual se promulgó con el fin de brindar las debidas garantías de protección a los niños, niñas y adolescentes. El artículo 1, *Finalidad*, dispone que acorde con las disposiciones internacionales y teniendo como fundamento que los niños y niñas son sujetos de protección se promulgarán artículos que garanticen el acceso y la protección a esta población.

Dentro de las disposiciones contenidas del Código, en el artículo 12, puede encontrarse la perspectiva de género, con la que se expresan los criterios diferenciales necesarios para comprender la legislación y así brindar mayor protección. *“Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social”*. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad.

Además, en el Código Civil, ley 57 de 1887, en su artículo 31, capítulo V, *Definiciones de varias palabras de uso frecuente en las leyes*, reconoce en el artículo 33, *a los niños*. En el artículo 34, define quienes son considerados niños, “Llamase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”.

3.2.1.2 DERECHO A SER ESCUCHADOS.

Aunque se establece un proceso que aparentemente tiene todas las condiciones para garantizar el acceso a la justicia de los niños y niñas, carece de un elemento sustancial para garantizarlo: el derecho a ser escuchado, dado que en ninguna parte se indica expresamente, una etapa del proceso en donde se realice una entrevista por parte del juez al menor para conocer cuáles son sus inquietudes y necesidades respecto al conflicto y que el juez pueda tomar una decisión en donde le brinda todas las garantías posibles al niño. Este problema se visibiliza por cuanto es discrecionalidad del juez realizar la entrevista y se fortalecería dicha etapa procesal si se consagrara como una etapa del proceso.

Respecto a este derecho la Corte se ha manifestado en varias sentencias, sobre la necesidad de escuchar al menor, es el caso de la sentencia T-276 de 2012, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en donde se resalta la importancia del derecho de los niños a ser escuchados con el fin de poder tomar la mejor decisión. Igualmente, establece que esta acción es relevante para una correcta aplicación del derecho en razón a la discrecionalidad de los defensores y jueces en las diferentes etapas del proceso.

En este sentido, la Corte estableció: ya “la sentencia T-844 de 2011, donde de forma enfática sostuvo que al interior de los procesos de restablecimiento de derechos, es obligación de los defensores de familia escuchar a los niños y niñas y valorar sus opiniones, según su grado de madurez”.

3.2.1.3 DEBIDAS GARANTÍAS

Así mismo, la ley de infancia y adolescencia reconoce los convenios internacionales como principales criterios de interpretación y aplicación; además establece: "**La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ella**", en el artículo 6, se estipulan las reglas de interpretación y aplicación. Igualmente, indica la necesidad del Estado de brindar la protección integral, a través de un conjunto de políticas, planes, programas y acciones; artículo 7: **protección Integral**. Todo esto teniendo como prioridad el interés superior del niño; artículo 8: **interés superior de los niños, niñas y los adolescentes**. De igual manera se determinan los pasos procesales para garantizar el debido proceso; el artículo 99 y el artículo 100: **determinan el trámite de la actuación administrativa**.

Por otro lado, la ley de infancia y adolescencia ampara al adolescente para trabajar y determina en el artículo 13: **la autorización de trabajo para los adolescentes**, un proceso paso a paso de los requerimientos para que el adolescente pueda ejercer una relación laboral. Así, establece como requisito la expedición por parte del inspector de trabajo de una autorización para que el adolescente sea contratado, además, con miras a que le sean garantizados sus derechos. En el numeral 3 se establece que el funcionario debe realizar visitas para verificar que las condiciones del adolescente sean óptimas. Igualmente, en el artículo 114 y 115 determinan su jornada laboral además de su salario, respectivamente, en los artículos siguientes 116 al 118, se contemplan más elementos de protección, es decir, se busca un total amparo de sus derechos laborales.

En el ámbito penal, en el título I, **Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes y otras disposiciones**, presenta elementos especiales respecto a sus principios y el proceso. De esta manera el artículo 139, **sistema de responsabilidad penal para adolescentes**, determina que la responsabilidad penal se adjudica a personas entre los catorce (14) y dieciocho (18) años.

En el capítulo III, se establece quiénes son las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, entre los que se encuentra, conforme el artículo 79, las Defensorías de familia, según el artículo 83, la Comisaría de familia, y respecto del artículo 95, el Ministerio Público.

De igual manera se determinan los pasos procesales para garantizar el debido proceso, consagrados en el artículo 99 y el artículo 100, determinan el trámite de la actuación administrativa. Algunos aspectos a resaltar son la conciliación, dado que para los asuntos que tengan esta posibilidad se debe estimular su realización como forma de resolver conflictos más expedita. Por otro lado, el término para resolver las controversias está de forma tácita en la ley, para garantizar que no se presenten indebidas dilaciones y se resuelvan en un plazo razonable, “dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente, deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso”.

El procedimiento aplicable es el establecido por la Ley 1098 de 2010 y remite en otras disposiciones a la ley 906 de 2004, *sistema penal acusatorio*, con el fin que de proteger el menor o el adolescente, se estableció la creación de una policía judicial especial de infancia y adolescencia, que propende por las condiciones especiales de los adolescentes. Al igual que en el artículo 146, el defensor de familia en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, se ordena el acompañamiento de un defensor de familia en las diferentes etapas del proceso.

Este proceso guarda los lineamientos para garantizar el acceso a la justicia de los adolescentes, artículo 151, derecho al debido proceso y a las garantías procesales: “Los adolescentes que cometan delitos tienen derecho al debido proceso penal, a las garantías procesales básicas tales como: la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a guardar silencio, el derecho a la confrontación con los testigos e interrogar a estos, el derecho de apelación ante autoridad superior y, las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales”. Es de anotar que se protege expresamente al niño bajo el principio de la no autoincriminación, artículo 33 de la constitución.

Cuando se analiza el acceso a la justicia para niños y niñas, convergen varios escenarios dado que el impacto sobre los niños y niñas proviene de varios contextos y actores. Uno de los escenarios más recurrentes se encuentra cuando los niños y niñas están inmersos en un conflicto de violencia intrafamiliar, el artículo 19, del Código de Infancia y Adolescencia, ley 1098 de 2006, establece una causal preventiva cuando los hechos se cometen contra un menor.

3.2.1.4 PLAZO RAZONABLE.

En general, el derecho Colombiano, establece términos que impiden dilaciones en los procesos y se cumplan en un plazo razonable. En el ámbito administrativo, el procedimiento busca una forma de resolución de conflictos expedita por cuanto consagran la conciliación, además establece el término para resolver las controversias administrativas de forma expresa, para garantizar que no se presenten indebidas dilaciones y se resuelvan en un plazo razonable “dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso”.

En los casos del procedimiento judicial, los términos dependerán del caso en el que se vea involucrado el menor, en los casos civiles dado que todavía no ha entrado a regir el *código general del proceso*, ley 1564 de 2012 de forma plena, se rige por el *código de procedimiento civil*, decreto 1400 de 1970.

3.2.1.5 JUEZ COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD DE LA LEY

A nivel procedimental el artículo 97 y 98, expresan los criterios de competencia. El primero de ellos establece la competencia territorial, y el segundo la competencia subsidiaria. La competencia territorial depende del lugar de residencia del niño, la competencia subsidiaria indica: “*donde no haya Defensor de Familia, las funciones que este Código le atribuye serán cumplidas por*

el comisario de familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía". De esta forma garantiza por ley la designación de la autoridad competente para conocer de este tipo de casos.

A fin de brindar un proceso conforme a las características y las necesidades de los adolescentes, se crearon jueces penales para adolescentes, conforme lo dispuesto en el artículo 164. Para garantizar que el adolescente sea juzgado por un juez idóneo, en el artículo 166, se establece que quien conoce de estos casos cuando no haya juez penal para adolescentes, serán los jueces promiscuos de familia, *"En los sitios en los que no hubiera un juez penal para adolescentes el Consejo de la Judicatura dispondrá que los Jueces Promiscuos de Familia cumplan las funciones definidas para los jueces penales para adolescentes en el artículo anterior relativas al juzgamiento y control de garantías en procesos de responsabilidad penal para adolescentes. A falta de juez penal para adolescentes o promiscuo de familia, el juez municipal conocerá de los procesos por responsabilidad penal para adolescentes"*.

Además, En el capítulo III, se establece quiénes son las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, entre los que se encuentra, el artículo 79, *Defensorías de familia*; el artículo 83 *Comisaria de familia*; el artículo 95 y el *Ministerio Público*.

Asimismo, el del Código general del proceso, en sus artículos 21 y 22, señala la competencia de los jueces de familia en única instancia respecto de la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.

Finalmente debe advertirse que aunque las disposiciones laborales se encuentren en la ley de infancia y adolescencia, la jurisdicción sigue siendo la laboral. Por lo que en el Código procedimiento laboral y de la seguridad social, decreto-ley 2158 de 1948, en el artículo 119, establece nuevamente los requisitos para solicitar y otorgar los permisos de trabajos a menores.

A los niños y niñas, como ya se ha mencionado con anterioridad, se les han dispuesto en diferentes áreas del ordenamiento jurídico un catálogo de derechos y deberes necesarios, para garantizar el derecho de acceso a la justicia por parte del Estado hacia esta población.

En el caso de niños, niñas y adolescentes, se encuentra una legislación consistente en su mayoría con los principios internacionales. En el ordenamiento se encuentra determinado quiénes son considerados niños y niñas en cada área. Todo niño y niña tiene derecho a un proceso que indique las etapas procesales y plazos razonables, un juez competente y los funcionarios que sirven como garantes, los cuales deben gozar de independencia e imparcialidad. A su vez se reconocen derechos, deberes y sanciones; que estriban dentro de los órdenes: civil, laboral y penal. La orientación de las Altas Cortes ha centrado sus esfuerzos en proteger a los niños y niñas. Sin embargo se hizo evidente un vacío en la legislación nacional, al no haberse consagrado de forma expresa el derecho a ser escuchado como etapa procesal, situación que ha debido ser corregida por la jurisprudencia, sobre todo constitucional.

2.3.2 CIERTAS PERCEPCIONES Y PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS(AS).

Los conflictos que pueden afectar a niños(as) tienden a estar asociados a violencia física, psicológica y sexual, explotación laboral, la custodia por algún padre, el desconocimiento de sus derechos civiles por autoridades escolares o sus mismos padres y en el contexto colombiano, el reclutamiento forzado por actores armados.

De acuerdo con Unicef, "Informes independientes han estimado que entre 2008 y 2012, hubo por lo menos 48.915 casos de violencia sexual contra menores de 18 años (41.313 niñas y 7.602 niños), donde el presunto perpetrador pertenece a un grupo armado". Por su parte, entre 1999 y 2013, el Instituto de Bienestar Familiar asistió a 5.417 niños, niñas y adolescentes desvinculados de grupos armados ilegales, (28% niñas y 72% niños)" (El Espectador, 2015). Según fuentes periodísticas, en lo transcurrido de 2015, la Fiscalía ha recibido 11.729 noticias criminales en las que han sido víctimas 12.921 menores de edad. De ese total, 8.221 casos se refieren a delitos sexuales contra menores de 14 años.

Los principales problemas de acceso a la justicia, planteados por los diversos actores ligados con este grupo social son:

- A nivel penal, la demora excesiva para formular imputación de cargos (en algunos casos, transcurren más de dos años).

- Tiende a no aceptarse los conceptos y valoraciones procedentes de peritajes privados, a pesar de que el Estado no ha sido capaz de poder hacerlo de forma directa en estos casos. Esto conlleva la revictimización del menor, que debe ser sometido a nuevos exámenes.
- No se cuenta con suficientes defensores de familia y adicionalmente están en proceso de formación en el nuevo sistema.
- Hay problemas de coordinación entre instancias estatales en particular Fiscalía General y el Instituto de Bienestar Familiar.
- Existen costos de desplazamiento que dificultan asistir a las diligencias judiciales, en sitios apartados o de difícil acceso.
- No se tienen en cuenta los testimonios de los niños(as).

Respecto de niños objeto de reclutamiento forzado se ha planteado problemas en el tratamiento de sus casos como:

- Desconocimiento por algunos operadores de la condición de víctima de reclutamiento forzado.
- No conocimiento de la normativa internacional que protege a los niños(as) en este caso.
- Ausencia de la información pertinente proveniente de otras instancias del Estado.
- Indebida información a las víctimas sobre los recursos legales que los asisten, los hechos con connotación legal; y resistencia por parte del estado a considerar el reclutamiento como una acción forzosa.
- No exploración de otros medios de prueba por los operadores judiciales.

2.3.3 BALANCE DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS Y NIÑAS

2.3.3.1 TODA PERSONA

A nivel legal y constitucional existe el reconocimiento de diversos planos relacionados con los derechos de niños(as), aunque formalmente no existe una referencia especial de acceso a la justicia. Este reconocimiento se ve entorpecido especialmente por prácticas como no darles la debida relevancia por ciertos operadores judiciales o por que no se les creó a los niños (as) en sus declaraciones.

2.3.3.2 DEBIDAS GARANTÍAS.

A nivel formal, las garantías reconocidas en diversos planos son claras. La afectación al cumplimiento de las mismas, parece estar perjudicada por la indebida formación de algunos operadores judiciales y por la no exploración de otros medios de prueba ni la admisión de los peritajes privados.

2.3.3.3 PLAZO RAZONABLE.

Al nivel legal, los plazos previstos son generalmente razonables como se indicó en la descripción legal. Sin embargo, son afectados por los problemas de congestión y retraso general de los que carece la Rama, y que se pone de manifiesto en la falta de coordinación interinstitucional entre instancias del Estado y la ausencia del número adecuado de defensores de familia que brinden asistencia legal.

2.3.3.4 JUEZ COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD

En cuanto al marco normativo no se evidencia mayor inconveniente. En algunas de las entrevistas se mencionó que existe un exceso en la independencia de los jueces al no tener en cuenta los precedentes judiciales existentes, lo cual genera abusos en las decisiones que solo se corrigen luego de la debida apelación.

3.3 DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

En Colombia, la Carta Constitucional de 1991 trajo consigo una transformación sustancial en la configuración y conformación de jurisdicciones especiales. El artículo 246 creó la jurisdicción Indígena, su característica principal se relaciona principalmente con su autonomía, es decir, las comunidades indígenas pueden administrar justicia de acuerdo a sus propios usos y costumbres, aunque estén en discordancia con las leyes nacionales, por supuesto, con algunos límites.

Así, los miembros de las comunidades indígenas deben acceder a su propia jurisdicción para que les sea garantizado el acceso a la justicia. En varios temas existe igualmente la posibilidad y el derecho de acceder a las instancias estatales. La convivencia entre los dos sistemas, ha traído algunas tensiones, principalmente por la falta de armonía entre jurisdicciones y la necesidad del Estado de proteger los derechos fundamentales de la población indígena, ya que aunque se estableció la necesidad de crear una ley de armonización, ésta no se ha promulgado, por lo que el desarrollo se ha realizado esencialmente a nivel jurisprudencial. En el siguiente texto se desarrollarán los principales elementos de la jurisdicción especial indígena, que han generado garantías para su real funcionamiento.

3.3.1 ANÁLISIS FORMAL, NORMAS Y JURISPRUDENCIA

3.3.1.1. TODA PERSONA

El reconocimiento a los pueblos indígenas como sujetos de especial protección de derechos inició con la Constitución Política de 1991, en la cual, se estableció el país como pluriétnico y multicultural, desde su preámbulo, y expresamente en el artículo 7, en cuanto Diversidad étnica y cultural, y el artículo 13 derecho a la igualdad.

En el artículo 246, se establece la jurisdicción especial indígena la cual tiene su propia autonomía y funciona principalmente bajo los fundamentos de sus usos y costumbres. Esta jurisdicción especial presenta una dicotomía en su

comprensión, dado que aunque los miembros de las comunidades indígenas pueden acceder a la jurisdicción ordinaria y el estado tiene el deber de brindar la protección, garantías legales y constitucionales para los indígenas, la creación de dicha jurisdicción autónoma busca que se garantice la resolución de sus conflictos bajo sus costumbres.

En razón de la dificultad que se establecía para definir la competencia para acceder a la justicia indígena y/o estatal, principalmente en los casos límites o cuando se suscitaba desconocimiento por parte del indígena de su propia jurisdicción por intereses particulares, la Corte Constitucional creó el “fuero” como complemento de la competencia. Comúnmente, el fuero es definido como una protección particular que se le otorga a una persona en razón de sus calidades personales para acceder a la justicia.

La tensión que se producía en la colisión de competencias advertía un vacío en el establecimiento de criterios para poder garantizar la justicia. Por tanto se determinó la necesidad de crear una figura: fuero para los indígenas, toda vez que la incertidumbre producía inseguridad jurídica, además de una falta de garantía de acceder a la justicia y materializarla. A nivel jurisprudencial se encuentran las sentencias C-139 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz, la T-254 de 1994, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, T-349 de 1996, Carlos Gaviria Díaz, T-496 de 1996 M.P Carlos Gaviria Díaz y T-009 de 2007 M.P Manuel José Cepeda mediante las que se establecieron dos elementos:

- a. El carácter personal.
- b. El carácter geográfico y/o elemento territorial.

Una definición básica consiste esencialmente en que el hecho haya ocurrido en territorio indígena y que quien cometió el hecho pertenezca y sea reconocido como indígena.

A través del tiempo se han ido incluyendo más elementos, por ejemplo: La Corte en un esfuerzo de sistematizar criterios en la sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Corte Constitucional, identificó otros dos (2):

“El elemento institucional u orgánico indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad;

es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social. Este elemento además estaría compuesto por 3 criterios de interpretación relevantes: “la Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado; la conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos y la satisfacción de los derechos de las víctimas”.

El elemento objetivo se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de “un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria”.

El elemento personal que exige que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenezca a una comunidad indígena y frente al cual se establecen dos (2) supuestos de hecho:

“(i) si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional “en principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al fuero depende en gran medida de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta”; (ii) si el indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, el intérprete deberá tomar en cuenta “(i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos”.

De esta forma, la Corte Constitucional aparentemente logró brindar los criterios básicos para poder darle funcionamiento a la Jurisdicción Especial Indígena. Debe destacarse la necesidad de estas consideraciones dentro del sistema jurídico nacional puesto que existen comunidades que no tienen en cuenta ninguno de esos elementos, ya sea por desconocimiento o lineamientos contrarios a los establecidos en sus usos y costumbres.

Dentro de los avances que se han realizado para lograr una armonización entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se encuentra el Acuerdo No PSAA12-9614 de 2012 de julio 19 de 2012, expedido por el Consejo superior de la judicatura Sala Administrativa, *“por el cual se establecen las medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los pueblos indígenas y el sistema judicial Nacional”*. El objeto del acuerdo consiste en: “... establecer las medidas de coordinación inter-jurisdiccional y crear los mecanismos de interlocución entre la Rama Judicial y los Pueblos Indígenas...” artículo 1, en él se destaca el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos, y se estipula que la interlocución deberá ser coherente con los valores culturales de cada pueblo.

Los principios que rigen el acuerdo son: artículo 2, *Acciones Afirmativas*, artículo 3, *sujetos colectivos de derechos*, artículo 4, *enfoque diferencial*, artículo 5, *participación de los pueblos indígenas*, artículo 6, *derecho fundamental a la consulta previa*, artículo 7, *derecho fundamental a la jurisdicción especial Indígena*. Artículo 8, *Respeto a la ley de origen, derecho mayor o derecho propio de los pueblos indígenas*. Bajo estos supuestos, el acuerdo indica los mecanismos que se necesitan para comprender la jurisdicción indígena y los escenarios que deben realizarse para llevar a cabo este proceso.

El acuerdo propone como mecanismos de coordinación inter-jurisdiccional, título III, la capacitación y la sistematización como elementos primordiales para fortalecer el proceso; y en el título IV, los espacios de participación, por lo cual crea en el artículo 14, *la Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena*, título modificado por el acuerdo No. PSAA13-9816 de Enero 22 de 2013, por el cual se aclara el Acuerdo No. PSAA12-9614 de 2012 *“sobre medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional”* y desarrolla su composición en los siguientes artículos.

3.3.1.2. DEBIDAS GARANTÍAS

Algunos de los elementos que la Corte Constitucional ha establecido como parte de la garantía del derecho de acceso a la justicia, son los límites de la jurisdicción. Así, la sentencia hito, T-349 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz estableció, “En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P. Artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., Artículo 12), la esclavitud (C.P. Artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los

delitos y de las penas (C.P. Artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado”.

Además, la sentencia mencionada establece que *“la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”*.

En la sentencia T- de 2009 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, además de los anteriormente manifestados indicó un nuevo elemento de los límites, denominándolo el “núcleo duro de derechos humanos”, y expresó que los derechos pueden garantizarse, siempre que se analice junto con el principio de legalidad como reconocimiento del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, en tanto mínimos de convivencia social.

Estos límites se establecieron con el objetivo principal de proteger, no solo los bienes considerados esenciales en la cultura occidental, sino para que el Estado pueda proteger y garantizar los derechos a las comunidades, Sentencia T-1022 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería. Éstos han sido uno de los principales problemas porque las sentencias refuerzan y complementan estos criterios y depende esencialmente de los jueces el conocimiento de este tipo de fallos, para así garantizar la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o cualquier otro carácter para los indígenas. Sin embargo es ambigua dicha delimitación al estar determinada por la interpretación (C-463 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa).

Éste es un aspecto que no se encuentra alejado de polémica. Por ejemplo, ¿qué se considera debido proceso, atendiendo a la divergencia de cosmovisiones? Cada comunidad tiene sus propios usos y costumbres, por lo que la protección de este derecho y límite se vuelven relativos, verbigracia la sentencia T -903 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, en donde se ampara el derecho del accionante y desconocen los usos y costumbres de la comunidad.

Como parte de la garantía del derecho, acceso y la diversidad étnica y cultural, la Corte ha establecido en la solución de los conflictos donde existan choques directos con la jurisdicción ordinaria, la prevalencia de los siguientes principios, sentencia **866 de 2013**, M.P. Alberto Rojas Ríos:

- a. **Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas:** Indica que solo de manera excepcional se pueden imponer restricciones a la autonomía de los pueblos indígenas y que estas sólo son admisibles, cuando“(i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas”(Ver entre otras: Sentencias **T-254 de 1994**, Eduardo Cifuentes Muñoz, **T-349 de 1996** Carlos Gaviria Díaz, **SU-510 de 1998 M.P.** Eduardo Cifuentes Muñoz, **T-002 de 2012** Juan Carlos Henao Pérez de 2012).
- b. **Principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos:** De acuerdo con este principio, “la autonomía de las comunidades debe ser respetada en mayor medida cuando el problema que examina el juez constitucional involucra miembros de una misma comunidad. En caso contrario, es decir cuando un conflicto compromete dos o más culturas diferentes, el juez constitucional deberá orientar su razonamiento hacia la armonización de los principios definitorios de cuantas culturas se encuentren en tensión”, Sentencia T-002 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. ”
- c. **Principio a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía:** Este principio no significa que los jueces deban dejar de garantizar la jurisdicción de pueblos con bajo nivel de conservación cultural, es decir “no constituye una licencia que permite a los jueces proteger la autonomía de las comunidades indígenas de manera directamente proporcional a su grado de aislamiento” Sentencias **T-514 de 2009**, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y **T-002 de 2012 M.P.** Juan Carlos Henao Pérez.

3.3.1.3 JUEZ COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD DE LA LEY.

Aun cuando se ha establecido por rango constitucional la jurisdicción especial Indígena, ésta no se contempla en la ley 270 de 1996, ley estatutaria de administración de justicia, dado que en la sentencia de constitucionalidad C- 713 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas, se expresa:

“Desde el punto de vista funcional la jurisdicción indígena hace parte de la rama judicial; por ello no sólo es razonable sino jurídicamente exigible que el Consejo Superior de la Judicatura promueva labores de divulgación y sistematización de asuntos relativos a la jurisdicción indígena. Sin embargo, la Corte considera necesario precisar que las autoridades indígenas no pertenecen a la estructura orgánica de la Rama Judicial del poder público, como en repetidas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corporación En consecuencia, deberá declarar la calidad de inexecutable del literal e) del numeral I del artículo 3º del proyecto, pues la norma está referida a la estructura orgánica de la rama judicial. Declarará inexecutable el literal e) del artículo, que incluye a la jurisdicción indígena dentro de la estructura orgánica de la rama judicial del poder público.”

Esto produce nuevamente un reconocimiento relativo a la jurisdicción autónoma, al no ubicar la jurisdicción dentro de la estructura judicial.

En razón a los desarrollos argumentativos realizados por la Corte Constitucional se definieron parámetros para entender la competencia y fueron establecidos como criterios: *“(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica”* (Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez). Estos criterios han sido desarrollados igualmente al brindarle un contenido al fuero.

La definición de estos elementos ha sido útil por cuanto se han presentado casos de tutela que reclaman la jurisdicción indígena en razón del fuero personal, pero en un análisis integral de los hechos la Corte ha establecido la jurisdicción. Como el caso dirimido por el M.P. José Luis Barceló Camacho, Corte Suprema de Justicia, sala penal, en el cual se analizó el caso de dos (2) indígenas pertenecientes al Bloque Norte de las Auto Defensas Unidas de Colombia. Se negó el traslado de jurisdicción Indígena, solicitud realizada por las autoridades, al ser juzgados por motivos de seguridad Nacional. Otro caso similar es providencia No. 11001010200020100239900 de Consejo Superior de la Judicatura - sala disciplinaria de 12 de agosto de 2010, M.P. María Mercedes López Mora, cuando el Gobernador del Resguardo indígena "Triunfo Cristale Páez" solicita en conocimiento de un caso en donde eran judicializados dos (2) Indígenas "los delitos de Homicidio agravado, en concurso homogéneo, lesiones personales, fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y explosivos, actos de terrorismo, utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, actos de barbarie, hurto calificado y agravado y rebelión", actos, "consumados al parecer por una facción de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, en forma sorpresiva y vandálica".

En este caso el Consejo Superior de la Judicatura estableció el argumento para no admitir la solicitud indicando "las acciones realizadas permite inferir que el procesado participa de la cultura mayoritaria y en ese sentido interactuaba con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento".

La entidad encargada de resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena es el Consejo Superior de la Judicatura (Auto interlocutorio de la Corte Suprema de justicia, M.P. Germán Enrique Malo Fernández, sala penal). Es notorio en las providencias del Consejo Superior de la Judicatura el uso de los criterios de la Corte Constitucional para analizar los casos en concreto y adjudicar la competencia. (Al respecto ver la providencia No 11001010200020120246900 Consejo superior de la judicatura – sala disciplinaria No 103 de 10 de diciembre de 2012. M.P Angelino Lizcano Rivera, Providencia No. 11001010200020110179800 de consejo superior de la judicatura - sala disciplinaria de 21 de julio de 2011. M.P María Mercedes López mora, providencia No. 11001010200020120017400 De Consejo Superior de la Judicatura - sala disciplinaria de 8 de febrero de 2012, M.P María Mercedes López mora, entre otras).

No obstante, existe una tensión cuando la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia conocen de tutelas para establecer conflictos de competencia, en razón de la concepción de amparo y acceso a la justicia a la población indígena, tensiones que se originan en los valores constitucionales enfrentados.

Los casos de acceso carnal violento en menor de edad realizado por integrante de su misma comunidad indígena, generan un choque de competencias, en los que, el Consejo de Superior de la Judicatura ha establecido que “existe una evidente tensión entre el derecho del fuero indígena de ser investigado, juzgado y sancionado según sus usos y costumbres y el derecho de la menor que constitucionalmente goza de una protección especial, por lo tanto, se resolverá el mismo dando prevalencia al derecho de la menor presuntamente vulnerado” No providencia 11001010200020110013800, 23 de febrero de 2011, M.P. José Ovidio Claros Polanco Consejo Superior De La Judicatura. Providencia No. 11001010200020110192700 de Consejo Superior de la Judicatura - sala disciplinaria de 3 de agosto de 2011, M.P. María Mercedes López Mora.

En el momento en que las Cortes analizan estos casos y los conceptos que brinda el Consejo Superior de la judicatura, la Corte Suprema de Justicia establece, que el conocimiento de este tipo de casos debe ser por parte de la jurisdicción ordinaria al no presentar garantías suficientes la jurisdicción especial indígena para ejercer una defensa efectiva a la niña. A la luz de la Corte la protección de la niña prevalece a los usos y costumbres (Sentencia No 38242, M.P. María del Rosario González Muñoz, Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal). La Corte Constitucional advierte que la competencia de este tipo de casos es de la jurisdicción Indígena, pues presume que las comunidades indígenas deben velar en sus reglamentos internos por la protección de los niños, además, utiliza un argumento sobre la protección de los saberes ancestrales por parte de la niña: el juez debe “...*implicar el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991*”. (Sentencia T - 021 de 2013 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

3.3.1.4. DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ORDEN CIVIL, FISCAL O CUALQUIER OTRO CARÁCTER

Existen múltiples normas que tienen disposiciones que consagran derechos y lineamientos para proteger las comunidades indígenas, por ejemplo, la ley 24 de 1992, por la cual se crea la Defensoría del Pueblo, el decreto 1396 de 1996, por medio del cual se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos para los Pueblos Indígenas, el Decreto 4633 de 2011, que genera el marco legal e institucional de la: “política pública de atención integral, protección, reparación integral y restitución de derechos territoriales para los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos y a sus integrantes individualmente considerados” y la más reciente herramienta legal construida por el Gobierno y movimientos indígenas como un avance de la reivindicación es el decreto 1953 de 2014, el cual reconoce a las entidades territoriales indígenas y sus funciones y que debe ser reglamentado para desarrollar postulados de los sistemas.

Por otro lado, lentamente se ha ido incorporando la autonomía de la jurisdicción y el reconocimiento de sus derechos en los diferentes códigos, éste es el caso del código de infancia y adolescencia, ley 1098 de 2006, el cual en su articulado contiene expresamente disposiciones al respecto; el artículo 13, derechos de los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, reconoce expresamente una relación entre los usos y costumbres de cada comunidad y las disposiciones legales para maximizar sus derechos, “los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social”.

Por otro lado en el artículo 3, sujetos titulares de derechos, parágrafo 2, establece como fundamento para determinar quién es considerado “niño”, la cosmovisión de cada pueblo “En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos, se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política”.

Otra disposición a resaltar es el artículo 118, garantías especiales para el adolescente indígena autorizado para trabajar. Con el fin de proteger al adolescente que desea trabajar la autorización y veeduría debe realizarse por las autoridades del respectivo pueblo, “En los procesos laborales en que sea

demandante un adolescente indígena será obligatoria la intervención de las autoridades de su respectivo pueblo. Igualmente se informará a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior o de la dependencia que haga sus veces”.

Y en el ámbito penal nuevamente se hace alusión a la autonomía artículo 156, adolescentes indígenas y demás grupos étnicos, “Los adolescentes pertenecientes a las comunidades indígenas serán juzgados según las normas y procedimientos de sus propias comunidades conforme en la legislación especial indígena consagrada en el artículo 246 de la Constitución Política.”

Como anteriormente se ha manifestado a los pueblos indígenas se les ha conferido una protección especial de derechos no solo en el rango legal, sino internacional y jurisprudencial. Dentro de los derechos que tienen mayor relevancia, principalmente por la cosmovisión de los pueblos, es el derecho al territorio puesto que de él derivan otros tantos derechos.

En este punto se encuentra una tensión sobre la determinación de su derecho al territorio, principalmente en temas administrativos. De acuerdo a la Constitución Política los territorios indígenas se consideran unas nuevas entidades territoriales, es decir, tienen los mismos derechos de éstas:

En el Artículo 287, entidades territoriales, se establece:

“Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las “rentas nacionales”

Posteriormente el artículo 330, establece específicamente el reconocimiento de un gobierno propio e igualmente parte de las funciones que deben armonizarse con el Estado:

“ARTÍCULO 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley. (Negrita por fuera del texto)”

Empero, el artículo 329, dispone:

“La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte”

Sin embargo, el Congreso de la República expidió la Ley de Ordenamiento territorial, 1454 de 2011, la cual establece en el artículo 37 que respecto a la conformación de entidades territoriales indígenas se realizará un proceso de consulta previa en los 10 meses posteriores a la ratificación de la ley, pero a la fecha no se ha podido finalizar dicha consulta. Aunque de acuerdo a la Corte Constitucional esto no implica que no se les reconozca como entidades territoriales para el ejercicio de sus derechos.

Esta tensión se ha estudiado y la Corte ha dispuesto algunos elementos que permitan la solución del caso, en Sentencia C-579 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, el magistrado realizó un análisis a profundidad del significado y la aplicación del concepto autonomía, en el que identificó: La autonomía debe ejercerse desde los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. Que la sentencia C-149 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, explicó específicamente:

“El principio de concurrencia parte de la consideración de que, en determinadas materias, la actividad del Estado debe cumplirse con la participación de los distintos niveles de la Administración. Ello implica, en primer lugar, un criterio de distribución de competencias conforme al cual las mismas deben atribuirse a distintos órganos, de manera que se garantice el objeto propio de la acción estatal, sin que sea posible la exclusión de entidades que, en razón de la materia estén llamadas a participar. De este principio, por otra parte, se deriva también un mandato conforme al cual las distintas instancias del Estado deben actuar allí donde su presencia sea necesaria para la adecuada satisfacción de sus fines, sin que puedan sustraerse de esa responsabilidad”.

El principio de coordinación, a su vez, tiene como presupuesto la existencia de competencias concurrentes entre distintas autoridades del Estado, lo cual impone que su ejercicio se haga de manera armónica, de modo que la acción de los distintos órganos resulte complementaria y conduzca al logro de los fines de la acción estatal. Esa coordinación debe darse desde el momento mismo de la asignación de competencias y tiene su manifestación más clara en la fase de ejecución de las mismas.

El principio de subsidiariedad, finalmente, corresponde a un criterio, tanto para la distribución y como para el ejercicio de las competencias. Desde una perspectiva positiva significa que la intervención del Estado, y la correspondiente atribución de competencias, debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, lo cual es expresión del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa, en la medida en que son esas autoridades las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos. A su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad significa que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en los asuntos propios

de las instancias inferiores cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades”

Analizar el acceso a la justicia del indígena desde la perspectiva de su jurisdicción, implica comprender que la principal garantía establecida a nivel legal radica en su autonomía. No obstante, en razón de la necesidad de crear elementos mínimos que permitieran su funcionamiento, la Corte Constitucional ha establecido algunos criterios que permiten solucionar las tensiones que se presentan. En términos generales, es evidente que se cumplen con todas las garantías formales del derecho de acceso a la administración de justicia, maximizando sus propias formas de organización.

Asimismo, es importante resaltar que la importancia otorgada a los pueblos indígenas en los últimos años ha producido el acompañamiento de los desarrollos jurisprudenciales que reconocen derechos con políticas públicas, favoreciendo el reconocimiento de dichas garantías lo que produce que al momento de otorgar y/o reconocer derechos, los funcionarios públicos puedan realizar acciones específicas de protección a este grupo sin que medie desarrollo legal.

3.3.2 CIERTAS PERCEPCIONES Y PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO DE LOS(AS) INDÍGENAS A LA JUSTICIA.

Los conflictos en que se pueden ver involucrados integrantes de pueblos indígenas van desde la discriminación, la explotación laboral, el reclutamiento forzado, el desplazamiento de sus tierras y la afectación a su derecho a la vida e integridad física. Entre los victimarios figuran el Estado, organizaciones armadas ilegales, madereros, terratenientes etcétera, que a veces actúan coordinadamente. Con todo, no fue posible encontrar estudios nacionales o comparados que den cuenta de los problemas particulares de conflictividad y acceso a la justicia de los(as) indígenas.

En efecto, desde la existencia de la jurisdicción indígena arriba descrita, la idea de fondo es que los integrantes de las poblaciones indígenas deben tener su propio sistema de justicia y por tanto no se trata de que accedan al planteado desde el Estado. En este contexto y como se anotó previamente, son muy pocos los estudios sobre cómo funcionan los ámbitos de justicia propios y cuál es el nivel de accesibilidad que generan para la población que los integra.

Por tanto, a partir de las entrevistas realizadas a abogados(as) que acompañan a organizaciones indígenas, se pudieron establecer algunos aspectos críticos en materia de acceso respecto de instancias del estado y obviamente en relación con situaciones de indígenas vistos a nivel individual y/o colectivo. En tal sentido se encontró:

- Siguen dándose tensiones entre la justicia estatal y los ámbitos de justicia indígena. Parte de ellas tienen que ver con a quién le compete el conocimiento de ciertos casos, es decir a dónde se debe acceder. El conflicto especialmente surge en casos donde personas indígenas han estado involucradas en delitos de sangre, pertenencia a grupos armados o penas que al interior de su comunidad se visualizan críticamente como violaciones a los derechos humanos desde fuera. Como se anotó anteriormente, estas tensiones se han tramitado a través de decisiones judiciales de diverso tipo, con un acuerdo entre el Consejo de la Judicatura y ciertos liderazgos indígenas, más no existe una ley de coordinación y no es claro si al final es deseable.
- En el marco de esta tensión, organizaciones de mujeres han planteado que al interior de la jurisdicción indígena, el tratamiento a las mujeres no es el mejor “en concreto, podemos mencionar las barreras de acceso que enfrentan las mujeres que sufren violencia en el ámbito de la jurisdicción indígena. Y es que en muchos casos, la violencia de la que es víctima la mujer, es un tema invisibilizado en estos espacios, pues allí no se garantiza que la mujer sea protegida frente a la posible violación de sus derechos o que el agresor reciba una sanción proporcional a los hechos que ha perpetrado. En especial en zonas rurales, la violencia contra la mujer es más alta y la dificultad de acceso a los tribunales de justicia estatales es más grave. En ese sentido, podemos señalar que las sanciones establecidas en los sistemas de justicia indígenas en muchos casos colindan más bien con la impunidad frente a la comisión de actos de violencia contra la mujer”³⁶.
- Cuando en diversos terrenos finalmente deben acceder a la justicia estatal, se han encontrado problemas de eficacia relacionados con el no cumplimiento de lo decidido. En particular, situaciones como lo previsto

36. Óp. cit, El Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú, la Fundación Debido Proceso Legal (DPLF), el Centro de Derechos Humanos en las Américas de la Universidad De Paul (Chicago,) et al.

en el auto 004 emitido por la Corte Constitucional y relativo a las poblaciones indígenas afectadas por el desplazamiento, hasta el tema de la consulta previa, no siempre han estado acompañadas de la debida obediencia por otras autoridades del estado. O como ocurre en la consulta previa, hay tensiones entre lo decidido por los jueces y lo planteado por el ejecutivo.

- A nivel penal, si bien la insistencia es que el conocimiento del caso sea por la jurisdicción indígena, cuando no es posible, se constata que en las cárceles no existe un enfoque diferencial que permita respetar las tradiciones y cosmovisiones de integrantes de estas poblaciones (les cortan el cabello en contra de su voluntad o se obliga a personas nómadas a estar encerradas por ej.).
- Por su parte, el acceso a los expedientes está fuertemente afectado por el no uso de las lenguas propias de las poblaciones. La justicia estatal colombiana se expresa en castellano, lengua que no siempre es usada por estas poblaciones.
- La impunidad frente a violaciones a derechos humanos de los indígenas, especialmente en aquellos casos de masacres contra sus integrantes, es alta. No se han esclarecido los hechos y en determinados casos, actores del estado no tienen interés que se conozcan.
- Respecto de la participación de las víctimas, se reiteró, que es a través del fiscal que éstas pueden actuar, lo cual finalmente hace que dependan de la discrecionalidad del funcionario, incorporar o solicitar pruebas. Por lo demás el lenguaje “enrevesado” que usan los operadores jurídicos dificulta el acceso pues la población no entiende que se dice, aún sea en su defensa.

3.3.3 BALANCE DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS (AS) INDÍGENAS

A partir del cruce de la información formal y de percepciones de ciertas prácticas, se puede plantear entonces el siguiente balance en materia de acceso a la justicia para poblaciones indígenas:

3.3.3.1 TODA PERSONA

En su calidad de nacionales, los(as) indígenas colombianos tienen reconocido su derecho a acceder a la justicia del estado. En cuanto grupo tienen el derecho a su propia jurisdicción. No fue posible para este último caso, identificar a quién se entiende parte de una comunidad para efecto de establecer si está cobijado por cierta jurisdicción. Con todo, como se planteó arriba, el debate existe en cuanto qué jurisdicción debe conocer los casos. Si bien hay avances, jurisprudencias y regulatorios al respecto, la situación se sigue definiendo caso por caso. Finalmente, el acceso de cualquier indígena a la justicia del estado está reconocido, pero los patrones de discriminación siguen existiendo porque al encontrarse con el aparato de justicia, son considerados como menores de edad o personas incivilizadas.

3.3.3.2 DEBIDAS GARANTÍAS

A nivel formal y en su calidad de nacionales colombianos, los(as) indígenas tienen las mismas garantías, que brinda la legislación y constitución colombiana y sus desarrollos legales. Sin embargo, no se conocen que tipo de garantías tienen al interior de los mecanismos de justicia estas poblaciones. En casos de tensión a este respecto, se asume la preminencia del derecho nacional.

En el contexto de la poca información existente para este sector poblacional, el principal problema con las garantías de la justicia del estado tiene que ver con la ausencia de un debido acompañamiento profesional para el uso de las lenguas propias, la discriminación estereotipada, que afecta a integrantes de la población indígena y los procedimientos complejos.

3.3.3.3 PLAZO RAZONABLE

De la justicia indígena, la percepción que se tiene es que es por lo general es expedita, más no se pudo determinar si está sujeto a plazos formalmente predecibles. En lo que corresponde a la justicia estatal, si bien los códigos establecen plazos claros y relativamente perentorios, estos no se cumplen

en general y menos situaciones que afectan a los(as) indígenas. En particular los casos de violaciones a los derechos humanos de estas poblaciones tienden a estar en la impunidad particularmente en los casos de masacres y desapariciones.

3.3.3.4 JUEZ COMPETENTE E IMPARCIAL PREVIO

Como se ha planteado con anterioridad, la idea del juez natural, imparcial e independiente está prevista formalmente, con las restricciones indicadas en la primera parte de este informe. Con todo, no fue posible determinar si esta figura existe como tal dentro del ámbito de acción de la justicia indígena.

En el terreno de la justicia estatal, sin embargo, parecen ser dos los problemas a este nivel. De un lado, la justicia penal, en zonas de presencia indígena, está sujeta a fuerte presión de actores armados ilegales que han estado en pugna con las organizaciones indígenas. De esta manera no es fácil predecir un contexto de independencia, sin garantizar la seguridad personal de fiscales y jueces.

Por otra parte, la imparcialidad está afectada por el sesgo que se puede tener con los integrantes de estas poblaciones, porque se les considera incivilizados, menores de edad o en el peor de los casos, enemigos del orden público en razón de sus antiguas tradiciones reivindicativas.

3.3.3.5 DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES

El marco de derechos y obligaciones son en líneas generales los comunes para el resto de nacionales. Sin embargo la jurisdicción especial y el reconocimiento reciente de las territorialidades indígenas, ha conllevado el surgimiento de tensiones entre las obligaciones y derechos generados en los diversos ámbitos. La vía de resolución ha sido finalmente judicial y no legal, quedando siempre la inquietud de hasta qué punto esta última puede ser la más idónea.

3.4 DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES

Las mujeres han sido un grupo históricamente discriminado en razón de los parámetros culturales de un país como Colombia. Con el propósito de eliminar la discriminación de la que son objeto las mujeres, existen elementos diferenciales, en la legislación y la jurisprudencia con una perspectiva que permite la protección de este grupo poblacional. El acceso a la justicia ha sido garantizado al identificar los diferentes roles de las mujeres en la sociedad y la vulneración a las que han sido sometidas.

3.4.1 ANÁLISIS FORMAL, NORMAS Y JURISPRUDENCIA

3.4.1.1 TODA PERSONA

Además de los Convenios internacionales y la Constitución en general, en el artículo 43 de la Carta se encuentra un artículo que reza: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

En general, se encuentran disposiciones en los códigos civil, penal, de infancia y adolescencia, laboral y administrativo, en los que se reconoce plenos derechos y garantías de acceso, teniendo como supuestos principalmente la protección de la mujer en razón de su vulnerabilidad y las situaciones especiales en las que se pueda encontrar. Por ejemplo, es el caso del *Código Penal*, en el cual existen varios artículos donde se le da una connotación especial al género femenino, artículo 166 *circunstancias de agravación punitiva*, numeral 3, cuando la conducta se ejecute en menor de dieciocho (18) años, mayor de sesenta (60) o mujer embarazada. Artículo 229, *violencia intrafamiliar*, párrafo 2, “La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga sobre un menor, mujer...”; por otro lado, ley de infancia y adolescencia, en su artículo 41, *Obligaciones del estado*. Numeral 11, garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar.

3.4.1.2 DERECHO A SER OÍDO

Dada la gravedad de los hechos que se cometen contra las mujeres y con miras a garantizar el derecho a ser oído, la ley 1448 de 2011, *por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Complementada con el decreto 4800 de 2011, artículo 62, *enfoque diferencial*: Identifican la necesidad de brindar una atención prioritaria, principalmente a la mujeres, desde una perspectiva que no produzca doble victimización, por ejemplo, en los casos de violación, un parámetro que se ha establecido es el de no indagar sobre su vida sexual pasada para que la mujer se centre en el momento del hecho mismo. Igualmente, el Registro Único de Víctimas de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas establece la necesidad de conocer y brindar un manejo específico dependiendo de los delitos.

La doble victimización es una constante, por lo cual, se ha intentado prevenir esta circunstancia. Un ejemplo, es el que realizó la Defensoría del Pueblo cuando organizó un programa de representación judicial para las víctimas que llevaban casos por la *Ley de Justicia y Paz*. Éstas eran orientadas, asesoradas y acompañadas a las versiones libres pero en razón de temas logísticos no se pudo realizar hasta la promulgación de la Ley 1448 de 2011, *Ley de Víctimas*, se estableció la reestructuración de la Defensoría del Pueblo, creando la Unidad Operativa para la Representación Judicial de las Víctimas³⁷.

3.4.1.3 DEBIDAS GARANTÍAS

Las mujeres gozan en general de las mismas garantías que los ciudadanos, no obstante, por su condición se han determinado además algunas específicas. Es el caso de la ley de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, ley 1257 de 2008, en cuyo artículo 8°, como derechos de las víctimas de violencia, se establecieron los particulares:

- a. Recibir atención integral a través de servicios con cobertura suficiente, accesible y de la calidad.
- b. Recibir orientación, asesoramiento jurídico y asistencia técnica legal con

37. Paola, Figueroa., Ana María Díaz y Belen Pardo. Iv Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia. (M. d. armado, Ed.) Bogotá. 2006. 91

carácter gratuito, inmediato y especializado, desde el momento en que el hecho constitutivo de violencia se ponga en conocimiento de la autoridad. Se podrá ordenar que el agresor asuma los costos de esta atención y asistencia. Corresponde al Estado garantizar este derecho realizando las acciones correspondientes frente al agresor y en todo caso garantizar la prestación de este servicio a través de la defensoría pública.

- c. Recibir información clara, completa, veraz y oportuna en relación con sus derechos y con los mecanismos y procedimientos contemplados en la presente ley y demás normas concordantes.
- d. Verdad, justicia, reparación y garantías de no iteración de los hechos constitutivos de violencia.
- e. Estabilización de su situación conforme a los términos previstos en esta ley.

Igualmente, la Sentencia T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz, invita a integrar los planteamientos transversales de los tratados internacionales y la normatividad interna, para que la protección hacia la mujer sea plena, puesto que, comúnmente los esfuerzos se realizan en el área donde tenga mayor gravedad los hechos y este comúnmente es el campo penal.

La sentencia resalta que se deben otorgar las debidas garantías procesales a las mujeres inmersas en casos de violencia intrafamiliar:

“En ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente por encima de los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia. Si la ponderación judicial se inclina en favor del agresor, bajo la perspectiva de falta de pruebas, sobre la base de la dicotomía público-privado que lo favorece, es necesario verificar si el operador judicial actúa o no desde formas estereotipadas de ver a la familia y a la mujer, que contribuyen a normalizar e invisibilizar la violencia. Formas que sin duda, parten del supuesto de la no-intervención estatal en el ámbito de la “intimidad”.

Por otro lado, la Corte Constitucional en aras de lograr una garantía de protección dentro de la investigación de una mujer víctima de violencia sexual, ha creado un procedimiento para que en caso de controversia entre

la posición de la Fiscalía y de la víctima intervenga el juez de garantías, sin embargo, “debido a que no se reconoce su existencia y se desconocen sus alcances procesales o los del Juez en la Audiencia”³⁸, el proceso no es utilizado.

3.4.1.4 PLAZO RAZONABLE

Dentro del plazo razonable, se encuentran los términos definidos por cada uno de los procedimientos para atender los casos. De forma explícita la ley contra la violencia y discriminación contra las mujeres, ley 1257 de 2008, en el artículo 8º, *derechos de las víctimas de violencia*, numeral j. establece la estabilización de su situación conforme a los términos previstos en esta ley.

Sin embargo, es común observar la manifestación por parte de los defensores de las víctimas de violencia contra la mujer, ausencia de términos para la fiscalía con el fin de concluir la investigación e intervenir en las diferentes etapas procesales. El vacío se encuentra en la etapa de investigación preliminar el cual no tiene un término expreso en la ley. La Corte ha manifestado que para suplir dicho término se ha realizado una asimilación del tiempo de la prescripción de la acción penal, tal y como lo establece la Ley 906 de 2004 “... *las actividades practicadas durante la ‘indagación’ tienen carácter reservado y el límite para llevarlas a cabo es el término de prescripción de la acción penal*”; éste es un inconveniente porque sugiere que los fiscales no actúan de forma eficaz en dicha etapa y por ende pueden dilatar el proceso indefinidamente. Ante estas situaciones la Corte ha establecido el siguiente argumento: “la Fiscalía actúe de forma pausada y mesurada, o que con tal interpretación se procura únicamente un mal entendido “*eficientísimo judicial*”. C-262 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

No obstante, frente a las otras etapas procesales el artículo 175 de la ley 600 fue modificado por el artículo 49 de la ley 1453 de 2011, donde este último estipula que:

Artículo 294. *Vencimiento del término.* Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento.

38. Corporación Sisma Mujer, Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en Colombia, 2011. “Disponible en internet.

De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.

En este evento, el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de sesenta (60) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. El término será de noventa (90) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados, o cuando el juzgamiento de alguno de los delitos sea de competencia de los jueces penales del circuito especializado.

Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al Juez de Conocimiento.

Así la fiscalía cuenta con un término específico que tiene el deber legal de cumplir y es menor a la prescripción de los delitos. En caso de que la fiscalía no asuma un papel activo, el defensor tendrá la obligación de accionar el aparato judicial por medio de derechos de petición e incluso tutelas.

3.4.1.5 JUEZ COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD DE LA LEY

Dado que en el caso de las mujeres no se ha designado una jurisdicción especial para atender sus asuntos, la ley reconoce para cada procedimiento una autoridad competente e independiente, además se espera que el juez y/o funcionario funde su acción en los criterios de interpretación diferenciada hacia la mujer.

3.4.1.6 DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ORDEN CIVIL, FISCAL O CUALQUIER OTRO CARÁCTER

De acuerdo a lo mencionado, la mujer cuenta con derechos especiales por su condición: para el caso de la violencia intrafamiliar, y los esfuerzos que se han realizado por prevenirla. Dentro de esta línea de protección a la mujer se encuentra la ley 294 de 1996, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política, que dicta normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

Por su parte, la ley 1257 de 2008, tiene una relevancia sustancial porque dictamina normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, reformando los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y la Ley 294 de 1996. También las mujeres y sus defensores cuentan con el decreto 4796 de 2011, que busca: “definir las acciones necesarias para detectar, prevenir y atender integralmente a través de los servicios que garantiza el sistema general de seguridad social en salud a las mujeres víctimas de violencia e implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la salud”; el decreto 4463 de 2011, que tiene como objeto “definir las acciones necesarias para promover el reconocimiento social y económico del trabajo de las mujeres, implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial y desarrollar campañas de erradicación de todo acto de discriminación y violencia contra las mujeres en el ámbito laboral”; el decreto 4798 de 2011, que reglamenta los temas concernientes al ámbito educativo; y el decreto 4796 de 2011 que “reglamenta las leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008, en relación con las competencias de las Comisarías de Familia, la Fiscalía General de la Nación, los Juzgados Civiles el efectivo acceso de las mujeres a los mecanismos y recursos que establece la ley para su protección, como instrumento para erradicar todas las formas de violencia contra ellas.

Además en perspectiva de género se encuentra, la ley 823 de 2003, *ley de igualdad de oportunidades para las mujeres*; ley 750 de 2002, *ley sobre prisión domiciliaria y trabajo comunitario a favor de mujeres cabeza de familia*; ley 731 de 2002, *ley de la mujer rural*; ley 861 de 2003, *ley de bien inmueble propiedad de mujer cabeza de familia*; ley 1010 de 2006, *ley contra el acoso laboral*; ley 1429 de 2010 *ley de primer empleo*; y la ley 1468 de 2011, *ley de aumento de licencia de maternidad*.

En la ley 599 de 2000, *Código Penal*, en varios artículos se aborda el tema de la violencia contra las mujeres, entre ellos, el artículo 51, *de las penas privativas de otros derechos*, la prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos; en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más. El artículo 68ª, *Exclusión de los beneficios y subrogados penales*, donde expresamente establece que no se le concederá ningún beneficio y/o subrogado a quienes hayan sido juzgados por violencia intrafamiliar y finalmente el título VI, capítulo I: *de la*

violencia intrafamiliar. En la búsqueda de proteger a la mujer y sus garantías la Corte Constitucional ha previsto varias situaciones que maximizan la protección de la mujer, en la sentencia **C-022 de 2015 M.P.** Mauricio González Cuervo se eliminó el carácter “querellable y desistible” de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria³⁹.

Por otro lado, la protección de acceso a la justicia en perspectiva diferencial se encuentra dentro del rol de “**Mujer Cabeza de Familia**”, debido a que la mujer fue elevada a sujeto de especial protección mediante la ley 82 de 1993, modificada por la ley 1232 de 2008. Así, en el artículo 2 define a la mujer cabeza de Familia: “quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, psíquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

En el artículo 3°, resaltado su estatus de sujeto de Especial protección, se obliga al Estado a establecer mecanismos que permitan el desarrollo de dicha labor:

“El Gobierno Nacional establecerá mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia, promoviendo el fortalecimiento de sus derechos económicos, sociales y culturales, procurando establecer condiciones de vida dignas, promoviendo la equidad y la participación social con el propósito de ampliar la cobertura de atención en salud y salud sexual y reproductiva; el acceso a servicios de bienestar, de vivienda, de acceso a la educación básica, media y superior incrementando su cobertura, calidad y pertinencia; de acceso a la ciencia y la tecnología, a líneas especiales de crédito y a trabajos dignos y estables”.

Aun cuando esta ley establece garantías principalmente para el fortalecimiento de medidas materiales, a nivel normativo se han contemplado otras leyes, que en ciertos apartados establecen garantías especiales de protección, como por ejemplo la ley 906 de 2004, **Código de procedimiento penal**,

39. Corporación Humanas - centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. situación en Colombia de la violencia sexual contra las mujeres. Bogotá. 2009.

en su artículo 314, numeral 5, en el cual se estipula que la pena en centro carcelario se sustituirá por detención domiciliaria en los casos que se denota la calidad de madre cabeza de familia. Pese a que la ley es clara y en forma taxativa lo consagra en la sentencia *T-483 de 2012 M.P* Gabriel Eduardo Mendoza, se acude a argumentos procesales desconociendo los contenidos subjetivos de los mismos.

En el ámbito laboral, se ha producido una ampliación para la protección de la condición de Madre cabeza de familia. Por ejemplo, la ley 790 de 2002, por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República; artículo 12, Protección especial, de conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. Esta protección especial ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia *SU-897 de 2012 M.P.* Alexei Julio Estrada.

Por otro lado, en la Sentencia *T-664 de 2005, M.P* Rodrigo Escobar Gil, “se concedió amparo de los derechos fundamentales a un grupo de mujeres que ostentan la calidad de madres cabeza de familia a quienes la empresa les había dado por terminado sus contratos laborales, señalando que la medida de protección debe hacerse extensiva a todas aquellas madres cabeza de familia que, en aplicación del límite temporal indebidamente creado fueron desvinculadas de la mencionada empresa”. Resaltando a la mujer cabeza de familia como un sujeto de especial protección reforzada Sentencia T-061 de 2006 M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

Al analizar las diferentes disposiciones legales y jurisprudenciales que se han realizado en pro de la protección de la mujer, es posible establecer que existe una preocupación por brindar garantías a este grupo poblacional. Lentamente a través de la jurisprudencia se han ido superando los vacíos y omisiones legislativas que permiten identificar una serie de aspectos propios de las mujeres que sugiere su vulnerabilidad y que debe ser visible ante la ley y sus funcionarios.

Asimismo, se encuentra tensión, sobre el fuero de la mujer en estado de embarazo, artículo 201 del Código sustantivo del Trabajo. “Durante el periodo de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis, la trabajadora gozará de fuero laboral y estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 174. En caso de que el padre haga uso del permiso postnatal parental del artículo 197 bis también gozará de fuero laboral, por un periodo equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso del mismo. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses.” En múltiples tutelas ha sido amparado, como *T-550 de 2006 M.P.* Marco Gerardo Monroy Cabra, *T-825 de 2008 M.P.* Mauricio González Cuervo, *T- 487 de 2006 M.P.* Jaime Araujo Rentería.

Pese a su reconocimiento en las normas antes mencionadas, éste es un derecho que ha sido debatido en el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, produciendo un choque de trenes en relación a la aplicación de dicho fuero en los contratos a término fijo y el contrato de prestación de servicios, puesto que de acuerdo a la Corte Constitucional al existir una protección reforzada, se indica la necesidad de renovación del contrato principalmente cuando subsista la actividad para la que fue contratada, sentencia *T- 848 de 2010 M.P.* Luis Ernesto Vargas Silva.

El Consejo de Estado parece haber tomado una posición menos garantista. En Sentencia 68001-23-33-000-2013-00495-01 de julio del 2013, estableció que el fuero materno solo es aplicable cuando exista una relación laboral entre la trabajadora y el empleador. Además indica: “La única forma para que, en esos eventos, se aplique el fuero de maternidad es que se demuestre que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral. Sin embargo, ese estudio le corresponde al juez de la acción ordinaria laboral o al juez administrativo, según sea el caso, no al juez de tutela, pues se trata de una discusión estrictamente legal y probatoria, en la medida en que debe establecerse si se cumplen los requisitos previstos en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo. La acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar que se ha configurado un contrato en realidad.”

3.4.2 JURISPRUDENCIA MUJER- CONFLICTO

Las decisiones más relevantes en el ámbito jurisprudencial se encuentran en el *Auto 092 de 2008, M.P* Manuel José Cepeda Espinosa, auto de seguimiento producido en razón de la *T-025 de 2004*, sentencia que declara el estado de cosas inconstitucionales sobre el desplazamiento forzado. Ya en la sentencia se había indicado la necesidad de adoptar medidas de diferenciación positiva, *“que atiendan a sus condiciones de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión y propendan, a través de un trato preferente, por materializar el goce efectivo de sus derechos fundamentales”*. Sin embargo, la situación tiene tal relevancia, que la Corte hizo que se realizará un examen previo referente al contexto del “conflicto armado”. Debido a esto, el auto dio el análisis referente al resultado, estableciendo que se determinarán los delitos cometidos contra la mujer en razón del conflicto armado.

Por la relevancia de la misma, es necesario presentar en extenso algunos apartes de la sentencia. El objetivo del auto es “adoptar medidas comprensivas para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres desplazadas por el conflicto armado en el país y la prevención del impacto de género desproporcionado del conflicto armado y del desplazamiento forzado”, por ende, busca garantizar el acceso a la justicia de este grupo poblacional haciendo énfasis en el carácter de sujetos de protección constitucional reforzada.

La Corte identificó dentro de las principales causas para no brindar la atención necesaria una falta de política pública que identifique las características propias de este tipo de violencia, además de no contar con instrumentos específicos que permita tratarla.

De acuerdo con los testimonios se produce un triple proceso que impide el acceso a la justicia por parte de las mujeres, como son: “invisibilidad oficial y extraoficial, silencio por parte de las víctimas, e impunidad de los perpetradores”. Igualmente, el Auto resalta:

“(i) la desconfianza de las víctimas y sus familiares ante el sistema de justicia, principalmente por su ineffectividad en la investigación y juzgamiento de este tipo de casos, así como por

el trato irrespetuoso o degradante que puede proveer a las víctimas durante las investigaciones y las arduas cargas psicológicas que implica para la afectada el presentar una denuncia y adelantar las distintas diligencias que la configuran, sin acompañamiento y asesoría especializada en términos legales y emocionales;

(ii) sub-registro oficial de los casos, por (a) quedar enmarcados dentro de situaciones de orden público de mayor alcance; (b) porque en el eventual homicidio de la víctima y su registro como tal, invisibiliza los actos criminales de contenido sexual cometidos antes del asesinato –la omisión por parte de las autoridades médico-legales y judiciales en adelantar los procedimientos necesarios para confirmar que las víctimas de homicidio han sido víctimas, además, de actos de violencia sexual, hace que este tipo de crímenes queden ampliamente sub-registrados y subsumidos bajo la categoría de “homicidios”, o en algunos pocos casos como “tortura”; (c) por la inexistencia de sistemas oficiales operantes de monitoreo y documentación de casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado, que refleja –entre otras-

(iii) ignorancia y desinformación de las víctimas sobre sus derechos y los procedimientos existentes para hacerlos efectivos, particularmente en el caso de mujeres y jóvenes de procedencia rural

(iv) sub-valoración y distorsión de los crímenes perpetrados, por parte de las autoridades encargadas de su reporte e investigación

(v) la casi total impunidad de los perpetradores, particularmente si pertenecen a grupos armados ilegales –impunidad que se predica tanto del sistema de justicia penal ordinario como del sistema establecido por la Ley de Justicia y Paz, Ley 975 de 2005-;

(vi) en algunos casos reportados, el miedo de las autoridades judiciales a investigar crímenes sexuales cometidos por miembros de los grupos armados al margen de la ley, temiendo re-

presalias contra sí o contra sus familias, o la negativa de las autoridades a ingresar a zonas del territorio nacional ocupadas por los actores del conflicto armado e investigar los delitos allí cometido

(vii) la ausencia de garantías de acceso a la justicia para ellas y sus familias, particularmente en las zonas apartadas geográficamente, afectadas por el conflicto armado o sin presencia efectiva de las autoridades.

Por otro lado, el auto indica las problemáticas en las que se encuentran las mujeres que pertenecen a grupos étnicos, como son las mujeres indígenas. En este sentido la corte expresa, “Este empeoramiento de las condiciones de las mujeres resulta más intenso, en el caso de las ciudadanas que forman parte de grupos vulnerables de la población, tales como las mujeres indígenas, afrodescendientes y habitantes de zonas marginadas, quienes sufren la carga de múltiples discriminaciones y violencias superpuestas, al tiempo que son las menos preparadas para afrontarlas en términos materiales y psicológicos cuando llegan desplazadas a un nuevo entorno”.

Entre otros, la Corte ordenó, con miras al fortalecimiento de acceso, **(a)** la aprobación de distintas normas legales contra la violencia sexual, incluyendo la tipificación de diferentes variantes de la misma en el Código Penal vigente; **(b)** la atención a las víctimas de violencia sexual a través de instancias tales como las Comisarías de Familia, el Centro de Atención Integral a Víctimas de Delitos Sexuales de la Fiscalía General de la Nación, o los Comités Interinstitucionales de la Defensoría del Pueblo para atender a las víctimas y sobrevivientes de delitos sexuales.

Finalmente, la Corte ordena crear “trece (13) programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública para la atención del desplazamiento forzado desde la perspectiva de las mujeres, de manera que se contrarresten efectivamente los riesgos de género en el conflicto armado y las facetas de género en el desplazamiento forzado, **(i)** el establecimiento de dos presunciones constitucionales que amparan a las mujeres desplazadas, **(ii)** la adopción de órdenes individuales de protección concreta para seiscientas (600) mujeres desplazadas en el país, y **(iii)** la comunicación al Fiscal General de la Nación de numerosos relatos de crímenes sexuales cometidos en el marco del conflicto armado interno colombiano”.

3.4.3 CIERTAS PERCEPCIONES Y PRÁCTICAS DE ACCESO DE LAS MUJERES A LA JUSTICIA.

Los casos judiciales en que se pueden ver envueltas las mujeres son amplios e incluyen a nivel civil trámites de divorcio, custodia de hijos, división de bienes; a nivel laboral acoso y trato desigual y a nivel penal maltratos físicos y psicológicos, inasistencia alimentaria y acceso carnal. Para el caso colombiano, lo anterior adquiere una connotación especial si tenemos en cuenta que muchas mujeres han sido víctimas del conflicto armado a nivel de la violencia sexual, pero igualmente del despojo de sus tierras y en general del desplazamiento forzado.

Respecto de estos casos y sin contar con cifras claras y concluyentes la percepción sobre la eficacia de la acción judicial es crítica. Se plantea así que cuando hay detenido, los casos de violencia intrafamiliar pueden conllevar el cumplimiento de la pena, pero no, cuando el perpetrador se ha dado a la fuga o cuando al final el caso es abandonado por la denunciante. Respecto de las decisiones civiles sobre inasistencia alimentaria, terminan convirtiéndose en un caso penal por el incumplimiento. Respecto de medidas de protección, son las mujeres las que deben buscar a la policía para que se las ayude a aplicar debidamente. Finalmente, en el contexto de alta impunidad frente a homicidios, es previsible que la afectación al derecho a la vida de las mujeres mantenga este lamentable rango.

En el anterior contexto y de acuerdo con un estudio de Dejusticia, para 2013 se concluyó que de los delitos que ingresan a la Fiscalía con mujeres víctimas, los más recurrentes son: la violencia intrafamiliar, la inasistencia alimentaria y el acceso carnal.” Cuando las mujeres logran algún nivel de acceso, tienden a hacerlo más en instancias administrativas que judiciales, “en 2013, las Casas de Justicia recibieron 183.401 solicitudes. Las mujeres fueron sus usuarias principales y el motivo más común para solicitar servicios ante ellas fueron los conflictos familiares, aunque no es posible precisar de qué tipos de conflictos se trataba. Las entidades que recibieron más solicitudes fueron las Comisarías de Familia (con competencia para resolver conflictos de índole familiar) y las Inspecciones de Policía (competentes para promover la convivencia pacífica)”.

Los estudios realizados y las percepciones obtenidas vía entrevista, permiten reconocer que muchos casos que afectan a mujeres no están entrando al

aparato de justicia. De acuerdo, con Dejusticia, “los dictámenes sexológicos realizados por Medicina Legal (2010) para casos de violencia sexual corresponden al 21% de víctimas mujeres anuales por este fenómeno. En cuanto a los casos de violencia física intrafamiliar para el mismo año, la proporción de mujeres víctimas anuales que presentan denuncia con prueba pericial se acerca al 35% del total aproximado”.

Este panorama muestra que existen obstáculos para plantear que se está en presencia de un conflicto como para ingresarlo al sistema de justicia. En este orden de ideas, los estudios y entrevistas permiten identificar lo siguiente:

Entre las razones para no denunciar están: el no reconocimiento de un conflicto (naturalización de la violencia), desconfianza en el sistema de justicia, temor al victimario y las relaciones que se siguen manteniendo con él, la falta de autoestima, ausencia de información sobre dónde acudir y en qué términos, y finalmente falta de condiciones de seguridad.

Respecto de las razones que permiten explicar el no acceso al sistema se han encontrado:

- Falta de debida atención por la autoridad estatal, sea por que no hace nada, o delega el caso a otro funcionario. Lo que sugiere ausencia de cualificación en la atención. Que se explica por la forma trivial en que se valoran las denuncias de las mujeres, lo cual sería expresión del machismo.
- Falta de información adecuada.
- Demora excesiva en la imputación de cargo respecto de delitos propios del código penal.
- No se respetan las garantías en el desarrollo del proceso. Por ejemplo, se otorgan medidas domiciliarias al agresor, el cual termina conviviendo con la víctima.
- La práctica de pruebas es inadecuada dado que no se tienen en cuenta las aportadas por la víctima o dado el sistema adverso, son muy costosas, o no siempre son pedidas por los fiscales.
- La presión para conciliar y evitar un juicio que termine en la determinación final de los hechos.

- La decisión no es oportuna. Llega tarde y se cree que es porque al ser temas que afectan a mujeres no son prioritarios.⁴⁰
- Supervivencia de estereotipos de género que tienen a dar la razón al victimario y no a la víctima.
- Temor a ser revictimizadas por el aparato de justicia al no dar crédito a los hechos denunciados.
- Ausencia de debido acompañamiento legal y psicológico. O cuando existe no cuenta con la debida formación⁴¹.
- Falta de infraestructura física para la atención de mujeres víctimas de violencia en espacios al interior de la fiscalía, los juzgados o la defensoría.
- En este contexto, se rescatan como positivos, la creación de las Comisaría de la Mujer, el fortalecimiento de las defensorías, las reformas legales que permiten avances en derechos y su valoración.

3.4.4 UN BALANCE SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES

A partir del cruce de la información formal y de percepciones de ciertas prácticas, se puede plantear entonces el siguiente balance en materia de acceso a la justicia de las mujeres.

3.4.4.1 TODA PERSONA

Formalmente el Estado colombiano reconoce el derecho al acceso a la justicia de las mujeres, el cual está reforzado en ciertas situaciones especialmente ligadas a contextos de violencia intrafamiliar, conflicto armado y vulnerabilidad económica. Es un contexto prolífico, sin embargo, está afectado por diversas situaciones que dificultan a muchas mujeres llevar el caso al

40. "En los casos de violencia sexual contra las mujeres, hemos observado que los plazos en los que se desarrollan los procesos judiciales resultan contrarios a los estándares fijados por la Corte Interamericana, lo que afecta seriamente el derecho de las mujeres a acceder a recursos judiciales efectivos y a lograr justicia. En la gran mayoría de los casos, el incumplimiento del plazo no se debe a la complejidad de los casos ni a la falta de actividad de las víctimas, sino a la conducta de las autoridades que resulta poco diligente y, en algunos casos, negligente" (SISMA, 2011).

41. "Insisten en la necesidad de recibir capacitación especializada y permanente en los diferentes temas relevantes para una eficaz representación de las víctimas, con el enfoque de apropiación de un discurso adecuado, con enfoque de derechos humanos, que abarque las diferentes áreas del derecho que entran en juego (especialmente, derecho penal, de familia, derechos humanos y responsabilidad civil extracontractual), pero no circunscrito a la materia jurídica, sino comprensivo también de la temática psicosocial" (SISMA, 2011).

aparato de justicia, lo cual se explica, entre otros por la naturalización de la violencia, la desconfianza en el sistema de justicia, temor al victimario y las relaciones que se siguen manteniendo con él, la falta de autoestima, ausencia de información sobre dónde acudir y en qué términos, y finalmente falta de condiciones de seguridad

3.4.4.2 DEBIDAS GARANTÍAS

En un contexto de garantías formales más o menos claro, las conductas que tienden a afectar su debido cumplimiento parecen entonces concentrarse en:

- Falta de debida atención por la autoridad estatal, sea por que no hace nada o vehicula el caso a otro funcionario. Por tanto hay ausencia de cualificación en la atención.
- En casos penales, se otorgan medidas domiciliarias al agresor, el cual termina conviviendo con la víctima.
- La práctica de pruebas es inadecuada dado que no se tienen en cuenta las aportadas por la víctima o dado el sistema adverso, son muy costosas para esto o no siempre son pedidas por los fiscales.
- La presión para conciliar y evitar un juicio que termine en la determinación final de los hechos.
- Falta de debidas infraestructuras físicas que faciliten la atención a las mujeres.

3.4.4.3 PLAZO RAZONABLE

Formalmente las normas relacionadas directa o indirectamente con casos que pueden vincular a las mujeres están sujetas a plazos razonables. Con todo, estos no se cumplen, lo cual se ha tendido a explicar por tres vías:

- La no claridad y al final, el no cumplimiento de los plazos previstos para la investigación penal en la Fiscalía, lo cual conlleva que muchos casos finalmente nunca lleguen a ningún lugar.
- La alta carga procesal que tienen tanto los juzgados y las fiscalías, lo cual hace que se concentren en los procesos más fáciles o más urgentes según criterios que no son claros.

- La sobrecarga de trabajo ha sido admitida por la Corte Constitucional y el Consejo de la Judicatura como razones válidas para la demora en los procesos. Por tanto no tiene mayor alcance cualquier investigación o sanción por el no cumplimiento de los plazos.

3.4.4.4 JUEZ COMPETENTE E IMPARCIAL PREVIO

Como se ha planteado con anterioridad, la idea del juez natural, imparcial e independiente está prevista formalmente, con las restricciones indicadas en la primera parte de este informe, dedicada al tema.

De las percepciones recogidas, no se encontró la existencia de presiones de actores sobre jueces o fiscales a fin de direccionar sus decisiones. Con todo, el principal problema está en los prejuicios sexistas de algunos(as) funcionarios(as) cuyo accionar, dificulta sobremanera que las acciones judiciales progresen como es debido.

3.4.4.5 DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES

Los derechos de las mujeres han avanzado a nivel formal de forma importante, destacándose los procesos de discriminación positiva, su situación como madres cabeza de familia, la violencia de género etcétera. Sin embargo, estos avances se encuentran afectados por dos factores, entre otros,

- El mantenimiento de los estereotipos sexistas y machistas por algunos(as) funcionarios(as) públicos que no creen en las denuncias de las mujeres, las revictimizan o no consideran prioritario el conocimiento de sus temas.
- La morosidad judicial y la impunidad son dos temas que hacen que los derechos formalmente reconocidos no encuentren respaldo en el aparato judicial.

3.5 DERECHO DE ACCESO DE LA POBLACIÓN LGBTI

Progresivamente en Colombia se han comenzado a proteger derechos de las poblaciones LGBTI, específicamente, las reivindicaciones se han conseguido en torno a los derechos de que gozan las parejas heterosexuales y homosexuales, a través de una interpretación en extenso que realizó la Corte Constitucional. Es decir, en las demandas de inconstitucionalidad presentadas sobre los conceptos de “pareja” que son definidos por el género “hombre- mujer”, la Corte no declaró su carácter de inexequible, sino que estableció que la expresión “compañero” se entiende para cualquier tipo de relación. En general, esta comunidad gozaba de las garantías formales de acceso pero no de los derechos, por lo que en el presente apartado se hará precisión en las mismas.

3.5.1 ANÁLISIS FORMAL, NORMAS Y JURISPRUDENCIA

3.5.1.1 TODA PERSONA

Ya se había referido en apartes anteriores el marco general que ampara esta población, no obstante, el pilar para reconocer los derechos se encuentra en el reconocimiento del derecho a la “libre opción sexual”, en conexión con el Artículo 16, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la consecuente prohibición de la discriminación por este tipo de conductas desarrollado en Sentencias como la *T-097 de 1994 M.P.* Eduardo Cifuentes Muñoz, *T-539 de 1994 M.P.* Vladimiro Naranjo Mesa, *T-101 de 1998 M.P.* Fabio Morón Díaz, *C-481 de 1998 M.P.* Alejandro Martínez Caballero *C-507 de 1999 M.P.* Vladimiro Naranjo Mesa, *T-268 de 2000 M.P.* Alejandro Martínez Caballero, *C-373 de 2002 M.P.* Jaime Córdoba Triviño *T-435 de 2002 M.P.* Rodrigo Escobar Gil y *T-301 de 2004 M.P.* Eduardo Montealegre Lynett”.

3.5.1.2 DERECHO A SER OÍDO

Como no se han creado procesos especiales para garantizar los derechos de las poblaciones LGBTI, cada proceso en general garantiza el derecho a ser oído como forma del debido proceso.

3.5.1.3 DEBIDAS GARANTÍAS

En general, las garantías en los procesos para la población LGBTI, se rigen por el derecho común, por extensión en la interpretación. No obstante, es importante resaltar que algunas de las leyes expedidas recientemente, como la ley 1448 de 2011, *Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*, en su artículo 3, incluye específicamente a las parejas del mismo sexo. Artículo 3º: Víctimas.

“Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a ésta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de éstas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente”.

Esta caracterización produjo que se adoptaran acciones específicas para implementar el enfoque antes descrito. Por ejemplo, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) ha iniciado acciones para implementar este enfoque diferencial. La primera acción fue crear el Grupo de Trabajo de Mujeres y Género a través de la Resolución 2043 de 2012, la cual sigue un concepto amplio de género que incluye “la identidad de género y las orientaciones erótico-afectivas diversas, lo que incluye a las personas LGBTI”. La segunda acción fue la incorporación, en el formato único de declaración de víctima, la variable LGBTI, *“desagregada por cada una de las identidades de género y orientaciones erótico-afectivas diversas”*. Esta variable permitió por primera vez la disponibilidad de datos oficiales sobre víctimas de la población LGBTI⁴².

42. Mauricio Caballero y Juan Carlos Rincón. De las víctimas invisibles a las víctimas digni-

Por otro lado, en la ley 1482 de 2011, "*Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones*" se crean prohibiciones de cualquier acto de discriminación, capítulo IX, *De los actos de discriminación*, Artículo 3°. El Código Penal tendrá un artículo 134^a del siguiente tenor:

Actos de Racismo o Discriminación. El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma el artículo 134 B de señala:

Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política, u origen nacional étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

La Corte Constitucional, con el fin de brindar protección a esta población en específico cuando desean ser declaradas como uniones, explicó que el documento válido para probar la relación y solicitar la inclusión es necesario "*hacer una declaración extrajuicio, ante notaría, donde se deje constancia de quién es el/la compañero permanente*", para así ser presentado ante la institución competente, Corte Constitucional, Sentencia *C-811 de 2007*, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Por tanto, la Superintendencia de Notariado y Registro impartió la Instrucción Administrativa No. 10 de 2007, donde ordenó a las notarías de todo el país realizar la declaración de la unión marital de hecho y/o la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes para las parejas del mismo sexo, mediante escritura pública y estas puedan acceder a los derechos que se derivan de ésta.

ficadas retos en el enfoque diferencial para la población LGBTI en la ley de víctimas. Revista de derecho público, 2013. 2-31

Igualmente, La Sentencia *C-521 de 2007*, M.P Clara Inés Vargas Hernández, reconoció la pensión de sobrevivientes para las parejas del mismo sexo. En dicha sentencia estableció que deben a ver pasado cinco años de convivencia para adquirir el derecho, y para garantizarlo explico: “no se encuentra expresamente establecido que los integrantes de la pareja están obligados a concurrir simultáneamente ante el notario, de lo que se desprende que los cinco años de convivencia se acreditan únicamente con, declaración ante notario expresando que existió entre el compañero/a sobreviviente y el fallecido/a la voluntad de conformar una unión marital de hecho singular y permanente”.

3.5.1.4 JUEZ COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD DE LA LEY

Además de las disposiciones propias de cada jurisdicción, se identifican las notarías y los centros de conciliación como instituciones para realizar los procedimientos de reconocimiento de la convivencia de la pareja.

Es interesante observar que la Corte Constitucional ha mantenido su posición, porque si bien se han presentado incidentes de recusación y/ o solicitud de modificación de las sentencias por parte del Procurador General de la Nación, a la fecha ninguna de esas acciones ha prosperado brindando un imaginario de independencia, como se desprende del Auto No. 022 de 2013 de la Corte Constitucional, ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Solicitud de nulidad de la sentencia *T-716 de 2011*; el Auto No. 155 de 2013 de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y solicitudes de nulidad de la sentencia *C-577 de 2011*, entre otros.

3.5.1.6 DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ORDEN CIVIL, FISCAL O CUALQUIER OTRO CARÁCTER

Son múltiples las reivindicaciones que se han realizado, entre otras, desde lo penal, civil, penal militar y seguridad social, para este grupo poblacional, situaciones que han variado gracias a desarrollos jurisprudenciales. A continuación se referirán algunas de las principales sentencias:

En el ámbito civil se han producido las principales reivindicaciones, en las que se encuentran la sentencia *C-075 de 2007* M.P Rodrigo Escobar Gil. En e4

Las decisiones de la Corte se han abstenido de transformar las concepciones de pareja y por supuesto el concepto de "matrimonio", por lo que se utiliza la interpretación por extensión dejando a un lado la interpretación gramatical, estas cobran importancia y fuerza vinculante principalmente porque las sentencias han sido C - Constitucionalidad.

Recientemente, se abordó uno de los temas que más se ha discutido para el grupo objeto de estudio, y tiene que ver con la adopción. La posibilidad de análisis se abrió con la Sentencia **SU- 617 de 2014**, Luis Guillermo Guerrero Pérez. En este caso se analizaba la procedencia de la adopción por una pareja de dos mujeres a una niña, aunque la decisión de la tutela no expresa la posibilidad o imposibilidad de adopción como tal, y analiza falencias procedimentales, en la ratio indica: "La intervención en sede de tutela no puede extenderse a la declaración de adopción, sino únicamente a la rectificación sustantiva por parte de las instancias administrativas que han intervenido en el correspondiente proceso, para que la circunstancia de que Turandot y Fedora sean del mismo sexo, **no sea utilizada para declarar la improcedencia de la solicitud de adopción**, sin perjuicio de que se exijan y evalúen los presupuestos constitucionales y legales de la adopción".

Empero, en la sentencia **C-071 de 2015**, la Corte declaró exequibles apartes de los artículos 64, efectos jurídicos de la adopción, 66, del consentimiento, y 68, requisitos para adoptar, de la ley 1098 de 2006, ley de infancia y adolescencia, y 1o de la ley 54 de 1990 y precisó que las parejas del mismo sexo sólo pueden adoptar cuando la solicitud recaiga en el hijo biológico de su compañero o compañera permanente.

En términos generales a partir de la Constitución de 1991 se han reivindicado los derechos de la población LGBTI progresivamente, aun cuando la mayoría de reconocimientos se ha realizado para las parejas del mismo sexo y de forma jurisprudencial. En este sentido, se han declarado derechos patrimoniales relevantes, al igual que dimensiones para la relación de dichas parejas. Paso a paso se está logrando la consolidación de los mismos y se sientan las bases de la transición a una protección plena e igualitaria.

No obstante, es importante resaltar que este grupo se está incorporando de forma expresa en algunas leyes, por ejemplo **la ley de víctimas y la ley anti-discriminación**, empero, es necesario seguir propendiendo por su incorporación principalmente en las disposiciones que abordan los temas de parejas

con la definición clásica de hombre y mujer, con el objetivo de no causar equívocos, e igualmente poder brindar los derechos en todos los ámbitos en donde se otorguen garantías y beneficios los cuales sin una ley expresa los funcionarios públicos no tienen margen de acción hasta que haya una reglamentación.

3.5.2 CIERTAS PERCEPCIONES Y PRÁCTICAS DE ACCESO DE LA POBLACIÓN LGBTI A LA JUSTICIA.

Como se visualizó en el anterior acápite, el marco jurídico que reconoce y protege ciertos derechos de integrantes de la población LGBTI ha venido avanzando a la luz de decisiones de la Corte Constitucional. En este contexto, los conflictos que pueden afectar a este conglomerado social pueden estar relacionados con el debido respeto de sus derechos civiles (unión marital, etcétera), discriminación y violencia sexual de diverso tipo, lo cual en algunas zonas no es ajeno a la situación de conflicto armado. Por ahora, el mayor número de casos se da en este último terreno, donde según la fiscalía, entre 2006 y 2014, se presentaron 433, mientras según la organización Colombia diversa, entre el mismo año y 2011 se dieron 542 homicidios sobre personas LGBTI, los cuales están en un alto nivel de impunidad.⁴³

En el anterior contexto, las barreras de diverso orden que han sido identificadas remiten a:

- La dificultad al entender que se está en presencia de un conflicto de relevancia jurídica atinente a derechos. En muchos casos, se ha naturalizado la discriminación y la violencia y se asume que no es posible hacer nada. Como plantea el estudio de Dejusticia, en encuesta realizada a la población LGBTI en 2010 por la Dirección de Diversidad Sexual de la Alcaldía Mayor de Bogotá (2010), del total de personas que se han sentido discriminadas por causa de su orientación sexual e identidad de género, un bajo porcentaje hizo algo al respecto. Quienes más actúan son los bisexuales (35%), seguidos por los gays (25%), las lesbianas (17%) y, por último, las personas transgeneristas (13%).⁴⁴

43. Cerca de la mitad de los casos con proceso penal en curso se encuentran en indagación preliminar: sus autores no han sido identificados ni individualizados. El 90% de estos casos ocurrieron entre los años 2008 y 2011. Debido a la imposibilidad de establecer la identidad de sus autores, cerca del 32% de los homicidios se encuentran archivados (Colombia Diversa, 2012).

44. Miguel La Rota, Sebastián, Lalinde, Sandra Santa, et al. Ante la Justicia necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia. De justicia. 2013. 152

- Las razones para no acudir a la justicia, según encuesta realizada, identifica el no interés, el no conocimiento de los derechos o de quien podía ayudar; miedo a represalias, costos económicos y desconfianza en la justicia.
- Los procesos no logran llegar una decisión definitiva o están sujetos a varios estereotipos, lo cual ahonda en la desconfianza al judicial. Por ejemplo, los homicidios donde pueden verse involucradas personas de orientación sexual diferente, se establecen como de carácter pasional y no por las particularidades de dichos sujetos. Esto impacta obviamente en el alcance que se le puede dar a la investigación, lo cual puede conllevar en alta medida a la impunidad o a penas bajas cuando esto excepcionalmente ocurre.⁴⁵
- Cuando se han superado algunas de las barreras para acudir al judicial, se presentan nuevos obstáculos tales como, el desinterés o incapacidad de los funcionarios para tramitar las quejas, lo cual conlleva su o admisión o su remisión a otro funcionario. “En ocasiones, los funcionarios encargados de recibir la queja o denuncia le dicen a la persona que lo mejor es retirarla. En caso recolectado en entrevista, le dijeron lo siguiente a una persona lesbiana agredida en una discoteca: “Usted verá si sigue en el proceso, pero eso es demoradísimo”.⁴⁶

45. “Tres factores evidenciaron la forma prejuiciada en que investigadores y operadores judiciales abordaron la investigación: a) la caracterización que hacen los investigadores judiciales de los crímenes pasionales; b) los errores en la recolección y preservación de la evidencia; c) las manifestaciones prejuiciadas de las partes procesales. Que se descarten, a priori, otras hipótesis de investigación, entre ellas, que el móvil del homicidio tenga relación directa con la orientación sexual o identidad de género de la víctima, es decir, que se trate de un crimen por prejuicio; • Que se responsabilice a la víctima de lo sucedido; • Que se considere que el crimen no reviste gravedad alguna, y que en consecuencia • Se rebaje la pena impuesta a los responsables por creer, equivocadamente, que éstos no revisten ningún peligro para la sociedad y que no existe la posibilidad de que reincidan.”(Colombia Diversa, 2012).

46. Frente a esto, se han planteado algunas respuestas institucionales como las introducidas por la fiscalía y referenciadas periodísticamente de la siguiente manera:

“Respecto a los cambios institucionales que ha habido para investigar los delitos cometidos contra los LGBTI, Mauricio Noguera precisa que “a partir de la reestructuración del proceso de modernización de la Fiscalía se crea una nueva oficina, que es la Dirección de Políticas Públicas y Planeación. En ésta se crea el equipo de género y enfoque diferencial. La idea es poder transversalizar los temas de género y enfoque diferencial en toda la entidad. En ese sentido, lo que hace el equipo es coordinar con las diferentes direcciones todas las acciones que se están trabajando con población LGBTI”... “en todas las seccionales del país, por ejemplo, se han designado unos fiscales destacados para temas LGBTI. Son 35 fiscales a nivel nacional. Y estos fiscales destacados la idea es que concentren las investigaciones relacionadas, específicamente,

- Solicitud excesiva de información, aun por encima de los marcos legales, “También, las mujeres transgeneristas que se acercan a la Procuraduría a denunciar agresiones por parte de la Policía encuentran que el funcionario les solicita una cantidad de información que muchas veces es imposible tener”.
- No obediencia de decisiones superiores como las provenientes de la Corte Constitucional. Es así, como la posibilidad de formalizar la unión entre parejas del mismo sexo no se ha aceptado en varias notarías y juzgados del país a pesar de haber sido establecida por decisión obligatoria de la corte.
- No se cuenta con un sistema de información que dé cuenta de las características y tendencias de la violencia en estos casos.

3.5.3 BALANCE DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE LA POBLACIÓN LGBTI

3.5.3.1 TODA PERSONA

La población LGBTI ha venido obteniendo especialmente por la vía jurisprudencia y en mucho menor medida por medios legales, el reconocimiento de sus derechos particulares. Los mismos se han centrado en derechos civiles y laborales, relativos a la seguridad social. Igualmente a nivel penal se ha fortalecido la criminalización de la discriminación que los afecta.

Este cuadro legal se ha enfrentado a dos situaciones. Una, la desobediencia parcial especialmente de notarías y juzgados de las decisiones judiciales y el mantenimiento de los estereotipos homofóbicos por autoridades públicas que finalmente no aplican lo previsto en la normatividad vigente.

3.5.3.2 DEBIDAS GARANTÍAS

Las garantías procesales para la población LGBTI no han tenido especiales desarrollos teniendo en cuenta sus particularidades y por tanto están regidos por las normas generales al respecto. En tal sentido se puede visualizar la ausencia de un trato especial, teniendo en cuenta las especificidades de este

con homicidios contra la población LGBTI”. Santiago Martínez, En Colombia se han invisibilizado los crímenes contra los LGBTI, El Espectador. 2015. “Disponible en línea”

grupo poblacional, lo cual es remplazado por una mirada estigmatizante que tiende a considerar estos casos como irrelevantes o propios de personas con “problemas” y que al final son tratados como ciudadanos de segunda.

3.5.3.3 PLAZO RAZONABLE

A nivel formal los procedimientos son comunes en lo que se refiere a los tiempos procesales, los cuales por lo general se entienden como adecuados. A nivel penal, que es donde existen más estudios, las violaciones al derecho a la vida e integridad personal de los integrantes de estas comunidades, tienden a mantenerse altamente en la impunidad. Por lo general, se mantienen en investigaciones sin fecha en la Fiscalía y a punto de su prescripción. Los casos de orden civil y laboral, apenas se incorporan a la vía judicial y no ofrecen datos. Aparte de las potenciales dinámicas discriminatorias que pueden estar tras estos retardos, el tema del plazo razonable, como se ha anotado para los anteriores casos, está afectado por la congestión judicial y la forma como se ha admitido judicialmente como un argumento válido para no asumir ninguna responsabilidad.

3.5.3.4 JUEZ COMPETENTE E IMPARCIAL PREVIO

Las instancias judiciales y no judiciales para conocer de los casos asociados a esta población están previamente establecidas. Con todo, su debido accionar independiente e imparcial está afectado por:

- Presiones de la Procuraduría General de la Nación, que ha “amenazado” con investigar disciplinariamente a los funcionarios que apliquen las normas provenientes de la Corte Constitucional. Lo cual ha derivado en que ciertas autoridades se resistan a conocer de los casos. También han existido presiones de organizaciones conservadoras, defensoras de la noción de familia heterosexual tradicional. Dichas presiones son marchas y hostigamientos en los edificios públicos donde actúan las autoridades.
- Como se ha anotado en otros casos, los prejuicios sociales y culturales de ciertos funcionarios impiden que se acceda a la justicia y cuando finalmente ocurre está sujeto a tratos parcializados, indignantes etcétera. En una de las entrevistas realizadas para este informe se planteó que para el cambio de identidad por cambio de sexo, se solicitan pruebas físicas del mismo lo cual es a todas luces indignante.

3.5.3.5 DETERMINACIÓN DE SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Como se ha anotado con anterioridad, el reconocimiento de derechos ha venido creciendo vía decisiones judiciales y en menor medida legales. Centrándose en el ámbito de las relaciones civiles, a nivel penal y de la seguridad social.

3.6 CONCLUSIONES

- En general, el Estado colombiano, goza a nivel formal de protección de acceso a la justicia para cada uno de los grupos poblacionales objeto de estudio. La ratificación de los instrumentos internacionales, la consolidación de una legislación que pretenden arropar con garantías; y el reconocimiento a las condiciones especiales que se requiere para brindarlas. Es así que se puede concluir que el balance de protección y acceso, a nivel subjetivo, es positivo; dándose éste en dos niveles:
- **Protección fuerte:** son los grupos poblacionales como las mujeres y los niños, los cuales tienen una protección especial directamente dispuesta en la legislación, contemplando los elementos mínimos de garantías.
- **Protección intermedia:** esta se encuentra en los grupos como las comunidades indígenas y los LGBTI, los cuales han desarrollado las garantías por medio de desarrollos jurisprudenciales. Aunque, en la mayoría de las ocasiones las decisiones provienen de la Corte Constitucional, el grado de vinculación de algunos de sus fallos y el latente escenario de una eventual variación jurisprudencial conllevan a resaltar la cualidad de protección gradual e inestable, más no definida y perdurable como lo obtendría con una disposición de raigambre legal o constitucional expresa.
- En el ámbito objetivo o procedimental, se encuentran las principales fallencias, dado que a través de la investigación se resalta como uno de los obstáculos esenciales de acceso a la justicia como forma de garantía, es la carencia de reglamentación en algunos de los procedimientos. Esto se produce principalmente en virtud de que la falta de establecimiento expreso del procedimiento en algunas ocasiones genera que se des-

conozca por parte de los jueces y abogados y en otras que por su alto contenido de subjetividad se produzca inseguridad jurídica, así como acciones que no ofrezcan las garantías para el amparo del derecho que se busca proteger.

- En este sentido, la principal recomendación es seguir fortaleciendo las acciones y disposiciones sobre estas poblaciones, principalmente propender para la expedición de las leyes que contemplen las reivindicaciones jurisprudenciales porque si bien se ha buscado proteger los precedentes, los jueces de menores jerarquías aún son tímidos en la aplicación de la Constitucionalización del derecho, esto se evidencia en las tutelas que llegan a las altas Cortes al solicitar derechos que ya han sido garantizados a nivel jurisprudencial. Además, los funcionarios públicos no pueden brindar mayores garantías si no se ha establecido una reglamentación específica que les permita considerar una opción con criterios diferenciales de protección.
- Colombia a nivel legal y jurisprudencial es considerada un país progresista en la reivindicación de los derechos de las poblaciones sujetos de especial protección, poco a poco ha ratificado los convenios internacionales armonizándolos con sus disposiciones internas, con el fin de fortalecer y crear acciones que garanticen un acceso igualitario a la administración de justicia.
- Las prácticas sociales que más han dificultado el acceso de integrantes de las poblaciones objeto de este informe han sido la desconfianza en el sistema de justicia; el no reconocer que se está en presencia de un conflicto y el cuestionamiento de los derechos fundamentales; el maltrato y los múltiples estereotipos con los que se trata a estas poblaciones, lo cual se reproduce antes y durante el desarrollo de los trámites legales.

Bibliografía

Burgos, Germán, Justicia Bajo Presión, ILSA, 2008.

Caballero, Mauricio y Rincón Juan Carlos. De las víctimas invisibles a las víctimas dignificadas, retos en el enfoque diferencial para la población LGBTI en la ley de víctimas. Revista de derecho público, 2013. 2-31

Colombia Diversa. Impunidad sin fin. Bogotá, 2012.

Comisión Internacional de Juristas, principios Internacionales sobre Independencia y responsabilidad de jueces(zas), abogados(as) y fiscales. Montevideo, 2005.

Consejo superior de la judicatura, Informe al congreso de la república gestión de la administración de justicia año 2013, Bogotá, 84

Consejo de la Judicatura. Estructura y cultura organizacional de la rama judicial. Bogotá, 2004.

Corporación excelencia en la justicia, Tablero de indicadores generales de la justicia en Colombia, 2015, Disponible en internet: [http://docs.google.com/a/cej.org.co/spreadsheets/d/1fOTae9wdvvfaexh7f1yUtBXuukmSbn_1iN16nUHtwnw/pubhtml], [consultado 02/04/2015]

Corporación Fasol, 2015. Disponible en internet: [<http://www.corpofasol.org/banco-datos-fasol.html>], [consultado: 20/05/2015]

Corporación Humanas - centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género. (Situación en Colombia de la violencia sexual contra las mujeres. Bogotá. 2009.

Corporación Sisma Mujer, Obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en Colombia, 2011. Disponible en internet: [en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KCRPILnEgoJ:www.sismamujer.org/wp-content/uploads/2014/08/04.2011.Obst%C3%A1culos-de-Acceso-a-Justicia-deMujeres-V%C3%ADctimas-de-Violencia-Sexual-en-Colombia.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&client=safari#29>], [Consultado: 29/03/2015]

Corporación Humanas - centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de

Género. Situación en Colombia de la violencia sexual contra las mujeres. Bogotá, 2009.

El Instituto de Defensa Legal (IDL) de Perú, La Fundación Debido Proceso Legal (DPLF), el Centro de Derechos Humanos en las Américas de la Universidad De Paul (Chicago), et al. Centro de Estudios sobre Justicia y Participación (CEJIP) de Bolivia, Barreras para el acceso a la justicia en América Latina, 2008. Disponible en internet: [http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2008/octubre/30/informe_acceso.pdf], [consultado: 14/04/2015]

El Tiempo. Veeduría ciudadana pone peros a elección de nuevos magistrados para la sala penal de la corte. Versión electrónica del 10 de mayo de 2007.

El Tiempo. Veeduría ciudadana pone peros a elección de nuevos magistrados para la sala penal de la corte. Bogotá, 2007. Disponible en internet: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-3550374>], [consultado: 13/02/2015]

El Espectador. Unicef alerta sobre incidencia de abusos sexuales contra niños en Colombia.

Disponible en <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/unicef-alerta-sobre-incidencia-de-abusos-sexuales-contr-articulo-555355>. Consultado 11-5-15

Fiscalía General de la Nación, Informe institucional de la fiscalía. Bogotá, 2007.

Fiscalía General de la Nación, Informe de gestión 2013-2014, Bogotá. 2014.

García, Luisa. El papel del juez en la sociedad de contrastes. Un análisis a la autonomía funcional del juez. Universidad Santo Tomas. 2013

García Mauricio. Jueces sin Estado. De justicia, Bogotá, 2013

La Rota, Miguel, Lalinde, Sebastián, Santa, Sandra et al. Ante la Justicia necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia. De justicia. 2013

Martínez, Santiago. En Colombia se han invisibilizado los crímenes contra los LGBTI, El Espectador. 2015. Disponible en internet: [[en ww.elespectador.com/noticias/judicial/colombia-se-han-invisibilizado-los-crimes-contr-los-articulo-557212](http://www.elespectador.com/noticias/judicial/colombia-se-han-invisibilizado-los-crimes-contr-los-articulo-557212)], [consultado: 15/04/2015]

Rama judicial, Bogotá, 2014. Disponible en internet: [<http://www.ramajudicial.gov.co/web/estadisticas-judiciales/gestion-despachos-de-descongestion-de-2014>], [consultado, 08/05/2015], [consulta: 09/05, 2015]

Ramírez, Néstor. Situación de la función disciplinaria de la rama judicial en Colombia. Disponible en internet: [www.cej.org.co/.../305-situacion-de-la-funcion-disciplinaria-de-la-rama-j], [consultado: 11/03/2015]

Figuroa, Paola, Díaz, Ana María y Pardo, Belén. IV Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia. (M. d. armado, Ed.) Bogotá.

Redacción política, El martes se escoge nombre para terna a Contralor Distrital Pulso en Tribunal de Cundinamarca. El Espectador, 2007. Disponible en internet: [<http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/judicial/articuloimpreso-pulso-tribunal-cundinamarca>], [consultado: 12/02/2015]

Revista Semana. Parias de la Justicia. 2009. Disponible en internet: [<http://www.semana.com/nacion/articulo/los-parias-justicia/100371-3>], [consultado: 23/02/2015]

Rinne, Jeffrey. The devil in the details of employee performance evaluation: the case of Colombia's judicial sector. Presentado en el XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Guatemala, 2006.

Revista Semana. "Dos nuevas fichas de Uribe en el CSJ, 2008.

Semana, Jueves 14: Ataque de Uribe a la Justicia desata controversia, Bogotá, 2008. Disponible en internet: [<http://www.semana.com/on-line/articulo/jueves-14-ataque-uribe-justicia-desata-controversia/94540-3>], [consultado: 22/04/2015]

SISMA-Mujer. Obstáculos para el acceso de la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en Colombia. Bogotá, 2011

UNICEF. Acceso de los niños(as) y los/las adolescentes a la justicia. Disponible en <https://accesoajusticiaenfoquediferencial.files.wordpress.com/2011/09/presentacic3b3n-unicef-acceso-a-la-justicia.pdf>. Consultado 8-4-15.

LEYES Y JURISPRUDENCIA

República de Colombia, Constitución Política de Colombia. 1991.

Instrumentos internacionales

Asamblea general de las Naciones Unidas, Convención de los derechos del niño, res. 1386 (XIV), 14 UN. GAOR Supp. (No. 16) pág. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).

Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, e) convención interamericana sobre obligaciones alimentarias.

Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, México, Quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado, Ratificado por Colombia el 6 de diciembre de 2000.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará", aprobada mediante Ley 248 de 1995; la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada por el Consejo de Seguridad el 31 de octubre de 2000.

Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), aprobada mediante Ley 51 de 1981.

Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia

Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial.

Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica', San José de Costa Rica, noviembre de 1969, ratificado por Colombia por la ley 16 de 1972.

Convenio 169 de 1989, que se presenta como actualización del convenio 107 de 1957, el cual fue ratificado por la ley 21 de 1991.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948

Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de 1995

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. res. 2200A (XXI), 21 UN. GAOR Supp. (No. 16) pág. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y niñas, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado mediante Ley 800 de 2003.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobado mediante Ley 984 de 2005, la Recomendación No. 19 adoptada en 1992 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra de la Mujer.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos, El salvador, fecha de ratificado por Colombia 22 de octubre de 1997

Reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de justicia de menores, o "reglas de Beijing".

LEYES

República de Colombia, Ley 1257 de 2008, ley de violencia y discriminación contra las mujeres. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia, Ley 294 de 1996, "Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar".

República de Colombia, Ley 575 de 2000, por la cual se reforma parcialmente la ley 294 de 1996.

República de Colombia, Ley 599 de 2000, Código penal.

República de Colombia, Ley 564 de 2012, código general del proceso.

República de Colombia, Código sustantivo del trabajo, Adoptado por el De-

creto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo", publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.

República de Colombia, Ley 270 de 1996, ley estatutaria de la administración de justicia

República de Colombia, Decreto 4796 de 2011, por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 8, 9, 13, 19 de la Ley 1257 de 2008 y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia, Ley 82 de 1993, Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia

República de Colombia, ley 979 de 2005, Unión marital de hecho. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

República de Colombia, Ley 906 de 2004, código de procedimiento penal.

República de Colombia, Ley 790 de 2002, por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la república.

República de Colombia, Ley 975 de 2005, Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

República de Colombia, Ley 448 de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia, Ley 54 de 1990, Unión Marital de Hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

República de Colombia, Ley 24 de 1992, Por la cual se crea la Defensoría del Pueblo.

República de Colombia, ley 100 de 1993, Por la cual se crea el sistema de

seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia, ley 1098 de 2006, Código de la infancia y adolescencia.

República de Colombia, Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

República de Colombia, decreto 1396 de 1996, Por medio del cual se crea la comisión nacional de derechos humanos para pueblos indígenas.

República de Colombia, decreto 1953 de 2014, Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política

República de Colombia, Decreto 4800 de 2011, En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por los artículos 189 numeral 11 de la Constitución Política.

República de Colombia, Ley 771 de 2002. Por la cual se modifica el artículo 134 y el numeral 6 del artículo 152 de la Ley 270 de 1996.

República de Colombia, Acto Legislativo 03 de 2002.

República de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo 1392 de 2002.

Senado de la República, Proyecto de acto legislativo 05 de 2014. Por el cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política y se reajusta el equilibrio de poderes.

JURISPRUDENCIA.

Corte Constitucional, Sentencia, C-022 de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo.
Corte Constitucional, Sentencia C-888 de 2004, M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C 295 de 2002. M.P .Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia- 713 de 2008 M.P Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, Sentencia T- 357 de 2013, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia T-021 de 2010. M.P Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008, M.P Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C-798 de 2008 M.P Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C- 139 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia T-254 de 1994, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia T- 349 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia T-496 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia T 009 de 2007, M.P Manuel José Cepeda

Corte Constitucional, sentencia T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional, sentencia T-449 de 2013 Mauricio González Cuervo,

Corte Constitucional, sentencia C- 882 de 2011, M.P Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional Sentencia T-552 de 2003, M.P Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia T -514 de 2009, M.P Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 2001 M.P Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014 M.P María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2009, M.P Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C- 521 de 2007 M.P Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007 M.P Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2011 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional, Sentencia C-338 de 2008 M.P Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia, C -811 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-483 de 2012 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Corte Constitucional, Sentencia SU- 897 de 2012 M.P. Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional, Sentencia T-664 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T-061 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz

Corte Constitucional, Sentencia T-550 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-825 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-487 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T- 858 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Auto 092 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia T-539 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia T-101 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998 M.P. Alejandro Rodríguez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-507 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia T- 268 de 2000 M.P. Alejandro Rodríguez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-373 de 2012 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T- 435 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia T- 301 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional Sentencia T-021 de 2003, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia Consejo de Estado 68001-23-33-000-2013-00495-01 de julio 2013, Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Consejo Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 38242 M.P. María del Rosario González Muñoz, Sala de Casación Penal.

Corte suprema de Justicia, sentencia No 40065, M.P. José Luis Barceló Camacho, sala Penal.

Superior de la Judicatura, Providencia No. 11001010200020100239900 Sala Disciplinaria 12 de agosto de 2010 M.P. María Mercedes López Mora.

Consejo Superior de la Judicatura, Providencia No. 110010102000201202469000 Sala Disciplinaria 10 de diciembre de 2012 M.P. Angelino Lizcano Rivera.

Consejo Superior de la Judicatura, Providencia No. 11001010200020110179800 Sala Disciplinaria 21 de julio de 2011 M.P. María Mercedes López Mora.

Consejo Superior de la Judicatura, Providencia No. 11001010200020120017400 Sala Disciplinaria 8 de febrero de 2012 M.P. María Mercedes López Mora.

Consejo Superior de la Judicatura, Providencia No. 11001010200020110013800 Sala Disciplinaria 23 de febrero de 2011 M.P. José Ovidio Claros Polanco.

Consejo Superior de la Judicatura, Providencia No. 11001010200020110192700 Sala Disciplinaria 3 de agosto de 20011, M.P. María Mercedes López Mora.

ENTREVISTADOS

ABOGADOS

Eduardo Matyas Camargo. Abogado de víctimas de Derechos Humanos. Entrevista realizada, el 1 de abril de 2015.

Aroldo Quiroz. Abogado de Familia. Entrevista realizada el 7 de abril de 2015.

Ricardo Montenegro. Abogado población LGBTI, entrevista realizada el 8 de abril de 2015.

Carmen Rosa Guerra. Abogada poblaciones indígenas. ONIC, Entrevista realizada el 6 de abril de 2015.

JUECES

Carmen Lucia Rodríguez. Juez Municipal de Bogotá, entrevista realizada el 2 de abril de 2015.

Sonia Castillo. Juez Penal Municipal. Bogotá, entrevista realizada el 4 de abril de 2015.

Laura Casto. Juez de Familia. Bogotá, entrevista realizada el 7 de abril de 2015.

