



CEJA · JSCA



cooperación
alemana
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

implementado por

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (giz) GmbH

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS

Documento de Trabajo ACCESO A LA JUSTICIA

FORO PERMANENTE SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO A LA
SALUD EN AMÉRICA LATINA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DEL
COVID-19



© 2022 Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
San Pío X 2460 oficina 1602, Providencia, Santiago de Chile
Tel. +(56 - 2) 274-2933
www.cejamericas.org

Foro permanente sobre acceso a la justicia y derecho a la salud en América latina en el contexto de la pandemia del covid-19, actividad realizada en conjunto con DIRAJus de GIZ.

Equipo Editorial y Gráfico
CEJA

ISBN
978-956-8491-91-8

FORO PERMANENTE SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHO A LA SALUD EN AMÉRICA LATINA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DEL COVID-19¹

GRUPO DE TRABAJO 1: ACCESO A LA JUSTICIA²

-
- 1 Las opiniones expresadas en este informe son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente la opinión o posición oficial del Centro de Estudios de Justicia de las Américas y del Programa DIRAJus de la Agencia de Cooperación Alemana (GIZ).
 - 2 La presente bitácora corresponde al grupo temático de Acceso a la Justicia coordinado por María Lucía Torres Villarreal, (profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario), quien ha sido responsable de formular este documento, junto con el experto Manuel Alberto Restrepo Medina, (profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario) y la experta Daniela Yepes García, (coordinadora de la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario).

Índice

1.	Introducción y metodología de trabajo	9
2.	Marco teórico	11
	2.1. Estado de derecho y excepcionalidad	11
	2.2. Acceso a la justicia	16
3.	La pandemia y las medidas adoptadas por los Estados latinoamericanos frente al acceso a la justicia	23
4.	Conclusiones y recomendaciones	28
5.	Bibliografía	37

Presentación

El “Foro Permanente sobre Acceso a la Justicia y Derecho a la Salud en América Latina en el contexto de la pandemia del COVID-19” es un esfuerzo conjunto implementado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Programa DIRAJus de la Cooperación Alemana/GIZ.

El Foro se ha concebido como una instancia colaborativa de intercambio, análisis y divulgación de información referente a la situación del acceso a la justicia y el derecho a la salud en la región latinoamericana, en el contexto de la pandemia del COVID-19. El Foro sesionó durante el año 2021 y estuvo conformado por un grupo amplio y diverso de organizaciones sociales, instituciones académicas y personas expertas de distintos países de la región para quienes los impactos de la pandemia en el acceso a la justicia y en el derecho a la justicia han sido motivo de preocupación académico-profesional.

El principal objetivo del Foro fue analizar cómo las medidas adoptadas para contener la pandemia provocaron o pudieron haber provocado una afectación a los derechos humanos. Con esto se buscó entregar criterios y propuestas para fortalecer el rol de la justicia en la contención y superación de dichas afectaciones, en sus dimensiones individual y colectiva, que derivan de lagunas normativas y prácticas que atentan contra derechos en tiempos de crisis.

Dentro del Foro se constituyeron tres grupos temáticos, que contaron con sendas moderaciones. Los temas individuales de los grupos fueron los siguientes. El Grupo 1 trató el tema del Estado de Derecho y el acceso a la Justicia; el Grupo 2 la afectación de las libertades en los estados de excepción decretados en muchos países y las reacciones sociales en situación de excepción pandémica; el Grupo 3 la definición del “Derecho a la Salud” y lo que se denomina la “gobernanza sanitaria global” durante la pandemia.

Con este documento se quiere hacer conocer los temas tratados en los subgrupos del Foro a un público más amplio: autoridades y funcionarios estatales, representantes de altos tribunales de justicia, miembros de la academia y la sociedad civil, medios de comunicación y la comunidad latinoamericana en general.

1. Introducción y metodología de trabajo

La pandemia ocasionada por la COVID-19 hizo evidente un conjunto de problemas que enfrenta actualmente la justicia en América Latina, algunos como parte de fallas estructurales previas y otros derivados o agudizados en ella. Diversos estudios e investigaciones indican que la pandemia ha exacerbado la desigualdad y las demandas sociales insatisfechas, desafiando el nivel de cumplimiento del deber del Estado en la aseguralidad de los derechos y el acceso oportuno a los mismos.

En el marco del Foro, el Grupo de Trabajo sobre Acceso a la Justicia desarrolló una metodología dividida en cuatro sesiones de estudio, con la participación de trece expertas y expertos de diferentes países de la región. Para ello, se plantearon una serie de premisas para orientar y promover el debate.

- a. *Una visión amplia del acceso a la justicia: elementos para la superación de la desigualdad e inequidad en el acceso a derechos.* Se trabajó alrededor de la noción de acceso a la justicia y su alcance. Asimismo, se abordaron elementos centrales de un concepto amplio de acceso a la justicia: la justicia desde una perspectiva colectiva, el litigio estratégico como medio para la garantía del interés público, el enfoque diferencial y la interseccionalidad, la desjudicialización de los conflictos sociales y los mecanismos alternativos para la solución de controversias.
- b. *El rol del Poder Judicial y la justicia en situaciones de crisis.* Se abordó a partir de algunos puntos que pretendían reflexionar sobre la relación de las medidas excepcionales, los poderes públicos y el Estado de Derecho. Se abarcaron aspectos como el uso de los estados de excepción, el comportamiento del Poder Judicial durante la pandemia, el equilibrio de poderes, el papel del derecho y las lecciones y desafíos que ha ofrecido la pandemia en términos de acceso a la justicia.
- c. *Acceso a la justicia en el marco de la pandemia: efectos sobre el Estado de Derecho y lecciones aprendidas.* Se reflexionó en torno a los efectos



de la pandemia en el acceso a la justicia sobre dos ejes: el equilibrio de poderes y la prevalencia del Estado de Derecho (en base al papel del Poder Judicial frente a las acciones del Poder Ejecutivo) y en qué medida el Estado de Derecho en la región sufrió quebrantamientos o debilitamientos.

Este documento presenta una síntesis de las reflexiones derivadas de las sesiones del grupo de trabajo, aunadas a algunas precisiones conceptuales que enmarcan el debate y dan soporte a las recomendaciones que ofrecieron las expertas y expertos.

El presente informe se divide en tres secciones. La primera contiene un marco conceptual sobre estado de derecho, la excepcionalidad y el acceso a la justicia, conceptos esenciales que fueron abordados de forma transversal. La segunda presenta los elementos comunes derivados de las discusiones suscitadas alrededor de las medidas adoptadas a nivel regional sobre el acceso a la justicia y el rol de las instituciones de justicia durante la pandemia, especialmente de los poderes judiciales. La tercera plantea una serie de reflexiones adicionales en torno a estas medidas y ofrece recomendaciones para la región.

2. Marco teórico

2.1. ESTADO DE DERECHO Y EXCEPCIONALIDAD

En los manuales de derecho constitucional, el Estado de Derecho ha sido definido como la organización política de la sociedad surgida en la modernidad, en la cual el ejercicio del poder se distribuye entre ramas u órganos con titulares distintos, que se controlan recíprocamente y están sometidos a un orden jurídico predeterminado, cuyo acatamiento y observancia es garantizado por un órgano judicial imparcial e independiente (Angarita, 2021; Chevallier y Pérez, 2015). En otras palabras, existe Estado de derecho cuando están presentes en la organización política de una sociedad nacional, como elementos definitorios de su arquitectura institucional, la separación de poderes y el principio de legalidad.

La separación de poderes es un postulado de organización del poder público dentro del Estado para superar su ejercicio absolutista y arbitrario, mantener el ejercicio de la autoridad dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico y asegurar así la libertad y seguridad de los asociados. Consiste en la fragmentación de la titularidad del poder en varios órganos independientes entre sí y con orígenes diversos, que ejercen funciones especializadas y distintas y que se controlan recíprocamente a través de un sistema de frenos y contrapesos (Bonilla, 2015; Barreto, 2016).

Esto significa que la consagración de diversas ramas del poder se lleva a cabo con el propósito no solo de buscar mayor eficiencia en el logro de los fines que le son propios, sino también para que esas competencias se constituyan en controles automáticos de las distintas ramas entre sí. Con ello, según la afirmación clásica, será posible defender la libertad del individuo y de la persona humana (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-167/95).

Por su parte, el principio de legalidad consiste en que las autoridades solamente pueden ejercer aquellas funciones que les atribuyen la Constitución y la ley, cuyo cumplimiento se garantiza con el control de la validez jurídica de sus actuaciones por parte del Poder Judicial. También



es una garantía para la ciudadanía, en cuya virtud no podrán ser sujetos de actuaciones ni sanciones de ningún tipo, sino conforme a las leyes preexistentes a los actos que se les imputan, ante las autoridades previstas en las mismas y por los procedimientos previstos en ellas (Vignolo, 2011; Mayorga, 2019).

Así, el principio de legalidad se relaciona con el principio de separación de poderes en la medida en que el legislador—en representación de la sociedad— debate y define las leyes que han de regir a la comunidad. En particular, establece la regulación y restricción de los derechos constitucionales, delimitando la relación entre el individuo y el Estado, al ser el único órgano legitimado para prescribir el uso de su poder de coerción. Así, los particulares conocen previamente el alcance de sus derechos y al tiempo se evita que el gobierno los restrinja injustificadamente.

De manera correlativa, esta reserva legal también opera en relación con los deberes y obligaciones de las personas. De tal manera, su exigibilidad depende de la voluntad legislativa de establecer su potencialidad jurídica, en forma razonable y proporcional, mediante la consagración de sanciones legales, por lo cual la imposición de un deber presupone necesariamente de una ley previa, quedando descartada su aplicación retroactiva.

Su posición central en la configuración del Estado de Derecho, como principio rector del ejercicio del poder y del uso de las facultades tanto para legislar —definir lo permitido y lo prohibido— como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, hacen del principio de legalidad una institución jurídica esencial para minimizar el riesgo de la arbitrariedad en el ejercicio del poder y en los que se fundan la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad.

Conforme a lo expuesto hasta aquí, la finalidad del establecimiento del Estado de derecho como forma de organización política de la sociedad sería una sola: el imperio del derecho y por consiguiente la negación de la arbitrariedad. Esa es la única manera de garantizar la libertad de las personas que son destinatarias del ordenamiento jurídico, de tal modo que la separación de poderes y el principio de legalidad resultan ser los medios para materializar la libertad, que es el valor axial del Estado de derecho.

A partir de ese entendimiento se comprende que las instituciones del Estado de derecho están llamadas a garantizar los derechos fundamentales,

que no son más, pero tampoco menos, que concreciones del concepto de libertad. En orden a su preservación, este requiere protegerse de injerencias indebidas por parte de quienes ejercen el poder, que interfieran y los conviertan en ineficaces. Rawls (2000, 11-12) sintetiza esta idea de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho a un régimen de libertades básicas que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos”.

Como lo señala la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-179/94), ese régimen de libertades tiene como supuesto necesario la obediencia generalizada a las normas jurídicas que las confieren y las garantizan. A ese supuesto fáctico se le denomina orden público y su preservación es, entonces, antecedente obligado de la vigencia de las libertades. No obstante, la subordinación del ejercicio de un derecho al orden público implica el peligro de que no sea la ley, sino la discreción de un funcionario quien determine su real alcance.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, desde una perspectiva objetiva, el orden público denota la coexistencia armónica y pacífica de la ciudadanía bajo la soberanía del Estado y del derecho, que subjetivamente se traduce en el sentimiento de tranquilidad pública. La opinión de seguridad social es la base de la vida civil y, en este sentido, orden es sinónimo de paz pública. Aún desde el positivismo, Kelsen define al derecho como un ordenamiento de paz (1943, 23), situación que adviene cuando quienes detentan el monopolio de la fuerza dentro de la comunidad logran ser obedecidos, ya que ello significa que el derecho se cumple. Si el derecho se cumple es eficaz y, por lo tanto, al estado de cosas resultante se le puede llamar orden.

Las constituciones democráticas y los tratados de derechos humanos reconocen que pueden ocurrir crisis institucionales o presentarse eventos de índole económica, social o ambiental tan graves, que no pueden ser enfrentadas con los medios ordinarios de gobierno y que, por tanto, pone en entredicho el ya expuesto orden público. Por ello, para evitar que esas emergencias puedan generar situaciones ingobernables, los ordenamientos constitucionales han previsto distintas modalidades de regímenes de excepción, que tienen como común denominador un incremento de las facultades del ejecutivo y una mayor posibilidad de restricción de los derechos constitucionales.



La noción de Estado de derecho tiene obvias consecuencias sobre la preservación o el restablecimiento del orden público. La adopción de medidas concretas al respecto no puede socavar los cimientos de la separación de poderes y el principio de legalidad, aunque corresponda al Gobierno esta responsabilidad esencial y exista un deber de colaboración entre los distintos órganos del Estado en este campo.

Así, no sería legítimo que, so pretexto de conjurar una situación de especial gravedad que lo ponga en riesgo, todos los órganos estatales quedaran sujetos al Gobierno, con el deleznable argumento que a este corresponde la guarda del orden público y que los diferentes órganos del Estado deben colaborar armónicamente.

Complementariamente, debido a la reserva de ley, las limitaciones a los derechos constitucionales que se puedan llegar a establecer para el mantenimiento del orden público no solo deben ser adoptadas en una ley. Además, corresponde a la misma definir previamente las obligaciones específicas y precisas que para su preservación o restablecimiento les pueden ser impuestas a la ciudadanía como deberes a su cargo, en función del principio de solidaridad.

En ese orden de ideas, el orden público democrático que aspiran a consolidar los regímenes constitucionales – que fundan su legitimidad en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos – debe armonizar la libertad y el orden. De tal forma, para lograr la seguridad, no deberá recurrirse a la vulneración de los derechos fundamentales y las libertades podrán ser ejercidas dentro de un orden justo, respetuoso del pluralismo y de la libertad de crítica, aun en situaciones de anormalidad o crisis.

Ahora bien, por las afectaciones que para la separación de poderes y el principio de legalidad democrática pueden generar los regímenes de excepción y con el fin de prevenir su uso abusivo en desmedro de las libertades individuales, el empleo de estos está condicionado a ciertas limitaciones, cuya verificación ha de corresponder tanto a los órganos de control como el Poder Judicial.

Así, la invocación y desarrollo de la excepcionalidad jurídica ha de ser validada mediante la constatación de que la misma esté sometida a determinados parámetros establecidos con anterioridad por el mismo

ordenamiento, tales como la formalidad, la excepcionalidad, la necesidad, la proporcionalidad y la temporalidad.

- La formalidad implica la exigencia de una declaración explícita y específica del Gobierno sobre la ocurrencia de la situación anormal y el fundamento de que su atención demanda recurrir al régimen de excepción.
- La excepcionalidad implica que la declaración del estado de excepción solo proceda cuando efectivamente ha ocurrido la situación fáctica que la justifica.
- La necesidad implica que la medida tomada sea adecuada e indispensable para conjurar las causas o prevenir los efectos de la situación que dio lugar a la declaración del estado de excepción.
- La proporcionalidad enseña que las medidas que se adopten guarden correspondencia o conformidad con la gravedad de los hechos.
- Finalmente, la temporalidad indica que tan pronto haya cesado la perturbación, el Gobierno debe levantar el estado de excepción y restablecer la normalidad.

Los estados de excepción o de turbación del orden exigen normas que se adecúen a la nueva situación, que generalmente son más drásticas, vale decir, de un poder disuasivo mayor y más restrictivas de la libertad jurídica. Sin embargo, dentro de un Estado de Derecho las normas de excepción han de mantener el sello que a este le es inherente: que el gobernante, no obstante su mayor poder discrecional, esté sujeto a control en todos los actos que dentro de la nueva situación realice y que la restricción de las libertades y derechos fundamentales tenga como propósito esencial la preservación de esos mismos bienes, que de ninguna manera pueden ser destruidos sino provisionalmente limitados, con el propósito de que, en el menor tiempo posible, aquellas y estos recobren la vigencia plena de que gozan en tiempo de normalidad.

La distinción entre normalidad y regímenes de excepción, y los principios básicos que gobiernan a estos últimos, tienen consecuencias obvias sobre la validez de las medidas adoptadas para conjurar las causas de la crisis, prevenir o mitigar sus efectos. Ello, pues deben respetar las



regulaciones existentes. Dichos estados de excepción no configuran un régimen de facto para las graves crisis, sino que constituyen la respuesta jurídica para este tipo de situaciones.

Por lo tanto, si el régimen de excepción existe para enfrentar transitoriamente las amenazas o perturbaciones más severas del orden público y de la convivencia pacífica, las medidas que se adopten como consecuencia y que deban tener una vocación de permanencia no pueden consagrar un régimen más gravoso para los derechos que el propio del estado de excepción. Tampoco pueden permitir que las autoridades ejerzan facultades que desborden, tanto en el plano jurídico como en el operativo, las que podrían tener en el estado de excepción.

2.2. ACCESO A LA JUSTICIA

Tradicionalmente, el acceso a la justicia se ha visto desde un sentido estricto, centrado en la posibilidad de acudir ante las autoridades judiciales. El mismo se materializa en tres dimensiones: i) el libre acceso ante las instancias judiciales, ii) la garantía de la independencia judicial, y iii) la prestación jurisdiccional efectiva ante la vulneración de derechos (Groterhorst, 2017).

Bajo ese entendido, este derecho ha sido reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en su artículo diez, haciendo una clara alusión a la necesidad de desarrollar un juicio imparcial previo, con todos los elementos neutrales del sistema judicial antes de emitir un fallo, pero relacionado directamente con los asuntos penales.

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) incluye también este derecho en su artículo catorce, ciñéndolo al arquetipo que venía planteado en la DUDH, donde se refiere de forma expresa a la igualdad de las personas ante las autoridades judiciales. Debido a ello, se desprende el derecho a ser escuchado y tratado con debidas garantías procesales, a contar con una defensa, imparcialidad e independencia.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra el derecho de acceso a la justicia a partir de dos disposiciones. En primer lugar, el artículo ocho se refiere a las mismas

premisas que lo hace el PIDCP, ampliando un poco más las materias que pueden ser objeto de juicio (pero sigue estando de por medio el acceso a tribunales en causas individuales). Por otro lado, el artículo veinticinco alude a la posibilidad de acudir a la jurisdicción a través de recursos idóneos y eficientes para proteger los derechos fundamentales del justiciable, así como garantizar que se acate la decisión judicial por medio de la cual se resuelva el recurso empleado.

Como se ve, en los tres cuerpos normativos referidos se reduce a entender el acceso a la justicia como la posibilidad de llegar ante las instancias judiciales competentes e igualmente lo ciñe a las causas civiles y penales. Sin embargo, el devenir histórico y las condiciones de la evolución del derecho, los derechos humanos y su materialización de estos, evidencian la necesidad de comprender el acceso a la justicia en el sentido más amplio posible. De tal forma, será un concepto ajustado a la realidad de los contextos de los Estados y sus problemáticas, y más comprensivo de las necesidades reales de la población en términos de garantías de sus derechos.

La implementación del modelo democrático, la multiculturalidad, los escenarios de posconflicto, los procesos de globalización y la existencia de tribunales internacionales, entre otros, evidencian la necesidad de tener una visión amplia del concepto de acceso a la justicia (García y Carvajal, 2006). Con ello, será tendrá la oportunidad de llevar a la agenda pública asuntos sociales que cuestionen el diseño o la implementación de políticas públicas o impulsar reformas legales (Dorén, 2015; Abramovich, 2007). No sobra decir además que, en estos escenarios, la academia y la sociedad civil cumplen un rol esencial, como reflejo de una ciudadanía activa (Rhode, 2009; ONU, s.f.).

Señala el profesor Bloch (2008) que, en una perspectiva global, el acceso a la justicia tiene dos niveles. De un lado está el conceptual, referido a que el sistema jurídico en cualquier Estado deba ser accesible a toda la ciudadanía en igualdad de condiciones, con unos lineamientos claros en el orden constitucional y legal, lo que es reflejo de un compromiso global de los Estados frente a la igualdad entre las personas y sus derechos³. Por otra parte se encuentra el práctico, reflejado en la necesidad de materializar dicho compromiso en la realidad, pues la falta de acceso a la

3 Ver el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.



justicia perpetúa la existencia de condiciones de injusticia y desigualdad que afectan a la comunidad mundial.

Ese compromiso global no solo cobija a los Estados en su quehacer diario por cumplir su rol como garantes de los derechos dispuestos en sus cuerpos constitucionales y de las obligaciones internacionalmente adquiridas, sino también implica permitir el desarrollo de todas las acciones legalmente posibles para contribuir al logro global de acceso a la justicia por parte de las organizaciones sociales, la academia y la ciudadanía misma (Boueiri, 2006). Se trata una aspiración que requiere medidas diferentes para lograr su implementación, ateniendo a necesidades de cada región o país (Bloch, 2008), especialmente de cara a los grupos vulnerables (ONU, s.f.).

Las problemáticas socioeconómicas que aquejan a los Estados, unas en mayor proporción que otras según el contexto, plantean retos de acceso a la justicia (Bloch, 2008), pues es en dichos contextos sociales, económicos y culturales que los grupos vulnerables y sus intereses en términos de derechos se debaten. Pese a que es el Estado quien debe satisfacer las necesidades generalizadas (como la salud, la educación, la vivienda), su ausencia o la insuficiencia de su acción (Rekosh, 2001) repercute respecto de quienes más requieren de su intervención. Esta situación crea escenarios en los que no solo la protección de derechos es desigual, sino en los que el acceso a la justicia de los grupos sociales más vulnerables –como derecho instrumental para la garantía de otras prerrogativas– es también desigual.

Esos grupos, históricamente vulnerados en sus derechos e igualmente invisibilizados, no tienen forma de acceder a la justicia, lo que crea un factor más de desigualdad social y ahonda la brecha en términos de garantía de derechos humanos (Groterhorst, 2017). Como señala la Organización de Estados Americanos, “el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, asimismo, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados (AG/Res.2801/2013)”. En adición a ello, añade que “ampliar el acceso a justicia es fundamental para el pleno ejercicio de los Derechos Humanos y la gobernabilidad democrática; asimismo, es indispensable en el marco de estrategias exitosas de seguridad ciudadana, así como para la eliminación de la pobreza y desigualdad” (AG/Res.2703/2012).

En ese orden de ideas, el acceso a la justicia comprende el conocimiento mismo de los derechos, la forma de materializarlos, el acceso a la información, los espacios de participación para el empoderamiento de las comunidades y apropiación de derechos, hasta la defensa de estos. Incluye a las instancias judiciales e implica la posibilidad real de que la ciudadanía materialice sus derechos constitucional y legalmente reconocidos.

Relegar esta posibilidad solo a quienes cuentan con recursos económicos para construir autónomamente su entorno de protección de derechos o acudir a las vías judiciales es perpetuar la injusticia social y la desigualdad frente a quienes ya se encuentran en una situación de vulnerabilidad social y económica previa (Boueiri, 2006). Asimismo, supone incrementar y acumular las problemáticas sin resolver (ONUb, s.f.).

Esto constituye, sin duda, uno de los mayores retos actuales para los Estados democráticos (Rekosh, 2001), toda vez que tienen en sus manos lograr que las instituciones, los funcionarios públicos y el aparato judicial se conviertan en un espacio de cohesión social, recobrando la confianza de las personas y permitiendo la reivindicación de sus derechos, especialmente de las más vulnerables (Barranco, De Asís e Iglesias, 2014). De tal forma, se podrá conseguir que no se siga viendo como un escenario que contribuye a perpetuar la desigualdad con conductas activas, omisivas o que denotan simple ausencia del Estado (CEJA, 2015, citando a Delgado, J.).

El acceso a la justicia es entonces un conjunto de varios elementos que interactúan entre sí y no es dable reducir su concepción al simple acceso a las instancias judiciales (Evans, Cody, Copeland, Giddings, Joy, Noone & Rice, 2017; Dorén, 2015), que es una forma de acceder a la justicia pero que no la representa del todo (Boueiri, 2006). El acceso puede entenderse desde la perspectiva de la justicia social, que parte de la base de que no hay un formato único, pues toda acción tendiente a mejorar la justicia en términos de calidad y accesibilidad constituye una forma de acceder a ella (Evans, *et al.*, 2017).

Asimismo, no puede entenderse como un concepto genérico aplicable de igual forma en todos los países, toda vez que debe responder a las necesidades del contexto y a la superación de las barreras propias (Rekosh, 2001), las cuales deben ser tenidas en cuenta para establecer los mecanismos idóneos para asumir el problema y lograr un verdadero



acceso a la justicia (Garth y Cappelletti, 1978). Adicionalmente, las temáticas por las que se aboga son cada vez más amplias en clave de colectividad, representado en la necesidad de concebir un acceso a la justicia que supere la noción de individualidad y bordee más los conceptos del derecho de interés público (Barranco *et al.*, 2014). Esto conlleva a un cambio en la enseñanza del derecho y en la necesidad de adelantar procesos de empoderamiento a las comunidades en el conocimiento de sus derechos (García y Carvajal, 2006).

Para las personas menos favorecidas en términos económicos –aquellas en condición de pobreza en países no industrializados y, en general, para los grupos sociales vulnerables – suele no tener cabida el acceso a la justicia porque se parte del desconocimiento de las leyes y de las instituciones legales y judiciales o, peor aún, de los derechos de los que todas las personas son titulares (Bloch, 2008). Por ello, se aboga por la necesidad de propiciar y promover una educación jurídica para todas las personas, una pedagogía en derechos que permita un conocimiento básico para entender la importancia del acceso a la justicia desde su más primigenia concepción y ejercerlo de manera directa, o a través de las iniciativas que promuevan este valor democrático básico (Hurwitz, 2018; Dorén, 2015).

En ese sentido, conocer los derechos y cómo defenderlos no solo propicia el acceso a la justicia, sino que afianza los pilares del modelo democrático (Groterhorst, 2017), alistando el terreno para el desarrollo y acceso a otros derechos como la participación ciudadana. En ellos, los grupos vulnerables podrán tener espacio para ser escuchados y así, los mecanismos que se adopten para la defensa de sus derechos realmente atenderán los intereses y particularidades de su contexto (Abramovich, 2007).

Allí surge la necesidad de formar a las y los profesionales del derecho a partir de un concepto de acceso a la justicia en sentido amplio y con la connotación de justicia social. En principio, esto puede mejorar el abordaje de la conflictividad social desde la base, contemplando las particularidades propias del contexto y sus necesidades sociales insatisfechas sin homogenizaciones ni generalizaciones que se alejan del concepto de acceso a la justicia real y se traslada a uno formal. Por otro lado, crea una conciencia sobre la necesidad de actuar sobre las barreras que lo limitan.

Estas barreras que conllevan a la falta de acceso a la justicia son igualmente variadas y, por supuesto, dependen de las características

sociales, políticas y económicas del contexto de cada país. Para Boueiri (2006), lo relacionado con los altos costos procesales de un litigio jurídico incluyendo los honorarios por patrocinio legal, la complejidad del entramado procesal antes y durante el proceso, las dificultades de asumir un litigio que supere las connotaciones del clásico pleito jurídico y las dificultades derivadas de la falta de confianza de las comunidades vulnerables frente al aparato judicial, constituyen algunos elementos importantes que impiden el acceso a la justicia y que pueden concebirse comunes en los diferentes Estados (Barranco, *et al.*, 2014).

Otra importante barrera es la complejidad del ordenamiento jurídico y sus contenidos (Bates, 1992), pues las personas en condición de vulnerabilidad que pretenden acceder a la justicia perciben las leyes ajenas a su realidad, como si no estuviesen a su alcance, así como la inadecuada formación judicial para atender las causas con enfoque diferencial.

También se puede considerar una barrera de acceso a la justicia el entender que los conflictos solamente puedan ser resueltos con la oferta formal de justicia (tribunales). La garantía de este derecho comprende no solamente contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de derechos y obligaciones, (esto es, que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas y que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto del debido proceso), sino también que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, que se prevean mecanismos para facilitar el acceso a la justicia por parte de los grupos sociales más vulnerables y que la oferta de justicia permita el acceso a ella en todo el territorio nacional.

En esa medida, al tiempo con la oferta de justicia formal, los mecanismos alternativos de solución de conflictos son instrumentos útiles para lograr el propósito fundamental de la administración de justicia: hacer realidad los principios y valores que inspiran al Estado de Derecho. Entre ellos, se encuentran la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales, de manera que esas metas se puedan hacer realidad no solo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de una autoridad judicial, sino que sea posible lograrlas acudiendo a la intervención de terceros que no hacen parte de la rama judicial o empleando mecanismos alternativos a la justicia formal.



En medio de la situación global derivada de la pandemia, reflexionar sobre el concepto y alcance del acceso a la justicia resulta relevante porque se trata de un derecho que conduce al acceso a otros derechos y garantías sociales, contribuyendo así a la superación de brechas de desigualdad e injusticia social (PNUD, 2005), al mismo tiempo que promueve la concepción del derecho como herramienta de cambio social y con ello, la posibilidad de aportar soluciones ante las necesidades y problemas del contexto.

3. La pandemia y las medidas adoptadas por los Estados latinoamericanos frente al acceso a la justicia

Diversas autoridades han reportado los efectos de la pandemia respecto del nivel de desigualdad en América Latina (CEPAL, 2020), registrando aumentos en los índices de pobreza, desempleo y desprotección social. En dicho contexto, el acceso a la justicia, entendido en un sentido amplio, se ha visto igualmente afectado y desafiado (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020).

Como se ha señalado, algunos de estos retos y problemáticas tienen origen previo a la pandemia y otros, por el contrario, han surgido fruto de las medidas tomadas en el marco de los estados de excepción. En particular, las medidas tomadas por los Estados latinoamericanos para conjurar las crisis sociales y sanitarias –especialmente aquellas referidas a la redistribución de poderes públicos y el mantenimiento de la función judicial – han incidido notoriamente en el acceso a la justicia en la región.

Sustento de ello es la encuesta sobre la situación de acceso a la justicia en contexto de pandemia realizado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en el año 2020, con apoyo de otras organizaciones sociales de la región. Esta reveló una tendencia generalizada en los Estados de la región hacia la toma de medidas de regímenes de excepcionalidad.

Bajo este contexto fáctico y con base en el fundamento teórico expuesto en la parte inicial de este documento, el grupo de trabajo sostuvo una serie de discusiones y debates cuyos elementos esenciales, en relación con las medidas adoptadas por los Estados de la región, serán planteados a continuación. En principio, las expertas y expertos concentraron su atención en aquellas medidas que generaron efectos o impacto en el acceso a la justicia, clasificándolas bajo dos categorías: medidas de reconfiguración del equilibrio de poderes y medidas para el funcionamiento del sistema judicial de manera atípica.

Tal como se precisó líneas atrás, los estados de excepcionalidad hacen parte del diseño constitucional de los Estados de Derecho y corresponden



al reconocimiento de que en ocasiones pueden ocurrir crisis institucionales o presentarse eventos de índole económica, social o ambiental tan graves que no pueden ser enfrentadas con los medios ordinarios de que dispone el Gobierno. Por ello, para evitar que estas situaciones impidan el funcionamiento del régimen político, el ordenamiento constitucional ha previsto modalidades de regímenes de excepción, en los que existe una concentración de facultades Poder Ejecutivo e incluye la potestad para limitar derechos y garantías subjetivas.

En efecto, según ACIJ, casi la totalidad de los países de la región adoptaron medidas de excepción, variando en todo caso su intensidad y duración, lo cual pudo ser constatado por las expertas y expertos. Estas medidas de excepción se caracterizaron por la concentración de facultades en el Ejecutivo, en algunos casos con prevalencia de este sobre las demás ramas del poder. En varios países se suspendieron también las funciones del Poder Legislativo y se redujeron las funciones del Poder Judicial (ACIJ, 2020, 21), aspectos que fueron igualmente corroborados por el grupo de trabajo.

Así, en Honduras, Guatemala, Perú, Colombia, República Dominicana, Venezuela, Chile y Ecuador se decretaron estados de excepción constitucional. En Bolivia, Brasil y El Salvador se emplearon figuras similares, a través del estado de emergencia. En Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, México y Paraguay se suspendió el funcionamiento de la rama legislativa. En Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, Paraguay y República Dominicana se decretaron toques de queda. Por último, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México y República Dominicana se confirieron facultades extraordinarias al Ejecutivo para contener la crisis generada por la pandemia.

Estos mecanismos, si bien están pensados como una salvaguarda del Estado de derecho, entrañan necesariamente una serie de riesgos que exigen que su uso sea verdaderamente excepcional y sometido a una serie de requisitos que se expresan en los requerimientos de formalidad, excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad, explicados en el marco teórico. Dicho de otra manera, en tanto los estados de excepción modifican el diseño del equilibrio de poderes y alteran el principio de legalidad, su uso no puede ser indiscriminado o abusivo, en garantía de lo cual se les han establecido controles.

De las discusiones sostenidas, se llegó a la conclusión de que, sin duda, hubo afectaciones al Estado de derecho por el uso de las medidas de excepcionalidad. Estas medidas, según corroboraron las expertas y expertos, no llegaron a quebrantarlo, pero sí a debilitarlo en varios países de la región.

Lo anterior, especialmente cuando el uso de las medidas de excepcionalidad no respetó las reglas de temporalidad, excepcionalidad y necesidad. Al respecto, como se afirmó en el grupo de trabajo, las mismas se extendieron en el tiempo y en su alcance más allá de lo que resultaba pertinente. Asimismo, otra de las críticas planteadas se refirió al uso de este tipo de facultades extraordinarias, especialmente las legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo, sin que sobre las normativas surgidas de estas se ejercieran mecanismos de pesos y contrapesos que materialicen el equilibrio de poder y realicen un control de constitucionalidad a normas que establecían límites a derechos y libertades.

De igual forma, resultan relevantes las medidas tomadas dentro de la rama judicial en el marco de la pandemia. Como se ha explicado, esta rama tiene una importante labor dentro del Estado de derecho, como garante y participe del principio de legalidad y del equilibrio de poderes; asimismo, ocupa un rol fundamental para la garantía y protección del derecho al acceso a la justicia. En ese sentido, las medidas que modificaron el funcionamiento del Poder Judicial resultaron igualmente relevantes en las discusiones del grupo de trabajo.

De esta manera, en la encuesta ACIJ se reportaron modificaciones en la prestación de los servicios de justicia (ACIJ, 2021, 26), lo que fue confirmado por las expertas y expertos. Estas modificaciones se caracterizaron por una prestación mínima de los servicios de justicia, centrada en el mantenimiento de las causas más urgentes o en relación con las poblaciones más vulnerables, como aquellas relativas a los amparos de derechos fundamentales o los procesos de protección por violencia doméstica, de género o intrafamiliar⁴. Si bien estas medidas fueron modificadas con el tiempo, estos cambios se dirigieron principalmente al restablecimiento de la prestación del servicio y no a su optimización.

4 Al respecto, es importante señalar que los casos de violencia doméstica aumentaron durante el confinamiento, sin medidas judiciales efectivas y oportunas como respuesta y, por supuesto, carentes de enfoque de género (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020).



La suspensión total o parcial de los servicios de justicia resulta cuando menos confrontante frente a la idea de que uno de los rasgos definitivos del Estado de derecho es el del equilibrio de poderes. En él, como resaltaron las expertas y expertos, el Poder Judicial tiene un rol axiológico y garantiza el cumplimiento del principio de legalidad dentro del sistema de pesos y contrapesos (Asamblea General de Naciones Unidas, 2020).

De igual manera, la digitalización o virtualización de algunos de los sistemas de justicia fue referida como una de las medidas más usuales y relevantes en la prestación de los servicios del aparato judicial. Estas modificaciones pasaron por la implantación del trabajo en modalidad virtual para los trabajadores de la rama judicial, la inclusión de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC) en los procesos (como audiencias virtuales, expedientes digitales o digitalizados), la creación o implementación de plataformas virtuales para el trámite de procesos y radicación de documentos, entre otros. Si bien es cierto que para varios de los países de la región estos procesos iniciaron antes de la pandemia, la coyuntura impulsó e incluso aceleró el uso de este tipo de tecnologías en el funcionamiento de la justicia.

Pese a reconocerse en las discusiones las ventajas en el funcionamiento virtual de los sistemas de justicia, esta virtualización significó también el fortalecimiento y creación de nuevas barreras. Estas pasan, en primer lugar, por la brecha digital. Para efectos de este informe, se entenderá esta noción como la desigualdad en el acceso a los medios digitales y virtuales, que responde a una diversidad de factores (Saavedra *et al.*, 2021, 31), los cuales incluyen problemas de conectividad a la red de internet, ausencia de equipos e infraestructura para la virtualidad, falta de conocimientos sobre las tecnologías y las comunicaciones. Este es un hecho que afecta no solo a las usuarias y usuarios del aparato judicial, sino también al personal judicial.

Como fue resaltado en el marco de las sesiones de trabajo, cuando el servicio de justicia es prestado en gran medida a través de medios virtuales, la brecha digital pone en tela de juicio el equilibrio de poderes porque dificulta el acceso a la magistratura de los grupos poblacionales sin acceso a la virtualidad. Esta situación, además de volverse un obstáculo para la garantía de un derecho humano, dificulta el cuestionamiento ciudadano de las actuaciones gubernamentales (Asamblea General de Naciones Unidas,

2020). Desde esta perspectiva, un reto para los Estados de la región es establecer medidas que, a la par de la virtualización de la justicia, reduzcan o atiendan las brechas digitales que afectan esencialmente a las poblaciones vulnerables.

En la práctica, según expusieron las expertas y expertos, la brecha digital en la región ha impedido a las poblaciones más vulnerables acceder a la jurisdicción, lo que a la luz de un enfoque amplio del acceso a la justicia, les impide también tramitar sus crecientes necesidades de acceso a la justicia. Una virtualización de la justicia que ignora esta realidad garantiza solo a medias el funcionamiento del Poder Judicial desde un plano formal, pero no estará disponible para todos los sectores de la población cuyas necesidades sociales han incrementado o se han profundizado con ocasión de la pandemia y los efectos evidentes aún más en el contexto de la llamada “pospandemia”.

Por otro lado, estas barreras resultan expresión de otros de los problemas estructurales que enfrentan los estados latinoamericanos: la desigualdad de las regiones. Independientemente de si se trata de gobiernos federados o centrales, es usual que en los estados latinoamericanos existan diferencias en los recursos o capacidades estatales entre las diferentes regiones (ya sea que se llamen departamentos, estados, provincias, regiones, etc.) y que, por tanto, el acceso a la justicia sea desigual. Lo que, aplicado a las cuestiones de virtualización de la justicia, ha generado que algunas de las jurisdicciones judiciales al interior de los Estados funcionen con menor capacidad que otras o que la justicia no llegue en igualdad de condiciones a todos los territorios del Estado debido a la falta de cobertura o de conectividad, entre otros asuntos tecnológicos. Otro asunto problemático, de especial gravedad, es la imposibilidad de acceder a la justicia por carencia de equipos idóneos para ello.

Así una de las principales conclusiones fue que las medidas tomadas en el diseño institucional del Estado y en el funcionamiento del Poder Judicial no son ajenas al contexto en el cual serán aplicadas. Esto implica que, a la hora de implementarse, pueden profundizar o crear otras problemáticas preexistentes en el sistema de justicia, razón por la cual ninguna reflexión en este ámbito será exitosa si no incluye también un análisis de proyecciones a futuro y recomendaciones sobre cómo transformar los sistemas de justicia, asunto al cual se hará alusión a continuación.

4. Conclusiones y recomendaciones

Las siguientes reflexiones, a manera de conclusiones y recomendaciones, se derivan de los debates sostenidos por el grupo de trabajo. Conviene recordar que el punto de partida sobre el acceso a la justicia durante la pandemia fue la afectación del Estado de derecho con ocasión de la excepcionalidad jurídica empleada para conjurar sus efectos sobre la salud pública, por lo cual, antes de abordar las recomendaciones específicas se harán unas consideraciones sobre los riesgos que implica para el Estado de derecho el eventual uso de las potestades extraordinarias de que se inviste a los Gobiernos para gestionar situaciones especialmente críticas, como la sucedida con la pandemia, acompañadas de sugerencias para su mitigación.

Cualquier habilitación excepcional para el ejercicio temporal –pero con eventuales efectos permanentes– de la función legislativa por parte del Ejecutivo rompe con la separación de poderes. Los distintos sistemas jurídicos han previsto mecanismos de control por parte de las otras ramas del poder público, tanto sobre la declaración del estado de excepción (con el fin de garantizar que la misma se encuentre debidamente justificada), como de las medidas legislativas dictadas a su amparo (para asegurarse de que tengan una conexidad directa e inmediata con el evento originador de la situación de emergencia).

En la situación concreta generada por la pandemia, la declaración del estado de excepción vino acompañada, como una de las primeras medidas para prevenir la expansión del contagio, de un aislamiento social, preventivo y obligatorio, que impedía sesionar presencialmente tanto a tribunales como órganos de representación política, lo cual dificultó la aplicación de los controles previstos y generó muchas inquietudes en la opinión pública y en la academia sobre el socavamiento del funcionamiento democrático del Estado, al quedar sujetos a un gobierno con función legisladora sin ningún contrapeso institucional efectivo.

Más allá de la dificultad operativa para sesionar que tuvieron los demás órganos del Estado distintos del Ejecutivo, la visibilidad que tuvo el diseño institucional para controlar política y jurídicamente el ejercicio de las facultades legislativas de excepción mostró la insuficiencia de sus



parámetros normativos, en particular los previstos para el ejercicio del control político.

Al margen de las maneras en que se han atendido las urgencias de la coyuntura, una de las reflexiones suscitadas en el grupo de trabajo se orientaba hacia la necesidad, a mediano y largo plazo, de focalizar los esfuerzos de los Estados en las causas que dieron lugar a que la pandemia se enfrentara con severas restricciones a las libertades civiles y económicas. Esto es esencial para poder ejercer un control político útil que evite medidas que puedan ser contraproducentes para el funcionamiento de la democracia y la pervivencia del Estado de derecho.

Como lo señala Restrepo (2021, 95-101), es clave entender este problema porque el riesgo que se corre es el de que, al tratar de generar la cohesión de la sociedad a partir del miedo al contagio y a la muerte, más que entender la raíz del problema, se naturalice y avance en el control social, especialmente sobre aquellos sectores considerados como más problemáticos (personas en situación de pobreza, privadas de libertad o aquellas que desobedecen el control), utilizando la excepcionalidad jurídica que permiten los estados de emergencia. Giorgio Agamben, con aguda crudeza, denomina este fenómeno como la conversión de las sociedades en “campos de concentración”.

El enfoque desde la biopolítica puede ser un referente que les sirva a los parlamentos para detectar a tiempo, denunciar y evitar que ese camino se recorra. Foucault (2007) señalaba que la vida se constituye en el fundamento del orden político, por lo que no puede ser simplemente eliminada: su protección es ahora la base de la orgánica política del Estado. Y lo que puede resultar de las medidas de excepción, so pretexto de la protección de la vida, es la invasión total del poder sobre la misma, al centrarse no solo en aspectos naturales como la salud pública, sino también sociales, económicos y subjetivos, pudiendo extender la regulación de la existencia de la población hasta límites antes impensados.

En los contextos de excepcionalidad en los que la población es sometida a los estados de emergencia, la vida pierde su valor jurídico y la existencia queda a merced de la decisión del soberano, por lo cual no son descartables los riesgos de tendencias autoritarias orientadas a ejercer sobre la sociedad un biopoder. Esto significa el sometimiento de la población

al control y gobierno de las autoridades mediante prácticas de disciplina, vigilancia y adiestramiento, que despojan al ser humano de sus libertades.

Por lo tanto, en defensa del mantenimiento del orden democrático, que con todas sus precariedades siempre será preferible al autoritarismo, así este se presente de maneras discretas y afables, es labor irrenunciable de los órganos de representación política detectar si en los decretos de excepción están contenidas medidas a través de las cuales se les dé un ropaje jurídico a esas prácticas. Esta no es una tarea fácil porque, justamente, el traje de la biopolítica es funcional a su adopción dándoles una apariencia de legitimidad.

En efecto, para lograr el sometimiento no violento de la población y la aceptación pasiva de la restricción de sus libertades, desde la biopolítica se afirma la existencia de un conjunto de autoridades que son competentes para hablar con la verdad sobre la condición vital de los seres humanos desde la biología, la demografía o incluso la sociología, lo que les permite crear y desplegar estrategias de intervención sobre las formas de existencia colectiva en nombre de la vida y de la salud (Arteaga, 2019; Crespín, Ordóñez, Lalangui y Nesterenko, 2021).

¿Qué razón habría entonces para oponerse a quienes desde su experticia saben mejor que todos qué es lo que más nos conviene como sociedad para la preservación de los bienes jurídicos que nos son más preciados –la vida y la salud– y sin los cuales los demás, como las libertades públicas, se toman irrelevantes y, por lo tanto, han de ceder ante un interés superior incontrovertible? Por ello, no es menor el reto que se tiene para dictaminar sobre la conveniencia de las medidas de excepción.

Ello requiere el entendimiento de que lo que está en juego cuando se recurre a la excepcionalidad jurídica no es únicamente la preservación de la vida y la salud, como ha acontecido con esta pandemia para justificar su declaratoria, sino también la preservación del funcionamiento democrático de la sociedad, cuya base es la garantía del ejercicio efectivo de las libertades públicas.

En la medida en que el Poder Ejecutivo es habilitado para declarar un estado de emergencia, se da el riesgo de que se adopten medidas restrictivas de las libertades públicas, por lo cual el control político del órgano legislativo es clave respecto a su conveniencia, oportunidad y alcance. Así, es necesario



que los ordenamientos constitucionales fortalezcan las competencias de este contrapeso institucional para que, cuando sea inevitable recurrir a la excepcionalidad jurídica para conjurar situaciones extraordinarias de crisis, haya una mayor garantía del mantenimiento de los principios sobre los cuales se ha edificado el Estado de derecho y la pervivencia de la normalidad democrática.

Como conclusión, los expertos y expertas identificaron severos problemas asociados a la propia institucionalidad de los órganos judiciales, donde cada institución veló por su propio desempeño, sin la necesaria coordinación interinstitucional. Por eso, las medidas adoptadas se percibieron desligadas de una unidad central de acción, sacrificando a la ciudadanía y ahondando su desconfianza ya existente en el aparato judicial. De tal forma, se dejó ver la falta de capacidad y de diseño institucional para manejar problemas de base.

De acuerdo con lo anterior, el grupo de trabajo identificó cuatro ejes temáticos en los cuales encajan las reflexiones que aquí se proponen:

- La necesidad de entender el acceso a la justicia en sentido amplio.
- La digitalización de la justicia: ¿es una nueva barrera de acceso a la justicia?
- Somos países con una cultura de judicialización de los conflictos.
- Es necesaria una formación legal desde la justicia social.

Como se ha indicado, el acceso a la justicia debe ser entendido en sentido amplio por la ciudadanía, las autoridades públicas y la sociedad en general, pues se trata de un derecho “bisagra”. Ello implica ser la puerta de acceso a otros derechos y, al mismo tiempo, aporta elementos esenciales para revertir las desigualdades sociales, con el fin de no reducir su concepción ni ligar su realización a un actuar ante el aparato judicial, sino a una noción omnicompreensiva, que conlleva el conocimiento de los derechos y su apropiación, concientización y materialización.

Así, la interpretación y materialización del acceso a la justicia debe darse en función de las necesidades del contexto, con enfoque diferencial y especial atención a los territorios y a las particularidades de los grupos vulnerables, so pena de seguir tratando la justicia sobre la base una igualdad

formal (“la justicia es igual para todos”) y con ello perpetuar la percepción de que el acceso está dado solo a ciertos grupos de la sociedad, haciendo una justicia más real y menos técnica. Se reveló que los problemas del sistema van más allá de asuntos procesales y que deben conducir a un replanteamiento del derecho desde el enfoque diferencial, como respuesta a una sociedad multicultural, plural y diversa.

Estos enfoques deben, más allá del contexto de la pandemia, ser considerados también en el proceso de virtualización y digitalización de la justicia. Si bien el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones representa una oportunidad para la amplificación de la difusión de información sobre derechos y de los canales de accesibilidad y de participación en la justicia, ello solo será así si se actúa frente a la brecha digital, la cual pasa también por este enfoque diferencial.

La crisis del sistema judicial no se soluciona con cambios legislativos menores, pues son problemas estructurales que deben ser atendidos desde la base, entendiendo el acceso a la justicia como principio y como fin. Se clama la necesidad en todos los países de adelantar reformas a la justicia, que realmente se ocupen de dichos problemas del sistema, es decir, que estén centradas y pensadas en las comunidades, las personas y sus necesidades sociales, y no solamente en las instituciones. Se trata entonces de un diseño más cercano a la realidad y sus fenómenos, en el que se proyecte una visión del derecho cuyos principios respondan a los problemas reales de una sociedad desigual y con exclusión, no un derecho rígido, estático y homogéneo en su aplicación.

No debe olvidarse que el derecho de acceso a la justicia ha evolucionado en su contenido y alcance, llegando a consolidarse en la actualidad como uno de los pilares del derecho al desarrollo, puesto que se ha reafirmado que a través del mismo se consolida una de las facetas de la dignidad humana, en la medida en que el acceso efectivo a la prestación de los servicios en el ámbito de la administración de justicia contribuye a la satisfacción de algunas necesidades humanas básicas (Uprimny *et al.*, 2012, 6 y 7).

Es así como el objetivo 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”, determina que se deben “[p]romover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e



inclusivas a todos los niveles”. De tal forma, hay una evidente conexión entre muchas de las situaciones que pueden llegar a ser debatidas en sede judicial y el logro del objetivo prestacional del Estado de derecho, en la medida en que las decisiones judiciales redunden en beneficios socioeconómicos y el mejoramiento de la calidad de vida de las poblaciones más vulnerables.

Para que ello se logre, debe partirse del aseguramiento del cumplimiento del acceso a la información, pues la falta de conocimiento sobre los derechos y los canales para ejercerlos, con su excesivo tecnicismo y sentido procesalista, hacen que el derecho se torne ajeno a la ciudadanía e inaccesible por parte de los grupos vulnerables.

Acceder a la información conduce a comunidades empoderadas en la defensa de sus derechos, reduce las barreras de acceso a los derechos y con ello, los índices de desigualdad e inequidad, y conlleva a una comprensión de la justicia más allá de la individualidad. Ello pone de presente la necesidad de entender muchos problemas desde la colectividad y no desde la individualidad, como clásicamente se ha comprendido el funcionamiento de la justicia, y de fortalecer la justicia independiente como una verdadera cultura jurídica (Martínez y Zapata, 2021; Bergallo, 2005; Asamblea General de Naciones Unidas, 2018).

Por otro lado, de cierta forma puede conducir a una reducción en los índices de judicialización, al brindar herramientas para entender y gestionar los conflictos sociales, los cuales cada vez aumentan más y la respuesta del aparato judicial es ineficiente, inoportuna y no responde a las particularidades del contexto porque tiende a la homogenización ante la masificación de las causas procesales. Para ello se requiere un fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias y un reconocimiento a la relevancia del litigio estratégico como forma de generar cambios estructurales que van más allá de pleitos jurídicos y que abogan por cambios institucionales.

El litigio estratégico, como afirmaron las expertas y expertos, busca generar transformaciones sociales desde las propias comunidades, así como la renuncia por parte del Estado al uso del derecho penal como solución para la conflictividad social. En las sociedades democráticas, en constante construcción y transformación, el conflicto es latente, pero el reto está en saberlo gestionar y reducir su dimensión e impacto.

Lo anterior no implica que la oferta de justicia formal sea desatendida. Por el contrario, si la garantía de acceso se entiende instrumentalmente como un medio para lograr la efectividad del derecho fundamental de las personas a la tutela judicial efectiva, se hace necesario incrementar el número de operadores del sistema de justicia. Por supuesto, esa recomendación no solo incluye a la magistratura propiamente dicha, sino también al personal policial, defensores de familia, fiscales, conciliadores, etc. Asimismo, implica distribuir esas plazas adecuadamente dentro del territorio, en función de la demanda efectiva y no satisfecha con el número actual.

Ello significa que se tiene que hacer realidad la tantas veces postergada asignación presupuestal apropiada para la justicia en la región, pero no enfocada únicamente desde la destinación específica para la rama judicial, sino desde el entendimiento sistémico de la problemática que incluye también a entidades y servidores públicos situados en el Ejecutivo, pero que hacen parte del sistema de justicia, como defensores públicos o efectivos policiales.

De allí que sea necesario realizar un inventario de la demanda no satisfecha de justicia por falta o insuficiencia de operadores, estimar los costos directos e indirectos que requeriría su creación y puesta en marcha, y asignar los recursos presupuestales requeridos para cubrir este faltante. Al mismo tiempo, deben identificarse las barreras de acceso existentes y la concreción de los medios necesarios para superarlas, para no construir una reforma sobre cimientos que no van a sustentar una verdadera transformación del sistema.

La pandemia aceleró la evidente realidad del uso de las TIC, pero con ello reveló la necesidad de entender el internet como un derecho (Amoni, Pino y Suárez, 2020) y de atender las diferentes barreras de conocimiento, recursos e infraestructura, por los que pasa la brecha digital.

Si bien a través del uso de las tecnologías se facilitaron algunas actuaciones frente al Poder Judicial y ello puede representar un avance en la democratización del acceso a la justicia, para que realmente sea una solución en términos de acceso a la justicia debe darse desde la comprensión de las particularidades de los grupos vulnerables, especialmente en territorios apartados donde no hay cobertura o conectividad suficiente.



Por ello, será necesario considerar el contexto a la hora de implementar medidas de este estilo. En ese sentido, una política pública de digitalización de la justicia, para ser exitosa, requiere complementariamente de educación legal, enfoque diferencial y una reforma integral del sistema con base en el diagnóstico de las demandas insatisfechas en materia de acceso a la justicia, so pena de convertirse en un ciclo generador de nuevas problemáticas.

La reforma que la justicia regional reclama pasa por un cambio trascendental en la forma de actuar de la magistratura, para que vayan más allá del texto normativo y entiendan la realidad para conectarla con el derecho, con enfoque diferencial y con una cultura de igualdad real de acceso a los derechos (Attard, 2020), para lo cual es necesario replantear la formación de las y los profesionales del derecho y evaluar el número de aquellos que la sociedad requiere.

En relación con el primer aspecto, entendemos que es necesario modificar los planes de estudio y las prácticas pedagógicas para superar la lógica del ejercicio profesional enfocada en el litigio, de lo cual da cuenta la profusión de cursos de derecho procesal por oposición a las asignaturas sobre solución amigable o alternativa de los conflictos. Sobre la segunda cuestión, se requiere de decisiones políticas del más alto nivel que limiten la cantidad de programas de derecho y reduzcan la oferta en función de las necesidades reales de la sociedad y que los programas existentes sean materia de un riguroso análisis de calidad y que se intervengan aquellos que no cumplan con los estándares del sistema de educación superior.

A partir de esos cambios será posible depurar el proceso de selección de magistradas y magistrados en general, de tal manera que los escogidos no solamente evidencien los conocimientos en derecho que todo jurista debe tener por su formación profesional, sino que esta última les provea de un conjunto adicional de habilidades y destrezas relativas a administración de personal y gestión administrativa, uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, manejo de las técnicas de la oralidad y de la argumentación escrita, pero que ante todo les profile como humanistas íntegros y probos que comprendan su papel como realizadores de la finalidad social del Estado, concretando materialmente la garantía efectiva del acceso a la justicia.

5. Bibliografía

Abramovich, V. (2007b). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, No. 9 (Número especial), pp. 9-33.

Agamben, G. (2005). *Estado de excepción*. Buenos Aires. Adriana Hidalgo Editora.

Amoni, G. A., Pino, M. M. y Suárez, M. A. (2020), Acceso a la justicia en Argentina, Brasil y Venezuela en tiempos de pandemia. *Revista Acadêmica Faculdade Progresso*, Vol. 6, núm. 2.

Angarita, J. P. (2021). El Estado de Derecho y Estado Social de Derecho: Evolución histórica entre el siglo XIX y XX. *Revista Ratio Juris UNAULA*, 16 (33).

Arteaga Iriarte, J. P. (2019). *Hacia una ética en la era del biopoder. Las resistencias en el pensamiento de Michel Foucault*, Primera edición, Ediciones Uniandes.

Asamblea General de Naciones Unidas, Relatoría Especial para la independencia de magistrados y abogados. (2018). Informe sobre Consejos de la Judicatura. Disponible en: <https://independence-judges-lawyers.org/es/reports/informe-sobre-consejos-de-la-judicatura/>

Asamblea General de Naciones Unidas, Relatoría Especial para la independencia de magistrados y abogados. (2020). Informe sobre la Pandemia de la enfermedad por coronavirus (Covid-19), impacto y retos para una justicia independiente. Disponible en: <https://independence-judges-lawyers.org/es/reports/informe-pandemia-de-la-enfermedad-por-coronavirus-covid-19-impacto-y-retos-para-una-justicia-independiente-28-de-junio-de-2021/>

Attard, M.E. (2020). *Mama Oclo y una voz silenciada: la legítima defensa diferida, la doble condena y las todopoderosas togas negras de la justicia*. Columna publicada en *Agenda Estado de Derecho*. Disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/mama-oclo-y-una-voz-silenciada/>



Barranco M., De Asís, R. e Iglesias, A. (2014). Estudio sobre el Pro Bono en la Comunidad de Madrid. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Barreto, A.R. (2016). El análisis de la división de los poderes públicos en Colombia: Guía de Instrucciones Iniciales, pp. 363-384. Disponible en: <https://app-vlex-com.ez.urosario.edu.co/#search/jurisdiction:CO/desequilibrio+de+poderes>

Bates, L. (1992). Acceso a la justicia y las personas de escasos recursos. Cuaderno de análisis jurídico, No. 22, pp. 155-206.

Bergallo, P. (2005). Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Paper 45. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/45

Bloch, F. (2008). Access to Justice and the Global Clinical Movement, en Washington University Journal of Law & Policy, Vol. 28, pp. 111-139.

Bonilla, D. (2015). La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes, 131, Vniversitas, 231-276 (2015). <https://app-vlex-com.ez.urosario.edu.co/#vid/644727213>

Boueiri, S. (2006). Acceso a la justicia y servicios jurídicos no estatales en Venezuela, en El acceso a la justicia, entre el derecho formal y el derecho alternativo. Revista El Otro Derecho, No. 35, pp. 299-333, ILSA.

Cappelletti, M. y Garth, B. (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective, Vol. 27, pp. 181-29.

Chevallier, J. y Pérez, O. (2015). El estado de derecho (Primera edición). [s.n.].

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32), en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-179/94.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-167/95.

Crespín, P., Ordóñez, S., Lalangui, R., & Nesterenko, O. (2021). Biopoder y ciudadanía en América latina. Una lectura desde Foucault. Cuestiones Políticas, 39(70), pp. 352-367. <https://doi.org/10.46398/cuestpol.3970.22>

CEPAL. (2020). Desigualdades y la Economía Informal. Pasando de la crisis a la resiliencia de largo plazo. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/reconstruir-mejor-tras-covid-19-es-necesario-hacerlo-igualdad-sostenibilidad-cepal>

Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

Delgado, M. (2015). Documento de Sustentación, en: Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Texto oficial), citado en CEJA, Acceso a justicia y grupos vulnerables: Hacia el diseño de políticas públicas desde una perspectiva integral. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5499>

Dorén, V. (2015). Acceso a justicia y grupos vulnerables: hacia el diseño de políticas públicas desde una perspectiva integral. CEJA. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5500/PONENCIA.%20AccJ%20y%20GV.%20Vanessa%20Doren.%2023.11.15%20%28final%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Evans, A., Cody, A., Copeland, A., Giddings, J., Joy, P., Noone, M.A. y Rice, S. (2017). Teaching Social Justice in Clinics, en Australian Clinical Legal Education: Designing and Operating a Best Practice Clinical Program in an Australian Law School, pp. 97-122.

Foucault, M. (2007). El nacimiento de la biopolítica. México. FCE.

García, L. y Carvajal, J. (2006). Panorama de las organizaciones de servicios legales en Colombia, en El acceso a la justicia, entre el derecho formal y el derecho alternativo. Revista El Otro Derecho, No. 35, pp. 265-280, ILSA.

Groterhorst, R. (2017). La práctica Pro Bono en la protección de derechos en Brasil: el compromiso de los abogados en la democratización del acceso a la justicia en un país de desigualdades, en J. Pazos (Ed.Ac.) Persona, responsabilidad social y derecho, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú.

Hurwitz, D. (2018). El ejercicio de la profesión de abogado en pro de la justicia y la inevitabilidad del consultorio de derecho internacional de los



derechos humanos, en D. Bonilla (Ed.A.) Abogados y justicia social. Derecho de interés público y clínicas jurídicas, pp. 407- 499, Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes e Instituto ProBono.

ILAC (2020). Justicia en el tiempo del Covid-19: desafíos del poder judicial en América Latina y el Caribe.

Kelsen, H. (1943). Derecho y paz en las relaciones internacionales, trad. de F. Acosta, México.

Martínez, L. M., & Zapata, M. A. (2021). Repensar la praxis sociojurídica a propósito de la emergencia sanitaria, social y económica por Covid-19. Precedente. Revista Jurídica, 18, 159 - 196. <https://doi.org/10.18046/prec.v18.4570>

Mayorga, R. C. (2019). Aplicabilidad y vigencia del principio de legalidad en el régimen jurídico administrativo dentro del marco del Estado constitucional de derechos y de justicia. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6856>

Organización de Estados Americanos, AG/Res.2801/2013.

Organización de Estados Americanos, AG/Res.2703/2012.

Organización de Naciones Unidas (s.f.). La ONU y el Estado de Derecho - Acceso a la Justicia. Disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2005). Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia, Ediciones INECIP.

Rawls, J. (2000). Sobre las libertades públicas, Barcelona, Paidós.

Rekosh, E., Buchko, K.A., Tervieza, V. (2001). Pursuing the public interest: a handbook for legal professionals and activists. Columbia Law School, NYC.

Restrepo M., M.A. (2021). Las dificultades para el control de las medidas de excepción en tiempos de pandemia. El caso colombiano, en D'Aloia, A. y Acevedo M., M. J. Constitución y Covid-19. El derecho en la emergencia de la pandemia: experiencias comparadas al inicio de la crisis sanitaria, pp. 95-101. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Educa.

Rhode, D. (2009). Whatever Happened to Access to Justice, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 42, pp. 869-912.

Saavedra V., Celis R., Upegui, J., Torres D., (2021). Desigualdades digitales. Aproximación sociojurídica al acceso a Internet en Colombia. Colombia: Dejusticia.

Uprimny, R., La Rota, M. E., Lalinde, S., & López, D. E. (2012). Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas y Acceso a la Justicia. Marco conceptual y metodológico. Disponible en: <http://conciliacion.gov.co/portal/Portals/o/Dejusticia-Marco-conceptual-y-metodologico.pdf>

Vignolo Cueva, O. (2011). La cláusula del estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública: Postulados básicos y transformaciones. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 44(131), pp. 783-813.



@CEJAoficial



@CEJAoficial



@CEJAoficial



@CEJAoficialok

www.cejamericas.org