

JUSTICIA INFORMAL REFLEXIONES SOBRE LA CONCILIACION EN LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA¹

JUAN GABRIEL GOMEZ ALBARELLO

Abogado, investigador del Instituto de Estudios Políticos
y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional

La administración de justicia en Colombia adolece de una profunda crisis. La difusión de la violencia es testimonio, causa y consecuencia de ello. Se trata, sin embargo, de una crisis crónica, si es que es posible referirse a una crisis de tal naturaleza. Para enfrentarla, se ha recurrido a diferentes estrategias. Una de ellas ha sido la de introducir reformas a los procedimientos legales para hacer más eficiente el funcionamiento de los juzgados y tribunales. Se han institucionalizado mecanismos que permiten una resolución más ágil de los conflictos llevados ante los jueces o que previenen su intervención motivando

a las partes a realizar acuerdos por fuera del ámbito formalizado y ritualizado del proceso judicial. Siguiendo un proceso análogo al registrado en otros países, en Colombia se han abierto pues las puertas para la justicia informal. La Ley 23 de 1991 introdujo la conciliación como un mecanismo de descongestión judicial y resolución de conflictos en casi todas las áreas del derecho. En una de esas áreas, la contencioso administrativa, la conciliación ha tenido una dinámica y unos desarrollos no previstos por sus promotores, todavía desconocidos no sólo para la opinión pública sino también para el grueso de los magistrados, abogados y sociólogos del derecho. Esta sola

1. Este trabajo se basa en un informe que sobre el mismo asunto tuve ocasión de preparar para el Procurador Primero Delegado para el Consejo de Estado, Juan Carlos Henao, en agosto del presente año. Para la redacción de ese informe recibí valiosas contribuciones de Juan Carlos Henao, así como de los miembros del Grupo Asesor de su despacho (Jaime Cabrera, Vivian Newmann, Felipe Piquero y Danilo Rojas), grupo al cual estuve vinculado. En el marco del desarrollo de la investigación "Conflicto y negociación en entornos turbulentos", dirigida por Francisco Gutiérrez, el Instituto Ser de Investigación realizó un seminario sobre "Mecanismos alternativos de solución de conflictos consagrados

en la Constitución" en noviembre de 1995. La invitación a participar en dicho seminario me dio la oportunidad de presentar varias reflexiones sobre el tema y de contar con extraordinarios interlocutores. La atención prestada por varios abogados y procuradores judiciales a mis preguntas, en particular, por el Procurador Judicial Noveno de Bogotá, Jesús Emilio Gómez, fue decisiva para la elaboración de este trabajo. En diferentes momentos, Danilo Rojas y Carlos Malagón hicieron valiosas observaciones sobre el tema, algunas de las cuales fueron incorporadas en este escrito.

razón amerita la presentación de un estudio sobre los alcances, los fracasos y las posibilidades de la conciliación en el campo contencioso administrativo. Creo además que la presentación de los resultados de la conciliación en esta área puede contribuir a la discusión que actualmente se realiza sobre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos previstos en el actual ordenamiento jurídico colombiano y, más ampliamente, sobre la llamada justicia informal.

La información que soporta estas reflexiones fue obtenida con la siguiente metodología: por una parte, mediante la realización de una encuesta llevada a cabo por el Grupo Asesor del Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado sobre el número de audiencias de conciliación perjudicial y judicial realizadas entre septiembre de 1994 y julio de 1995, en las cuales tomaron parte los procuradores judiciales de todo el país. La elección del período analizado parece arbitraria. Esta impresión quizá pueda disiparse en atención a las siguientes razones: por un lado, al hecho de que sólo hasta 1994 comenzaron a obtenerse datos estadísticos sobre el desarrollo de la conciliación; por el otro, a que sólo hasta ese momento comenzaron a verse resultados importantes, derivados de la promoción de la figura entre procuradores judiciales, magistrados de los tribunales y representantes de las entidades públicas. Si bien se trata de un período breve, creo que ya puede hacerse un juicio sobre el proceso en curso en este campo.

En la encuesta realizada entre los procuradores se obtuvo información acerca del número de audiencias que concluyeron con acuerdo y cuántas no, así como también acerca del valor de lo conciliado por las partes. La mayoría de los procuradores hicieron una descripción del tipo de conflictos conciliados. Si bien esta información no fue procesada estadísticamente, me fue posible realizar una tipología básica de tales asuntos y seleccionar algunos de los más representativos con el objeto de destacar tendencias generales, así como casos especialmente relevantes. Finalmente, la realización de entrevistas con procuradores y abogados me permitió obtener un valioso conocimiento acerca de la experiencia directa de tales personas en el desarrollo de audiencias de conciliación.

Este trabajo tiene el siguiente orden: en primer lugar, haré una presentación de las razones por las cuales se

reformó la legislación con el fin de introducir el mecanismo de la conciliación en el campo contencioso administrativo. En este mismo acápite, haré referencia a las principales características legales de dicho mecanismo (1); luego presentaré los resultados estadísticos del desarrollo de la conciliación entre septiembre de 1994 y julio de 1995 (2); en tercer lugar, haré una breve reflexión sobre la incidencia de varios factores institucionales y culturales que, considero, tienen un peso central en la explicación de estos resultados (2); posteriormente, analizaré el impacto de la conciliación sobre la racionalidad formal del derecho administrativo –racionalidad formal que es propia de todo el derecho moderno, tal y como lo advirtiera Weber ya hace casi un siglo–. Tomaré en cuenta dos aspectos básicos: lo que la conciliación ha significado para la ordenación instrumental de la actividad burocrática de la Administración pública y para la legitimación de la administración de justicia y del Estado en general, al facilitar el acceso de los ciudadanos a la protección de sus derechos (4). Finalmente, concluiré esta reflexión dejando abierta la discusión acerca de las implicaciones de la puesta en marcha de mecanismos como la conciliación para las relaciones entre el Estado y la sociedad civil (5).

1. Origen y estructura legal de la conciliación en el campo contencioso administrativo

En Colombia hay una fuerte discusión acerca de los factores que explican la crisis crónica de la administración de justicia. Uno de los enfoques dominantes atribuye dicha crisis a su congestión. La incapacidad de la administración de justicia provendría, según dicho enfoque, de su ineficiencia administrativa, de la existencia de mecanismos procedimentales inadecuados y del alto volumen de negocios que ingresan diariamente a los despachos judiciales². La conciliación ha sido considerada como un mecanismo efectivo para dar respuesta a los dos últimos fenómenos. La creación de una instancia no judicial de

2. Cfr. Giraldo, Jaime; Reyes, Alfonso; Acevedo, Jorge. Reforma de la Justicia en Colombia. Instituto Ser de Investigación, Bogotá. 1986, p. 73.

resolución de los conflictos por la vía de la autocomposición de las partes y la institucionalización de una etapa procesal para que ellas terminen anticipadamente el juicio mediante un arreglo, fueron consideradas como elementos decisivos para promover la descongestión del aparato judicial. Como lo señalara uno de sus principales promotores, quien a la sazón era Ministro de Justicia, la finalidad con la cual se estableció la conciliación en la Ley 23 de 1991 para los conflictos surgidos entre la Administración Pública y los particulares, fue la de descongestionar los tribunales contencioso administrativos³.

Vale la pena destacar que en otras latitudes se ha cuestionado la idea de que la conciliación pueda servir como un instrumento que facilite el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos, en particular, cuando el tipo de conflictos que se busca resolver con dicho mecanismo tienen una estructura claramente asimétrica. En efecto, la relación entre la administración pública y los particulares puede ser caracterizada, en muchos casos, por una gran desigualdad de medios y oportunidades en el logro de la protección jurídica de los intereses de las partes. Harry Street ha expresado una profunda desconfianza a la implementación de la conciliación de cara a esa desigualdad. En su opinión, la conciliación favorece a los más poderosos⁴. Podría aseverarse entonces que, en Colombia, la perspectiva de mejorar la eficiencia del aparato ju-

“La conciliación ha tenido una dinámica y unos desarrollos no previstos por sus promotores, todavía desconocidos no sólo para la opinión pública sino también para el grueso de los magistrados, abogados y sociólogos del derecho”

dicial se antepuso a cualquier consideración crítica acerca de las oportunidades de los ciudadanos de acceder a la protección judicial de sus intereses en casos de conflicto con la administración pública.

No obstante, debe decirse que el diseño legal de la conciliación en el campo contencioso administrativo ha favorecido la obtención de resultados que han sobrepasado la intención original de sus promotores. Dicho diseño tiene las siguientes características básicas⁵: según la Ley 23 de 1991, modificada posteriormente por el Decreto 2651 de 1991, cualquiera

de las partes, antes de presentar una demanda ante la jurisdicción administrativa, puede formular al respectivo procurador la petición de que se realice una audiencia de conciliación. Aprobada la petición, las partes deben concurrir a la audiencia indicando los medios de prueba de que disponen para sustentar sus pretensiones e indicando aquellos que, por no estar en su poder, harían valer en el juicio. Si se logra un arreglo conciliatorio, las partes suscribirán un acta que será sometida a la posterior aprobación de un magistrado del tribunal contencioso administrativo o del Consejo de Estado, según el caso. Si ya se ha presentado una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, el magistrado o consejero ordenará la realización de una audiencia de conciliación en el mismo auto en el que se admite la demanda. Si la conciliación es total, el funcionario judicial ordenará la terminación del proceso. Vale la pena anotar que el tipo de asuntos respecto de los cuales procede el arreglo

3. Así lo hizo Jaime Giraldo Angel en el seminario “Mecanismos alternativos de solución de conflictos consagrados en la Constitución”, organizado por el Instituto Ser de Investigación y realizado en noviembre de 1995.

4. Cfr. Street, Harry. “Accès a la justice et Etat-Providence moderne. Le point de vue d'un spécialiste de droit administratif (Rapport pour l'Europe)”, en Cappelletti, Mauro et al. Accès a la justice et Etat-Providence. Economica-Institut Universitaire Européen, Paris. 1984, pp. 300-301.

5. Una buena aproximación a la naturaleza de la conciliación en lo contencioso administrativo desde una perspectiva sociológica y jurídica es la realizada por Carlos Malagón en “Análisis de la naturaleza de la conciliación”. Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado, Bogotá. 1994.

conciliatorio está limitado por la ley. Sólo se autorizó para los conflictos surgidos con ocasión de un daño causado por la Administración o para dirimir controversias acerca del cumplimiento de prestaciones contractuales. Sin embargo, se prohibió expresamente el recurso a este mecanismo para los conflictos de carácter tributario.

2. Resultados de la conciliación entre septiembre de 1994 y julio de 1995

Antes de considerar los resultados de la conciliación en el campo contencioso administrativo durante el período referido, vale la pena retener lo siguiente. Atravesada por una dinámica inercial, a pesar de diversas reformas legales, la jurisdicción contencioso administrativa sigue enfrentando todavía graves problemas de congestión. En efecto, "a 31 de diciembre de 1993 había en los despachos de la justicia contencioso administrativa un acumulado de 40.552 procesos, los que distribuidos entre los 132 magistrados que la conforman, da un promedio de 307 procesos"⁶. Estas cifras son un indicador útil para considerar el contexto crítico en el cual se puso en marcha la conciliación, así como el alcance de la figura. A continuación presentaré los siguientes datos: el número y valor de las conciliaciones prejudiciales y judiciales realizadas entre septiembre de 1994 y julio de 1995; la relación entre las audiencias de conciliación concluidas con acuerdo y sin acuerdo en dicho período; el diverso desarrollo que ha tenido este mecanismo en algunas de las más importantes regiones del país; y, el ahorro estimado del Estado, derivado de la puesta en marcha de este mecanismo de resolución de conflictos.

2.1. Número y valor de las conciliaciones prejudiciales y judiciales realizadas entre septiembre de 1994 y julio de 1995

En este período se realizaron 786 audiencias prejudiciales de conciliación que concluyeron con acuerdo. El valor total⁷ de las cuestiones que fueron resueltas mediante estos acuerdos alcanzó la suma de \$15.234.619.422 Durante este mismo tiempo, se realizaron

637 audiencias judiciales en las cuales las partes resolvieron sus diferencias mediante la conciliación. La suma del valor de los asuntos que fueron objeto de conciliación judicial fue de \$35.747.410.281. Al adicionar el monto de lo conciliado en audiencias prejudiciales y judiciales se tiene un total de \$50.654.246.745. Como puede advertirse al revisar estas cifras, los asuntos que en promedio eran de mayor valor fueron resueltos mediante conciliaciones judiciales (70.57% de los casos).

2.2. Relación entre las audiencias de conciliación concluidas con acuerdo y sin acuerdo

Al considerar la relación entre las audiencias de conciliación concluidas con acuerdo y las que terminaron sin acuerdo en el período comprendido entre septiembre de 1994 y julio de 1995, vale la pena destacar lo siguiente: en un 71.26% de los casos, las audiencias de conciliación prejudicial concluyeron con acuerdo; este porcentaje se redujo al 43.93% en el caso de las audiencias de conciliación judiciales.

2.3. Desarrollo de la conciliación en las diferentes regiones

En el período aquí analizado se pudo advertir que las regiones en las cuales se ha realizado el mayor número de conciliaciones son Cundinamarca, Valle, Antioquia, Huila y Nariño. El alto volumen de conflictos suscitados entre la Administración y los particulares que se concentra en las más importantes ciudades del país (Bogotá, Medellín y Cali) puede ser la razón por la cual se registra ellas el más alto número de conciliaciones. No obstante, surgen

6. Instituto Ser de Investigación. "La justicia dos años después de la reforma constitucional", en Coyuntura Social No 11, noviembre de 1994.

7. En un alto número de casos, la conciliación versa sobre la indemnización de perjuicios, los cuales se estiman en gramos oro. En otros pocos casos, el valor de la conciliación se ha determinado en moneda extranjera. Tanto los gramos oro como la moneda extranjera - dólares en dos casos- han sido convertidos a pesos, con el fin de simplificar la presentación del valor de los arreglos conciliatorios.

importantes diferencias al analizar el número de conciliaciones perjudiciales y judiciales. Mientras que Antioquia ocupa el primer lugar en lo que corresponde a conciliaciones judiciales con 129 audiencias concluidas con acuerdo, apenas supera el promedio nacional en lo que respecta a las conciliaciones perjudiciales, cuyo número se reduce a 35.

2.4. Ahorro estimado del Estado

La conciliación como mecanismo de terminación anticipada del proceso favorece al Estado y a los particulares: al Estado, pues las conciliaciones contribuyen a descongestionar el aparato judicial, así como a ahorrar parte de la suma que se derivaría de una eventual condena; a los particulares, porque a cambio de reducir el monto de sus pretensiones, pueden obtener las prestaciones que demandan del Estado de una manera anticipada. En uno y otro caso, tanto el Estado como los particulares se ahorran el costo de prolongar el conflicto de intereses. Este no es solamente un ahorro de las partes involucradas en el proceso: también lo es de la sociedad, en la medida en que *ella se ve favorecida con una resolución rápida de los conflictos*. La consideración de este aspecto ha sido uno de los argumentos más fuertes con los cuales la Procuraduría General de la Nación ha defendido el desarrollo de este mecanismo.

En efecto, según la Procuraduría, las conciliaciones le permiten realizar al Estado dos tipos de ahorro: uno de tipo inmediato, cuyo monto aproximado en dinero es posible estimar mediante un cierto cálculo; y, otro ahorro mediato, cuyos efectos sobre el presupuesto del Estado no son menos importantes, aunque no sean tan fáciles de determinar como el anterior. En efecto, si se considera que en toda conciliación con el Estado los particulares renuncian a un cierto monto de sus pretensiones a cambio de obtener de una manera más rápida una cierta prestación del mismo Estado (pago de una suma estipulada en un contrato, pago de una indemnización debida por la comisión de un daño, etc.), y si comparamos la conciliación con el resultado de una eventual sentencia condenatoria en contra del Estado, puede verse que éste logra realizar un importante ahorro.

Una manera de determinar dicho ahorro es comparando las pretensiones de los particulares frente a las entidades públicas con las cuales han entrado en conflicto con el monto objeto del arreglo conciliatorio. La desventaja de este procedimiento es que puede ofrecer un estimativo demasiado elevado del ahorro del Estado puesto que las pretensiones iniciales de los particulares pueden ser muy altas e incluso, en algunos casos, pueden superar los patrones de indemnización establecidos jurisprudencialmente. Esta consideración no está muy alejada de la práctica real por la siguiente razón: en la conciliación puede apreciarse que los particulares inician el trámite formulando pretensiones máximas, las cuales se contraen durante la negociación del arreglo conciliatorio. Resulta por ello más razonable tomar como pauta el límite que se fijan las entidades públicas para llegar a dicho acuerdo, límite que fijan en relación a las pautas jurisprudenciales.

Entidades como el Ministerio de Defensa, por ejemplo, han tomado como criterio para la realización de conciliaciones judiciales de procesos en primera instancia el reconocer entre un 50% y un 75% de las pretensiones originales de los particulares, si ellas tuviesen probabilidad *de éxito ante la jurisdicción contenciosa*. Podría emplearse como parámetro general de estimación de ahorro del Estado el promedio entre el mínimo y el máximo entre los cuales dicha entidad procura realizar las conciliaciones. Si en cada conciliación se reconoce en promedio un 62.5% de las pretensiones originales de los particulares, el Estado se estará ahorrando en promedio un 37.5% de lo demandado por esos particulares. Puede aplicarse esta fórmula al período analizado con los siguientes resultados: si el valor total de las conciliaciones entre septiembre de 1994 y julio de 1995 ha sido de \$50.654.246.745, el Estado colombiano se ha ahorrado aproximadamente \$18.995.342.529.3.

De otra manera el Estado logra realizar un ahorro importante de recursos mediante los acuerdos conciliatorios con los particulares: en tanto dichos acuerdos liberan al sistema judicial de la carga de iniciar o continuar un proceso contencioso, el sistema judicial puede emplear sus recursos en asuntos en los cuales la intervención de dicho sistema sigue siendo necesaria, aumentando así su eficiencia.

Nótese que en promedio cada mes, en el período analizado en este trabajo, el número de litigios resueltos mediante conciliaciones perjudiciales y judiciales corresponde a 129.3 asuntos. Dentro de una consideración optimista, esta cifra puede ser comparada con el número de nuevos asuntos que cada mes son presentados a la jurisdicción contencioso administrativa para su resolución procesal. Entre enero y agosto de 1994 se promovieron ante dicha jurisdicción 7723 nuevos asuntos⁸. En promedio durante dicho período se presentaron 965.3 demandas cada mes ante la jurisdicción contencioso administrativa. Si bien no se dispone de datos del número mensual de nuevos procesos en el período objeto de este trabajo, en sana lógica podría pensarse que dicha cifra se mantiene. Con base en la anterior inferencia podría concluirse lo siguiente: por vía de conciliaciones perjudiciales y judiciales se están resolviendo, por lo menos, el 13.4% de los nuevos litigios contencioso administrativos⁹. Sin embargo, y a falta también de otras cifras, si se comparase el número de conciliaciones realizadas entre septiembre de 1994 y julio de 1995 con el número de procesos acumulados en la jurisdicción contencioso administrativa en diciembre de 1993, ese porcentaje se contraería dramáticamente al 3.5% de los casos.

3. Incidencia de factores institucionales, culturales y políticos en los resultados de la conciliación

Los alcances y límites de la conciliación en el campo contencioso administrativo en Colombia podrían ser mejor considerados si se los compara con los resultados de la

8. Este dato fue obtenido de la información sobre notificaciones de demandas a los procuradores judiciales de todo el país.

9. Debe tenerse en cuenta que la cifra de demandas cubre todas las acciones ante la jurisdicción, mientras que la de las conciliaciones realizadas sólo versa sobre asuntos referidos a las acciones contractuales y de reparación directa. Esto significa que, si bien la conciliación descarga a la jurisdicción de un 13.4% de asuntos, proporción que de por sí ya es ilustrativa y contundente, respecto de los procesos contractuales y de reparación directa, la descongestión de la administración de justicia es aún mayor. En efecto, si se tiene en cuenta que la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió en 1994 800

mediación que realiza el juez en los Estados Unidos antes de dar inicio a un juicio. Según Edwin Shallert, “de los 85.420 casos civiles que se registraron en los Estados Unidos en 1975, sólo el 9% se resolvió por juicio”¹⁰. Una observación similar fue realizada tiempo después por Jaime Giraldo Angel en un estudio sobre el sistema judicial norteamericano. En efecto, según Giraldo, “en materia civil como mecanismo de descongestión casi siempre se realizan audiencias preliminares (pre-trial), en las que el juez busca un acuerdo entre las partes”. La existencia de éste y otros mecanismos ha hecho posible que “sólo entre el 5% y el 10% de los casos que se presentan a la consideración de los jueces lleguen a juicio, pues el resto se resuelve a través de ellos”¹¹. ¿Por qué la proporción de asuntos resueltos mediante la conciliación en la jurisdicción contencioso administrativa es inversa en Colombia? Para contestar a esta pregunta vale la pena tomar en consideración los siguientes factores.

Raiffa ha observado que en los Estados Unidos “el juez tiene importantes papeles que desempeñar fuera del juzgado en lo que se refiere a resolver disputas”¹². En efecto, el juez, además de facilitar las negociaciones entre las partes convocándolas a conferencias anteriores a la iniciación del juicio, tiene la autoridad suficiente para imponer límites firmes para la consumación de las negociaciones y de ese modo hacer expedito el logro de un acuerdo; puede reducir las diferencias de los adversarios ayudando a deflacionar aspiraciones en extremo fuera de la realidad; con base en la investigación

sentencias -66.6 al mes- y que mediante las conciliaciones perjudiciales y judiciales realizadas en todo el país se están resolviendo en promedio 129.3 litis cada mes, se puede concluir que en las materias que corresponden a dicha Sección se solucionan más litigios por conciliación que por sentencia.

10. Cfr. Shallert, Edwin. “Settlement of Civil Litigation in Federal Courts: The Judge’s Role”, inédito, Cambridge, Mass. 1980, citado por Raiffa, Howard. *El arte y la ciencia de la negociación* (1982). Fondo de Cultura Económica, México. 1992, p. 221.

11. Giraldo Angel, Jaime. “La Administración de Justicia en los Estados Unidos de Norteamérica”, en Cepeda Ulloa, Fernando. *La modernización de la justicia en Colombia*. Universidad de los Andes-Facultad de Derecho, Bogotá. 1986, p. 147.

12. Raiffa, Howard. *El arte y la ciencia de la negociación*. Op. cit., p. 221.

de los hechos realizada a través de las conferencias anteriores al juicio, puede sugerir caminos para llegar a un acuerdo; finalmente, puede ayudar a la instrumentación de los convenios, asegurando que los efectuados fuera de los juzgados bajo su guía se cumplirán fielmente. Esta situación contrasta claramente con la registrada en Colombia. En la jurisdicción contencioso administrativa, los magistrados asumen una actitud pasiva. Se limitan a esperar a que en la audiencia de conciliación las partes lleguen a un acuerdo¹³. De manera general se percibe que la función jurisdiccional y conciliatoria se contraponen. Los magistrados se inhiben para intervenir en las negociaciones entre las partes puesto que perciben que dicha intervención pueda ser calificada como un prejuzgamiento del asunto sometido a su conocimiento¹⁴. En el fondo, el problema está referido a la falta de autoridad para promover los arreglos conciliatorios.

Esta falta de autoridad tiene que ver con la configuración institucional de la administración de justicia en Colombia, en particular, con la forma en como se reclutan los magistrados. En efecto, el sistema judicial colombiano se ha estructurado históricamente según el modelo de la Europa continental. El carácter de los magistrados es el de funcionarios. En Europa están incorporados a una carrera judicial que les otorga estabilidad. En Colombia, la pertenencia a la carrera está cruzada por lealtades e intercambios personales que, de hecho, limitan la independencia y el prestigio de los magistrados de los tribunales¹⁵. La situación contrasta

“Tanto el Estado como los particulares se ahorran el costo de prolongar el conflicto de intereses”

profundamente con la tradición anglosajona según la cual los magistrados son seleccionados entre juristas prácticos experimentados, que han alcanzado un gran reconocimiento social en su desempeño como abogados. El déficit de autoridad de los jueces en Colombia se explica, en buena parte, en consideración a este factor histórico institucional. La falta de prestigio y reconocimiento los inhibe para intervenir como mediadores. Dicha expectativa corresponde a la de las partes, inclinadas a cuestionar toda intervención del juez que implique una limitación de sus pretensiones. Por ello, si bien los magistrados pudiesen estar interesados en capacitarse en el desarrollo de habilidades como mediadores para promover arreglos conciliatorios, y aún si dicha capacitación fuese impulsada como una política oficial del Estado, hasta tanto no se modifique su situación social, hasta tanto no adquieran mayor prestigio y reconocimiento social, su capacidad para actuar como mediadores seguirá siendo limitada.

Un juicio análogo puede hacerse respecto del papel jugado por buena parte de los procuradores judiciales en la promoción de conciliaciones extrajudiciales. No sólo las partes no les reconocen como mediadores con gran autoridad: ellos mismos no se ven como tales y se inhiben por ello. Además, una visión limitada acerca de su papel como defensores del interés público, afecta el desarrollo de esa tarea. En efecto, en muchos casos los procuradores identifican la defensa del interés público con la del patrimonio público de las entidades envueltas en el conflicto que se quiere resolver mediante la conciliación. Este es el caso de algunos procuradores en Antioquia, quienes han asumido un criterio más conservador que el del propio Consejo de

recomendación (cfr. Ministerio de Justicia y del Derecho. El perfil de los jueces. Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá. 1995, p. 48). La situación no es muy diferente en el caso de los magistrados de los tribunales contencioso administrativos.

13. Entrevistas con procuradores y abogados, agosto y septiembre de 1995.

14. Cfr. Ministerio de Justicia. Justicia para la gente. Una visión alternativa. Propuesta de plan sectorial de justicia para el período 1994-1998 preparado por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá. 1994, p. 41.

15. En una reciente encuesta realizada por el Centro Nacional de Consultoría para el Ministerio de Justicia y del Derecho, el 61% de los jueces encuestados admitió haberse incorporado a la rama judicial por

Estado en materia de indemnización de perjuicios. El bajo número de audiencias prejudiciales de conciliación en ese departamento se explica en buena medida no sólo por la reticencia de los representantes de las entidades departamentales y municipales; también por la mencionada orientación de algunos procuradores. Cabe agregar que los procuradores tienen un poder muy importante para obligar a los representantes de la administración para avenirse a fórmulas conciliatorias: la ley los autoriza para encausarlos por falta disciplinaria si no concurren a la audiencia de conciliación, si se abstienen de presentar propuestas, de discutir las formuladas o de rechazar “las posibilidades de acuerdo legítimo”. No obstante, dicho poder sólo ha sido usado de manera excepcional. La regla, como en el caso de los magistrados, es la abstención¹⁶.

Si el papel de los magistrados y los procuradores judiciales es tan limitado, ¿qué explica entonces los resultados que se han obtenido hasta ahora? En buena parte, ellos se han alcanzado gracias a la iniciativa de la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado. Esta promovió la constitución de comités en las entidades estatales del orden nacional encargados de discutir, caso por caso, los términos posibles de un arreglo conciliatorio con los particulares. Dichos términos fueron establecidos con base en las pautas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado para la indemnización de perjuicios y la resolución de asuntos contractuales. En consideración al beneficio de una resolución anticipada del conflicto, tales entidades han estado dispuestas a reconocer, en un gran número de casos, entre el 50% y el 75% de las

“En la jurisdicción contencioso administrativa, los magistrados asumen una actitud pasiva. Se limitan a esperar a que en la audiencia de conciliación las partes lleguen a un acuerdo”

pretensiones de las partes, si ellas se conforman con la pauta jurisprudencial establecida. Concebida como un instrumento para lograr el saneamiento jurídico de la administración pública, los abogados de las entidades han obrado como mandatarios dispuestos a llegar a arreglos mediante la conciliación.

La existencia de tales pautas jurisprudenciales define las alternativas de los particulares y el Estado y, en consecuencia, el espacio posible de resultados de la negociación del acuerdo conciliatorio. Por ello, si una decisión

jurisprudencial tiene el efecto de contraer las alternativas disponibles para una de las partes, esto puede tener el efecto de modificar la serie factible de resultados al expandir positivamente el conjunto de alternativas de la otra parte¹⁷. Inversamente, el reconocimiento de un nuevo tipo de perjuicios y, consiguientemente, de un nuevo monto debido de indemnización, favorece las alternativas de los particulares frente al Estado modificando en su favor el espacio posible de resultados de la negociación. Esto es lo que ha sucedido con el reconocimiento de indemnización por perjuicios fisiológicos realizada recientemente por el Consejo de Estado. En las conciliaciones realizadas a partir del segundo trimestre de 1995, varios abogados han concurrido a las audiencias de conciliación prejudi-

17. En este sentido, el resultado de la conciliación depende de lo mejor que las partes puedan obtener, más que de la independencia de las alternativas irrelevantes. Esta explicación de las alternativas de las partes en la negociación corresponde al axioma de la monotonía elaborado por Ehud Kalai y Meir Smorodinsky (Cfr. Kalai, Ehud, Smorodinsky, Meir. “Other solutions to Nash’s bargaining problems”, en *Econometrica* No 43 (1975); citado en Elster, Jon. *El cemento de la sociedad* (1989). Gedisa, Barcelona. 1992, p. 83. Una discusión sobre los modelos analíticos de explicación de los resultados de la negociación, incluido el modelo Kalai-Smorodinsky, se encuentra en Shubik, Martin. *Teoría de juegos en las ciencias sociales*. Conceptos y soluciones (1982). Fondo de Cultura Económica, México. 1992, pp. 191 ss).

16. Entrevistas con procuradores y abogados, agosto y septiembre de 1995.

cial exigiendo el pago correspondiente a perjuicios materiales, morales y fisiológicos¹⁸.

Debe advertirse que en un gran número de casos de negociaciones en audiencias prejudiciales y judiciales de conciliación, las partes actúan orientadas por la lógica de la asignación propia de la resolución judicial de conflictos. En efecto, en particular en los casos de indemnización de perjuicios, las partes se orientan según una lógica dicotómica de acierto y error. La conciliación es concebida por las partes como una solución al conflicto de dos-contra-uno (una de las partes, el magistrado o el procurador, contra la parte adversaria). Aquí se manifiesta el peso particular de lo que, a falta de una mejor expresión, podría denominarse como cultura del pleito. Se concibe el logro del arreglo conciliatorio como una victoria sobre la otra parte, más que como un acuerdo mutuamente beneficioso. Por ello, muchas veces las partes se niegan a realizar mínimas concesiones. Varios procuradores han sido testigos del fracaso de audiencias de conciliación porque los particulares o los representantes de las entidades estatales no se avienen a reducir diferencias que oscilan entre el 5% y el 10% de la frontera posible de acuerdo. Al concluir la diligencia, varios particulares han expresado que ellos no deberían realizar mayores concesiones puesto que les asistía un pleno derecho para reclamar. Esta actitud es por sí misma reveladora del precario lugar de la negociación dentro de la cultura cívica como instrumento de resolución de las diferencias.

En esta misma línea de análisis puede comprenderse también por qué el número de audiencias de conciliación judicial sin acuerdo supera el de las prejudiciales. La relación entre audiencias prejudiciales y judiciales con acuerdo y sin acuerdo puede tomarse como indicativa de lo siguiente: el recurso a un mecanismo prejudicial de resolución de los conflictos suscitados entre particulares y el Estado implica que las partes asumen una gran disposición a negociar sus diferencias, mientras que una vez iniciado un proceso contencioso, una vez se ha activado el aparato jurisdiccional del Estado, las partes

asumen una actitud menos flexible pues incluyen dentro de sus alternativas un resultado judicial favorable. Además, debe resaltarse que la solicitud de realización de la audiencia de conciliación prejudicial depende enteramente de la iniciativa de las partes. En el caso de las judiciales, si bien ellas también pueden ser solicitadas, no es menos cierto que la conciliación se ha convertido en una instancia obligatoria en el proceso contencioso, razón por la cual las partes pueden concurrir a ella sin tener ningún interés en llegar a un arreglo conciliatorio.

Las restricciones presupuestales y la sensibilidad a los costos políticos en el corto plazo es una de las razones que explica la falta de ánimo conciliatorio, de parte de los representantes de entidades públicas en el nivel local y regional. En muchos casos, la resolución de conflictos con los particulares se abandona al resultado de un proceso judicial, aunque ello implique más costos para el erario público. Los representantes de municipios y departamentos se niegan a conciliar puesto que ello implica realizar en el presente desembolsos que recortan el volumen de recursos disponibles para otros fines. Es por ello que realizan ofertas alejadas de un patrón razonable, definido según pautas jurisprudenciales, provocando el rechazo de los particulares¹⁹.

4. La conciliación frente al carácter formal racional del derecho

El derecho moderno tiene un carácter formal racional. Las normas jurídicas establecen previsiones de tipo general y procedimientos con arreglo a las cuales se rige la producción de otras normas jurídicas y se deciden los casos concretos. El carácter formal del derecho reside en la propiedad que tienen esas normas jurídicas de ser autónomas respecto de la ética y la política. Esa autonomía es la que, según Weber, le permite al derecho estabilizar expectativas y coordinar acciones regidas por un cálculo racional, así como ordenar y articular la actividad del

18. Entrevistas con procuradores, agosto de 1995.

19. Entrevistas con procuradores, agosto y septiembre de 1995.

aparato burocrático estatal. De esa misma autonomía deriva el derecho su fuerza legitimadora. En efecto, el derecho moderno reclama para sí un rasero propio: la legitimidad depende de un criterio interno de validez, y no de criterios externos a él, como los que se derivarían de la religión, las costumbres o la ética. Hoy, sin embargo, se debate esta pretendida autosuficiencia del sistema jurídico²⁰. En este trabajo no entraré en el examen de esta cuestión, sino en una reflexión acerca del impacto de la puesta en marcha de la conciliación, como mecanismo de justicia informal, sobre el carácter formal racional del derecho, examinando la experiencia en el campo contencioso administrativo.

4.1. La conciliación y la flexibilización de la actividad de la administración pública

La actividad de la administración pública en los Estados de Derecho es, esencialmente, una actividad regulada. Sin embargo, la inflación normativa propia de la intervención creciente de la administración en la vida social y económica ha llegado a afectar su adecuado funcionamiento, así como la prestación de servicios públicos requeridos por la sociedad. Descontada la interferencia de otros factores en la constitución y realización de los programas de decisión en la administración –como la apropiación y destinación de recursos públicos con fines

20. En su trabajo "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", Jürgen Habermas ha cuestionado la idea de que la autonomización del sistema jurídico pueda significar "una desconexión completa entre derecho y moral, por un lado, y de política por otro". Ha sostenido que "la legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a discursos morales" (Cfr. Habermas, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad* (1987). Paidós, Barcelona. 1991, pp. 130-163. Véase también Habermas, Jürgen. "Derecho y moral", en Sobrevilla, David. *El derecho, la política y la ética*. Siglo XXI, México. 1991, pp. 14-73). Esta misma cuestión ocupa hoy un lugar central en la teoría jurídica. Entre otros, véanse los siguientes trabajos: Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia* (1986). Gedisa, Barcelona. 1993; y, Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa, Barcelona. 1994.

privados–, sigue siendo cierto que el tejido de normas se ha transformado en una maraña que oscurece y desvirtúa la racionalidad instrumental del derecho, su capacidad ordenadora y su eficacia como medio para el logro de determinados fines.

El derecho moderno reacciona con lentitud a la contingencia de los cambios y las exigencias de la sociedad, dado que su aplicación está mediada por la dogmática jurídica, por construcciones conceptuales orientadas más hacia el procesamiento de las situaciones particulares dentro del marco de reglas generales que hacia los efectos seguidos de la aplicación de esas reglas²¹. La virtud del recurso a mecanismos de justicia informal, como la conciliación, es la de permitirle a la administración atenuar la rigidez de la regulación jurídica e, incluso, dicho en términos de la teoría de los sistemas, promover un desplazamiento del centro de gravedad de la aplicación del derecho hacia la frontera del output, hacia las consecuencias derivadas de esa aplicación.

En efecto, en muchos casos las entidades estatales se ven limitadas para obtener la cooperación de particulares por la falta de apropiación de recursos presupuestales o por la ausencia de previsiones contractuales que autoricen el desarrollo de ciertas actividades. Esta limitación ha comenzado a ser superada, sin que ello implique dar lugar a nuevos conflictos. Un tipo común de asuntos resueltos mediante la conciliación es el de particulares que reclaman el pago correspondiente a la realización de una determinada actividad sobre la base de órdenes de trabajo impartidas por entidades públicas que no estaban amparadas por reservas presupuestales o por previsiones contractuales. Ejemplo de este tipo de casos son el pago de honorarios correspondientes a la prestación de servicios de seguridad y vigilancia, de gastos correspondientes a prestaciones no previstas en contratos administrativos, tales como la continuación de la provisión de suministros o la realización de reparaciones o

21. Sobre este punto, véase Luhmann, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (1974). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1983.

construcciones en beneficio de la administración y/o del público²². Así, se ha logrado flexibilizar la actividad de la administración pública.

Uno de los arreglos conciliatorios más interesantes, el cual vale la pena destacar aquí, fue el logrado por la Empresa de Teléfonos de Bogotá y la Bell Telephone, relativa al incumplimiento de una prestación contractual por parte de ésta última. A consecuencia de dicho incumplimiento, le fue impuesta a la Bell una multa. La Bell, interesada en no afectar su reputación y continuar el contrato sin contratiempos, admitió el incumplimiento y ofreció la realización de prestaciones no incluidas originalmente en el contrato, a cambio de que se revocara el acto administrativo mediante el cual se le impuso la multa. Si los funcionarios de la Empresa de Teléfonos de Bogotá hubiesen actuado orientados exclusivamente desde una perspectiva dogmática, no habrían accedido a la conciliación puesto que la decisión tomada fue enteramente legal. Si así lo hubieran hecho, habrían perdido la oportunidad de obtener la realización de actividades que redundarían en beneficio de los usuarios del servicio telefónico. Vale la pena agregar que el monto de la obligación establecida en la conciliación a favor de la Empresa de Teléfonos de Bogotá fue de US\$769.358.

La conciliación lograda en este caso asumió la forma de una negociación de tipo integrativo que favoreció los intereses de ambas partes. El conflicto fue transformado en una relación cooperativa. Desde luego, el logro de dicho acuerdo se vio favorecido por el interés de las partes de

“Se concibe el logro del arreglo conciliatorio como una victoria sobre la otra parte, más que como un acuerdo mutuamente beneficioso. Por ello, muchas veces las partes se niegan a realizar mínimas concesiones”

mantener hacia el futuro una relación mutuamente beneficiosa. Desde luego, ello no habría sido posible si la comprensión jurídica del conflicto hubiese permanecido prisionera en el horizonte del pasado, en el entendimiento de que se trataba de un caso, que debería ser resuelto a la luz de reglas previas de carácter *general*. *La conciliación lograda* por la Empresa de Teléfonos de Bogotá y la Bell Telephone es por ello reveladora de la potencialidad de este mecanismo para desplazar el centro de gravedad de la aplicación del derecho hacia la consideración de las consecuencias.

No obstante, deben advertirse también los peligros de esta flexibilización de la actividad de la administración. La conciliación bien puede servir como un instrumento de desviación ilegal de recursos, de corrupción. En efecto, ha podido advertirse, al menos en un caso, que mediante arreglos conciliatorios se ha puesto en marcha una verdadera ejecución paralela del presupuesto de entidades del orden departamental. En otros, conciliaciones que han versado sobre el pago de prestaciones no incluidas en contratos administrativos, han resultado ser la justificación de gastos inexistentes²³. Otra situación irregular corresponde a la presión que han ejercido representantes de algunas entidades estatales sobre contratistas privados, para que éstos acepten los términos de conciliaciones que perjudican sus intereses, a cambio del otorgamiento de nuevos contratos en el futuro²⁴. El único freno a este desbordamiento ilegal es la intervención de la Procuraduría. Sin embargo, el control ejercido por los procuradores

22. A este tipo de asuntos corresponden varias conciliaciones prejudiciales realizadas en Bogotá y Neiva. Entrevistas con procuradores, septiembre de 1995.

23. Entrevistas con procuradores, agosto de 1995.

24. Entrevistas con abogados, septiembre y octubre de 1995.

judiciales sigue siendo todavía limitado²⁵.

4.2. Acceso a la justicia y legitimación del Estado

En los regímenes democráticos, la función del derecho y, por lo tanto, de la administración de justicia, es la tutela de los derechos de las personas. Puede decirse que del cumplimiento de esa función, el derecho y la administración de justicia derivan su legitimidad. Sobre este punto resulta pertinente hacer referencia a la lectura crítica que Claus Offe ha hecho del tipo de legitimidad legal racional construido por Weber. Offe ha observado que la aceptación por parte de los ciudadanos de las reglas formales

“no debe depender de lo que ellas son, sino de las consecuencias o probables resultados de su aplicación (...) la preferencia por el gobierno democrático no se basa sobre las propias reglas, sino sobre la esperanza de que esta forma de gobierno contribuirá al bienestar común e individual y a otros fines deseables. La capacidad de los gobiernos para producir tales fines –o, al menos, para crear la apariencia de que puede lograr dichos fines– puede por eso considerarse como un elemento destacado de lo que hemos llamado aceptación de las reglas legitimadoras que, como reglas formales, deben en sí legitimarse. El problema de la legitimidad resulta atrapado entonces en la dialéctica de forma y contenido”²⁶.

“La inflación normativa propia de la intervención creciente de la administración en la vida social y económica ha llegado a afectar su adecuado funcionamiento”

En efecto, la confianza en la administración de justicia está mediada por las oportunidades de los ciudadanos para acceder efectivamente a ella y así lograr la protección de sus intereses. A pesar del alto número de procesos en el campo contencioso administrativo, debe decirse que el acceso a la protección judicial ha estado por mucho tiempo limitada. Esta limitación se registra en dos direcciones: en primer lugar, un alto número de asuntos no llega a conocimiento de los tribunales por los altos costos

derivados de la puesta en marcha del aparato jurisdiccional. En efecto, los costos derivados de la demanda de tutela judicial de los intereses vulnerados pueden ser superiores a las propias pretensiones de reparación de los ciudadanos o pueden poner fuera de su alcance la oportunidad de recurrir a los tribunales. En segundo lugar, la larga duración de los procesos es otra forma de costo que conspira contra la obtención de una adecuada protección judicial. La conciliación, al ofrecer una vía ágil de acceso a la justicia, La legitimación de la administración de justicia y, en general del Estado puede ser considerada como una consecuencia favorable de la puesta en marcha de la conciliación, al constituirse ésta en un mecanismo de acceso a la justicia. A continuación, haré una breve reflexión sobre este punto. La conciliación ha sido un instrumento útil para atender conflictos derivados del incumplimiento de prestaciones contractuales de mínima o menor cuantía, pero de un gran valor para el particular afectado. También ha servido para resolver situaciones en las cuales, de manera simultánea, numerosos ciudadanos han visto vulnerado sus intereses por fallas el servicio por parte de la administración. Ilustrativo de este último tipo es el caso de 40 conciliaciones prejudiciales en Cali. Las conciliaciones versaron sobre reclamaciones contra las Empresas Públicas de Cali, por parte de particulares por daños a diversos electrodomésticos ocasionados por una falla eléctrica atribuible a dicha empresa. El monto de las

25. En varios casos, procuradores judiciales han solicitado a magistrados de los tribunales contencioso administrativos la improbación de conciliaciones prejudiciales abiertamente desfavorables a los intereses de las entidades públicas. Hasta ahora, sin embargo, sólo se ha presentado un solo caso de denuncia penal contra un asesor jurídico de una empresa estatal por dicho motivo. La denuncia fue presentada en 1995 contra el abogado de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por regalar, en una conciliación prejudicial, postes de luz de propiedad de esa empresa a un contratista privado.

26. En “Legitimidad versus eficiencia”, en Offe, Claus. Contradicciones en el Estado de Bienestar (1988). Alianza Editorial, Madrid. 1990, p. 123.

conciliaciones osciló entre \$20.000 y \$10.645.61.9, siendo el valor de la mayoría de las realizadas inferior a \$1.000.000. La importancia de la conciliación para este conjunto de casos es doble: por un lado, está el de haber servido como instrumento para atender rápidamente las reclamaciones de un grupo considerable de ciudadanos; por otro, el de proporcionar dicha solución con costos muchísimo más bajos de los que el Estado y los particulares deberían haber asumido iniciado un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa.

De mucha mayor importancia ha sido la conciliación en el caso de violaciones a los derechos humanos cometidas por agentes de la fuerza pública. Este tipo de conflictos corresponde a la mayoría de los asuntos resueltos mediante conciliaciones prejudiciales y judiciales. En efecto, recientemente el Ministerio de Defensa admitió haber pagado en 700 conciliaciones \$25.697.000.000²⁷. La mayoría de las víctimas son campesinos, con grandes limitaciones para acceder a la justicia.

A la vista de estos resultados podría aventurarse una conclusión optimista acerca de los resultados de la conciliación como procedimiento y sobre sus efectos favorables para la legitimación del Estado. Para emitir un juicio sobre este punto voy a servirme de la obra de Boaventura de Sousa Santos. Santos distingue tres elementos constitutivos del derecho: la institucionalización de la función jurídica, la amplitud del espacio retórico y el uso de instrumentos de coerción²⁸. Según este sociólogo del derecho

“la amplitud del espacio retórico del discurso jurídico varía en la razón inversa del nivel de institucionalización de la función jurídica y del poder de los instrumentos de coerción al servicio de la producción jurídica”²⁹.

Desde esta perspectiva, podría considerarse que la conciliación estaría contribuyendo a un desplazamiento de la imposición burocrática y coercitiva del derecho hacia la capacidad negociadora de las partes. La fuerza de la solución estaría por ello en el arreglo consensualmente alcanzado, más que en la decisión judicialmente impuesta. Este sentido consensual de la conciliación contribuiría a la legitimación del derecho y, con él, del Estado. No obstante, creo que una conclusión semejante sólo podría fundamentarse en la abstracción de otros elementos singularmente relevantes en el desarrollo de las conciliaciones, algunos de los cuales ya fueron referidos anteriormente.

En primer lugar, tal y como lo señalé anteriormente, en muchos casos las partes intervienen en las audiencias de conciliación orientados por la lógica de la asignación propia de la resolución judicial de conflictos. La mayor o menor indemnización obtenida en la conciliación por parte de los familiares de las víctimas de violación a los derechos humanos, se entiende como una victoria o derrota. En segundo lugar, la asimetría de las partes en varios casos ha dado lugar a acuerdos altamente beneficiosos para el Estado en perjuicio de los particulares afectados. La habilidad de los abogados del Ministerio de Defensa, con una amplia experiencia en la negociación de arreglos conciliatorios, les da una gran ventaja frente a los abogados y las partes que recurren a este mecanismo por primera vez. En este sentido, la observación realizada por Harry Street, citada anteriormente, resulta pertinente para deflacionar la expectativa de que la conciliación sirve al logro de acuerdos justos y, por ello, a una fuerte legitimación del Estado.

27. Cfr. El Espectador, 14 de julio de 1995, p. 9A.

28. Cfr. Santos, Boaventura de Sousa. “Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism”, en Abel, R. The Politics of Informal Justice. Academic Press, New York. 1982; Santos, Boaventura de Sousa. Estado, Derecho y Luchas Sociales. ILSA, Bogotá. 1991. Roger Cotterrell ha sintetizado así la definición de estos tres elementos: “retórica”, basado en la persuasión mediante argumentos sobre ideas y circunstancias socialmente aceptadas; “burocracia”, basado en el conocimiento profesional, reglas formales generales y procedimientos jerárquicamente organizados; y “violencia”, basado en el uso o amenaza de la fuerza física (...)” (Cfr. Cotterrell, Roger. Introducción a la sociología del derecho (1984). Ariel, Barcelona. 1990, p. 247).

29. En “El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica”, en Santos, Boaventura de Sousa. Estado, Derecho y Luchas Sociales. Op. cit., p. 60.

Ese sentido legitimador de la conciliación puede ser puesto también en tela de juicio en consideración a los siguientes dos factores: en primer lugar, los arreglos conciliatorios realizados por el Ministerio de Defensa han tenido siempre una clara orientación patrimonial. Las actas de la diligencia en la cual se registra el acuerdo de las partes, no incluyen alusiones expresas a la responsabilidad del Estado por la violación a los derechos humanos. Tales actas difieren por ello profundamente de las sentencias de los tribunales contencioso administrativos y del Consejo de Estado. En los casos de falla del servicio por parte de agentes estatales, esas sentencias implican, de suyo, un fuerte juicio de reproche a la acción ilegal de asesinar, desaparecer o torturar a una persona. Sentencias de esta clase cumplen una función simbólica de reparación, tan importante como la indemnización material. La compensación debida a la víctima y/o sus familiares en los casos de violación a los derechos humanos envuelve, como obligación del Estado, esta dimensión. Los arreglos conciliatorios tienden, por el contrario, a banalizar el sufrimiento de las víctimas al convertir el asunto en una discusión acerca de la suma debida por el daño causado por la acción ilegal de agentes estatales.

Un dramático ejemplo de esta situación fue la conciliación lograda entre el Ministerio de Defensa y los representantes de los familiares de las víctimas de la masacre de Trujillo, en julio de 1995. Como se sabe, este era el caso de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas cometidas en la población de Trujillo, Valle, entre marzo y abril de 1990 por miembros del ejército. En enero de 1995, una Comisión Especial de Investigación creada después de que el caso fuera presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, determinó la responsabilidad del Estado por estos hechos. Esa responsabilidad fue admitida públicamente por el Presidente de la República, después de la presentación del informe de esa comisión especial.

Poco tiempo más tarde, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle condenó a la Nación a pagar indemnización a los familiares de las víctimas de estos hechos. El proceso fue remitido en consulta al Consejo de Estado. Ante esta alta corporación, las partes promovieron

una conciliación judicial. Previamente, con la mediación de la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado, el Ministerio de Defensa manifestó su disposición para llegar a un arreglo conciliatorio con el cual se reconocería el 95% del monto de la indemnización ordenada por el Tribunal. El Ministerio estaba además dispuesto a aceptar la inclusión en el acta de conciliación de una declaración en la que se señalara la responsabilidad del Estado en la masacre, de conformidad con el pronunciamiento presidencial. El Ministerio de Defensa rompió en ese momento con su continuada reticencia al reconocimiento público de la responsabilidad estatal por la violación de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, la inclusión de dicha declaración fue rechazada por el Consejero de Estado que orientó la audiencia de conciliación, reduciendo el acuerdo al reconocimiento monetario de una prestación en favor de los familiares de las víctimas. Esta actitud es ejemplificativa de la resistencia hacia compensaciones simbólicas, no patrimoniales, a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, resistencia que, en mi opinión, afecta el potencial legitimador de la conciliación respecto de las entidades estatales.

En segundo lugar, de manera análoga a las decisiones judiciales, los arreglos conciliatorios sólo dan respuesta a los casos individuales. La lógica del derecho moderno está orientada fundamentalmente hacia los individuos puesto que ellos son los sujetos del cálculo racional. Así, al pasar por el filtro de las categorías jurídicas, la resolución de los conflictos sociales se desmembra en la atención de disputas individuales. Esto es particularmente cierto en el caso de las conciliaciones que versan sobre violaciones a los derechos humanos. La reparación a individuos o grupos de individuos puede dejar inalterada la estructura del conflicto social derivado del ejercicio ilegal de la fuerza del Estado, como en efecto está sucediendo. En tanto las conciliaciones resultan ser un medio para aliviar la presión sobre el Estado por violaciones a los derechos humanos, ponen a salvo de más cuestionamientos el ejercicio de su actividad represiva, pero no tienen la capacidad para modificar prácticas ilegales de los miembros de la fuerza pública. Observaciones como ésta pueden imprimirle un cariz pesimista a la consideración de los resultados de la

conciliación. No es éste mi propósito. Lo que he querido hacer es mostrar la complejidad de una situación que no permite conclusiones apresuradas de ninguna clase.

5. Conciliación, Estado y sociedad civil

La puesta en marcha de mecanismos de justicia informal como la conciliación en Colombia ha dado, hasta ahora, resultados que importantes, no dejan de ser limitados. Condicionamientos institucionales, políticos y culturales han limitado el alcance de esta figura en el campo contencioso administrativo. No obstante, su implementación sigue siendo una alternativa frente a la pérdida de capacidad para regular los conflictos surgidos entre los ciudadanos y la administración. Esta pérdida de capacidad está referida, entre otros factores, a la complejidad que hoy ha asumido la regulación jurídica. Sobre este punto, hace ya veinte años, Dominique Charvet observó con respecto al derecho moderno que

“se puede observar un superdesarrollo de lo jurídico aplicado a las relaciones sociales, lo que ha provocado –por razones externas a la institución (judicial)– un crecimiento considerable de la demanda respecto a él. Pero esta sobrecarga que habría podido ser reabsorbida –y está en vías de serlo– por nuevos sistemas de tratamiento, no ha sido tomada en cuenta, al menos en principio. Es decir, que los procedimientos elaborados en una época en la que la solución judicial de los conflictos por vía judicial era relativamente excepcional, pero debía ser ejemplar, han seguido aplicándose mientras que una masa de situaciones se sometían a la justicia”³⁰.

El carácter formal racional del derecho, propio de cuerpos jurídicos codificados como el derecho civil, y con él, la resolución judicial ritualizada de los conflictos, ha resultado inadecuado frente a los particularismos de las

demandas sociales y la creciente intervención del Estado. La flexibilización de la actividad del derecho y la reorientación del centro de gravedad de la aplicación del derecho hacia las consecuencias lograda mediante la conciliación, está dando lugar a una verdadera transformación del carácter de la regulación jurídica. Pero, ¿cuál es el sentido de esta transformación?

Aquí quiero servirme de la reflexión realizada por Niklas Luhmann acerca de la relación regla/excepción como estructura de aplicación del derecho. Luhmann ha señalado que

“El esquema regla/excepción sirve para la absorción de la ilegalidad necesaria: hace pasar el comportamiento contrario a las reglas del estado de lo prohibido al estado de lo permitido, manteniendo empero la primacía de la regla; “codifica”, por decirlo así, formaciones parajurídicas de normas, o enumerándolas de modo exhaustivo o dejándolas indefinidas”³¹.

Análogamente, podría decirse que la conciliación es al derecho y a la administración de justicia lo que la excepción a la regla: ella atenúa el rigorismo legal y, al mismo tiempo, asegura la integración dentro del orden jurídico de las situaciones particulares que se le escapan. Visto el problema desde la relación dicotómica Estado-Sociedad Civil, puede preguntarse si dicha integración se realiza en favor del primero o de la segunda. ¿Es la conciliación un instrumento mediante el cual los ciudadanos logran domesticar la lógica burocrática del Estado sometiendo su intervención a mediaciones consensuales? O, ¿será instrumento de relegitimación y fortalecimiento del Estado como aparato de dominación frente a la sociedad mediante la relegalización de las situaciones particulares resueltas mediante acuerdos entre las partes?³² Queda aquí, pues, la discusión abierta.

30. Charvet, Dominique. “¿Crisis de la justicia, crisis de la ley, crisis del Estado?”, en Poulantzas, Nicos (compilador). La crisis del Estado (1976). Fontanella, Barcelona. 1977, p. 301.

31. Luhmann, Niklas. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Op. cit., pp. 63-64.

32. Esta es la perspectiva de Boaventura de Sousa Santos. Para Santos, la justicia informal muestra al Estado “expandándose, mediante un

proceso que aparenta ser una retracción. Lo que aparece como deslegalización, es, en realidad, relegalización. En otras palabras, el Estado se expande en la forma de sociedad civil; y por ello la dicotomía entre Estado y sociedad civil no es ya útil si alguna vez lo fue”. Santos, Boaventura de Sousa. “Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism”, en Abel, R. The Politics of Informal Justice. Op. cit., p. 262.