



CONTRASTES SOBRE LO JUSTO

Debates en justicia comunitaria

345.731

I59

Instituto Popular de Capacitación

Contrastes sobre lo justo: debates en
Justicia comunitaria — Medellín : Instituto
Popular de Capacitación, IPC, 2003.
198 p.

ISBN: 958-97019-2-2

1. JUSTICIA. 2. JUSTICIA COMUNITARIA. 3. JUSTICIA INDÍGENA.
4. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 5. CONCILIACIÓN. 6. EQUIDAD
(DERECHO). 7. JUECES DE PAZ.

Primera edición

abril de 2003

©**INSTITUTO POPULAR DE CAPACITACIÓN**
DE LA CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN POPULAR
Carrera 45 D N° 60-16
PBX: (574) 284 90 35 / Fax: (574) 254 37 44 / A.A. 9690
Correo electrónico: ipc@corporacionpp.org.co
Medellín – Colombia

Compilación:

Hernando Loaiza Bastidas

Edición, corrección de estilo y redacción:

César Augusto Muñoz Restrepo
Comunicador Social - Periodista

Portada:

Hernando Loaiza Bastidas
Leonardo Sánchez P.

Diseño e impresión:

L. Vieco e hijas Ltda.

La publicación de este libro se hace con el apoyo de la UE



“Este documento se ha realizado con la asistencia financiera de la Comunidad Europea. Los puntos de vista, que en él se exponen, reflejan exclusivamente la opinión del IPC (o de los articulistas incluidos) y, por lo tanto, no representan en ningún caso el punto de vista oficial de la Comunidad Europea”.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
¿QUÉ ES UNA NACIÓN JUSTA, UN MUNDO JUSTO, UNA EMPRESA JUSTA?	11
<i>Philippe Van Parijs</i>	
1. Interrogantes introductorios	11
2. ¿Qué es una nación justa?	12
2.1. Cuatro convicciones	12
2.2. La familia liberal / igualitaria	14
2.3. Ingreso universal y tasación prudente	15
3. ¿Qué es una empresa justa?	16
3.1. La justicia como micro / maximín	16
3.2. La justicia, en conformidad a las leyes justas	17
3.3. La justicia, como respeto a los compromisos y coherencia con las finalidades	19
4. ¿Qué es un mundo justo?	20
4.1. Justicia mundial y globalización (mundialización): ¿una alianza fabulosa?	20
4.2. Tres bemoles: freno demográfico, concentración de cerebros, competencia de estados	22
4.3. Dos estrategias: estado mundial y patriotismo	25
4.4. ¡Todos somos “Talibanes”!	27
Bibliografía	30
ENTENDIMIENTO INTERCULTURAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA - JEI, UN RETO DE COOPERACIÓN	33
<i>Carlos Ariel Ruiz Sánchez</i>	
1. Introducción	33
2. Algunas ideas libres sobre el entendimiento intercultural	34
2.1. El multiculturalismo como experiencia	35
2.2. Desde los ejemplos metafóricos... ..	35
2.3. Un encuentro que implica una resignificación permanente de lo propio y de lo distinto... ..	36
2.4. Las representaciones entre indígenas y los no indígenas	37
3. Notas sobre la persistencia indígena y la multiétnicidad en Colombia	40
3.1. Una terquedad maravillosa para un testimonio viviente	40
3.2. De la persistencia de los indígenas en Colombia	41
3.3. Breve descripción de la realidad indígena: para comprender el concepto de “minoría”	42
4. El pluralismo jurídico con relación a la diversidad étnica	49
4.1. Caminos conceptuales sobre “otras formas de justicia”	50
4.2. Las tensiones y dilemas del pluralismo jurídico: el diálogo intercultural no se decreta	51
4.3. La constitución multicultural de sujetos y colectividades étnicas	58
4.4. El proceso judicial y la jerga jurídica, en contextos pluriculturales	61

El caso:	63
5. Recomendaciones metodológicas y éticas a los operadores oficiales de justicia	67
5.1. El universo contradictorio de la autonomía del juez en un contexto multiétnico	68
5.2. ¿Cómo establecer que un sujeto es indígena?	70
5.3. ¿Cómo establecer el grado de conciencia étnica de un indígena y el grado de preservación de una cultura?	70
5.4. ¿Cómo comprender el sentido cultural de acciones cometidas por indígenas, que no obstante ser aceptadas por las culturas respectivas, ofenden la cultura nacional?	71
Bibliografía	73

EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA EN EL ESPACIO DE LA CIUDAD: UNA PRESENTACIÓN CRÍTICA DEL IDEAL NORMATIVO DE LA VIDA URBANA DE IRIS MARION YOUNG 75

Vilma Liliانا Franco

1. Los límites de lo comunitario	77
2. El ideal normativo de la vida urbana	84
2.1. Crítica al paradigma distributivo de la justicia	85
2.2. Política de la diferencia	86
3. Polémicas sobre el modelo normativo de vida urbana	93
3.1. Conducción de las ciudades	93
3.2. Distribución o reconocimiento	96
Conclusiones transitorias:	101

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS PARA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA 103

Clara Inés Atehortúa Arredondo

1. La justicia en el marco del estado social de derecho	103
2. El ejercicio de la justicia en el contexto armado colombiano	107
Sobre las dificultades para los procesos de justicia	107
3. Realización de la justicia o acceso a la justicia	108
4. Participación democrática en la construcción de la justicia	111
5. Los derechos humanos y la transformación de conflictos en la realización de la justicia	114

ANOTACIONES Y GLOSAS, EN TORNO A UN DEBATE NECESARIO SOBRE LA JUSTICIA COMUNITARIA Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS 117

Hernando Loaiza Bastidas

1. Presentación	117
2. Prácticas alternas de justicia versus criterios funcionalistas o instrumentales tradicionalmente estatales	118
2.1. Criterios presidenciales	118
2.2. No hay profundidad en el deslinde temático entre justicia y conflicto	118
2.3. Repensando el tema de la justicia, y en especial, el de la justicia comunitaria	120

3.	Apuntes generales para un debate sobre la justicia comunitaria y las prácticas de justicia comunitaria	121
3.1.	Cuatro grandes procesos	121
3.2.	La justicia comunitaria y sus prácticas no pueden confundirse con la justicia estatal	121
3.3.	Rasgos de la justicia comunitaria y sus prácticas	122
3.4.	Contexto nacional y tipos de riesgos que deben asumir la justicia comunitaria y sus prácticas	124
3.5.	Tipos de tensiones valorativas	124
3.6.	Niveles de restricción y expansión de la justicia comunitaria y sus prácticas ...	125
3.7.	Debate abierto y premisas	126

JUECES DE PAZ ¿UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA? 129

Edgar Ardila Amaya

1.	Entre la asamblea y el torneo: dos modelos de justicia en occidente	129
1.1.	La "justicia de asamblea"	130
1.2.	La "justicia de torneo"	130
1.3.	Occidente, heredera de la "justicia de torneo"	132
1.4.	Incidencia de la iglesia	132
2.	Los límites de la justicia ordinaria	133
2.1.	El poder soberano	134
2.2.	Hipótesis para la imposibilidad de gestionar controversias por parte del aparato judicial	135
3.	la figura de los jueces de paz	137
3.1.	Los jueces de paz, una concesión... ..	137
3.2.	Recuperación y reconocimiento de la figura del juez de paz	138
3.3.	Jueces de paz a incorporar diversos órdenes sociales	139
3.4.	Los jueces de paz: equidad mas que normatividad	139
3.5.	Aplicar el derecho, hacer justicia, promover la convivencia... ..	140
4.	A modo de conclusión	141
	Bibliografía	142

JURISDICCIÓN DE PAZ Y LOS CONFLICTOS COMUNITARIOS

Y AMBIENTALES 143

Alvaro Sepúlveda Franco

1.	Introducción	143
2.	El conflicto ambiental	145
2.1.	Generalidades y componentes	145
2.2.	Reconocimiento, trámite y manejos de los conflictos ambientales	147
3.	la caracterización del conflicto ambiental	148
3.1.	El problema ambiental	148
3.2.	El contexto social del conflicto ambiental	149
3.3.	La intensidad de la tensión social	151
4.	Los enfoques alternativos para la solución de conflictos ambientales	152
5.	Procedimiento para el acuerdo conciliatorio del conflicto comunitario o ambiental	153
5.1.	La solicitud de mutuo acuerdo	153
5.2.	La audiencia de conciliación para resolver el conflicto ambiental	154

5.3. Momento del abordaje del conflicto	158
5.4. Momento de la concertación de soluciones	161
6. Habilidades y destrezas del juez de paz para el manejo de la audiencia de conciliación	162
6.1. El desarrollo de las habilidades para la concertación	162
6.2. Las capacidades de un buen conciliador	163

LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL PROYECTO DE REFORMA A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 167

José Luciano Sanín Vásquez

1. La Corte Constitucional en el proyecto de reforma	167
1.1. Generalidades	167
1.2. La elección de los magistrados de la corte constitucional	168
1.3. El alcance de los fallos	169
1.4. El control a la declaratoria de los estados de excepción	169
1.5. El lugar de la corte constitucional en el sistema político colombiano	170
1.6. El rol de la corte constitucional	171
1.7. Lo adecuado, sería fortalecer la corte constitucional	172
2. La acción de tutela en el proyecto de reforma a la justicia	173
2.1. Especificidades de cada uno de los puntos del proyecto	173
2.2. ¿Qué hacer?	177

CONCILIACIÓN EN EQUIDAD TEORÍA Y REALIDAD 179

Isabel Cristina Martínez Lavid

1. Presentación	179
2. La crisis de la justicia, como factor incidente en el establecimiento de formas extrajudiciales para la resolución de conflictos	180
3. Estado de los mecanismos “comunitarios” -conciliación en equidad	183
3.1. La conciliación en general	183
3.2. La conciliación en equidad: sin un verdadero afianzamiento	185
3.3. Políticas públicas en conciliación en equidad	188
4. ¿Qué debe hacerse?	188

POR LA DEFENSA DE LA CONCILIACIÓN EN EQUIDAD 191

Ursula Fernanda Castellanos Moreno

César David Gordillo Vidales

1. Acerca del conflicto	191
2. Tradición jurídico normativa colombiana	192
3. Los mecanismos alternos de solución de conflictos - MASC	193
4. Referencia de otros MASC	194
4.1. La negociación directa	194
4.2. La amigable composición	194
4.3. La mediación	194
4.4. La conciliación	194
5. De la conciliación en equidad	194
5.1. La “contaminación” del derecho formal	194
5.2. Conciliación en equidad y un sistema de justicia colapsado	197
6. A manera de conclusión	197

PRESENTACIÓN

Muchas veces hablamos de justicia, unas veces como el aparato que involucra jueces, abogados, testigos, Cortes que producen sentencias y fallos condenatorios o absolutorios; otras veces, como mecanismos alternativos de tratamiento de conflictos: conciliación, negociación, mediación, amigable composición, arbitraje. Sin embargo, pocas veces nos preguntamos por la noción de justicia y que es lo justo en una sociedad como la nuestra.

Lo justo puede tener diversas miradas entendiéndose como lo bueno, el cumplimiento de la norma, el cumplimiento del deber y la realización de las virtudes destacando aspectos morales, jurídicos, éticos y valores como la felicidad. Cuando hablamos de lo justo en una sociedad lo hacemos con relación a los referentes políticos, jurídicos, culturales y éticos que esa sociedad ha construido y a partir de los cuales aplica la justicia.

Philippe Van Parijs, desde el **enfoque liberal igualitarista**, desarrolla los conceptos frente a lo que es una nación justa, una empresa justa y un mundo justo, culminando luego de la observación de los hechos del 11 de septiembre de 2001 que todos somos "talibanes", porque para la realización de un mundo justo es necesario la protección de las culturas vulnerables, bien sea porque los patriotismos son necesarios para hacer viable la solidaridad intranacional cuando aun no es posible la solidaridad planetaria, o bien, porque Rawls tiene razón y "la justicia mundial no es tanto un asunto de distribución de recursos y posibilidades entre los individuos, como de respeto entre los pueblos, de reconocimiento mutuo de sus valores".

Vilma Liliana Franco, hace una presentación crítica del ideal normativo de la vida urbana de Iris Marion Young, quién hace una crítica **al enfoque comunitarista** y a la justicia social como paradigma distributivo de la justicia que restringe la distribución moralmente correcta de beneficios (riqueza, ingresos, derechos, oportunidades, poder y autoestima) y propone el enfoque de la diferencia, que parte más de reconocer la opresión y dominación que la distribución, y desde este enfoque cultural institucional, propone el reconocimiento y provisión de un marco institucional "pues lo que está en juego en la discusión sobre los problemas de la injusticia distributiva y de reconocimiento, es la forma de organización política de la sociedad".

Clara Inés Atehortúa, presenta una aproximación a la realización de la justicia diferenciándola del acceso a ella, en tanto recrea la pregunta por la justicia como bien y espacio público y en donde existen sujetos creadores y promotores de la misma (construcción participativa democrática), la transformación de los conflictos y la reivindicación de los Derechos Humanos. Desde esta aproximación, la participación democrática (a través de los mecanismos alternativos de transformación de conflictos, de la fundamentación de un espacio público para la justicia y de la vigilancia y seguimiento a los mecanismos y estrategias del sistema

de justicia), el tratamiento de conflictos y los Derechos Humanos son importantes para construir el concepto de lo justo en la sociedad.

Edgar Ardila, hace referencia a dos modelos de justicia presentes en Occidente: la "justicia de asamblea" y la "justicia de torneo", donde la segunda está presente en la justicia estatal y la primera se ha mantenido subordinada y a veces poco desarrollada y reconocida. A la "justicia de asamblea" corresponden los jueces de paz que son esencialmente hacedores de justicia y no aplicadores de normas jurídicas.

Alvaro Sepúlveda, presenta los diferentes momentos en el abordaje de la jurisdicción de paz frente a los conflictos ambientales. Por su parte, Isabel Cristina Martínez, analiza los avances de la conciliación en Colombia, en donde la Conciliación en Derecho ha tomado fuerza y desarrollo, al ubicarse como un paso dentro de los procesos judiciales con una eficacia del 54% de las audiencias solicitadas y presentando un costo de \$8.338 frente a \$2.500.000 millones de un proceso judicial clásico, mientras que la Conciliación en Equidad no se ha potenciado ni afianzado en las comunidades.

Carlos Ariel Ruiz, trabaja la perspectiva intercultural en la administración de justicia retomando la jurisdicción especial indígena, mostrando como esa minoría del 3% de la población nacional, si se mira de otra forma, en realidad está presente en 27 departamentos del país, posee el 15,5% del territorio nacional y en tres departamentos de Colombia son la mayoría de la población. Analiza las tensiones y dilemas del pluralismo jurídico con relación a las representaciones recíprocas, los escenarios, los procesos judiciales, los litigios, los agentes y la tensión valorativa entre la unidad nacional y el respeto y defensa de las diferencias culturales, mostrando las diferencias de significado de los procesos judiciales y de la jerga jurídica en contextos pluriculturales.

Hernado Loaiza, presenta a partir de la reducción que se ha hecho en los últimos años de la justicia comunitaria, los mecanismos alternativos de solución de conflictos y un debate que diferencia Justicia, Justicia Comunitaria y las Prácticas de Justicia Comunitaria de dichos mecanismos alternativos. Además, esboza otro debate entre justicia estatal y justicia comunitaria y las tensiones entre ambas, como expresiones del pluralismo jurídico. Luciano Sanín Vásquez, por su parte, introduce las discusiones existentes entorno a la reforma a la justicia en dos campos esenciales: la Corte Constitucional y la Tutela.

Hay tres asuntos poco tratados en los artículos: el primero, referido a la relación Justicia y los Derechos Humanos, donde estos últimos pueden ser puestos como la base mínima de lo justo en una sociedad y a partir de los cuales se valoren las diversas demandas y conflictos; el segundo, es la relación Justicia y Poder, donde el valor de la justicia y su aplicación, legitima el sistema en general pero donde están diversos intereses en pugna en la sociedad y el sistema de justicia es uno de esos poderes; el tercero, es el sujeto de la justicia: el individuo o la comunidad.

¿QUÉ ES UNA NACIÓN JUSTA, UN MUNDO JUSTO, UNA EMPRESA JUSTA?¹

Philippe Van Parijs²

1. INTERROGANTES INTRODUCTORIOS

La teoría de la justicia social sufrió una revolución en el curso de las tres últimas décadas del siglo XX. Intensas discusiones condujeron a la formulación de un rico conjunto de concepciones acerca de lo que exige la justicia al nivel de una nación. Sin embargo, ¿la respuesta correcta, o más plausible, a la pregunta de qué es una nación justa, puede extrapolarse directamente al nivel de una organización privada o pública para definir qué es una **empresa justa**? ¿Y puede ser también extrapolada simplemente a escala planetaria para responder qué es un mundo justo?

“¿La primera regla de la política? Ser justo. ¿La segunda? Ser justo. ¿Y la tercera? Nuevamente, ser justo”. Esto escribía el Marqués de Condorcet, en 1777³, atizando tranquila, pero resueltamente, el fuego que terminaría por consumir el antiguo régimen. Los invito a que supongamos que así debe ser, definitivamente.

Somos ciudadanos de un Estado que determina sus reglas de funcionamiento internas. Somos ciudadanos de un Estado que aspira a aportar sólo un grano de arena en la determinación de las reglas de funcionamiento del planeta. Somos también, mayoritariamente - o hemos sido o seremos - trabajadores que participan

1 Este artículo está basado, extensamente, en la conferencia pronunciada en el Aula Magna de Lovaina La Nueva, el 13 de diciembre de 2001, por invitación de la Federación de Alumnos de la Universidad Católica de Lovaina.

(Varios entretítulos del artículo, son iniciativa del corrector de estilo y redacción de esta publicación, con el ánimo de dinamizar el texto y su diagramación, pero sin que ello afecte ni desvirtúe, el contenido del artículo. - Nota del editor).

2 (Cátedra Hoover de Ética Económica y Social) Profesor de la Universidad Católica de Lovaina. Traducción del francés al español, por Diego Mauricio Zapata Gallego. Versión de Jorge Giraldo Ramírez.

3 Citado por Elizabeth Badinter y Robert Badinter. En: Condorcet. Un intellectuel en politique, Paris, Fayard. 1988. p. 172.

en la actividad de una empresa y, aunque no siempre asociados, en cualquier caso, interesados en la determinación de sus reglas de funcionamiento.

Supondré aquí, que en cada uno de estos tres niveles, la pregunta primordial, o en todo caso una pregunta de primera importancia, es saber **qué exige la justicia**. En otras palabras, supondré que al nivel de nuestra nación la primera regla es ser justa; que al nivel de nuestro mundo, es ser justo; que al nivel de nuestra empresa, de nuevo, la regla es ser justa.

Pero, ¿exige la justicia, la misma cosa en cada uno de estos niveles? ¿Los principios que especifican aquello que significa para una nación, un pueblo, una sociedad, ser justos pueden extrapolarse simplemente hacia arriba para definir qué es un mundo, una humanidad justa, o hacia abajo, para definir qué es una empresa o una organización justa?

Encarando estas tres preguntas, abordaré una cuestión intelectual que tiene que despertar curiosidad: ¿hay razones para suponer que en estos tres niveles de interacción entre los hombres, los principios de justicia que debemos adoptar deban ser diferentes? Y si es el caso, ¿por qué? En adelante, presentaré mis propias convicciones acerca de la naturaleza de lo justo en estos tres niveles, esmerándome para no eludir algunas preguntas difíciles ni esconder algunas perplejidades.

2. ¿QUÉ ES UNA NACIÓN JUSTA?

A la pregunta qué es una nación justa, consagré un primer libro en 1991 - "¿Qué es una sociedad justa?" - que presenta un resumen crítico de las principales respuestas contemporáneas. Y había dedicado un segundo libro en 1995 - "Libertad real para todos" - que presenta y defiende contra múltiples objeciones, la respuesta que yo aporté. Me contentaré aquí con esbozar rápidamente las grandes líneas que me servirán de punto de referencia para el tratamiento de las otras dos preguntas, comenzando por la empresa justa y terminando por el mundo justo. Esta respuesta, consiste en articular de una manera precisa, cuatro convicciones fuertes relativas a lo que exige la justicia entre los miembros de una misma sociedad.

2.1. CUATRO CONVICCIONES

2.1.1. **Convicción de neutralidad o imparcialidad.** En primer lugar, es importante que las exigencias de la justicia sean formuladas de una manera neutra, "**imparcial**", respecto a las diversas concepciones de **la vida buena** presentes en nuestras sociedades pluralistas. No se trata, por ejemplo, de querer favorecer la existencia de un devoto, mas bien que la de un holgazán o de un esclavo del trabajo (o a la inversa). No se trata de privilegiar la posibilidad de formar una pareja heterosexual antes que una homosexual (o a la inversa), o la posibilidad de asistir a

un concierto de una orquesta sinfónica, mejor que a un festival de música *techno* (o a la inversa). Esta primera convicción demanda, en otros términos, la asunción plena del pluralismo en nuestras sociedades en lugar de apoyarse, como hacen las concepciones “premodernas” de la justicia, sobre una concepción previamente definida de lo que es una vida humana plena, cuya promoción y recompensa estarían a cargo de las instituciones justas.

El desafío de las teorías “modernas” sobre la justicia, o (en ese sentido) “**liberales**”, es hacer ética sin moral, es decir, pronunciarse sobre lo que son las instituciones sociales justas sin dictaminar que es lo que hace de la vida de una persona, que sea buena o mala.

2.1.2. **Convicción igualitaria.** Mi segunda convicción sobre lo que caracteriza una concepción de la justicia aceptable, es que debe ser “**igualitaria**”, en el sentido de expresar una forma de “**solidaridad material**” entre todos los miembros de la respectiva sociedad que tiene en cuenta los intereses de todos por igual. Al nivel más fundamental, no se trata por lo tanto, de un asunto de justicia conmutativa o de equidad en los intercambios, en las transacciones o la cooperación entre los miembros de esta sociedad; tampoco es un asunto de optimización colectiva entendido como la producción de efectos globalmente eficaces para el interés general, ni un asunto de recompensa adecuada al mérito, al esfuerzo, a la virtud. La solidaridad material se expresa en una distribución “igualitaria” - en un sentido por precisar - de cualquier cosa - que también hay que precisar - que describe o afecta la condición material de cada uno.

2.1.3. **Convicción sobre el que igualar.** Mis convicciones, tercera y cuarta, precisan la naturaleza de lo que se trata de igualar y el sentido en el que se trata de igualar.

En tercer lugar, en efecto, la igualdad que demanda la justicia no descansa directamente sobre los resultados alcanzados por cada uno, sino sobre las “**posibilidades**” que se le ofrecen a cada uno. La igualdad no reside en el ingreso, el nivel de bienestar, el prestigio, el reconocimiento, la influencia, el poder, sino en las probabilidades, las oportunidades o las dotaciones. Conciernen a lo que se le da a cada uno, no a sus carencias. Por lo tanto, una plena igualdad de posibilidades sería compatible con desigualdades mayores en los resultados. Pero atención: el cuidado de tal igualdad implica una fuerte presunción contra toda limitación de la movilidad geográfica, toda forma de discriminación racial, sexual, religiosa, lingüística, en el acceso a la educación, a la vivienda o al empleo. También, exige neutralizar el impacto que tiene el origen familiar y social sobre las posibilidades de cada uno y la influencia genética o del azar sobre los talentos o las capacidades.

- 2.1.4. **Convicción sobre la maximización sostenible.** En cuarto lugar, la distribución equitativa de esas posibilidades no es estrictamente igual, ni siquiera aunque fuese posible. Es una repartición según un criterio de *maximín* sostenible.

Y, ¿qué es el “*maximín*”? Es la maximización del mínimo. Pero, ¿en qué puede diferir el *maximín* de la igualdad? Imagine que usted va a cortar una torta. Teniendo los instrumentos de medida más precisos, según el criterio del *maximín*, no hay mejor forma de hacerlo que dando una parte igual a cada uno. Entonces, ¿por qué insistir en la diferencia entre el *maximín* y la igualdad? Porque el tamaño de esa torta colectiva, que es el producto nacional, no está definido de antemano, sino que varía permanentemente. Y la anticipación de la manera en que será distribuida, por ejemplo, por partes iguales, o según las contribuciones de cada uno, seguramente afectará el tamaño de la torta. A la luz de este ejemplo, podemos comprender que la justicia no exige la igualdad de las partes por pequeñas que sean; tampoco exige el máximo sostenible del tamaño de la torta, aunque su reparto sea desigual; **la justicia exige, más bien, la maximización sostenible de lo que se puede dar a aquel que tiene menos.** Las desigualdades, en otras palabras, se pueden justificar sólo a condición de que contribuyan a mejorar el bienestar de los menos favorecidos.

2.2. LA FAMILIA LIBERAL / IGUALITARIA

En una concepción coherente y plausible de la justicia podemos interpretar dichas cuatro convicciones, como exigencias respectivas de (1) neutralidad, (2) igualdad, (3) responsabilidad y (4) eficacia. ¿Y la libertad? ¿Es la libertad un valor distante de la justicia, potencialmente conflictivo con ella en el sentido de que - en ciertas circunstancias - más justicia, significa menos libertad y a la inversa? NO. En la concepción que estoy esbozando, la justicia no es otra cosa que la distribución equitativa de la libertad, entendida como la posibilidad real - no solamente el derecho - de realizar una concepción de la vida buena, cualquiera que ella sea - y no una concepción particular que la sociedad estimaría superior a las otras.

La conjunción de estas cuatro convicciones también se encuentra con lenguajes, matices y acentos diferentes, en la concepción de la justicia social de algunos de los grandes pensadores políticos contemporáneos, tales como el estadounidense John Rawls, profesor emérito de Harvard y verdadero padre fundador de la filosofía política contemporánea; el quebequés G. A. Cohen, padre fundador del “marxismo analítico” y titular de la cátedra de filosofía política de Oxford; e incluso, el indio Amartya Sen, Premio Nobel de Economía, Presidente del *Trinity College*, en Cambridge.

Las teorías propuestas por estos autores, forman, entre otras, lo que se ha convenido en llamar las concepciones liberal / igualitarias de la justicia. Estas

concepciones no son “liberales” en el sentido de optar *a priori* por la economía de mercado; tampoco son “igualitarias” en cuanto a erigir la igualdad estricta de ingresos como un ideal. Estas concepciones son igualitarias y liberales a la vez, en cuanto pretenden articular solidaridad y tolerancia, un respeto equitativo por las opciones de vida de cada uno e igual diligencia con sus intereses. Y la concepción de justicia que yo defiendo, se adscribe, sin ambigüedad, a esta familia.

2.3. INGRESO UNIVERSAL Y TASACIÓN PRUDENTE

Más allá de sus similitudes, estas teorías divergen en puntos que están lejos de ser anodinos. Un asunto central para cada una de ellas es la métrica - el método de medida - de las posibilidades, sin la cual la idea de igualarlas o maximizarlas, no tiene sentido. Así, un punto esencial para la formulación de mi propia teoría, es tener en cuenta una idea que se formuló por primera vez en dos variantes significativamente diferentes, por dos premios Nobel de Economía recientes, George Akerlof y Joseph Stiglitz.

2.3.1. **Sobre una distribución desigual de “dotaciones”**. En forma general, esta idea plantea que el mercado de trabajo en las economías complejas descansa masivamente sobre una distribución muy desigual de “dotaciones” a los trabajadores (y a cualquier otro agente económico). Estas dotaciones (interesadas) corresponden a la parte de la remuneración del factor de producción, que excede lo que sería necesario para atraer una cantidad adecuada de unidades de ese factor, teniendo todas las calidades requeridas. Combinada con los cuatro componentes que definen la aproximación liberal / igualitaria, esta idea llega también, bajo ciertas restricciones y mediando un cierto número de matices, a justificar una renta universal - un ingreso incondicional a lo largo de la existencia - al nivel más elevado posible que pueda ser financiado duraderamente por una tributación previsible⁴.

2.3.2. **Fiscalidad, redistribución y el *maximín***. Independientemente de que la redistribución, tome o no, la forma de ingreso universal, todas las teorías liberal / igualitarias de la justicia consideran - hoy más que nunca - que si se puede justificar por criterios de eficacia una preferencia por el capitalismo contra el socialismo - por la propiedad privada, más que por la pública, de los medios de producción esenciales -. La opción por la versión más justa del capitalismo, implica aceptar un nivel muy elevado de redistribución fiscal y parafiscal a diferencia de la versión más justa del socialismo, que se centra en la formación de ingresos primarios y es, por tanto, menos impositivo.

En efecto, en un contexto económico en el que aumenta la desigualdad de los ingresos primarios debido al cambio tecnológico y la apertura creciente de

4 VAN PARIJS, Philippe. Libertad real para todos. Barcelona: Piados. 1995. cap. 4.

mercados; en un contexto sociológico de pérdida de la amplitud y la fuerza de la familia como principal institución de redistribución en la historia de la humanidad, es claro que la fiscalidad es más importante que nunca para realizar una distribución que ofrezca la posibilidad de acercarse al *maximín*, teniendo en cuenta, eso sí, los impactos sobre la motivación para trabajar y ahorrar, para formarse e invertir. En una perspectiva liberal / igualitaria, elegir el capitalismo implica entonces escoger la tributación y, en un contexto como el nuestro, implica una tributación que no cesa de crecer para poder asegurar la libertad real máxima para todos y no para engordar un Estado cada vez más totalitario.

Por lo menos, esto será evidente si no tenemos en cuenta que en un contexto de movilidad transnacional reciente de los factores de producción, las empresas y los productos, una redistribución generosa a escala nacional, tiende a producir un impacto más importante sobre las bases fiscales domésticas que si se realizara en un contexto esencialmente autárquico, más aún, si quienes son los supuestos beneficiarios - las categorías más desfavorecidas - terminan por sufrir las consecuencias.

En una economía globalizada, transnacionalizada, en efecto, una riqueza creciente de las naciones puede ir ineluctablemente a la par con un empobrecimiento creciente de los Estados y, en particular, con una indigencia creciente de las actividades estatales encargadas de realizar una redistribución importante. En una perspectiva de *maximín* sostenible, la apelación a una modestia redistributiva fortalecida puede atender, no sólo las ganancias y el crecimiento, sino también la justicia misma. Esa es una de las razones - no la única - por la que hoy es más urgente que nunca, no sólo preguntar qué es una nación justa, sino también, saber qué es un mundo justo.

3. ¿QUÉ ES UNA EMPRESA JUSTA?

3.1. LA JUSTICIA COMO MICRO / MAXIMÍN

Antes de pasar al asunto "macrocósmico" de la justicia mundial, detengámonos un instante sobre la cuestión "microcósmica" de saber qué es una empresa justa - sea una empresa capitalista o una empresa semipública, con finalidad no comercial como una universidad o un hospital público -.

- **Una empresa *maximín*:** ¿Podemos utilizar estos mismos principios para determinar que requiere la justicia en este nivel? ¿Cómo sería una empresa de acuerdo con el criterio *maximín*? ¿Una empresa que no vende sus productos a los más pobres, sino que simplemente los regala?, ¿Una empresa que engancha la persona que tiene menos oportunidad de encontrar trabajo en otro lado, pero que tiene muchas posibilidades de ser la menos adecuada?
- **Una universidad *maximín*:** ¿Cómo sería una universidad conforme al criterio *maximín*? ¿Una universidad que reserva sus mejores diplomas para aquellos que tienen la gran desventaja de ser los menos dotados?

No hay que pensar demasiado para darse cuenta de que tal extrapolación no tiene sentido.

¿Por qué no? Fundamentalmente, porque una empresa no es una versión microcósmica de la sociedad, sino una institución especializada: empresa industrial o comercial, escuela u hospital, fondo de pensiones o universidad. Y lo que guía su funcionamiento, lo que justifica su existencia, no se deriva de una exigencia de justicia, sino de la eficiencia con la que cumple su misión en el marco de una configuración compleja de instituciones interconectadas, entorno que para ser justo, debe asegurar duraderamente, a los más mal provistos, un bienestar mejor que en toda otra configuración posible. Esto no quiere decir, sin embargo, que sea absurdo hablar de una empresa justa o de calificar de justo o injusto el funcionamiento y el comportamiento de una empresa.

3.2. LA JUSTICIA, EN CONFORMIDAD A LAS LEYES JUSTAS

3.2.1. **Sobre lo justo y lo viable.** Suponiendo que el marco institucional de una sociedad justa ya está determinado, podemos definir una empresa justa, simplemente, como aquella que se adapta a las leyes de tal sociedad, a su legislación fiscal, a su legislación ambiental, a las condiciones impuestas en materia de licenciamiento, de reclutamiento, etc. ¿El licenciamiento de alguien que hace bien su trabajo no es necesariamente injusto? NO, en la perspectiva defendida aquí: un licenciamiento es justo, si se hace según las reglas que pueden justificarse en última instancia, al nivel del conjunto de la sociedad, por la maximización sostenible de la situación de los más desfavorecidos, teniendo en cuenta el impacto que la competencia - a veces cruel - y las reestructuraciones - a veces dolorosas -, acarrearán sobre el dinamismo de la economía; incluyendo además, la presencia de instituciones de seguridad social, de formación, etc., que no dejan súbitamente sin recursos a las víctimas de los licenciamientos.

Pero, ¿qué pasa, si como se puede suponer en general, las leyes no son plenamente justas? Eso no hace que esta noción de empresa justa sea absurda, pero sí debe reformularse en consecuencia. Una empresa justa es entonces, una empresa conforme a lo que serían las leyes si fueran justas. Y es posible, que en un contexto como este, ninguna empresa justa sea viable. ¿Cómo, en efecto, respetar viablemente el medio ambiente si todos los competidores se burlan de él?, ¿cómo pagar viablemente las tasas para la educación y la salud de todos, si nadie lo hace?, ¿cómo rechazar la contribución a la campaña de un candidato a la presidencia estadounidense, si todos los competidores lo hacen? El que se esté muy lejos de una armonía preestablecida entre la ética y la rentabilidad máxima no impide necesariamente hacer lo más justo, que sea viable. Pero, esto obliga a reflexionar sobre aquello que podría contribuir a acercar lo justo y lo económicamente viable o lo económicamente óptimo, en situaciones donde el marco legal puede ser considerado deficiente.

Semejante deficiencia no se da sólo ante circunstancias extremas - por ejemplo, el caso congolés - donde el Estado de Derecho colapsa (o nunca ha reemplazado verdaderamente las tradiciones y costumbres): las leyes adoptadas por órganos cuya legitimidad es dudosa no son más que textos obsoletos, de los cuales existen algunos ejemplares poco difundidos, desconocidos (e incomprensibles) para la mayoría, de quienes se supone que deben aceptarlas o hacerlas respetar y que aunque fueran conocidas y comprendidas, serían poco susceptibles de ser aplicadas de manera rigurosa por magistrados, inspectores o policías, que tienen por principal fuente de ingresos los favores que pueden conceder. Así mismo, en circunstancias un poco más favorables, la lentitud y la pesadez de los procesos legislativos democráticos es tal, que las leyes están frecuentemente retrasadas con relación a los nuevos desafíos que engendra la evolución tecnológica y social, dejando un limbo respecto a lo que ordenan o prohíben las leyes.

- 3.2.2. **Convergencia entre lo justificable y lo rentable.** En un contexto semejante, es más importante que nunca, tratar de aproximar el comportamiento de las empresas a las exigencias de la justicia por otras vías distintas a la elaboración y a la puesta en marcha de las leyes. O, debido a la conjunción de diversas tendencias independientes entre sí, la posibilidad de un mecanismo alternativo que permita que la convergencia entre lo justificable y lo rentable vaya cobrando forma.

Las principales tendencias pertinentes son:

- La creación y el desarrollo de asociaciones de consumidores éticos y, sobre todo, de fondos de inversiones éticos que penalicen o gratifiquen a las empresas en función de una evaluación con criterios que excedan el simple respeto de la legalidad, efectivamente controlable por parte de las autoridades de sus zonas de operación
- El desarrollo e impacto sobre los medios de comunicación por parte de una red transnacional de ONG, capaces de alertar eficazmente a la opinión pública de los países ricos (con capacidad de consumo e inversión), sobre prácticas o complicidades que se juzguen éticamente problemáticas.
- La creciente sensibilidad de la dirección de las empresas frente a la cotización de las acciones, que, por el juego de las anticipaciones reaccionan más rápidamente al deterioro de la imagen corporativa en los medios de comunicación, que al volumen de las transacciones o las ganancias.
- El desarrollo de la Internet, que permite satisfacer gradualmente, de manera más eficiente y a un costo muy reducido, la exigencia de "transparencia" que exige una aplicación fiable de criterios "éticos".

El resultado de la conjunción de estas diferentes tendencias, es que las grandes empresas no podrán buscar impunemente implantarse en las regiones del mundo donde el marco legal sea más permisivo. Así, será de su propio interés establecer alguna forma de vigilancia ética visible para sus proveedores y socios; sus directivos deberán consagrar una parte creciente de su tiempo a explicar y justificar la manera cómo funcionan y se comportan; de manera análoga a las asambleas democráticas, aunque parezca retórica, a veces puramente cosmética, incluso hipócrita, ejercerán a la larga, una influencia significativa sobre las prácticas efectivas (es más devastador para la imagen de una empresa caer en flagrante delito cuando niega con énfasis, que cuando se calla); y aquellos que se preocupan por la ética - directivos de gran corazón, o *whistleblowers*, en potencia a todos los niveles - pueden argumentar convincentemente que conviene al interés empresarial hacer lo que es justo, más allá del respeto de la ley.

3.3. LA JUSTICIA, COMO RESPETO A LOS COMPROMISOS Y COHERENCIA CON LAS FINALIDADES

- 3.3.1. **Del respeto de los compromisos, ya sean contractuales o no.** En la interpretación de lo que es una empresa justa propuesta hasta ahora, se hace una referencia esencial a las leyes (efectivas o virtuales) de una sociedad justa. Sin embargo, ¿no hay casos en los que se hable gustosamente de comportamientos justos o injustos de una empresa y sus responsables, sin que se trate del respeto o de la violación de los términos de una ley?, ¿no pueden la justicia o la injusticia, consistir a veces en el respeto o la violación de los términos explícitos de un contrato consentido libremente o a las aspiraciones tácitas legítimas de los trabajadores, clientes, proveedores, etc.?, ¿no hay aquí una noción clara de empresa justa, como aquella que honra sus compromisos (*Pacta sunt servanda*)? Verdaderamente no: se trata aquí de un caso particular, de respeto a las leyes justas o a lo que serían las leyes justas, porque una sociedad justa, una sociedad conforme al *maximín*, tiene buenas razones para exigir el respeto de los compromisos, sean ellos contractuales o no.
- 3.3.2. **De lo justo, relacionado con la finalidad legítima de la organización.** Tomemos entonces el caso de la atribución desigual de promociones, de sanciones, de ventajas o desventajas naturales; licencias o solicitudes suplementarias, de favores o desfavores diversos. Puede decirse que esta atribución es injusta si se hace de manera arbitraria, caprichosa, incoherente, mirado a luz de una acción de coherencia que no puede justificarse por la finalidad de la empresa, ni directamente con relación a las exigencias funcionales de las tareas de cada uno, ni indirectamente en términos de motivación. Una empresa justa, por el contrario, sería aquella en la cual, los responsables distribuyen desigualmente los

beneficios en la medida en que esto sirva a la finalidad legítima de la organización. Por ejemplo: satisfacer mejor la demanda con el menor despilfarro de los recursos. En este caso, al mismo tiempo, la injusticia es directamente un despilfarro desde el punto de vista de esta finalidad e indirectamente una manera de servir mal a este objetivo, creando conflictos y resentimientos que se pueden evitar con políticas y decisiones imparciales. Pero si aquí la justicia exige indiscutiblemente más que el simple respeto de las leyes de una sociedad justa, la determinación de lo que constituye la finalidad legítima de una organización particular, no es menos dependiente de la definición de lo que es una sociedad justa.

En resumen, una empresa justa no se define por principios que serían la simple imitación de aquellos que definirían una sociedad justa, pero tampoco puede ser conceptualizada sin una referencia esencial frente a lo que constituye una determinada sociedad, puesto que una empresa justa es aquella que se conforma coherente a leyes justas (o a lo que serían esas leyes si fueran justas) y además, es una empresa que no opera entre sus miembros, sino con distinciones que se justifican por la función que le corresponde en el marco de una sociedad justa. Pero en la era de la globalización (mundialización) esta referencia a la nación justa para pensar la empresa justa, ya es anacrónica. Eso es verdad, y paso a partir de ahora, sin esperar más, a mi tercera y última pregunta: ¿qué es un mundo justo?

4. ¿QUÉ ES UN MUNDO JUSTO?

4.1. JUSTICIA MUNDIAL Y GLOBALIZACIÓN (MUNDIALIZACIÓN): ¿UNA ALIANZA FABULOSA?

¿Cómo debe concebirse esta justicia macrocósmica?, ¿se trata de una relación entre los miembros individuales de la especie humana o más bien entre naciones, pueblos, comunidades, que de alguna manera serían los equivalentes mundiales de lo que son los ciudadanos a nivel nacional?

Para quienes como yo, se sitúan en una perspectiva liberal / igualitaria, la respuesta no es unívoca. Así, al contrario de la mayoría de quienes adoptan tal perspectiva⁵, John Rawls, padre fundador de la expresión contemporánea de esta tradición, ha optado claramente por la segunda interpretación en sus escritos del decenio del 90^o. Si la primera interpretación me parece más atractiva es, sin

5 SEN, Amartya. Global Justice. Beyond International Equity. 1999. En: Global Public Goods (Inge Kaul, Isabelle Grunberg & Marc A. Stern, eds.), Oxford University Press & UNDP, 116-125. Brian Barry, Culture and Equality, Cambridge, Polity Press, 2001. Thomas Pogge, Global Justice, special issue of *Metaphilosophy* 32 (1/2), 2001.

6 RAWLS, John. El Derecho de Gentes. Madrid: Isegoría. N° 16, 1996. p. 5 - 36.

duda, porque como ciudadano de la Unión Europea, y sobre todo como belga, tengo que ser conciente del carácter, históricamente contingente, e institucionalmente maleable, de eso que llaman “pueblo” o “nación”. Al final, volveré sobre lo que puede decirse para defender una concepción de la justicia mundial como justicia entre pueblos. Pero exploremos primero lo que implica, o implicaría, la simple extensión a la humanidad entera de la concepción liberal / igualitaria, de la justicia entre ciudadanos de una nación, habiendo esbozado el *maximín* de posibilidades. Una mirada rápida sobre el estado del planeta sugiere que aún estamos muy lejos.

4.1.1. **Por ejemplo, la libertad de movimiento.** Instrumento por excelencia de la igualdad de posibilidades. Si a escala nacional estamos cerca de ella, a escala mundial, al contrario, estamos palmariamente distantes. Algunos, entre quienes nos contamos nosotros, pueden circular e instalarse prácticamente sin obstáculo sobre el planeta entero, pero la mayoría de la población del mundo está confinada, clavada a su territorio nacional, como los siervos de la Edad Media lo estaban a su tierra. Y los que se atreven a traspasar las fronteras que les asigna el *Ancien Régime* planetario se encuentran, bien sea, lastimosamente encarcelados, o despiadadamente expulsados.

Junto a este pesado obstáculo a la libertad de movimiento, la enorme desigualdad de riqueza entre los países del mundo conduce a que en nuestro tiempo, la ciudadanía, la pertenencia a diferentes naciones, sea un factor de desigualdad de bienestar, de desigualdad de posibilidades, sin duda, más potente que la herencia material, el sexo, la raza, los talentos; de hecho, este tipo de ciudadanía es la que determina el acceso a distintos mercados de empleo, a posibilidades distintas de formación, a sistemas muy desiguales de derechos sociales.

4.1.2. **La mundialización del comercio y de las inversiones.** ¿Qué exige la justicia mundial? La somera descripción de la situación actual que acabo de hacer sugiere inmediatamente una doble respuesta: en primer lugar, abran las jaulas; den a cada ciudadano del mundo la libertad de movimiento que hoy es privilegio de sus aristócratas. Al mismo tiempo, y para evitar el desorden total, estimulen el capital para que encuentre empleo rápidamente, en vez de dejar que el trabajo tenga que buscar al capital. En otros términos, estimulen la inversión del capital del Norte hacia el Sur, estimulen las deslocalizaciones (nosotros no nos cubrimos el rostro) y para hacer eso, por supuesto, comiencen por abrir los mercados del Norte a todos los productos del Sur, lo que permitirá al mismo tiempo, que el Sur constituya sus propios excedentes para reinvertirlos y atraer los inversionistas del Norte. En otras palabras, para realizar la justicia mundial y permitir en un plazo no muy lejano la libre circulación para todos, juguemos sin pudor la carta de la mundialización del comercio y de las

inversiones, que lleve a transferir del Norte hacia el Sur recursos gigantescos, a diferencia de las pequeñas limosnas que los países ricos dan a través de lo que llaman ayuda para el desarrollo.

No se trata, por tanto, de seguir diciéndole a los países pobres: "Muéstrenos los ojos de sus niños llorosos y extiendan la mano a nuestra generosa caridad". Mas bien, se trata de decirles: "¡Ayúdense y la mundialización les ayudará! Resuelvan sus conflictos étnicos. Hagan reinar el Estado de Derecho. Combatan la corrupción. Hagan funcionar sus escuelas y el olor de la ganancia conducirá a los capitalistas de la tierra entera hasta sus puertas". No es pues, solamente a nombre de la eficacia económica global, sino también a nombre de la justicia mundial, que hay que prohibir universalmente el proteccionismo explícito o implícito reclamado por los productores y los inversionistas locales para lo que hay que imponer la disciplina librecambista de la no-discriminación.

En general, para realizar la justicia mundial como *maximín* sostenible de las posibilidades para todos los ciudadanos del mundo, sería suficiente entonces, en esta perspectiva, con dejar hacer a la globalización (mundialización), desencadenarla, liberar la movilidad de las personas, de las mercancías, del capital, para que permita la igualdad de posibilidades en todas las naciones del mundo, dejando a cada nación el cuidado de maximizar las posibilidades en su seno. En esta imagen, hay una armoniosa y fabulosa alianza entre globalización (mundialización) y justicia mundial. Pero faltan también algunos elementos cruciales, que de no tenerlos en cuenta, transformarán la alianza fabulosa en una trágica contradicción, en una lucha a muerte, a expensas de la justicia. Menciono en las siguientes líneas, brevemente, tres de esos elementos en orden creciente de importancia.

4.2. TRES BEMOLES: FRENO DEMOGRÁFICO, CONCENTRACIÓN DE CEREBROS, COMPETENCIA DE ESTADOS

4.2.1. **Freno demográfico.** ¿Libertad de movimiento para todos y no sólo para los ciudadanos privilegiados de las fortalezas? Muy bien, pero como algunas partes del mundo no han efectuado definitivamente su transición demográfica, esto implica abrir las posibilidades a que estos países viertan su excedente demográfico sobre toda la tierra y, por consiguiente, eximir a los gobiernos de la responsabilidad de frenar el crecimiento demográfico nacional, y por tanto, el mundial. Ahora bien, el *maximín* que exige la justicia mundial, es un *maximín* sostenible que puede verse fácilmente comprometido con un crecimiento demográfico desbordado. El movimiento de personas no podrá pues, ser liberado universalmente sino cuando la transición demográfica, es decir, el ajuste de la tasa de natalidad frente al aumento de la esperanza de vida sea universalizada y no presente un serio riesgo de fracasar.

El movimiento de capital del Norte hacia el Sur (incentivado fuertemente por la posibilidad de que el Sur le venda al Norte) no produce por sí mismo, ni uniformemente, efectos positivos. Es importante regularlo por normas, por una legislación que impida al capital del Norte, que busca ganancias rápidas, producir graves perjuicios a la salud y al medio ambiente de las poblaciones locales. Sin embargo, globalmente es razonable conceder a los partidarios del libre movimiento de capitales y de mercancías, que la tendencia del capital de ir allá donde el empleo es menos caro no conducirá necesariamente a reducir las desigualdades entre las naciones, pero en todo caso hará duraderamente menos pobres a los países más pobres, que tengan sus conflictos étnicos domesticados y una corrupción marginal. En esta perspectiva, la mundialización, la abolición de obstáculos a la libre circulación de bienes y de capital, vuelve a liberar una tendencia "igualatriz" inherente al capitalismo.

4.2.2. **Concentración de cerebros.** Pero atención, en una economía basada sobre el conocimiento, esta vertiente puede ser espontáneamente contrariada, disminuida, incluso revertida, por otra de signo contrario que - tenemos buenas razones para pensarlo - será una tendencia cada vez más importante. Parte de lo que subyace en esta tendencia contraria puede analizarse en términos de "**externalidades de aglomeración**", es decir, en líneas generales, es el hecho de que la productividad de un factor de producción gane, en lugar de perder, cuando está concentrado geográficamente. Para el efecto, ilustraré el fenómeno con un ejemplo extremo, pero simbólico, de la nueva economía: la productividad de los analistas de aplicaciones informáticas se aprovecha de la posibilidad de interactuar estrechamente con otras personas cuya competencia es directamente complementaria de la suya, y el capital humano que ellos representan, tiende a aglomerarse donde ya están presentes, en lugar de esparcirse sobre el planeta. Es difícil estimar la importancia de esas externalidades de aglomeración y, mas aún, predecir su desarrollo futuro. Así mismo, es claro que mientras más importantes sean esas externalidades, más difícil será que la simple y espontánea búsqueda de la ganancia conduzca a la igualdad de la riqueza de las naciones.

Más generalmente, mediante este desplazamiento selectivo del capital humano nos arriesgamos, al contrario, a presenciar un empobrecimiento de las naciones por el éxodo de su capital humano hacia los países ricos, lo que representa un verdadero robo de la materia gris de los países pobres, más devastador y masivo, que la misma explotación de sus materias primas, entre otras cosas, porque priva a los Estados de los países más pobres de una parte importante de las competencias y las voluntades indispensables para crear las condiciones políticas y administrativas, que les permitan beneficiarse del potencial de la mundialización.

Anotemos, que ese riesgo se agrava a medida que el idioma inglés se expande inexorable e irreversiblemente como *lingua franca* mundial, lo que genera, que los trabajadores altamente calificados y sus familias, sean estimulados cada vez más para buscar formación complementaria y trabajar en los países de lengua inglesa.⁷

- 4.2.3. **Competencia de Estados.** El elemento más devastador, sin embargo, es este tercero. Supongamos que el primer problema no se presenta: que la demografía mundial es estable y la libre circulación no alimenta una superpoblación que sería fatal en el marco de un *maximín* sostenible. Imaginemos también, que el segundo problema no se presenta y que los efectos del movimiento de capital del Norte hacia el Sur no son (sobre)compensados por la "hemorragia" de capital humano del Sur hacia el Norte. Si esto fuera así, también podríamos suponer que la situación material media de los ciudadanos de las naciones más pobres, mejore duraderamente por los efectos de la mundialización. Pero eso no es suficiente, aun, para el punto de vista que concibe la justicia mundial como *maximín* sostenible. ¿Por qué?

Porque el *maximín* que define la justicia mundial, es un *maximín* sostenible de las personas, no de las naciones. Ahora bien, la movilidad transnacional generalizada que bajo las hipótesis favorables que acabo de hacer, conlleva un mejoramiento duradero de la situación de las naciones más desfavorecidas erosiona, al mismo tiempo, la capacidad de cada país para asegurar una distribución favorable dentro de sus ciudadanos más desfavorecidos. Así, aquello que hace que el consumo, el capital y las calificaciones puedan moverse más fácilmente que antes, es lo que limita al mismo tiempo la capacidad de cada nación para gravar su propia riqueza con el fin de asegurar que todos tengan acceso a la educación, a los servicios de salud y a un nivel de vida decente, porque el capital se desplazará hacia los lugares donde se le grave menos. Y a medida que los obstáculos administrativos y lingüísticos se reduzcan, el capital humano hará lo mismo. Los Estados no tienen, por lo tanto, otra opción que involucrarse en la competencia fiscal y social a nivel bajo con un impacto desastroso sobre la situación de los más desfavorecidos, de hoy y del futuro.

7 Este fenómeno, comienza a ser relevante según numerosos indicadores estadísticos, tales como que 9.000 estudiantes británicos vayan a estudiar cada año a los países continentales de la Unión Europea, mientras que 90.000 provenientes de la UE, quieren estudiar en el Reino Unido; o que una tercera parte de los médicos de la Gran Bretaña, no son británicos, o que en los Estados Unidos, trabajen de 300.000 a 400.000 ingenieros de sistemas, formados en la India.

Este argumento es desarrollado en Philipp Van Parijs, "The Ground Floor of the World. On the Socio-Economic Consequences of Linguistic Globalisation". En: *International Political Science Review* 21 (2), 217-233, 2000; léase también: Abram De Swaan, "The Words of the World". Cambridge: Polity Press. 2002.

¿Qué hacer en este contexto inédito que iguala los pueblos y, a la vez, debilita sus Estados?, ¿es necesario resignarnos a una suerte así esbozada?, ¿es necesario reconciliarnos con este curso de la historia diciéndonos que, después de todo, la justicia no exige más que la maximización del mínimo posible y que si éste empieza a disminuir, no sólo la prudencia, sino también la justicia, reside en la resignación? NO, para nada. Ni la prudencia, ni la justicia, justifican la resignación, porque el campo de esa posibilidad puede ser sensiblemente modificado por la vigorosa y resuelta puesta en marcha de dos estrategias que están, en cierto modo, en tensión la una con la otra, pero que deben ser llevadas a cabo de manera concertada.

4.3. DOS ESTRATEGIAS: ESTADO MUNDIAL Y PATRIOTISMO

4.3.1. Estado mundial. Esta primera estrategia consiste en la globalización del poder político, en particular, de un poder político que pueda afectar la distribución de los recursos a escala mundial. En efecto, a medida que la redistribución opere a un nivel más centralizado hay más posibilidad para una redistribución de las naciones ricas hacia las naciones pobres; y de otro lado, las naciones estarán menos condicionadas por la competencia fiscal para atraer o proteger las partes más jugosas de sus bases fiscales, puesto que las exenciones en un territorio nacional particular no benefician, ni integral, ni exclusivamente, a la población de ese territorio.⁸

Para realizar paulatinamente dicha estrategia podemos, o debemos, caminar sobre dos vías:

- Esbozar una redistribución mundial: tomemos el caso de la repartición de cuotas de polución negociables que permite, en principio, conciliar equidad y eficacia. Para que haya justicia entre las naciones del mundo, la distribución debe hacerse en función de su población y no por su nivel actual de polución, lo que implicaría una redistribución importante en provecho de los países más pobres y, por ende, menos consumidores de energía, lo cual no es precisamente por benevolencia o caridad, sino por simple respeto de su derecho de acceso igualitario a los recursos de la atmósfera.
- Crear, expandir y reforzar - particularmente en su dimensión distributiva - agrupaciones multinacionales, tipo Unión Europea. Ciertamente, tales agrupaciones no están protegidas contra toda movilidad transnacional de las bases fiscales, pero en todo caso, si lo están en mayor medida que los pequeños Estados como Bélgica y, a

⁸ Un gobierno tiene menos posibilidad de ceder ante quien le amenaza con partir, si continúa beneficiándose de la actividad de éste, una vez que ha partido, y si no es el único beneficiario, mientras permanezca sobre su territorio.

fortiori, que los sub-Estados fiscalmente autónomos, tipo regiones belgas, donde la autonomía se ha reforzado recientemente⁹.

- 4.3.2. **Patriotismo.** La segunda estrategia es una rehabilitación del patriotismo, no estrictamente en todos los niveles ni por todos los medios, pero sí en todas las escalas del poder que dispongan de una capacidad redistributiva importante y por todos los medios, que no perjudiquen el objetivo último de la justicia como *maximín* sostenible. Me explico: está bien confiar en el advenimiento de una redistribución mundial y obrar en consecuencia, pero no nos arrullemos con ilusiones: no es para mañana.

Mientras eso sucede, lo esencial de las competencias redistributivas siguen situadas en un nivel más bien descentralizado y, por consiguiente, sometidas a la amenaza creíble del capital deslocalizado y del capital humano nacionales, de buscar lugares, donde la presión redistributiva sea menor, salvo que los que controlan la asignación de ese capital y de sus propias calificaciones no estén buscando simplemente el rendimiento neto más elevado, sino que le atribuyan cierta importancia a su anclaje en un territorio nacional (o infranacional o supranacional) y adhieran al proyecto de esa nación (o subnación o supranación), incluyendo su dimensión distributiva. “Es cierto, estas tasas son elevadas, la redistribución es importante, pero este es mi país, mi región, mi continente, y yo permanezco en él no a despecho de, sino, parcialmente, en razón de estos impuestos elevados y de la solidaridad que ellos permiten realizar”.

¿Es compatible esta estrategia con la primera? Lógicamente, es posible ser a la vez un buen patriota (en varios niveles) y un buen mundialista (es decir, partidario de una mundialización del poder democrático). Pero en lugar de disimular, hay que anticipar las tensiones que aparecerán. Menciono una: de un lado, las condiciones políticas de una redistribución transnacional importante a nivel mundial o europeo incluyen la existencia de una red de interacción multiforme, densa, que no es posible sin una lengua común, que será inevitablemente el inglés; de otro lado, la adhesión, el apego a una “patria”, servirá para conservar y fortalecer su identidad a través de la lengua y otros vínculos culturales. ¿Es posible, al mismo tiempo, reforzar drásticamente el rol de la *lingua franca* y proteger vigorosamente las lenguas nacionales? Yo creo que sí. Pero a largo plazo no será tan fácil, pues la *lingua franca* tenderá a difundirse cada vez más, gracias, principalmente, al fenómeno de la migración asimétrica del capital humano que ya mencioné antes.

9 Este argumento es desarrollado en Gérard Roland y al., “Autonomie régionale et solidarité: une alliance durable?”. En: *Autonomie, solidarité et coopération. Quelques enjeux du fédéralisme au 21e siècle*, Ph. Cattoir & al., eds., Bruxelles: Bruylant & Louvain-la-Neuve: Academia, 2001. p. 525 - 539.

4.4. ¡TODOS SOMOS “TALIBANES”!

Acabo de señalar cómo una forma de patriotismo puede tener sentido en una perspectiva indisolublemente universalista e individualista. He indicado, en otros términos, como la valorización de una comunidad, de su cultura, de su lengua, puede justificarse como instrumento de realización de la justicia como *maximin* sostenible, extendido a todos los miembros de la especie humana¹⁰. Quiero terminar mencionando, cómo los atentados del 11 de septiembre de 2001 y sus secuelas, me han llevado a preguntarme: ¿el lugar así propuesto a las comunidades nacionales y culturales, a los pueblos, en mi concepción de la justicia global es adecuado, o si en realidad no es necesario, después de todo, adoptar cualquier otra mirada que se aproxime más a la concepción de la justicia mundial como justicia entre pueblos, mencionada y descartada anteriormente?

4.4.1. **Reflexiones.** Supe del atentado del 11 de septiembre de 2001, cuando me preparaba para dictar una conferencia en Vancouver, desde donde debía dirigirme a New York el 13 de septiembre. Nunca llegué a New York y permanecí en Vancouver, encerrado 10 días en mi apartaestudio, con un televisor, delante del cual pasé más horas en una semana de las que habitualmente paso en un año.

Lo que refrescó mi reflexión sobre esta dimensión colectiva de la justicia mundial, no fue saber quién tenía el relato más explícito o evidente. No fue, por ejemplo, el gobernador del Estado de New York repitiendo orgullosamente lo que le había dicho un valiente bombero que regresaba del lugar donde sus colegas habían muerto: “¿Qué piensa usted? ¡Yo soy un newyorquino!”. Tampoco fue el decano de una escuela de negocios de Atlanta interrogado sobre la respuesta adecuada ante una caída eventual de la Bolsa de valores, quien respondió rápidamente: “¡Patriotismo! Compra americano o compra inglés. Sabemos quiénes son nuestros amigos...” NO. Fue más bien aquel musulmán africano, recostado al muro de una casa en ruinas de los suburbios de Nairobi e interrogado por un periodista de la BBC acerca de lo que pensaba de Osama Ben Laden. Sin sombra de duda, la respuesta fue: “¡Es un héroe!” ¿Por qué?

Una parte de la respuesta se encuentra, sin duda, en una secuencia de la entrevista a Ben Laden, anterior a ese 11 de septiembre y difundida por una cadena de televisión norteamericana. Allí, él explicaba su combate contra el régimen saudita, cebado y protegido por el gobierno y las compañías petroleras estadounidenses como contrapartida por la explotación,

10 Ver también, Philippe Van Parijs “Rawlsians, Christians and Patriots. Maximin justice and individual ethics”, *European Journal of Philosophy* 1 (3), 309-42, 1993; *Sauver la solidarité*. Paris: Cerf, 1995; “Hybrid Justice, Patriotism and Democracy. A Selective Reply”, *Real-Libertarianism Reassessed. Essays on Van Parijs* (A. Reeve & A. Williams eds.), London: Palgrave, en prensa, 2002.

para beneficio de los Estados Unidos de América, de la riqueza que podría ser utilizada en provecho de centenas de millones de musulmanes pobres. Pero ahí no está todavía la esencia de la respuesta a los por qué de ese “¡Él es un héroe!” y que los medios de comunicación mundiales habrían podido recoger de miles, incluso de millones, de otras voces, si pudieran, si osaran expresarse delante de ellos. Me parece más bien, que lo esencial debe buscarse en una analogía con la asombrosa afirmación sostenida en un artículo reciente de David Laitin, politólogo de *Stanford*, que yo pretendía discutir en mi cancelada reunión de New York.

- 4.4.2. **“Sons of the soil”**. Precisamente, y con relación a lo anterior, en un documento realizado con su colega de Chicago, James Fearon, Laitin, parte de constatar que la mayoría de rebeliones violentas contra la autoridad del Estado son llevadas a cabo por *sons of the soil*, es decir, “hijos del terruño”, de esas poblaciones autóctonas que hacen frente a una migración importante, unas veces espontánea, otras ocasiones organizada, proveniente de una parte del Estado étnicamente (y en general, lingüísticamente) distinta y que tiende a crear una nueva mayoría local, poco preocupada por asimilarse a la población original (especialmente por el aprendizaje de la lengua). Bajo formas más o menos agudas y en momentos más o menos desfasados, un buen número de los conflictos interétnicos que nos son más familiares - de Euskadi al Ulster, de Palestina a Kosovo, o en una variante ultraliviana, la reubicación forzada de la universidad que me emplea y la discusión sobre las “facilidades” lingüísticas en la periferia de Bruselas - son, entre otros, ejemplos de la misma estructura básica.

Los *boeing* contra las torres del *World Trade Center* son, en parte, la versión macrocósmica de los tirapiedras de la Intifada. Es la reacción desesperada de un grupo, de una fracción de la población, de una migaja de civilización, contra las amenazas que pesan sobre su modo de vida tradicional, sobre una parte esencial de su identidad. Es un coletazo rabioso contra la americanización, la homogenización del mundo - generalmente pacífica, pero invariablemente arrogante - debida a la poderosa combinación de los fajos de dólares y el estandarte de “la” civilización.

- 4.4.3. **Interpretación e interrogantes**. La anterior suscita al menos dos interrogantes. En el ámbito de los conflictos locales, la solución pacificadora, cuando no es muy tardía, pasa por fórmulas tales como: la puesta en marcha de un principio de territorialidad lingüística plenamente compatible con el libre movimiento de las personas y la libre elección de la lengua privada, pero con la exigencia de aprender la lengua para todos los que se instalan en un territorio. A medida que la movilidad transnacional deviene poco a poco, una posibilidad real para cada uno, es inconcebible que no se permita preservar las diferencias culturales, no sólo protegiendo

vigorosamente su idioma o estilo arquitectónico, sino también en otros aspectos, como el uso de vestuario o, incluso, el ejercicio público de la religión.

- ¿Dónde está el límite? ¿En un mundo “globalizado” no podemos dar a los Estados territorialmente definidos, la misma libertad que a las asociaciones voluntarias dentro de un Estado nacional? No, sin duda. Pero la protección legítima de comunidades culturales territorialmente definidas va, indudablemente, más allá de lo que un cosmopolitismo ingenuo le concede.
- El segundo interrogante es más fundamental: ¿es verdad que la protección de las culturas vulnerables es importante para la realización de un mundo justo, por la razón puramente instrumental sugerida a toda hora de que los patriotismos son necesarios para hacer viable una solidaridad intranacional generosa, en un mundo que todavía no ha podido llevar esta solidaridad al nivel planetario? ¿O bien, es por qué, después de todo, Rawls, tiene razón y la justicia mundial no es tanto un asunto de distribución de recursos y de posibilidades entre los individuos, como una cuestión de respeto entre los pueblos, de reconocimiento mutuo de sus valores?

Yo no creo que tenga que darse ese salto, puesto que si un orden mundial justo debe encargarse del derecho de las personas a la identidad y no sólo de la distribución equitativa de sus dotaciones, no es necesario darle a los pueblos, a las naciones, un rol fundamental, más allá del puramente instrumental.

4.4.4. **Una convicción extra, un poco provocadora.** Tras el anterior doble interrogante se perfila una convicción a la que necesito hacerle campo, al lado de las otras cuatro expresadas al comienzo, para articular una concepción de la justicia que sea pertinente, no sólo para una sociedad nacional relativamente homogénea, sino también para el mundo en su conjunto - y para sociedades plurinacionales -. Quiero formular esta convicción de la siguiente manera, un poco provocadora:

Ciertamente, todos nosotros somos newyorquinos puesto que no tenemos ninguna dificultad para identificarnos con las víctimas de los atentados y sus familiares. Cualquiera que sea la importancia que el saber perdonar tiene para la convivencia, ningún orden mundial justo podrá, por supuesto, tolerar la masacre impune de miles de inocentes.

También entonces, todos somos americanos en cuanto que igualmente somos beneficiarios de un orden mundial materialmente injusto que puede considerarse, parcialmente, objetivo de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Ningún orden mundial justo podrá eludir una redistribución masiva y recurrente de las riquezas producidas sobre la tierra.

Pero todos somos igualmente talibanes, no porque aprobemos, ni siquiera toleremos, todas sus prácticas, sino más bien, en el sentido restringido, en el modo que consideramos que el valor de una cultura, de una forma de vida y la importancia de preservar estos preceptos, no se mide por su capacidad de sobrevivir espontáneamente a los asaltos de un capitalismo mundializado (ni a los asaltos de los misiles que este financia). Ningún orden mundial justo podrá realizarse sin instituciones que protejan a las culturas que han llegado a ser vulnerables, por los efectos conjugados de las diversas facetas de la mundialización.

Para que la justicia sea posible, para que pueda realizarse algún día, no es necesario que el hecho de sentirse newyorquino implique las consecuencias represivas. Se trata más bien, de tener la honestidad de reconocerse americano y el coraje de proclamarse talibán, y sacar de ello, todas las respectivas consecuencias en cuestión de solidaridad material y cultural, sin ocultar que estos dos anhelos de solidaridad pueden llevarnos en direcciones opuestas. Ambas tienen comportamientos desiguales, la solidaridad material es más fácil de realizar duraderamente que la diversidad cultural, en particular la lingüística, pues las culturas y las lenguas más fuertes han venido avasallando a las más débiles.

BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOF, George A. (1982). Labor Contracts as Partial Gift Exchange. En: G.A. Akerlof, An Economic Theorist's Book of Tales. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.
- BADINTER, Elisabeth & BADINTER, Robert (1988). Condorcet. Un intellectuel en politique. Paris: Fayard.
- BALLESTREM, Karl Graf (ed., 2001). Internationale Gerechtigkeit. Opladen: Leske & Budrich.
- BARRY, Brian (2001). Culture and Equality. Cambridge: Polity Press.
- BEITZ, Charles R. (1979). Political Theory and International Relations. Princeton (NJ): Princeton University Press.
- COHEN, G.A. (1999). If You Are an Egalitarian, How Come You Are So Rich?_Cambridge (Mass.), Harvard University Press. [En castellano: Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico? Barcelona:Paidós, 2001.]
- DE SWAAN, Abram (2002). The Words of the World. Cambridge: Polity Press.
- FEARON, James D. & LAITIN, David D. (2001). Sons of the Soil, Immigrants and the State, Stanford University : Department of Political Science, 27p.
- MOELLENDORF, Darrel (2002). Cosmopolitan Justice. Boulder (Co): Westview Press.
- OECD (2001). International Mobility of the Highly Skilled. Paris: OECD.

- POGGE, Thomas (Pogge ed., 2001). Global Justice, special issue of *Metaphilosophy* 32 (1/2).
- RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1972. [En castellano: *Teoría de la justicia*, México: FCE, 1979.]
- _____ (1993). The Law of Peoples. *Critical Inquiry* 20, 36 - 68. [En castellano: *El derecho de gentes*, Madrid: Isegoría, N° 16, 1996, p. 5 -36.]
- _____ (2001). *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- ROLAND, Gérard; Vandeveld, Toon & VAN PARIJS, Philippe. *Autonomie régionale et solidarité: une alliance durable?.* En: *Autonomie, solidarité et coopération. Quelques enjeux du fédéralisme au 21e siècle*, Ph. Cattoir & al., eds., Bruxelles: Bruylant & Louvain-la-Neuve: Academia, 2001, p. 525-39.
- SEN, Amartya (1992). *Inequality Reexamined*. Oxford: Oxford University Press. [En castellano: *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid: Alianza. 1995.]
- _____ (1999). Global Justice. *Beyond International Equity.* En: *Global Public Goods* (Inge Kaul, Isabelle Grunberg & Marc A. Stern, eds.), Oxford University Press & UNDP, 116-125.
- SHAPIRO, Carl & STIGLITZ, Joseph E. (1984). Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device. En: G.A. Akerlof & Janet L. Yellen, eds., *Efficiency Wage Models of the Labor Market*: Cambridge University Press. 1986. p. 45 - 56.
- VAN PARIJS, Philippe (1991). *Qu'est-ce qu'une Société juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique*, Paris: Seuil. [En castellano: *¿Qué es una sociedad justa?* Barcelona: Ariel, 1993.]
- _____ (1993). Rawlsians, Christians and Patriots. *Maximin justice and individual ethics.* *European Journal of Philosophy* 1 (3), 309-42.
- _____ (1995a). *Real Freedom for All. What (if Anything) Can Justify Capitalism?* Oxford: Clarendon Press. [En castellano: *Libertad real para todos*. Barcelona: Piados. 1995.]
- _____ (1995b). *Sauver la solidarité*. Paris: Cerf.
- _____ (2000). The Ground Floor of the World. *On the Socio-Economic Consequences of Linguistic Globalisation.* En: *International Political Science Review* 21 (2), 217-233.
- _____ (2002). *Hybrid Justice, Patriotism and Democracy. A Selective Reply. Real-Libertarianism Reassessed. Essays on Van Parijs* (A. Reeve & A. Williams eds.), London: Palgrave, en prensa.

ENTENDIMIENTO INTERCULTURAL Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La Jurisdicción Especial Indígena - JEI, un reto de cooperación

Carlos Ariel Ruiz Sánchez¹

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política colombiana, en su artículo 246, dio vía libre a la Jurisdicción Especial Indígena - JEI, y desde el enunciado mismo, advierte una serie de tensiones relativas, por un lado, al reconocimiento de las diferencias y de las autonomías étnicas y, por el otro, al imperativo de conservar la unidad nacional.

De hecho, el artículo en mención señala que "...la Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional", dejando tamaño reto a una acción legislativa, que hasta ahora, pasada más de una década, no se ha logrado, quizás por la complejidad de las situaciones que cotidianamente se presentan entre las más de 84 etnias del país y las autoridades judiciales de la República.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que con relación a la JEI, la Constitución tiene efectos normativos y que, por lo mismo, es una realidad jurisdiccional, que como tal, debe observar los principios de competencia y complementariedad con las otras jurisdicciones. En tal sentido, la coordinación es una necesidad que en el ámbito de lo cotidiano y de lo local se ha venido abordando por los diferentes actores, de una manera a veces fluida, y en otras, de una forma traumática.

¹ Sociólogo, Funcop – Departamento del Cauca – Colombia.

La experiencia consultada por nosotros en este sentido, ha demostrado que el tema de la coordinación es en el fondo, y quizás antes que todo, un asunto de ENTENDIMIENTO INTERCULTURAL, que ciertamente implica asuntos como las representaciones recíprocas, la autonomía del juez, la posibilidad de construir sentencias motivadas, etc. Luego, la coordinación no se resuelve con la definición mecánica de competencias, ni mucho menos como algo meramente logístico y procedimental. Dicho en otros términos: la JEI, no es una preocupación exclusiva para los grupos indígenas.

En el actual contexto, este artículo está orientado entonces, a problematizar la dimensión ética de un auténtico esfuerzo de entendimiento intercultural, particularmente en materia de administración de justicia.

Se aborda así, el tema de las representaciones estereotipadas entre indígenas y no indígenas que históricamente han sido consagradas, e invita a la adopción de una perspectiva autocrítica, tanto por los sujetos étnicos, como por la ciudadanía en general (incluidos los jueces de la República), bajo el supuesto, que en esta última, se encuentran instaladas las valoraciones más costosas y difíciles de abordar.

En tal sentido, se propone que una adecuada interpretación de las claves de la persistencia étnica y una revaloración del concepto de "minoría", son condiciones fundamentales para que el diálogo intercultural se pueda dar en ámbitos cotidianos e inmediatos, como bien pueden ser los despachos y las decisiones judiciales.

2. ALGUNAS IDEAS LIBRES SOBRE EL ENTENDIMIENTO INTERCULTURAL

Después de leer y escribir muchas líneas sobre la multiculturalidad, es pertinente preguntarse si realmente comprendemos a profundidad tal asunto y si tal fenómeno no tiene que ver también con nuestra constitución anímica y mental, es decir, con nuestra intimidad.

Por ejemplo, se dice que el multiculturalismo es, desde cierto punto de vista, la coexistencia compleja y dinámica de distintas racionalidades, de diferentes cosmovisiones, de distintas maneras de vivir o, si se quiere, de construir el tiempo y el espacio; y que a su manera, cada cultura comporta su propia y singular noción de lo universal.

Pero aun así, la preocupación porque este conjunto de predicados se convierta en una edificante experiencia de alteridad y respeto, es algo a lo que no podemos renunciar, por lo menos en estas líneas.

2.1. EL MULTICULTURALISMO COMO EXPERIENCIA

Proponemos que el multiculturalismo debe ser ante todo una EXPERIENCIA, porque lo usual, lo intelectualmente más económico, es constatar la existencia del "otro" o la "otra", a partir de lo que nos pueda resultar más familiar y, por lo mismo, menos amenazante o riesgoso.

Sin embargo, no hay algo necesariamente perverso en este proceder e, incluso, se podría decir que en principio resulta inevitable como lo es también, por ejemplo, que ante un objeto caído del espacio, de propiedades físicas y químicas extrañas, lo nombremos instintivamente a partir del conjunto de certezas y posibilidades culturales y lingüísticas disponibles.

Decimos pues, que inscribir lo radicalmente distinto en el universo de lo propio es el expediente más íntimo del multiculturalismo, porque compromete las diferentes maneras como nos representamos el mundo para nombrarlo, evitarlo, sufrirlo o comunicarlo.

En efecto, esa necesidad ingénita de abstraer las unicidades y, a cambio, inferir generalidades o regularidades familiares, si bien parece exclusiva del racionalismo occidental, es, desde mi punto de vista, insoslayable en cualquier tipo de lenguaje humano.

Lo contrario, equivaldría a padecer el eterno retorno que sufrió Irineo Funes en su esquizofrénica obsesión de registrar todo en su absoluta e irrepetible singularidad, lo cual no es otra cosa que un antilenguaje.

De otro lado, el multiculturalismo visto como experiencia también implica la actitud mínima de aceptar lo insondable, o sea, la angustia de que a pesar de todo siempre habrán dimensiones vedadas, a las que eventualmente se tendrían acceso bajo la condición de dejar de ser o de desdoblarse en un juego fundacional de empatía.

2.2. DESDE LOS EJEMPLOS METAFÓRICOS...

Detengámonos un poco, para comprender metafóricamente lo dicho:

En alguna ocasión, de boca de un descendiente directo de la nobleza payanesa, residente por muchos años en la costa pacífica caucana, escuchamos la mejor definición de violencia aplicable a un contexto de intolerancia intercultural: sostiene que el hombre blanco, presa de sus afanes capitalistas, ataca la naturaleza a un ritmo que no es el suyo y que por lo tanto, no puede responder adecuadamente para perpetuarse o simplemente hacerse entender; y propone un ejercicio que evidentemente ha probado en la práctica: darle un hachazo, por día, a un árbol cualquiera, exactamente en el mismo punto para que éste tenga la oportunidad de responder dentro de los márgenes de su propio ritmo y tiempo. Asegura, que el árbol identificará, a su manera, la intensidad y el lugar del golpe y que de

una forma especialmente inteligente, desarrollará una costra tan dura, que hará inocua el hacha.

Pensando en el mismo principio, un amigo médico suele citar la metáfora del hombre y la montaña: desde la perspectiva del primero, la montaña no crece ni cambia, es decir, es siempre la misma desde que nace hasta que muere; pero desde la perspectiva de la segunda, el hombre es un ser pequeño y extraño que nace, crece y muere a una velocidad espectacular.

Luego, el asunto radica en los paradigmas con los que abordamos y nos representamos el "otro" distinto y viceversa, en los paradigmas con los que el "otro" nos mira o cree mirarnos.

Claro, muchos dirán que la única manera que tenemos los hombres de registrar los cambios de la montaña es a través de LA CULTURA, que ciertamente nos trasciende como seres de corta duración y nos ayuda a constatar la "frecuencia de onda" de fenómenos más prolongados, empíricamente imperceptibles y lentos; pero también es cierto que (la cultura) tiene sus propias limitaciones y que en un ejercicio de auténtico entendimiento intercultural, tienen que ser confrontadas. Veamos:

2.3. UN ENCUENTRO QUE IMPLICA UNA RESIGNIFICACIÓN PERMANENTE DE LO PROPIO Y DE LO DISTINTO...

A través de la cultura, las comunidades andinas han podido no solo constatar, sino también interiorizar como una realidad estructurante de su quehacer, el hecho de que algunos fenómenos de la naturaleza o del universo se presenten cada cientos o miles de años, y ciertamente, cuentan con mayores y mejores dispositivos para responder cuando el evento se presenta, muchas veces con efectos catastróficos, como son los terremotos o las avalanchas. En este sentido, la cultura salva vidas y nos hace dignos pasajeros del universo.

Pero por otro lado, la cultura falsea, en el sentido de que cada realidad es recreada mediante unas figuras que poco o nada tienen que ver con su naturaleza, ¿o cómo explicar el valor simbólico del agua para los cristianos, si dicho elemento como tal, no contiene ninguna propiedad intrínseca que obligue a adoptar dicha representación?

Esta tensión inherente a la cultura, abre un segundo expediente a nuestro asunto del pluralismo cultural y, adicionalmente, le incorpora unos ingredientes de enorme sutileza, porque en un contexto de interacciones positivas y negativas (de las culturas), la vitalidad de una suele depender de la manera como las otras hayan sido representadas.

Si aceptamos pues, que el multiculturalismo no es la coexistencia pasiva de archipiélagos independientes e incommunicados, también debemos aceptar que asimetrías como las que solemos observar con la naturaleza, se presentan cuando

dos o más universos culturales se encuentran, y dicho encuentro implica una resignificación permanente de lo propio y de lo distinto.

Por su puesto, los “contactos” culturales no se dan en el vacío, ni mucho menos son una mera experiencia espiritual. Por el contrario, constituyen una dinámica irregular operada por interpuesta mediación de hombres y mujeres, de carne y hueso, y bajo múltiples situaciones complejas y concretas.

Ahora sí, de lo dicho hasta acá, podemos aventurar las siguiente proposiciones:

- **Las representaciones recíprocas que unas culturas tienen de las otras:** no constituyen un hecho pensado u orientado de manera caprichosa; y en tanto son realidades culturales, se inscriben en una historicidad de una gramática similar a la que se tiene de eventos lentos y prolongados del universo.

Tales “representaciones”, si bien regulan los contactos, por moverse en un mundo de imágenes fijas y estereotipadas, también pueden acartonar las relaciones y disminuir posibilidades auténticamente creativas e innovadoras en las interacciones.

Es igualmente cierto, que las diferencias culturales con todo su peso histórico, son tramitadas en ámbitos subjetivos, interpersonales, grupales, locales, con amplia discrecionalidad y hasta disidencia, generando un efecto renovador y conflictivo.

A nuestra manera de ver, el entendimiento intercultural debe abordarse, justamente, aprovechando estos fueros inmediatos e interactivos donde el aporte específico de cada cultura pone a prueba su utilidad y alcances, y por fuerza, son ponderados por factores éticos, morales políticos, caprichosos y circunstanciales de los actores específicos involucrados.

- Para efecto de darle a la cultura su justa medida, proponemos el siguiente corolario:
 - o No todo lo consagrado por la cultura es políticamente favorable.
 - o No todo es cultural ni obedece a unas supuestas pautas preestablecidas, que dotan de sentido todo cuanto sucede y existe.
 - o La cultura estructura hábitos, disposiciones mentales, sensibilidades y, en pocas palabras, se encarna y genera su propia corporalidad.

2.4. LAS REPRESENTACIONES ENTRE INDÍGENAS Y LOS NO INDÍGENAS

Queremos reseñar algunas experiencias, que por lo menos, a nosotros, nos han demostrando la vigencia y el efecto estructurante de las representaciones entre indígenas y los no indígenas.

- **En alguno, de tantos seminarios realizados con jueces del Cauca, un funcionario del sur del departamento, con ademanes de suficiencia y autoridad intelectual, hizo un razonamiento, que más o menos rezó así:**

El Cauca es un departamento atrasado si se compara con los departamentos vecinos, porque hay comunidades indígenas que recuperan tierras, ¡ y las mejores tierras ! para dejarlas enmontar...

Los indígenas no trabajan, no producen y además de todo, no pagan impuestos y el Estado tiene que transferir parte de los ingresos corrientes de la nación... (sic)

Ante lo cual otro asistente respondió:

No es cierto,... los indígenas viven mejor que nosotros y en muchos aspectos hasta nos pueden dar ejemplo. Respetan la vida de los animales y de las plantas y hasta se matan menos que nosotros... (sic)

Y, justo antes de que se armara una altisonante discusión, una voz del fondo del auditorio preguntó:

...y los indígenas que siembran amapola o que se van para la guerrilla o acaban con las reservas naturales... ¿qué?

Al final, no hubo conclusión posible, pero vista retrospectivamente la experiencia, deja claro, primero, que en el fondo subyace una tendencia a dicotomizar, es decir, a representarse el mundo en polaridades de opuestos; y segundo, que por una suerte de economía mental, algunas observaciones muy particulares hechas en casos igualmente circunstanciales, son aplicadas por extensión a todo el universo de lo indígena.

- **No pasa algo radicalmente distinto del lado de los indígenas, con relación a lo blanco o lo mestizo:** en una visita a varios poblados del río Atrato, en el departamento del Chocó, además de lo exuberante que pueda resultar la naturaleza y, en general, lo ritmos de todo cuanto allí sucede, pudimos constatar que algunos indígenas se representan al "otro" de una manera anacrónica.

Particularmente, al afro descendiente, lo continúan llamando "libre"; denominación que muy seguramente tiene su origen en aquella época, cuando los esclavos negros obtuvieron su libertad, y su uso contemporáneo permite suponer que los cambios desde entonces ocurridos, no han sido claramente incorporados en el acervo de las posibilidades de representación.

De otro lado, entre la comunidad de los Páez de Tierradentro sucede algo análogo. Para ellos, el diablo es blanco o negro y habita en el centro del volcán del nevado del Huila, desde donde ejerce todo tipo de acciones como asustar, raptar, generar suciedad, ocasionar conflictos, etc.

En este orden de ideas, el contacto con la sociedad blanca es comúnmente considerado fuente de desequilibrios, tales como la violencia, la inseguridad, la aparición de enfermedades llegaderas o la pérdida de territorio; y en consecuencia, tienden a actuar de una manera reactiva y reservada en presencia de todo aquello que la simbolice.

Y así, es habitual escuchar toda suerte de calificativos entre unos y otros, que más allá de lo moral o lo ético, inciden directamente en la calidad de las relaciones interculturales.

- **Para un mejor análisis de lo anteriormente descrito, veamos de una manera esquemática, los calificativos recíprocos que más hemos escuchado:**

Representaciones del indígena por los NO indígenas	Representaciones de los No indígenas por los indígenas
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Son pobres. ▪ Son desaseados, no se bañan. ▪ Son agazapados y mojigatos. ▪ Son humildes y sumisos. ▪ Son perezosos, no trabajan. ▪ No disfrutan el placer sexual. ▪ Se han acostumbrado a pedir. ▪ Son bebedores de licor. ▪ Son brujos y hacen maleficios. ▪ Son bravos y agresivos. ▪ Son malos padres porque descuidan a los hijos. ▪ Son depredadores de la naturaleza. ▪ Son sabios y filósofos. ▪ Son trabajadores. ▪ Son guardianes de la naturaleza y conocedores de sus secretos. ▪ Son solidarios. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Son mentirosos. ▪ Son “quitatierras”. ▪ Son como el viento: van y vienen sin territorio. ▪ No son solidarios. ▪ No respetan la naturaleza. ▪ Son interesados. ▪ Son “matagente”. ▪ Poseen conocimientos necesarios y útiles. ▪ Dan protección y apoyo (algunos sectores). ▪ No son espirituales en su vínculo con la naturaleza.

Como se dijo antes, ambos tipos de representaciones tienen la cualidad de no ser absolutas y, por el contrario, la intensidad relativa de una u otra depende de experiencias singulares y de los agentes específicos que estén siendo así pensados.

Ahora bien, en aras de la justicia, conviene señalar que tales representaciones, en diversos contextos, tienden a relajarse por efecto de un nuevo tipo de relaciones propensas al entendimiento intercultural.

Constatar de manera creativa la diferencia, supone, en conclusión, un doble ejercicio: por un lado, un esfuerzo autocrítico por identificar los sesgos en las representaciones y, por el otro, la adopción de una racionalidad pragmática cifrada en una ética mínima, proclive a la construcción de consensos.

3. NOTAS SOBRE LA PERSISTENCIA INDÍGENA Y LA MULTIETNICIDAD EN COLOMBIA

3.1. UNA TERQUEDAD MARAVILLOSA PARA UN TESTIMONIO VIVIENTE

Después de más de 500 años de la llegada de los españoles a estas tierras, lo indígena persiste gracias a una terquedad maravillosa que muy meridianamente alcanzamos a comprender.

Han pasado múltiples campañas de exterminio, negación e invisibilización y, sin embargo, hoy se calcula que en América Latina hay más de 400 grupos diferentes y alrededor de 30 millones de indígenas, de los cuales, en Colombia, hay más de 84 grupos y casi un millón de personas.

Hecho este balance, podemos decir que los indígenas son un testimonio viviente de una cadena, casi que ininterrumpida, de violaciones a los Derechos Humanos, desde mucho antes que éstos fueran reconocidos y proclamados a mediados del presente siglo. Lo paradójico es, que por responder históricamente a la conmoción de dos guerras mundiales, los referentes valorativos y filosóficos de tales derechos no dieran clara cuenta de los etnocidios americanos, que ciertamente arrasaron con la vida de más pueblos y más personas.

La cuestión indígena en Colombia, como en todos los países de Latinoamérica, no es otra cosa que un testimonio fehaciente de la capacidad histórica de resistencia y adaptación de los primeros pobladores de estas tierras en contra de las diferentes, pero continuas campañas de desconocimiento y exterminio a las que fueron sometidos, desde prácticamente, el primer contacto con la cultura occidental.

Para que nos hagamos a una mejor idea de lo que acabamos de afirmar, consideremos estos estimativos:

- Se calcula que en el momento de la época de la Conquista, la población nativa asentada en las tierras que hoy corresponden a Colombia, era de 6 a 10 millones de habitantes (Pineda Camacho: 1995).
- A finales del siglo XVIII, la población era predominantemente blanca o mestiza (80%) y los indígenas, efectivamente constituían una minoría (15%) junto con la población negra que apenas alcanzaba un 5% (Francisco Silvestre, citado por Jaramillo 1994: 165).
- Hoy, en cambio, la proporción desde el punto de vista demográfico, es sin duda, más aplastante, pues se calcula que en el escenario más optimista la población indígena no alcanza el 3% del total nacional.

Por su puesto, este fenómeno no se explica por sí mismo, ni mucho menos es producto de algún tipo de "selección natural" o "comportamiento evolucionista",

como todavía muchos quisieran creer. Más bien, es la resultante de una conjunción de circunstancias adversas (algunas deliberadas y otras no) que, como lo señaló Germán Colmenares (1987), terminaron por erosionar las estructuras sobre las que reposaba la existencia física y cultural de tales sociedades, ya que como bien lo anotó, desde el nivel biológico hasta el nivel ideológico, pasando por las relaciones de parentesco, los sistemas económicos y las estructuras sociales y políticas se vieron abiertamente comprometidas.

En este marco, ser indígena en Colombia no es un asunto baladí ni circunstancial que podamos despachar con rituales formalistas. Por el contrario, desde nuestro particular punto de vista es una de las varias formas como se resume nuestra historia como nación, en tanto que en la persistencia, a veces agónica, de lo indígena, como en la desaparición de muchas culturas tradicionales, ha quedado la impronta de los elementos que más pueden estar definiendo nuestra colombianidad. De ahí, que la preocupación por lo étnico no deba ser algo exclusivo de los pueblos indígenas, es decir, que del futuro de la multiétnicidad depende parte de nuestra viabilidad como sociedad.

3.2. DE LA PERSISTENCIA DE LOS INDÍGENAS EN COLOMBIA

Algunas definiciones de pueblos indígenas como la que incorpora el proyecto de “Declaración Interamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas”, proponen la “continuidad histórica con sociedades que existieron antes de la conquista y establecimiento de los europeos en sus territorios” (subrayado fuera del original), como una de las variables más definitivas a la hora de establecer la calidad de indígena de una comunidad determinada.

Así las cosas, la multiétnicidad que hoy constatamos en Colombia es el resultado de unas continuidades que se hicieron posibles gracias a toda una serie de circunstancias, cuyo peso relativo debe ser analizado con relación a las singularidades de cada caso.

En este artículo solo nos atrevemos a enunciarlas de manera muy genérica, con el único fin de argumentar la siguiente proposición: **las especificidades de cada grupo étnico están dadas, no sólo por el acervo cultural que conserve, sino también por el contexto de relaciones históricas del que ha participado y en el cual han construido la noción de su propia diferencia y hecha efectiva su particular continuidad.**

En concreto: ¿cómo explicar, que no obstante el catastrófico encuentro con los europeos, varios pueblos indígenas no hayan desaparecido?

A riesgo de incurrir en las limitaciones de todo análisis esquemático, ponemos a consideración las siguientes razones:

- Temprana resistencia armada a cualquier forma de sometimiento. Dice Colmenares: “...los grupos que mantuvieron una guerra secular con los españoles,

estuvieron mejor preservados que los que sufrieron una explotación rutinaria" (1987. P. 20). Así, la representación del blanco como un enemigo común habilitó en más de una ocasión sentimientos beligerantes y transculturales entre distintos pueblos, al punto de relajar las diferencias recíprocas preexistentes y propiciar múltiples formas de alianza y fusión interétnicas, que ciertamente, permiten explicar la esencia pluricultural de varios pueblos indígenas altamente preservados como, por ejemplo, los Páez.

- Repliegue sistemático a zonas inhóspitas en donde pudieran evitar el contacto con el blanco, consagrando de paso, un relativo aislamiento como condición para persistir en el tiempo. De esta manera, se configuraron unos límites culturales fuertemente vinculados a fronteras naturales, que hasta hoy en día, se logran conservar pese a ser una significativa minoría en el universo de lo indígena. Es más exactamente, el caso de grupos selváticos y de algunas serranías.
- Implantación de alianzas militares y económicas con el blanco para ganar posiciones ante enemigos y, de paso, evitar ser el centro de las campañas de exterminio y saqueo a las que finalmente, la mayoría de las comunidades, fueron sometidas.
- Adopción y apropiación de las instituciones de origen español para recrear tradiciones profundas, bajo unas formas, que de algún modo, implicaran aceptación, reconocimiento y una cierta tranquilidad. Sucedió particularmente con la figura del cabildo y con variados rituales de origen cristiano. Este tipo de experiencias, generaron una aparente afinidad con el sistema hegemónico, que además de reportar utilidades pragmáticas como el otorgamiento de tierras o de cuotas de poder burocrático, facilitó la interiorización efectiva de principios occidentales y la refuncionalización de los mismos a favor de dinámicas propiamente étnicas.
- Reedición permanente de diferentes tipos de pensamientos históricos, gracias a los cuales, conservan nociones movilizadoras de proceso y continuidad (histórica), es decir, consensos, mitos fundacionales y la sensación de poseer un origen único.

Desde estos puntos de vista, se puede concluir que la persistencia étnica, aun al interior de cada grupo, se ha hecho posible gracias a la capacidad de adaptación y a la capacidad de refundar consensos, en medio, y gracias a una pluralidad constitutiva.

3.3. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD INDÍGENA: PARA COMPRENDER EL CONCEPTO DE "MINORÍA"

La diversidad cultural y étnica que la Constitución Política colombiana reconoce en su artículo 7°, resume, tanto el principio de justeza como el de un elemental

realismo, si se tiene en cuenta que los más de 84 grupos indígenas, considerados por muchos como “minorías étnicas”, configuran una compleja y dinámica realidad de incuestionable trascendencia social, económica, política y cultural, al punto que lo que hoy podamos estar percibiendo como la multiculturalidad nacional, está en buena medida atravesado precisamente por lo indígena.

Establecer la real proporción demográfica de los indígenas en Colombia, no ha sido una tarea fácil, si se tiene en cuenta, por ejemplo, las dificultades prácticas y conceptuales para diferenciar a alguien que no es indígena de uno que sí lo es, particularmente en regiones que además de acusar un elevado mestizaje, son escenarios de una intensa dinámica de contactos interculturales, en virtud de lo cual, las diferencias se relajan y pasan a ser una preocupación individual e, incluso, una opción política.

De igual manera, los censos realizados en distintos momentos, solo dan cuenta de la población indígena asentada en espacios territoriales rurales específicos (resguardos, comunidades civiles y territorios ancestrales), amparada bajo sistemas tradicionales de organización, dejando de registrar como tales, a las familias que por múltiples razones se han desplazado a las ciudades capitales o a territorios y fronteras de difícil acceso.

No obstante, y solo con un criterio estrictamente ilustrativo, podemos señalar que la población indígena del país se encuentra entre los 800 mil y un millón de habitantes, si nos atenemos a que su participación porcentual (del 2%), desde el censo de 1993, se ha mantenido invariable hasta la actualidad. Incluso, puede haber tenido un ligero crecimiento si aceptamos como cierto que las tasas de mortalidad infantil han disminuido y la esperanza de vida se ha ampliado como consecuencia, entre otras cosas, por los programas de promoción, prevención y atención de la salud, que desde entonces se han implantado.

Cabe decir, que si bien desde el punto de vista aritmético, los indígenas constituyen efectivamente una “minoría”, este concepto amerita de una mayor ponderación a partir de consideraciones como las siguientes:

- **La presencia en el territorio nacional:** los más de 84 grupos étnicos distintos, se encuentran localizados en por lo menos 190 municipios, en 27 de los 32 departamentos de Colombia.
- **La participación demográfica:** en varios de esos municipios y departamentos, los indígenas tienen una muy significativa participación demográfica, al punto de constituirse en auténticas mayorías. Es el caso de los departamentos de Guainía, donde alcanzan a ser el 98,7%; en Vichada, representan el 90,5% de la población; en Vaupés, son el 51,7%; en la Guajira, alcanzan el 37,8%; en Amazonas, son el 30,3%; y en el Cauca, el 14,6% (Pineda, 1995: 25). Algo similar sucede con el control territorial y con los sistemas de propiedad.

- **Los sistemas de propiedad y de control territorial:** según estimativos realizados en 1993, el 80% de la población indígena de entonces (482.958), poseía 408 resguardos legalmente constituidos, que juntos, sumaban una extensión de 27 millones, 621.257 hectáreas; mientras que el 6,7% (40.298) estaban localizados en comunidades civiles y el 7% (42.259) correspondían a poseedores individuales. De acuerdo con estas cifras, es lícito concluir que no menos del 15,5% del territorio nacional², corresponde a espacios poseídos legalmente por las comunidades indígenas del país, lo cual no las convierte en “terratenientes”, si se tiene en cuenta la calidad de las tierras, su fragilidad ambiental y, claro está, los patrones tradicionales de uso y manejo del suelo.
- **Las dinámicas de ampliación territorial y de reindigenización:** concomitante a los procesos de recuperación y de afirmación étnica iniciados en la década del 70, las comunidades indígenas han logrado ampliar sus fronteras territoriales mediante estrategias, que van desde las vías de hecho (recuperaciones) hasta la tramitación institucional ante el Incora, e incluso, la compra directa de propiedades sobre las cuales tengan algún interés, valiéndose en todos los casos, de la reproducción de la figura del “Resguardo”. Es así, como en 1986, pasaron de tener 73 resguardos a 151 en 1982, para luego ascender a 408 en 1993 y 534 en 1998 (Gómez, 2000)³.

Naturalmente, este proceso no ha sido fácil, pero no hay duda que ha sido bajo este contexto que las comunidades indígenas del país han logrado, primero, ampliar sus posibilidades colectivas de vida en tanto acceden al control autónomo de la base material necesaria para su reproducción; segundo, configuran claros proyectos territoriales, que de hecho, observan una lógica política distinta a otros proyectos también territoriales de, por ejemplo, el Estado, algunos grupos armados ilegales, algunas dinámicas económicas, etc.; tercero, han logrado un evidente empoderamiento ante sí y ante la sociedad nacional, como lo demuestra su capacidad de presión y negociación política, la unidad nacional del movimiento indígena, el protagonismo de más de 30 organizaciones regionales, el acceso a corporaciones de representación popular en todos los niveles (municipal, departamental y nacional), etc.

Con relación a la llamada “reindigenización”, desde el decenio del 80, estamos asistiendo a un fenómeno complementario de distintas comunidades rurales, que después de prolongados períodos de asimilación a la cultura mayoritaria, decidieron autoreconocerse como indígenas a pesar de la discontinuidad histórica que acusan (o sea, la desaparición como grupo claramente diferenciado)

2 El área total de territorio nacional es de 1.141.748 millones de km² (Diccionario Enciclopédico Océano, 1998), que equivalen a 178´398.125 hectáreas.

3 El Consejo Regional Indígena del Cauca - CRIC, por ejemplo, reconoce públicamente, que desde 1971, han recuperado más de 120 mil hectáreas (Plegable del candidato al senado, José Domingo Caldón, 2002).

y la consecuente pérdida de buena parte de su patrimonio cultural. Son casos en los que la identidad se construye o reconstruye a partir de la invocación de un ascendiente indígena y de la elaboración discursiva de reivindicaciones, intereses políticos, búsqueda de reconocimiento, propósitos colectivos y hasta de un cierto afán por instrumentalizar la condición de indígena.

Lo cierto es, que por esta vía, el panorama de lo étnico se ha tornado aun más complejo y si se quiere inestable, pues no siempre resulta fácil para los estudiosos o para las instituciones, establecer el número exacto de los grupos indígenas o los criterios para reconocerlos como tales.

- **El control étnico de ecosistemas estratégicos:** una muy buena parte de los territorios indígenas, se corresponden con ecosistemas estratégicos para la sostenibilidad del desarrollo nacional, tales como la selva amazónica, el Chocó biogeográfico, páramos y subpáramos, por lo menos 10 parques nacionales (Rummenhoeller, 1995), zonas de amortiguamiento, sierras nevadas, desiertos tropicales, etc.; y todos, sin excepción, han sido objeto de prácticas tradicionales de aprovechamiento de los recursos naturales disponibles, bajo unos modelos culturales que en los planos legal y político, permiten considerar la propiedad colectiva de los mismos como una condición *sine qua* para la persistencia de los distintos grupos étnicos. De otro lado, esta superposición plantea una tensión adicional relacionada con las normas ambientales de la nación y aquellas que las comunidades indígenas tienen consagradas.

Como lo señala Klaus Rummenhoeller, no existe una normatividad explícita que señale si el derecho de las poblaciones indígenas prevalece o no, sobre el que pudiera alegar las instituciones encargadas de velar por la conservación de la naturaleza; tampoco existe claridad sobre qué hacer cuando las comunidades indígenas, en desarrollo de sus funciones jurisdiccionales, lleguen a implementar unas normas contrarias a las del Estado en materia del control y acceso a los recursos naturales...⁴

- **La correlación entre territorios étnicos y la conflictividad nacional:** quizás, por razones ya expuestas, los territorios indígenas son escenarios de una serie de fenómenos altamente complejos, que en buena medida, pueden ser explicados por el valor geoestratégico que adquieren en una situación de guerra como la que hoy vive el país; la importancia de los riquezas naturales (naturales y no naturales, energéticos y genéticos) que allí se encuentran, o simplemente, por las condiciones ambientales y geográficas que terminan siendo favorables para la instauración de cultivos de uso ilícito, el tráfico de armas, la presencia de grupos armados y otra serie de realidades, que por sus capacidades de persuasión o coacción terminan comprometiendo las ba-

4 Ruiz S., Carlos Ariel. Donde estemos, estamos con el pensamiento propio. RJCTC –FUNCOP - AESCO. Popayán: 2001. p. 59 – 60.

ses mismas de la identidad étnica, colocando de paso a las comunidades justo en el centro de aquellos temas más sensibles para la seguridad y la soberanía nacionales. Al respecto, ya hemos dicho lo siguiente:

...lo que aquí nos interesa subrayar, es que las comunidades indígenas han dado cuenta de unas realidades complejas con unos estilos heterodoxos que, a veces, poco se compadecen de las promovidas por el Estado y que en este sentido y en determinados contextos, las prácticas judiciales étnicas pueden ser sino solidarias, al menos funcionales a la reproducción de fenómenos que abiertamente atentan contra la integración, la soberanía y la seguridad nacional. Más exactamente, hablamos de casos en los que algunas autoridades indígenas invocan el poder de grupos armados; o casos en los que se logra disminuir la violencia y el consumo de alcohol, sin afectar ni cuestionar la estructura de las economías ilícitas que los suelen desencadenar.⁵

- **La megadiversidad lingüística:** en contraste con el monismo lingüístico que durante tantos años se quiso imponer con la adopción oficial del idioma español, so pretexto de garantizar la unidad nacional, en el país, estudiosos como Landaburo, han identificado 64 lenguas distintas⁶ (citado por Pineda, 1995) que con la Constitución de 1991 alcanzaron el reconocimiento y la valoración como idiomas “oficiales” en las respectivas comunidades. Hablamos entonces, de maneras radicalmente distintas de representarse el mundo, de nombrarlo y de comunicarlo, mediante las posibilidades exclusivas de la oralidad y de una historicidad tan profunda como la del castellano. Ahora bien, se trata de una diversidad lingüística con notables contrastes en cuanto a su cobertura y vitalidad, pues así como algunas solo comprometen a un número reducido de sujetos o se encuentran prácticamente desaparecidas, otras en cambio, son habladas por grandes conglomerados humanos e, incluso, han comenzado a transitar en los últimos 30 años hacia la lecto - escritura.
- **La vigencia de distintos sistemas de control social y de justicia étnica:** sin que podamos hablar de sistemas jurídicos claramente deslindados de lo social, lo mítico, lo religioso y lo económico, es una realidad que los pueblos indígenas poseen unos sistemas de regulación que no necesariamente se corresponden con los establecidos por el Estado para todos los nacionales, y que de hecho, encarnan nociones y unas prácticas de justicia también distintas y hasta contradictorias, pero de enorme efecto estructurador para múltiples sujetos y para el control de las territorialidades.

Dicho en otros términos, la multienicidad en Colombia también configura un panorama palpitante de pluralismo jurídico, cuyo tratamiento es, y seguirá

5 Ibid. Pág. 60 - 61

6 Las 64 lenguas indígenas, han sido clasificadas por Landaburo, en 18 estirpes lingüísticas de cuatro (4) tipos: estirpes de proyección continental, estirpes de proyección regional, estirpes de proyección local y estirpes de lengua única.

siendo por mucho tiempo, una cuestión litigiosa para los grupos étnicos, para el Estado y algunos sectores de la llamada “Sociedad Nacional”. De momento, basta señalar que dicho pluralismo está dado, no solo entre el Estado y los indígenas (como si éstos fueran una realidad unívoca), sino también entre los grupos étnicos que interactúan recíprocamente, con distintos referentes de lo justo o lo conveniente.

Precisamente, Carlos César Perafán (1995), en un esfuerzo algo osado de clasificación de los “sistemas múltiples de solución de conflictos”, estableció cuatro (4) modelos propiamente indígenas: uno, **segmentario**, caracterizado por “la aparición de autoridades, dependiendo de la posición de las partes en un conflicto”; dos, **de autoridades comunales permanentes**, que como el mismo nombre lo indica, están organizadas de una manera centralizada; tres, **el sistema religioso**, detentado por autoridades mágicas o de clara mediación con lo trascendente; y cuatro, **el sistema de compensación directa**, que involucra a los grupos a los cuales pertenecen los sujetos activos de un determinado conflicto, con el fin de resarcir daños y establecer determinados equilibrios.

Para tener una mejor apreciación de lo que implica el pluralismo jurídico en términos de lo indígena, veamos el siguiente cuadro comparativo:

CUADRO 1
DIFERENCIAS Y CONTRASTES ENTRE LAS JUSTICIAS INDÍGENAS
Y LA JUSTICIA NACIONAL

LAS JUSTICIAS INDÍGENAS	LA JUSTICIA NACIONAL
Consagran la convivencia comunitaria y los sentidos de pertenencia colectiva, aun en detrimento ocasional de ciertas garantías individuales.	Consagra la persona como unidad básica para la realización de la justicia.
Observan unas coherencias no racionales ni razonables, de tal suerte que los procedimientos para construir conclusiones, son en buena parte de orden mágico, religioso o mítico.	Observa unas coherencias de orden argumentativo, racional y formal.
Hacen parte integral y constitutiva de otras dimensiones de la vida, tales como la economía, el idioma, la educación. No son entonces, una esfera escindida o especializada.	Es un sistema especializado y autonomizado, es decir, que se autorreferencia así mismo, producto del principio democrático de la división de poderes.
Los principios y valores consagrados no siempre resultan evidentes, pues suelen guardar una estrecha relación con prácticas específicas consagradas por la tradición.	Invoca un serie de principios abstractos, asequibles mediante el adecuado uso del pensamiento, que de hecho, es único y universal.

LAS JUSTICIAS INDÍGENAS	LA JUSTICIA NACIONAL
Se recrean en la experiencia subjetiva y cotidiana de saberse parte de un todo comunitario, cohesionado, entre otras cosas, por fuertes lazos culturales, de tal forma que el cumplimiento de las normas no es simplemente un asunto de obediencia o de temor al castigo, sino de convivencia y consentimiento con lo establecido.	Se apuntala en aparatos especializados y coercitivos, que a la postre administran el temor al castigo o a la represión.
Las normas no se experimentan necesariamente como una externalidad, pues encuentran una fuerte congruencia con la estructura moral de los sujetos, en virtud al grado de interiorización en la configuración anímica y psicológica de los mismos.	Las normas se experimentan como una externalidad, comúnmente asociada a aparatos represivos y frente a la cual es posible, y hasta deseable, la evasión o el manejo instrumental.
Son en extremo intersubjetivas y emotivas, casuísticas y variables, en tanto mueven y rediseñan su universalidad para dar cuenta de singularidades ocasionales. En tal sentido, no siempre se mueven en el ámbito de lo empírico o constatable.	Consagra los principios de la universalidad, la estabilidad (seguridad) y la objetividad.
Los conflictos y, en general, los litigios, suelen ser usufructuados comunitariamente, desprendiéndose de la obsesión burocrática de resolverlos en tiempos definidos.	La situación litigiosa es el ámbito dentro del cual se realiza la justicia, tomada en un sentido jurídico y administrativo como la emisión de fallos, el levantamiento de actas, etc.
El sentido de proporcionalidad en los procesos y en las decisiones se construye con relación a cada caso, es decir, las circunstancias, la calidad de los sujetos involucrados, el estado anímico del grupo. Por lo tanto, casos formalmente idénticos suelen ser abordados y resueltos de manera distinta.	La proporcionalidad de los fallos está predefinida en códigos específicos, según sea la similitud o asimilación de los casos concretos a los casos ideales previstos en las leyes.
Los sistemas de autoridad sobre los cuales se apuntalan las prácticas de justicia étnica no siempre son de naturaleza democrática y las fuentes de legitimidad son tan variadas como los sistemas mismos.	Se presume que la legitimidad de la justicia descansa en el sistema democrático de organización de la autoridad, comúnmente percibido como algo lejano y abstracto.

En consecuencia, el concepto de “minoría” adquiere otra dimensión, porque no asistimos a un mero hecho estadístico, sino a una realidad social, económica, cultural y política, con un peso específico creciente y que, adicionalmente, se ha nutrido y tiene puestas todas las posibilidades de seguir existiendo virtualmente sobre las mismas bases que la nación ha consagrado como los patrimonios más valiosos; de ahí, que las tensiones entre el efectivo reconocimiento de la pluralidad y los imperativos homogeneizantes de la democracia, sean mucho más que un capricho intelectual.

Analicemos entonces, cómo se traduce esta inquietud en el escenario de la justicia.

4. EL PLURALISMO JURÍDICO CON RELACION A LA DIVERSIDAD ÉTNICA

El pluralismo jurídico es una consecuencia inevitable del multiculturalismo. Sin embargo, observa una especificidad no menos insoslayable que aquí queremos abordar con relación a las prácticas indígenas de justicia y el sistema judicial nacional.

El derecho interno de las comunidades indígenas tiene la capacidad de replantear, como pocos, las bases de un modelo de convivencia democrática, las formas de integración nacional, las políticas de seguridad, entre otros aspectos.

De otro lado, si bien el pluralismo jurídico ha dejado claro que en un mismo territorio pueden coexistir distintos sistemas jurídicos y, por lo tanto, distintas nociones operantes de justicia, cada una invocando sus propios principios de legitimación, no podemos adoptar un rasero común para establecer cual es más efectiva o completa. Hacerlo, implicaría el riesgo de una sutil pero odiosa intolerancia.

Desde nuestro particular punto de vista y experiencia, lo más consecuente es la construcción de unos consensos interculturales sobre el ideal de lo justo, al igual que valorar cada sistema desde sus propias premisas y búsquedas con el consecuente reto metodológico de realizar una estricta interpretación comprensiva de aquellas formas de justicia distintas a la estatal.

En efecto, existen “justicias” que no son de origen humano. La mayoría son informales y casuísticas en extremo, no observan ningún principio sustantivo o procesal relacionado deliberadamente con los Derechos Humanos, ni siquiera son verbalizables, y, muchas, están encarnadas en distintas prácticas concretas, pero para distintos sectores sociales, son tanto o más legítimas que la que ofrece el Estado.

Creemos que las tensiones del pluralismo jurídico mas difíciles de ponderar son las relativas a las diferencias culturales que, de hecho, acarrearán nociones distintas incompatibles y, a veces, irreconciliables de lo justo.

Incluso, es antropológicamente lícito pensar que en algunos pueblos indígenas, la justicia (su justicia) no sea una realidad escindida de las otras dimensiones de su vida, o que ni siquiera sea una realidad conceptual o lingüística. Es más, para muchas comunidades, la problematización de la justicia es un fenómeno relativamente nuevo, producto, especialmente, de procesos de secularización, intensificación de los contactos con la cultura occidental, entre otros, que de manera simultánea, ha introducido nuevas categorías y nociones, más o menos inexistentes en el pasado cercano.

4.1. CAMINOS CONCEPTUALES SOBRE “OTRAS FORMAS DE JUSTICIA”

En contextos interculturales, esta tensión suele abordarse mediante políticas de reconocimiento, la redistribución de autonomías y competencias relativas a la administración de límites y restricciones inspiradas en éticos mínimos universales, y, sin embargo, pensamos que el ámbito de las interacciones entre sujetos con universos culturales distintos en las que se comprometen alteridades, no ha sido suficientemente reflexionado.

Veámoslo de otra manera: ¿cómo establece un observador externo que un fenómeno registrado en una cultura distinta a la suya, es de justicia?, ¿cómo proceder a caracterizar el sistema jurídico de comunidades tradicionales sin terminar haciendo una crónica de lo que el observador cree, o supone, que es lo jurídico en ellas?

Un camino puede ser el aceptar los vacíos insalvables entre el que observa y quienes son observados y, en consecuencia, sustituir las pretensiones de objetividad por la elaboración narrativa, persuasiva y suspicaz del etnógrafo, tal y como lo acepta C. Geertz, en su libro “El antropólogo como escritor”.

Otra opción, sería atenerse a las construcciones discursivas que los mismos sujetos hacen de sus vidas, procurando descifrar las premisas y supuestos básicos.

Un tercer camino viable podría ser el de relajar las obsesiones racionalistas, que siempre y en todo momento, establecen conexiones lógicas, regularidades y evidencias, y a cambio, percibir el surgimiento de formas y estilos de vida, quizás caóticos, tal vez erráticos, pero de todos modos ordenados con unos paradigmas muy distintos a los nuestros.

Este reto resulta particularmente provocador para quienes nos atrevemos a hablar de “**otras formas de justicia**”, distintas a la positivista occidental. Aproximarnos a ellas supone, ante todo, confrontar y tomar distancia de nuestros propios sesgos y perversiones, que una y otra vez, nos llevan a buscar (e incluso creer y encontrar) gatos negros en un cuarto oscuro donde no los hay.

4.2. LAS TENSIONES Y DILEMAS DEL PLURALISMO JURÍDICO: EL DIÁLOGO INTERCULTURAL NO SE DECRETA

Volviendo al tema de las tensiones que plantea el pluralismo jurídico de cara a las prácticas indígenas de justicia, consideramos conveniente profundizar en aquellas que ciertamente plantean mayores dificultades para el ENTENDIMIENTO INTERCULTURAL que en el fondo está planteado. Veamos:

- Las representaciones recíprocas de los diferentes actores y las maneras como en cada justicia se da cuenta de especiales representaciones de las demás.
- La tensión valorativa entre la unidad nacional y el respeto y defensa de las diferencias culturales, particularmente evidente en la coexistencia de diversas nociones de lo justo, tomada en el sentido que lo proscrito en un contexto, puede ser permitido en otro.
- La constitución multicultural de sujetos y colectividades étnicas, que en la práctica, no permite establecer la cultura de origen o el “grado” de pertenencia.
- El equilibrio entre derechos individuales y derechos colectivos, aun en las comunidades étnicas.

4.2.1. **Las representaciones recíprocas.** Si en un contexto específico alternan diferentes “ofertas” de justicia, cada una observando sus principios de legitimación y a veces interactuando de manera conflictiva, es lícito suponer que cada una adopta o incorpora representaciones de las demás, a partir de las cuales, puedan sostener las relaciones que sean necesarias.

Efectivamente, en un escenario multicultural y, por lo tanto, jurídicamente diverso, las diferencias, las afinidades y los conflictos, no sólo responden a los procesos autónomos y específicos de cada sector, sino también a la dinámica de **relaciones**, que de hecho, e históricamente, han sostenido. En este sentido, cualquier propósito de ponderar diferencias de concepciones y de prácticas en materia de justicia, inevitablemente debe pasar por el análisis de los procesos pluriculturales de los cuales, lo jurídico hace parte y, muy seguramente, retroalimenta.

Es presumible, que tales “ofertas” interactúen entre si, pero no siempre de una manera orgánica e inevitable, pues en el fondo, lo que se tiende a imponer es la pragmática irregular de la casuística, de tal suerte, que para el estudio que nos convoca, conviene asumir que las relaciones y las diferencias entre las justicias indígenas y el derecho estatal se inscriben en un caleidoscopio jurídico más amplio, que ciertamente abarca, por ejemplo, la justicia guerrillera, la justicia paramilitar y algunas justicias comunitarias no indígenas.

Así mismo, es lícito presumir que las relaciones entre lo indígena y el Estado no siempre son las más relevantes para efectos de la autonomía étnica y que una adecuada comprensión de estas, obliga a colocarlas en esta perspectiva más amplia.

No obstante, la irregularidad de las interacciones sostenidas por las diferentes formas de justicia en los espacios étnicos, existen unas tendencias y un acumulado susceptibles de ser estudiados mediante la adopción de los siguientes criterios básicos:

- Cada justicia observa una estructura, una racionalidad, unas prácticas, unas fuentes de legitimidad y, en general, una singularidad, que terminan por configurar unas dimensiones virtualmente incompatibles con las de los demás. Hablamos pues, de la especificidad de cada tipo de justicia.
- Las relaciones o interacciones se hacen posibles gracias a la reproducción y vigencia de **escenarios, mediaciones y agentes**, que por supuesto, deben ser estudiados.
- En la práctica, los sujetos (étnicos) desarrollan una experiencia de la diversidad de ofertas mencionada y tienden a realizar un uso instrumental de las mismas, con el fin de ajustar la solución de los problemas a sus intereses y expectativas.
- Los distintos sujetos (individuales y colectivos) operadores de justicia, poseen un margen relativo de discrecionalidad y autonomía que, además de introducir cierta maleabilidad a los procesos, ponen en escena variables de orden subjetivo, ideológico, moral, circunstancial, harto interesantes para comprender, por ejemplo el sentido de algunas decisiones o la realización práctica de algunas proposiciones formalmente enunciadas.
- El ejercicio de cada justicia supone unas particulares **representaciones** de las demás, usualmente invocadas para resarcir legitimidad, ganar reconocimiento o, simplemente, dirimir un conflicto. En el ámbito de la justicia y el derecho es usual encontrar que, por ejemplo, algunas autoridades indígenas invocan ciertas imágenes falseadas (satanizadas o idealizadas) del derecho estatal para resarcir legitimidad; al igual que algunos operadores oficiales de justicia acusan unas representaciones etnocéntricas o fundamentalistas de las prácticas de control social realizadas por comunidades étnicas⁷.

7 Un PLAN DE FORMACIÓN con auténtica vocación pluricultural, requiere, pues, de unas metodologías que, por un lado, confronten las representaciones no favorables a una interacción positiva y, por el otro, mejoren los niveles de **comprensión** recíproca.

Queremos decir con esto que la alteridad en el ámbito de la justicia, es una dimensión que debe ser explorada en aras de poder definir la línea de base de un deseado diálogo intercultural en esta materia.

Para ser más exactos en el análisis, proponemos priorizar las relaciones entre las justicias indígenas y la justicia estatal, adoptando el criterio que tales relaciones se concretizan en ESCENARIOS específicos y a través de AGENTES igualmente definidos.

4.2.2. **Los escenarios.** En los que comúnmente han interactuado las justicias indígenas y el sistema nacional a lo largo de la historia y en los que, incluso, han podido confrontar en la práctica las diferentes racionalidades, podrían clasificarse en tres:

- Los estrados judiciales, por infracciones individuales cometidas por los indígenas.
- Los litigios por tierra y territorio.
- La legislación indígena nacional concebida por el Estado para normatizar el tratamiento y las relaciones con el ámbito indígena.

4.2.3. **Los procesos judiciales.** En los múltiples procesos judiciales que hasta antes de la Jurisdicción Especial se aplicaron a los sujetos étnicos por algún tipo de delito relativamente grave, y frente al cual, o no procedía el principio de autonomía contemplado en la ley 89 de 1890, o la respectiva comunidad renunciaba a tramitar el caso dentro de los parámetros internos establecidos, se hicieron evidentes las diferencias entre los órdenes jurídicos establecidos bajo un juego de relaciones, que por lo general, resultaba desventajoso y traumático para el procesado en cuestión, pues a la posible severidad del castigo se le añadía la participación en la cultura mayoritaria, justo en el espacio donde se resumen sus más grandes aberraciones como sociedad: la cárcel.

En ella, la diferencia cultural ha sido vivida a condición de un desgarre que comienza con el empleo de un idioma distinto al propio y continúa con fenómenos como la dosificación de las horas de disfrute del sol, la participación activa o pasiva en actos de violencia, el suministro de alimentos sin haber trabajado y, en general, las sutilezas cotidianas del encierro.

Considerada la trascendencia de este tipo de experiencias, resulta explicable que muchas comunidades indígenas en sus procesos recientes de problematización de la justicia, hayan desarrollado una representación satanizada del discurso jurídico estatal, lo suficientemente conveniente como para persuadir a algunos de sus miembros para que se “aconducten”, so pena de ser entregados al sistema nacional. De igual manera, tienden a reducir toda su discursividad sobre la justicia hacia lo penal.

- 4.2.4. **Los litigios por tierra y territorio.** Los procesos de ampliación y recuperación territorial que antes mencionamos, se han realizado dentro de unas situaciones de abierta conflictividad, con propietarios particulares y con el Estado mismo, llegando al extremo de la intolerancia y el exterminio violento de varias comunidades indígenas, aún en la actualidad.

Lo cierto es que este tipo de situaciones comportan una intensidad tan relevante, que han terminado por otorgarle al debate jurídico una trascendencia excepcional en la medida que confronta racionalidades, legitimidades e intereses políticos.

Así, mientras que el Estado y los particulares acuden a los postulados que consagran la propiedad privada y los derechos individuales, las comunidades indígenas acuden de manera discrecional a por lo menos tres lógicas:

- 1) El Derecho Mayor⁸, inspirados en el hecho de ser los primeros habitantes de América y en el control ecológico, económico y simbólico que todavía conservan sobre fronteras específicas.
- 2) La invocación e interpretación alternativa de algunas normas de origen colonial y republicano como los títulos de propiedad que la corona española otorgó a varios caciques a finales del siglo XVII y a comienzos del siglo XVIII, o normas como la Ley 89 de 1890, que pese a los propósitos asimilacionistas que la inspiraron, ha servido para, por ejemplo, conservar la figura del Cabildo, defender la potestad de sancionar aquellas conductas que atenten contra la moral y la convivencia y ponerse parcialmente al margen de los procedimientos positivos del derecho penal nacional.
- 3) El amparo de normas de aceptación internacional que abiertamente han sido diseñadas para proteger a las minorías étnicas de la discriminación, el maltrato y la desprotección oficial, especialmente en las décadas del 70 y 80⁹.

8 Específicamente, las comunidades indígenas organizadas dentro del movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia son las que han desarrollado el principio del Derecho Mayor.

9 La ONU, ha impulsado una serie de medidas generales, que sólo hasta la década del 80, incorporaron el ámbito indígena de manera explícita. Pese a esto, es innegable que los instrumentos creados por esta organización han sido, y siguen siendo, una garantía para los derechos de tales poblaciones. Veamos las principales: 1945, Carta de las Naciones Unidas; 1948, Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 1, 2, 4, 7, 17, 26, 27); 1949 – 1950, Resoluciones 275 y 313 de la Asamblea General y el Consejo Económico y social; 1951, Convención para la prevención y la sanción para el delito de genocidio; 1957 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas; 1965, Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1976, Pacto Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales; 1976, Pacto internacional de derechos civiles y políticos; 1960, Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza; 1981, Adopción por la

Dentro de este tipo de contradicciones por la tierra y el territorio, el discurso jurídico occidental fue paulatinamente incorporándose en las comunidades indígenas, llegando al punto de consagrar su conocimiento y manejo como una condición fundamental para el ejercicio del liderazgo.

Es igualmente cierto que adoptaron parte de las formalidades propias del derecho positivo en sus asuntos internos, tales como el levantamiento de actas, el empleo de la jerga jurídica, la literalidad en la invocación de las normas nacionales, etc., en parte, para crear un aire de oficialidad, pero también para usufructuar cierta imagen del Estado, en tanto las autoridades indígenas se asumen como delegatarias del poder del mismo.

En este mismo orden de ideas, vale la pena preguntarse por la incidencia que hayan podido tener las asesorías jurídicas (contratadas o solidarias) en la dinámica de las comunidades.

- 4.2.5. **La legislación indígena nacional.** Hay que comenzar diciendo que la legislación indígena existente, no constituye un sistema coherente desde el punto de vista normativo y filosófico. De ella, hacen parte decretos y leyes de origen colonial y republicano, que jamás fueron derogados; pactos internacionales suscritos por el Estado colombiano (como el Convenio 169/89 de la OIT¹⁰); la jurisprudencia emitida por las máximas cortes; y algunas normas reglamentarias que pretenden dar cuenta de la singularidad étnica en campos específicos como la salud, la educación, la participación en los ingresos corrientes de la nación, entre otros.

Es decir estamos ante un universo heterogéneo y de orígenes diversos, al cual los indígenas se han acercado de una manera diferencial según sean los asuntos circunstanciales por resolver. Para el efecto, se han valido, tanto de asesorías jurídicas realizadas por abogados externos, como de auténticas Escuelas de Derecho organizadas en asocio con algunas ONG y organizaciones regionales.

UNESCO de la "Declaración de San José" sobre etnocidio y etnodesarrollo; 1982, Establecimiento del grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas de la subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías de la ONU.

No obstante, 1977, es considerado como el año en el que efectivamente se internacionalizaron los derechos indígenas durante la "Conferencia Internacional de Organizaciones No Gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas en América". Con este instrumento, las voces indígenas llegan definitivamente a la ONU. En 1989, por su parte, la Organización Internacional del Trabajo, OIT, adoptó el Convenio 169/89, en el que según Esther Sánchez, se contemplan cinco avances importantes: el reconocimiento de los indígenas ante la normatividad internacional; el reconocimiento de los pueblos indígenas como "miembros de una comunidad nacional"; el paso de destinatarios de la política a sujetos activos, con una autonomía de la voluntad para participar en las políticas que los afectan; la estrecha relación indígena – medio ambiente; y la tierra y el territorio de los pueblos indígenas. (1998, 38 - 39).

10 Incorporado a la legislación nacional, mediante la Ley 21 de 1991.

Ahora bien, desde el punto de vista interno, esta aproximación al derecho positivo promueve, entre otras cosas, representaciones cercanas del Estado como una entidad que solo entiende el lenguaje de las acciones políticas y de las formalidades jurídicas. Y desde la visión externa, se constata una asimetría, pues una muy buena parte de las normas no fue pensada por los indígenas y ni siquiera consultadas, no obstante las ventajas inmanentes que se reconoce en ellas por parte de las organizaciones sociales.

Al respecto, lo que encontramos es que desde el Estado, se agencian unas representaciones sesgadas del ámbito indígena que bien podemos resumir de la siguiente manera:

- Andinización del tema, en la medida que han sido los procesos de resistencia, organización y recuperación de las comunidades andinas los paradigmas que más han incidido en la agenda nacional, en detrimento muchas veces, de otras expresiones originadas en las ciudades, en las selvas amazónicas, en las selvas del Pacífico, etc.
- Presunción de que entre los sujetos de una misma etnia predominan los mismos rasgos culturales, cuando perfectamente pueden ser pluriculturales entre sí.
- Presunción de que entre los indígenas predomina el mismo esquema de organización, de corte centralizado y civil, cuando de hecho, existen múltiples sistemas.
- Presunción de que las expresiones del Movimiento indígena se agotan en lo político - organizativo (nacional y regional), cuando la tendencia contemporánea es hacia una complejización tal, que incluso, ha prosperado hacia manifestaciones cualitativamente distintas y hasta antagónicas (por ejemplo, movimientos indígenas protestantes, organizaciones fuertemente articuladas a la iglesia católica, comunidades que desde hace mucho se proclamaron independientes, etc.) que por su puesto, deben ser consultadas.

4.2.6. **Los agentes.** Cuando hablamos de "agentes", básicamente hacemos referencia a las distintas personas, indígenas y no indígenas, que por su ascendencia social y cuotas de poder tienen un notable peso en las interacciones cotidianas que se dan entre los sistemas de justicia étnica y el sistema nacional.

Decimos entonces, que las maneras como unos y otros se presenten constituyen un ámbito fundamental, porque es allí donde temas como "la autonomía del juez", la adecuación del derecho a las situaciones específicas y la misma coordinación entre las jurisdicciones, adquieren una dimensión **ética y humana**.

De otro lado, también está en juego la capacidad que tengan los actores de generar consensos locales o regionales. En efecto, líderes y operadores oficiales de justicia en ejercicio de una cuota relativa de discrecionalidad que otorga la Constitución y las meras necesidades prácticas, vienen generando distintas experiencias de diálogo y cooperación que, naturalmente, requieren de mayor respaldo institucional y pedagógico, pues desde cierto punto de vista, significan avances filosóficos emergentes de la Jurisdicción Indígena.

Para efectos de interpelar a la sociedad nacional proponemos dar una mirada de las formas como las justicias indígenas, hoy, están siendo pensadas:

- **La tensión valorativa entre la unidad nacional y el respeto y defensa de las diferencias culturales:** esta tensión hace aun más complejo el tema del pluralismo jurídico, porque ambos paradigmas gozan virtualmente de la misma jerarquía en cualquier sociedad que se pretenda democrática. ¿Cómo sopesarlos?

Para pensadores, como Ernesto Garzón (1997), la cuestión de la diversidad cultural en un contexto institucional de democracia representativa debe ser abordada bajo la convicción de que en aras de la unidad nacional, resulta inevitable, y hasta deseable, cierto grado de homogeneidad social, entendida como tal, la aceptación de principios éticos universales relacionados con la satisfacción de las necesidades básicas. El sostiene que “Una sociedad es homogénea, cuando todos sus miembros gozan de unos derechos directamente vinculados con la satisfacción de sus necesidades básicas” (1997, 45)¹¹

Asume que el INDIVIDUO, constituye el sujeto moral donde se debe realizar dicha homogeneidad, con una relativa independencia de las diferencias. No obstante, también identifica dos tipos de necesidades que, contrario a lo que era de esperarse, no le permiten resolver el asunto con proposiciones categóricas, sino con una nueva concesión al relativismo cultural.

Efectivamente, establece que las necesidades básicas son clasificables en “naturales” y “derivadas”. Las primeras, son de orden físico y biológico (la alimentación, el abrigo, etc.), y las segundas, son las que dependen de las respectivas estructuras sociales y las costumbres, de tal suerte, que de un contexto a otro pueden variar de manera significativa.

11 GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El problema ético de las minorías étnicas. En: *Ética y diversidad cultural* (León Olivé, compilador). México: Fondo de Cultura Económica. 1997. p. 31 - 57.

- **“Pragmática real”**: por su parte, Victoria Camps, (1997), propone evitar los formalismos totalizantes, y en cambio, retomar como criterio metodológico la adopción de una “pragmática real” que ayude a precisar el enfrentamiento (real) entre las culturas en situaciones y contextos específicos, procurando, eso sí, salvaguardar unos éticos mínimos universales, que en su opinión, no son nada distinto a un concepto transcultural de Justicia. Por eso afirma:

Las diferencias, tanto individuales como grupales, han de ser salvadas y defendidas de intromisiones y alineaciones, siempre y cuando, al mismo tiempo, se preserven y queden garantizados los contenidos básicos de la justicia, la dignidad o la humanidad. Respecto a éstos no caben ni son aceptables los relativismos. (1997, 92)¹²

Sin embargo, nada en su afirmación deja ver cómo se construye dicho concepto de justicia: ¿es una imposición de Occidente?, ¿es un “deber ser” inevitable y universal, según las conclusiones de la Razón Pura al alcance de todos los hombres, como lo propuso Kant?, ¿o es un imperativo, cuyo real contenido y alcance no se establece por cualquier decálogo previamente establecido, sino por las exigencias de cada situación y la práctica concreta como lo profesó Aristóteles?

Si adoptamos la invitación aristotélica a realizar la justicia mediante el ejercicio, o sea, a través de prácticas concretas que atiendan demandas también concretas de justicia, nos volvemos a encontrar con la responsabilidad ética de los sujetos involucrados, lo cual parece ser la tendencia de la Corte Constitucional, cuando propone las líneas de interpretación de las restricciones a la autonomía jurisdiccional de los indígenas en Colombia. Esto lo retomaremos más adelante.

4.3. LA CONSTITUCIÓN MULTICULTURAL DE SUJETOS Y COLECTIVIDADES ÉTNICAS

De las líneas iniciales de este capítulo, podemos advertir que una muy buena parte de los grupos indígenas existentes hoy en Colombia, al igual que sus prácticas internas de justicia, se han preservado a condición de configurarse como realidades pluriculturales en sí mismas, como bien lo demuestran los procesos interétnicos de asimilación, los préstamos de diversa índole que se han hecho, incluso, con la llamada cultura nacional, etc.

También es predecible que bajo unas condiciones de globalización como las que se imponen, los contactos multiculturales dentro y fuera de la nación, se

12 CAMPS, Victoria. El derecho a la diferencia. *En*: Ética y Diversidad Cultural. *Ibid.* Pág. 85 - 100.

estén intensificando y que, por lo mismo, las bases identitarias estén sufriendo una transformación que apenas comenzamos a constatar; de tal suerte, que las fronteras y las nociones de diferencia tienden a relajarse, más aún, cuando las políticas de reconocimiento y de discriminación positiva han hecho carrera en prácticamente todos los ordenamientos institucionales de Latinoamérica, con la consecuente nivelación de las relaciones.

Decimos entonces, que el purismo cultural, si alguna vez existió, parece estar reservado a aquellos grupos étnicos replegados a los confines del mundo donde solo tuvieron contacto consigo mismos. Naturalmente, este no es el caso de la mayoría indígena del país.

Así, en situaciones que ameritan definir la autonomía relativa de los grupos étnicos, suele ser dificultoso, desde el punto de vista administrativo, establecer, por ejemplo:

- El grado de conciencia étnica de un sujeto.
- El grado de preservación cultural de un sujeto.
- El grado de incorporación a la cultura nacional.
- La condición misma de indígena, pues los parámetros convencionales de raza, lengua, permanencia y auto reconocimiento no siempre resultan suficientes o confiables.

¿Cómo debe proceder, por ejemplo, un juez de la República, si las fórmulas interpretativas propuestas no son suficientes para establecer la competencia o la real dimensión de una acción problemática?

Evidentemente, este tipo de situaciones no son excepcionales y plantean un nivel de exigencia que no se puede abordar con las técnicas hermenéuticas exegéticas.

Para comprender la trascendencia de lo aquí planteado detengámonos a analizar el siguiente caso, sucedido en el municipio de Silvia (Departamento del Cauca), entre los años 2000 y 2001:

- El señor Jacinto, de reconocido origen campesino, contrajo matrimonio con la indígena María, oriunda de un resguardo recientemente recuperado por un grupo social que todavía no adopta identidad étnica alguna. Inmediatamente, se trasladaron a vivir al Resguardo y al cabo de unos pocos años ya eran padres de tres (3) hijos.

Por alguna circunstancia asociada al licor, Jacinto asesina al cabildante, Pedro, e inmediatamente el cabildo solicita a la Fiscalía y al Juzgado Promiscuo el conocimiento del caso, entre otras razones, porque la víctima era un

representante de la autoridad, y la comunidad en pleno, se había comprometido meses atrás con la recuperación de la justicia propia.

En dos asambleas, la investigación surtió resultados y se estableció una sanción consistente en latigazos, cepo, 44 años de trabajo comunitario y un año de cárcel en la penitenciaría municipal. Este último componente, sería revisado al cabo de seis meses, según fuera el comportamiento del castigado, dejando abierta la posibilidad de que la proporción de la pena fuera modificada.

Pasado el año de reclusión, el nuevo cabildo decide modificar la decisión anterior bajo las siguientes consideraciones: el homicida no es nativo de la comunidad y, adicionalmente, se le comprueban antecedentes, ya saldados, con la justicia nacional por otro caso de homicidio. Entonces, decide ampliar el año de cárcel a diez y lo conmina a ser expulsado del Resguardo.

Jacinto, agotó todos los argumentos posibles y finalmente entabló una tutela, alegando vulneración del debido proceso y extralimitación de la autoridad indígena.

Al respecto vale la pena preguntar:

¿A la luz de qué justicia debe ser castigado Jacinto si es un sujeto pluricultural, pues había aceptado las normas indígenas, él mismo había sido incorporado a la comunidad en virtud de las relaciones de parentesco y, adicionalmente, es de origen no indígena? ¿Desde el punto de vista político y antropológico es fácil precisar la competencia?

Veamos lo que concluyó el peritaje solicitado por el juez encargado de fallar la tutela:

Consideramos pues, que casos como éste, en los que el sujeto se encuentra en una situación fronteriza por participar de lo indígena (dado que adquirió compromisos con la comunidad y lo que se decida en torno a él tiene efectos directos sobre familias indígenas) y a la vez participa del sistema que rige para el resto de nacionales por ser campesino, no se pueden despachar con la consabida fórmula de definir mecánicamente las competencias y la jurisdiccionalidad. Si se persiste en esta postura tan funcional podríamos estar abocados a situaciones en las que la Justicia, tomada en su acepción más universal, no se realiza de ninguna forma.

Es claro para nosotros que la protección de los derechos fundamentales de orden individual, no puede vulnerar los derechos que asiste a LA COMUNIDAD, reconocida también como sujeto de derechos fundamentales; de ahí que el fallo de tutelas en esta materia deba moverse en

ambas direcciones a la vez, procurando reconciliar eventuales tensiones de frente a cada caso.

Consideramos que al amparo del imperativo de la coordinación, se debe explorar una fórmula mixta en la que la autoridad indígena competente y el juez respectivo puedan concertar aspectos procesales y sustantivos, de tal suerte que la jurisprudencia sea producto de un edificante diálogo intercultural.

Si no se exploran posibilidades como ésta, la espiral de las tutelas, las revisiones, las impugnaciones terminarán teniendo efectos tan perversos como la congestión judicial y la lentitud procesal.

En el caso concreto que estamos analizando existe un trasfondo político válido, porque en el marco de un proceso autónomo de reconstrucción de la justicia propia ambalueña, cualquier intervención del sistema judicial nacional puede tener efectos harto contradictorios, a los que las autoridades indígenas sin duda están dispuestos a reaccionar al punto de trasladar sus luchas históricas a escenarios como la tutela. Es lo que se deja ver en el documento de impugnación y en las declaraciones de los gobernadores. (Ruiz, 2001. Peritazgo)

4.4. EL PROCESO JUDICIAL Y LA JERGA JURÍDICA, EN CONTEXTOS PLURICULTURALES

El acceso ciudadano a la justicia es un problema suficientemente demostrado por los estudios y por la misma experiencia del común de la gente. No hay duda, que inciden factores de orden estructural, pero es igualmente cierto que existen variables de tipo cultural, relacional, político, lingüístico, circunstancial, entre otras, que cotidianamente perpetúan tal inaccesibilidad.

Entre estas variables, podemos destacar el uso (o abuso) discrecional que los operadores oficiales de justicia hacen de su cuota de autonomía y de toda aquella parafernalia (retórica, espacial, física, gestual, etc.) empleada precisamente para marcar la distancia respecto a los implicados en un conflicto y con relación a las comunidades locales, máxime, si estas, evidencian una marcada complejidad pluricultural.

Así mismo, los ciudadanos (inscritos en varias culturas) poseen una serie de prejuicios, representaciones, sentimientos de desconfianza y actitudes en torno al sistema judicial nacional, el Estado y los mismos operadores oficiales, quienes al fin de cuentas, son los representantes más inmediatos de la justicia estatal. Para ellos, los despachos judiciales y todo cuanto allí suceda es percibido como algo distante, que poco o nada tiene que ver con el diario vivir, ni con los intereses colectivos; para la mayoría, la agencia judicial está, pues, asociada a conflictos exacerbados y a un cierto afán de venganza.

- 4.4.1. **La complejidad cultural y su incidencia en lo judicial.** En contextos sociales de alta complejidad pluricultural, la incidencia del proceso judicial es más periférica y, si se quiere, más instrumentalizada, precisamente porque su lógica no corresponde con los sentidos de justicia instalados en las distintas prácticas culturales de esta, y porque, hay que aceptarlo, la judicialización de los conflictos y de los fallos (judiciales) que pretenden resolver se inscriben en un trasfondo de tensiones propias de la coexistencia pluricultural, que bien se pueden ver radicalizadas con las sentencias, como sucede la mayoría de las veces, o ser resueltas a favor de una mejor convivencia, como efectivamente esperamos.
- 4.4.2. **La agencia judicial tiene una característica distintiva. Es despersonalizante** (Sarrabayrosuse, SF). El hecho judicialmente representado se distancia sistemáticamente del hecho socialmente vivido y percibido. Sin embargo, tal fenómeno no es algo deseable ni mucho menos inevitable, pues, como bien lo han señalado distintos autores, el proceso sentencioso en la intimidad de los despachos suele estar afectado por múltiples mediaciones extrajudiciales y extralegales, que llegado el caso, determinan la dirección del fallo, aun cuando aquel se ajuste a los principios sustantivos y procesales de rigor.

Así, los operadores oficiales de justicia poseen un inevitable margen de autonomía y de discrecionalidad, que aunque intente ser constreñido mediante la exegética y los controles disciplinarios, actúa, por ejemplo, en la interpretación de las normas, en la valoración de las pruebas y en la argumentación jurídica. En este sentido, las pretensiones de objetividad recreadas en el lenguaje jurídico, técnico, aséptico e inaccesible, son solo eso: un propósito, cuyo mayor costo, es la hiper - especialización y el consecuente distanciamiento de la ciudadanía que excepcionalmente se plantea la administración de justicia como un escenario susceptible de ser intervenido con ejercicios creativos de participación.

Ahora bien, no se puede negar la importancia del rigor científico ni del imperativo de la estabilidad institucional, pero tampoco se puede desconocer que en una situación de crisis como la que vive Colombia es posible tender puentes y establecer diálogos entre los representantes de la justicia estatal y la ciudadanía lega, acudiendo precisamente a esa AUTONOMIA.

En ese intersticio, es decir, en ese umbral de discrecionalidad, se pueden instalar principios de responsabilidad ética, de sensibilidad antropológica, de valoración de impactos sociales, de didáctica jurídica y otra serie de elementos que mejoren la calidad de las decisiones judiciales y, sobre todo, que cumplan una función comunicativa, no solo entre los sujetos directamente involucrados, sino también en la comunidad en general en

la medida que sean social y políticamente inteligibles, es decir, que contribuyan a reestablecer el tejido social.

También, es conveniente intervenir en las comunidades y en las personas para confrontar vacíos de información y algunas representaciones de la justicia estatal, que cotidianamente dificultan el acceso a la justicia.

En resumen, el lenguaje jurídico, en tanto lo especializado y especializante, opera en la vida cotidiana como un mecanismo excluyente y por doble vía: la jerga es inaccesible para el ciudadano común y corriente y los operadores estatales de justicia se valen de una presunta objetividad para escamotear una autonomía, que bien empleada, podría servir para garantizar un mejor acceso a la justicia.

En este artículo, en particular, propongo ilustrar tal complejidad a partir de un pequeño análisis de cierto caso, que nos permite apreciar los riesgos de ejercer justicia sobre sujetos culturalmente distintos:

EL CASO¹³:

Mercedes y Luz Mila, son dos jóvenes indígenas ecuatorianas de 18 años cada una, oriundas de la comunidad de Tocagun, provincia de Imbabura, Ecuador, quienes por razones económicas decidieron pedirle permiso a sus respectivas madres para trasladarse juntas a Ipiales, Colombia, donde se dedicarían, por no más de cinco (5) días, a “pedir la caridad”, reunir algo de dinero y posteriormente regresar a sus casas.

Obtenido el permiso, vendieron las esteras que durante semanas habían elaborado, empacaron algo de ropa, se vistieron de la manera típica y abordaron el vehículo que en tres horas y media las llevaría a su lugar de destino.

En Ipiales, efectivamente mendigaron monedas; durmieron en la calle, y en general, se las arreglaron para soportar y sobrellevar las inclemencias del frío y de la indiferencia.

Al cabo del tiempo previsto, decidieron quedarse un día más a ver si reunían un algo más de dinero, pues al fin de cuentas, las jornadas no habían estado tan mal.

En el parque principal, un hombre ecuatoriano, de trenza, “alto, gordo y puesto, camisa blanca, chaqueta roja y pantalón azul”, como ellas mismas lo describen, las abordó en *quichua*, ofreciendo pagarles cien dólares para llevar

13 El relato de este acápite, solo es una reconstrucción parcial de lo que las dos jóvenes me expusieron en un precario español y de una manera muy entrecortada.

un paquete a Cali, donde él mismo las esperaría y les entregaría la suma prometida.

Las llevó entonces a la habitación de un hotel y sin mostrarles el contenido de los paquetes, se los adhirió a cada una entre el pecho y el vientre, les entregó unos maletines con cubrelechos y después de pasarles 50 mil pesos, les indicó que abordaran el primer bus que saliera para Cali.

No les hizo mayores recomendaciones, excepto que nos les iba a pasar nada en el viaje. Por su parte, ellas afirman no haber sentido miedo ni curiosidad. Solo se desplazaron al bus, seguramente movidas por el deseo de conocer a Cali y, claro, por el dinero prometido.

A la altura del municipio de Timbío, un retén de la policía solicitó un requisita a los pasajeros del bus. Mercedes y Luz Mila, sin prevención alguna, se bajaron del autobús y se dejaron requisar. De inmediato, los paquetes fueron detectados, las llevaron a un lugar aparte y descubrieron que efectivamente, en su interior, habían 1.050 proyectiles para fusil.

Hasta ese momento, ellas no comprendían la situación. De hecho, no se explicaban el tratamiento diferencial que les estaban dando, ni la alarma por unas "cosas amarillas y larguitas" (sic), hasta que alguien les dijo "esto es peligro, cosas malas", ante lo cual lograron balbucear: "no sabemos cómo se llama eso, ni para qué sirve".

La Policía, reportó así el hallazgo de "un positivo" y remitió el caso a la Fiscalía para efectos de la investigación.

El 19 de agosto, Mercedes y Luz Mila, fueron recluidas en el cárcel de mujeres "La Magdalena" de Popayán, donde comparten cuarto y se dedican a aprender modistería. Esperan el fallo judicial. Mientras tanto, cada una cuenta con el apoyo de un defensor público, quienes se han puesto en la tarea de acopiar argumentos jurídicos en su favor. Hasta ahora, los abogados se inclinan por adoptar una defensa que gire alrededor de la inimputabilidad, del pacto de la OIT y la jurisprudencia relativa a la Jurisdicción Especial Indígena.

Como ya lo señalé, este caso ejemplifica el valor del lenguaje en los procesos judiciales y, sobre todo, los costos que acarrea desconocer las interacciones lingüísticas en la interpretación de los hechos y de las normas. Veamos porqué:

- **La introducción en un contexto cultural distinto:** el hombre ecuatoriano introdujo a las niñas en un universo de signos muy distinto al que habitualmente manejan en su propia lengua, valiéndose paradójicamente de una clara proximidad cultural y lingüística con ellas.

Presumo, por la conversación sostenida con Mercedes y Luz Mila, que si bien comenzaban a constatar la singularidad de un mundo distinto al suyo, el hecho de haber salido a una localidad donde la proximidad con la comunidad de origen aun se percibe y el reforzamiento mutuo y exclusivo que ambas sostenían gracias a la lengua, les permitió conservar una noción de frontera y, por lo mismo, de relativa seguridad, hasta que por las maniobras de un sujeto indígena altamente incorporado en la cultura mayoritaria fueron expuestas a una serie de códigos que naturalmente no entendían a cabalidad.

Se adentraron, posiblemente convencidas, que al amparo de su idioma, entre otras cosas, podrían ir y venir sin ser radicalmente afectadas; pero al descubrirse portadoras de unos objetos, en sí mismos poseedores de una alta valoración simbólica en la sociedad colombiana, constataron de manera dramática la profundidad de la diferencia cultural.

Por ejemplo, afirman nunca haber visto un hombre armado, mucho menos una arma, un enfrentamiento militar, una bala, ni los efectos destructivos de la misma; ni siquiera por televisión, porque provienen de una localidad donde no hay energía, donde los electrodomésticos son escasos y el trabajo artesanal goza de un elevado prestigio socializador e integrador, que les absorbe virtualmente todo el tiempo de ocio.

En consecuencia, el contexto referencial de las dos indígenas implicadas, no las habilitaba para comprender a cabalidad, ni el engaño del que eran objeto, ni el riesgo que corrían al traer el paquete en cuestión.

- **El valor del signo dólar en las comunidades ecuatorianas:** es bien sabido que en zonas de frontera internacional, el dólar ha sido incorporado en el mundo de las relaciones sociales y económicas cotidianas y que en el caso de las comunidades indígenas ecuatorianas, lo es aun más, gracias a la intensidad de las transacciones económicas internacionales que giran alrededor de sus artesanías.

En este sentido, es presumible que el dólar posea una serie de valoraciones adicionales en la medida que influye de manera estable en las relaciones económicas, que también son interculturales. El dólar, exige la competencia intercultural de comprender lo que pasa en ambos lado de una frontera (no solo internacional, sino también cultural y mental); el dólar de por sí, es un ejercicio permanente de traducción de magnitudes, aun de aquellas magnitudes difíciles de ponderar como el valor de una artesanía; el dólar, otorga quizás, prestigio y sensaciones de bienestar.

Adicionalmente, la reciente dolarización de la economía ecuatoriana ha terminado por reforzar toda esta serie de valoraciones, máxime en comunidades rurales, que en medio de la crisis nacional, acusan una acelerada pauperización.

Desde este punto de vista, resulta comprensible el poder movilizador que tuvo el ofrecimiento de 100 dólares por una tarea aparentemente simple, que además les ofrecía la oportunidad de conocer el principal centro económico de la región, Cali, referente seguramente valorado como centro de oportunidades, como bien lo demuestra la constante movilización de indígenas ecuatorianos a vender allí sus artesanías.

Entonces, es lícito afirmar que fenómenos estructurales de los países, desencadenan procesos cognitivos de claras implicaciones lingüísticas.

- **El lenguaje y la guerra en Colombia:** también parece quedar demostrado, que la guerra en Colombia exige de particulares competencias lingüísticas que expresen nociones, ideas y, en general, contextos referenciales propios de tal situación. Mercedes y Luz Mila carecían, por ejemplo, de las representaciones necesarias que les permitieran entender el timo del que eran objeto. Por razones culturales e históricas, no estaban persuadidas a interpretar los mensajes del hombre como sospechosos o potencialmente dañinos. Incluso, es posible que hayan actuado obedeciendo algún principio de reciprocidad tradicional, que de plano, eliminaba la posibilidad de un engaño.

Sin caer en mayores especulaciones, es fácil imaginar, que en virtud de la situación de guerra, un ciudadano colombiano promedio, posee una información y una serie de dispositivos, que difícilmente le permitirían incurrir ingenuamente en un hecho de estas características. De hacerlo, las consecuencias serían, ahí sí, predecibles y, por lo tanto, el arreglo con el “hombre del paquete”, se habría dado de otra manera. Inclusive, por tratarse de un indígena, es probable que jamás se hubiera atrevido a hacerle una solicitud similar a un colombiano cualquiera.

- **El significado de BALA:** las dos jóvenes, carecían en su lenguaje del significado de la palabra BALA, en su propio acervo de otras posibilidades lingüísticas; y no hay duda, que la experiencia vivida les está permitiendo no solo adquirir una particular noción de la misma, sino también realizar una serie de futuras operaciones para la construcción de sentido.

No obstante, y a pesar de habérseles dicho varias veces, no recuerdan como es que llaman “esas cosas”. De hecho, aun no saben con exactitud cuales son las razones por las cuales están encerradas. Para ellas, la bala, carece por completo de las valoraciones que en cambio les damos en Colombia.

Un fiscal, por ejemplo, acudió el principio según el cual, el desconocimiento de una norma no exime a nadie de la responsabilidad legal, en aras de argumentar, que con esas balas se habrían podido matar a muchas personas inocentes. Lo cual desde este lado de la cultura puede resultar ajustado a la realidad, pero no del lado de su cultura de origen.

El discurso jurídico moderno consagra una axiología y unas pretensiones de justiciabilidad, que en casos como éste, deben ser ponderadas por unas adecuadas reglas de interpretación, precisamente para darle a nuestras particulares representaciones culturales y a nuestras especiales maneras de construcción de sentido, una dimensión ética y de compromiso con el principio democrático relativo a la promoción y defensa de la diversidad cultural.

Un fallo judicial que solo consulte los contextos referenciales, los signos y los sentidos de esta sociedad, puede terminar siendo una decisión injusta.

5. RECOMENDACIONES METODOLÓGICAS Y ÉTICAS A LOS OPERADORES OFICIALES DE JUSTICIA

Diferentes estudiosos han demostrado que muy a pesar de ciertos afanes totalizantes del Derecho positivo, resulta virtualmente imposible que éste provea de manera apriorística, la solución a los múltiples problemas que la vida social ofrece, de tal forma que las decisiones judiciales terminan siendo en última instancia, un asunto discrecional, en el que naturalmente concursan variables como la formación profesional del juez como persona, sus orientaciones ideológicas, su formación académica y hasta sus preferencias y escrúpulos.

En este sentido, los jueces y, en general, los operadores oficiales de justicia, construyen sus decisiones de conformidad a lo establecido por las normas, pero también de acuerdo a unos imponderables, que en aras de la brevedad, rotularemos bajo el nombre de autonomía.

Esta dialéctica no siempre es evidente, y lo que comúnmente se impone, es una elaboración narrativa (del juez) a partir de la gramática que ofrece el lenguaje jurídico, precisamente para crear un ambiente de oficialidad, objetividad y rigurosidad, que conjure el riesgo de una interpelación o de una sanción disciplinaria. Se opera así, una suerte de sublimación jurídica que no permite apreciar las premisas desde las cuales el juez decide.

¿Cómo explicitar la profundidad que implica este asunto de la autonomía y, sobre todo, cómo darle algún tipo de estatuto cuando todo parece estar diseñada para evadirla?

Rodrigo Uprimny, propone la alternativa de las “sentencias motivadas”, que de cierta manera reconocen la necesidad que el juez tome partido y lo argumente.

En uno de sus tantos artículos, Uprimny (1995), se pregunta por la manera cómo deben proceder los jueces dentro de un Estado social y democrático de derecho, que por su propia naturaleza busca reconciliar tres tipos de tradiciones, no siempre solidarias entre sí, como son: el Estado liberal, con su imperativo de controlar su poder con el fin de garantizar las libertades personales; el Estado democrático, que descansa en el principio de la soberanía popular y el de la

participación; y, finalmente, el Estado social, que ante todo, se propone alcanzar la justicia material mínima mediante la acción pública.

Considera además, que tradicionalmente el juez se ha movido dentro de dos posturas extremas: de un lado, la jurisprudencia exegética y mecánica, que no es otra cosa que el apego dogmático al texto jurídico para deducir de él, fórmulas de aplicación universal a todos los casos que, desde el punto de vista formal, sean idénticos; y del otro lado, se encuentra la escuela del "Derecho libre", consistente en adaptar las decisiones judiciales a la dinámica social y a los sentimientos ciudadanos de justicia que circunstancialmente se impongan.

Evidentemente, ambas posturas comportan niveles nada despreciables de riesgo, pues el extremo de la rigidez suele ser tan perverso como el extremo de la flexibilidad, en tanto la justicia termina siendo la gran sacrificada.

En cambio, Uprimny, propone un salida intermedia, que además recoja buena parte de los postulados teóricos relativos a la argumentación y la retórica (Perelman), la tópica (Vieweg) y la lógica de lo razonable (Recansens). ¿En qué consiste?

Desligado de la dogmática, el juez debe, en todos los casos, partir de directrices comúnmente aceptadas y después de constatar la singularidad de cada uno (o sea, de cada caso), proceder a elaborar una decisión motivada valiéndose de una razón práctica y de una argumentación orientada a persuadir a los interlocutores, para que éstos, después de comprender las premisas de su construcción narrativa, se adhieran a una posición, comprendiendo que cada sentencia no es una conclusión inevitable sino una opción por una determinada solución.

De este modo, el juez busca la aceptación de sus decisiones ante tres auditores: los usuarios del Derecho, la comunidad jurídica y la sociedad en general.

Adicionalmente, reconoce en este proceder ventajas como el autocontrol del juez, la contextualización de las decisiones, además que el aparato judicial actúa de una manera más consensuada con la sociedad.

5.1. EL UNIVERSO CONTRADICTORIO DE LA AUTONOMÍA DEL JUEZ EN UN CONTEXTO MULTIÉTNICO

Como es de suponerse, en esta cuestión nos encontramos ante el abanico de las representaciones que los jueces puedan tener de lo indígena y, por su puesto, ante las maneras como inciden en la dirección de sus decisiones.

No hay ningún motivo que nos permita suponer que tales representaciones difieren radicalmente de las que el resto de la sociedad nacional ha desarrollado, y por eso mismo, preferimos adoptar la hipótesis que ellas están atrapadas en imágenes fijas y estereotipadas, que de entrada, no permiten apreciar realidades como estas:

· No todo lo que sucede en las comunidades indígenas es cultural, o sea, que no puede ser explicado suficientemente desde la supuesta cultura tradicional predominante.

- La realidad indígena es tan conflictiva como la de cualquier otro sistema social, de ahí, que la infalibilidad no sea algo que se pueda dar por descontado.
- Las sociedades indígenas son, o tienden a ser, internamente heterogéneas, particularmente aquellas que por su tamaño y vitalidad acusan mayores niveles de complejización. Entonces, la línea de continuidad entre los individuos y la colectividad, es más dialéctica que mecánica.
- Las culturas indígenas son cambiantes y observan una enorme capacidad de mantenerse contemporáneas, precisamente por que no se quedan ancladas en el pasado inmutable.
- El grado de preservación o no de una cultura indígenas no siempre es criterio suficiente para valorar la autonomía y la vitalidad de la misma.
- La justicia en las comunidades indígenas no constituye necesariamente una realidad objetivada, claramente diferenciada de otras dimensiones de la vida. Es muy posible, que ni siquiera sea una realidad lingüística.
- Los tiempos en los procesos comunitarios indígenas tienden a ser una síntesis metaforizada de lo pasado, lo presente y lo probable; y, adicionalmente, las dinámicas comunales no guardan mayor correspondencia con los ritmos y tiempos burocráticos.

Sin embargo, donde definitivamente la autonomía del juez adquiere mayor trascendencia es en la "administración" casuística de imponderables como:

- La valoración de la condición de indígena de un sujeto.
- El establecimiento del grado de conciencia étnica de un sujeto.
- La valoración del grado de preservación de una cultura indígena.
- La comprensión del sentido cultural de prácticas indígenas aceptadas por su respectivas culturas, pero proscritas por el sistema nacional y la moral judeocristiana.

Todos estos elementos obligan a adoptar una racionalidad del orden práctico, antes que una racionalidad esencialista y puritana.

5.2. ¿CÓMO ESTABLECER QUE UN SUJETO ES INDÍGENA?

Este cuestionamiento tiene sentido si se tiene en cuenta, que no siempre resulta fácil para un operador de justicia, establecer si una persona es o no indígena, pues, o no aplica el estereotipo comúnmente aceptado de lo que es un indígena (raza, vestido, apellido, idioma, etc.), o la autoridad indígena se ha prestado para certificar a una persona como tal, pese a tener otro origen social y cultural. Al respecto, recomendamos adoptar los siguientes parámetros:

- El autorreconocimiento y, muy especialmente, el reconocimiento que la comunidad respectiva le dispense como tal.
- Bajo situaciones de conflicto, esta diferenciación suele darse de manera espontánea y, si por alguna circunstancia no se da, la comunidad y las autoridades indígenas deben así verbalizarlo valiéndose de los mecanismos colectivos acostumbrados.
- En lo posible, no deben haber disensos internos al respecto, pero si se dan, corresponde nuevamente a la comunidad, y a nadie más, dirimir esta polémica.

5.3. ¿CÓMO ESTABLECER EL GRADO DE CONCIENCIA ÉTNICA DE UN INDÍGENA Y EL GRADO DE PRESERVACIÓN DE UNA CULTURA?

O quizás la pregunta deba ser otra, como por ejemplo: ¿es posible que un observador externo establezca el grado de conciencia étnica?, ó, ¿la conciencia étnica es un atributo que se posee de manera proporcional?

Entendemos que detrás de fórmulas como ésta existe un planteamiento con el que ya polemizamos, relativo a que es precisamente la CULTURA lo que establece la mayor o menor autonomía de un determinado grupo indígena. Si se trata de un sujeto altamente incorporado a su cultura tradicional quien comete una falta proscrita en la sociedad nacional, se asume que goza de una especie de inimputabilidad cultural que lo exime de responsabilidades.

Desde nuestro particular punto de vista y experiencia se está partiendo de una situación ideal, en el que las diferencias culturales se encuentran claramente deslindadas unas de otras, a la manera de una colcha de retazos, y que por lo mismo, las eventuales disputas se pueden dirimir estableciendo de qué lado de la línea se encuentra el sujeto en cuestión. Situación que si se da, no representa la mayoría de hechos que deben enfrentar los jueces de la República.

Consideramos que para evitar falsos dilemas, lo conveniente podría ser:

- Establecer y, si es posible, de mutuo acuerdo con las mismas autoridades indígenas, cuál sistema de justicia ofrece la mayor capacidad y las mayores garantías para resarcir los daños y proteger éticos mínimos como los propuestos por la Corte Constitucional. El sentido y el procedimiento de lo que se decida, dependerán siempre de la especificidad de cada caso.

- Nuevamente, si el caso lo amerita, explorar fórmulas creativas de cooperación que, por ejemplo, establezcan procedimientos y sanciones mixtas, pero complementarias. Esto implica que las partes presten todo su concurso y, sobre todo, que la noción de justicia sea recreada, no sólo con relación a la singularidad (del caso) como lo propone Uprimny y muchos otros teóricos, de la autonomía del juez, sino también de una manera interculturalmente motivada. Igualmente, operaría un mecanismo de control también intercultural.

5.4. ¿CÓMO COMPRENDER EL SENTIDO CULTURAL DE ACCIONES COMETIDAS POR INDÍGENAS, QUE NO OBSTANTE SER ACEPTADAS POR LAS CULTURAS RESPECTIVAS, OFENDEN LA CULTURA NACIONAL?

Más concretamente, hablamos de situaciones como el abandono de niños y niñas en la selva para ser devueltos a la naturaleza, de donde se cree que vienen; o de algunas formas de ajusticiamiento colectivo; o de procedimientos extremos de presión moral y psicológica sobre los individuos; o las formas de discriminación a la que pueden ser sometidas las mujeres o la población infantil, etc.

¿Cómo entonces diferenciar, por ejemplo, un hecho de tortura de una práctica culturalmente legitimada de castigo físico, realizada con un sentido distinto a la degradación que el observador externo cree ver en él?

- Una de las varias opciones son los PERITAZGOS ANTROPOLÓGICOS, a los que los jueces de algunas regiones suelen acudir para tratar de superar los vacíos de comprensión que situaciones como éstas, suscitan. Sin embargo, siempre se corre el riesgo de supeditar las decisiones judiciales a las tendencias teóricas y políticas de los profesionales que emiten los respectivos conceptos, lo cual atenta directamente contra el principio del diálogo intercultural aquí defendido, porque el procedimiento no pasaría de ser la consulta de una experiencia acumulada por una persona occidental, recreada además con la jerga científica de los estudiosos que adicionalmente operarían como voces y representantes de una cultura a la que no pertenecen.
- Otro camino, quizás el más consecuente y creativo, consiste en interpelar a las culturas acudiendo a la capacidad adquirida y en proceso de desarrollo de verbalizarse así mismas mediante, por ejemplo, su propia intelectualidad (que cada vez es más intercultural), los espacios tradicionales de deliberación como las asambleas comunitarias, las formalidades procesales autóctonas que comúnmente observan, etc.

Ahora bien, esta última alternativa no siempre resulta fácil porque muy probablemente muchas prácticas tradicionales no han transitado a la palabra y, por el contrario, se encuentran atrapadas en un mundo simbólico y afectivo; pero también es cierto, que parte del efecto de la modernidad en estas comunidades ha consistido en el desarrollo de una discursividad propia que les ha permitido recrear mitos fundacionales, derivar nociones de continuidad

histórica pese a las grandes rupturas, o simplemente, exacerbar sentimientos colectivos de dignidad.

Desde esta perspectiva, el diálogo con la justicia estatal por interpuesta mediación de sus operadores surtiría un inevitable efecto modernizante, que de ninguna manera debe entenderse como estandarización u homogeneidad, porque si nos atenemos a lo observado, aun en escenarios cargados de mayor intolerancia, las diferencias se reeditan

Finalmente, debemos concluir que una empresa de estas características exige un esfuerzo adicional por desaprender y de desmontarse a la vez, de esas cuotas de poder que conceden discursos como el saber jurídico. De hecho, todo ello implica una disposición anímica y una estructura mental que podríamos caracterizar de la siguiente manera:

- Capacidad de sorprenderse.
- Capacidad de generar empatía y de actuar en consecuencia.
- Capacidad de tolerancia para manejar aquellos expediente íntimos de las culturas y a los que muy difícilmente se podrían acceder.
- Capacidad de captar e interpretar las señas que cada sociedad diferente emite con el fin de acceder a las reglas que revelan la importancia de un hecho, antes de que éste suceda en un contexto cultural determinado (Sánchez y Jaramillo, 2000). Es decir, acceder a las líneas de predictibilidad, lo que sólo se logra modificando los estilos cognitivos particulares.

Esto último, nos coloca ante el perfil ideal de un nuevo juez y ante el reto de formarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- BARTH, Fredrik. Los grupos étnicos y sus fronteras. México: Fondo de Cultura Económica, 1976.
- CAMPS, Victoria. El derecho a la diferencia. En: *Ética y Diversidad Cultural*. (León Olivé, compilador). México: Fondo de Cultura Económica. 1997.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. El problema ético de las minorías étnicas. En: *Ética y diversidad cultural* (León Olivé, compilador). México: Fondo de Cultura Económica. 1997. p. 31 - 57.
- GÓMEZ, Herinaldy y RUIZ, Carlos Ariel. Los Paeces Gente Territorio. Metáfora que Perdura. Popayán: Funcop - Universidad del Cauca. 1997.
- GÓMEZ, Herinaldy. De la justicia y el poder indígena. Popayán: Universidad del Cauca. 2000.
- ITURRALDE, Diego A. La gestión de la multiculturalidad y la multiétnicidad en América Latina. (<http://www.unesco.org/most/iturspan.htm>)
- PERAFÁN, Carlos César. Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule. Bogotá: Colcultura – ICAN. 1995.
- PINEDA, Roberto. Pueblos indígenas del Colombia: una aproximación a su historia, economía y sociedad. En: *Tierra Profanada. Grandes Proyectos en Territorios Indígenas de Colombia*. Bogotá: Disloque Editores. 1995. p. 3 - 38.
- RUIZ S., Carlos Ariel y GÓMEZ, Herinaldy. La metáfora del suspiro: una pedagogía para asumir conflictos entre sujetos étnicos. *Revista Política, Instituto de Altos Estudios Jurídicos, Universidad del Valle* (abril, N° 8) 1998. p. 7 - 29.
- RUMMENHOELLER, Klaus. Territorios indígenas y áreas naturales protegidas. En: *Tierra profanada*. Bogotá: Disloque editores. 1995. p. 65 - 90.
- SANTOS, Boaventura de S. Estado, Derecho y luchas sociales. Bogotá: ILSA. 1991.

EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA EN EL ESPACIO DE LA CIUDAD¹: Una presentación crítica del ideal normativo de la vida urbana de Iris Marion Young²

No desdén a ninguno.
Que nadie se quede a la puerta.
La manceba,
el parásito
y el ladrón
están invitados;
y el negro cimarrón
y el sifilítico también.
No habrá diferencias
ni privilegios para nadie.
Que se sienten todos.

Walt Withman

Vilma Liliana Franco³

Las ciudades se enfrentan hoy con dos procesos interrelacionados, que Castells ha denominado de informatización y dualización. El primero, consiste en la reconfiguración de estructuras espaciales determinadas por el funcionamiento de redes de diverso tipo a través del uso de tecnologías informáticas y comunicacionales; el segundo, se refiere a la polarización social y espacial de las ciudades. La informatización en particular, junto con los cambios en el patrón de

1 La elaboración de este ensayo, contó con los sugerentes y oportunos comentarios del profesor Hernando Roldán Salas, y por los cuales le estoy agradecida.

2 Iris Marion Young, es profesora de la Universidad de Chicago, dedicada a los debates sobre feminismo, justicia y democracia, políticas públicas y teoría política.

3 Master en Estudios de Paz de la Universidad de Lancaster, Inglaterra. Investigadora del Instituto Popular de Capacitación -IPC

acumulación económica que favorece, no sólo redimensiona los espacios sociales y culturales generando nuevas posibilidades, sino que también afianza las estructuras de poder prevalecientes y profundiza los problemas de segregación socioeconómica y exclusión política, que han estado desde antes en la raíz de las formaciones capitalistas. Así, las ciudades contemporáneas, como dice este sociólogo español, albergan al mismo tiempo grupos y funciones generadores de riqueza y grupos y espacios devaluados y empobrecidos.

Estos, que pudiéramos llamar viejos problemas de injusticia, porque para la vida y la libertad constituyen una mala distribución de bienes, falta de reconocimiento o atribución de derechos, han encontrado como una de las principales respuestas la proposición de salidas comunitarias y las demandas de reconocimiento. Lo llamativo de quienes se ocupan o desean ocuparse de los conflictos de justicia no es solo la evocación de la "comunidad" como resistencia, sino también su preocupación por delinear el tratamiento de lo que Agnes Heller⁴ denomina la *justicia estática*, es decir, por la aplicación consistente y continuada de la normas y reglas a través de operadores diferentes al Estado. Por su parte, las injusticias en torno a la distribución -que tienden a la agudización y adquieren realce en la caracterización de las ciudades- y derivadas del Derecho han sido menos susceptibles de respuesta en la última década del siglo XX.

Sin duda alguna, todo ello hace pertinente pensar en un modelo normativo de la vida urbana y hacer de las ciudades nuevamente, no un tema de naturaleza técnica, sino política. Sólo en esa medida es posible preguntarse por el cómo conducir las en la perspectiva de la *aproximación* constante e interminable⁵ a una sociedad justa. Iris Marion Young, en "*La justicia y la política de la diferencia*", hace un intento en ese sentido y propone un modelo normativo tomando como punto de partida su crítica al ideal comunitario, al paradigma distributivo y considerando un diagnóstico de los problemas de las ciudades. Allí, ella construye un ideal normativo de la vida en ciudad, partiendo de una definición de la justicia social como un problema de reconocimiento y de la injusticia como opresión y dominación. Tomando ese como un punto de partida, propone como eje frente a las situaciones de injusticia de opresión y dominación, una política de la diferencia, con un acento en la intervención de los procesos institucionales de toma de decisiones y reforzada por unos criterios para la organización del espacio urbano.

Por consiguiente, lo que este ensayo se propone es introducir la reflexión sobre la relación justicia y ciudad, a través de la presentación y análisis crítico de la propuesta normativa de Young. Para ello, el procedimiento a seguir comprende

4 Véase HELLER, Agnes. Más allá de la justicia. Barcelona: Editorial crítica, 1990. 418p.

5 Esta acotación es importante en tanto: no se concibe punto de llegada fijo sino un permanente acercamiento en medio del movimiento; y que se considera la necesidad de desechar, como lo establece Chantal Mouffe, el mito de una sociedad transparente y reconciliada consigo misma.

tres momentos: la exposición de la crítica al ideal comunitario, la propuesta normativa de vida urbana como oposición a dicho ideal y, por último, algunos de los límites de dicho modelo.

1. LOS LÍMITES DE LO COMUNITARIO

La adopción de lo comunitario para hacer frente a los problemas de injusticia en las ciudades y a los impactos de la globalización, ha estado acompañado de las promesas de construcción de una sociedad económicamente justa, socialmente igualitaria, políticamente democrática y culturalmente plural. Pero ¿hasta qué punto el ideal comunitario puede contribuir al logro de una sociedad más justa en la que se hayan superado las relaciones de dominación y opresión cultural, política y socioeconómica? Esta pregunta encuentra una respuesta negativa en el trabajo de Young. A su modo de ver, el ideal comunitario niega la posibilidad del reconocimiento y, por lo tanto, de la superación de las injusticias de la opresión y dominación. Es decir, dicho ideal, a lo que no contribuye es a una justicia del reconocimiento tal como la concibe Young. Veamos su argumento:

El ideal de comunidad suele ser evocado con frecuencia como la salida más adecuada para refutar el individualismo posesivo liberal y las injusticias sociales que se derivan del predominio del capital o de la burocracia estatal. Según Iris Marion Young⁶, la privatización de los procesos de toma de decisiones y la consecuente reproducción y exacerbación de las desigualdades y opresiones, la segregación, la exclusión, la explotación, el imperialismo cultural y la marginación, han tenido como respuesta la proposición de comunidades descentralizadas y autónomas que evocan la ausencia de la competencia autointeresada de la sociedad moderna. No obstante, tal propuesta es considerada por esta autora como inadecuada. Para Young, tanto el liberalismo como el comunitarismo, tienen una lógica común que subyace a su polaridad y que permite que se definan entre sí de manera negativa: "Cada uno de estos términos implica una negación de la diferencia y un deseo por hacer confluír la multiplicidad y la heterogeneidad en la unidad, aunque lo hacen de maneras opuestas"⁷. El primero, lo hace postulando el "yo" como unidad sólida y autosuficiente definida en sí misma; el segundo por su parte, propone la fusión antes que la separación en un todo compartido. Dicha fusión convertida en el ideal de comunidad, expresa, según Young, un anhelo de armonía, de consenso y de entendimiento mutuo, de integridad social, de unidad, simetría e identidad. Pero éste, como *subjetividad compartida* o como *conciencia común* niega -y ello constituye el núcleo de la crítica de Young- la diferencia ontológica de los sujetos e intenta disolver la inagotabilidad social en la comodidad de un todo cerrado en

6 YOUNG, Iris Marion. La justicia y la política de la diferencia. Madrid: Ediciones Cátedra, 2000. 457p.

7 Ibíd. p. 383

sí mismo, que en lugar de contribuir a la edificación de una sociedad justa tiende a favorecer el crecimiento de los problemas de dominación y opresión.

La contraposición comunidad-sociedad que se expresó en los inicios de la sociología, resurge en el debate contemporáneo sobre los criterios de justicia en la filosofía política como oposición comunidad-individualismo. La idea de comunidad es propuesta por el comunitarismo como una crítica a la concepción liberal del "yo". Para el liberalismo los individuos son libres de cuestionar su participación en prácticas sociales existentes y actuar independientemente de éstas, por eso no se definen como participantes de ninguna relación social. Para los comunitaristas, por su parte, el "yo" no es previo a los fines ni es un ser desvinculado, sino que se encuentra inserto en prácticas sociales y normativas existentes a partir de las cuales construye su identidad. Por esa razón no es posible adoptar distancia respecto a intereses y relaciones y aspirar a tal independencia en la elección de las acciones. Según esta perspectiva, la auto-determinación se realiza, por consiguiente, en el marco de las condiciones sociales y no de manera independiente. La alternativa comunitarista a la concepción moral deontológica del liberalismo es la reconstrucción de las relaciones sociales, sobre la base de comunidades de identidad y sentido⁸ y la adopción de una política de reconocimiento de las diferencias culturales para afirmar la igual dignidad de las personas.

Esta alternativa comunitarista ha sido criticada porque, contrario a lo que espera, termina por favorecer la discriminación. Young, parece acoger el espíritu de esta crítica, aunque debe anotarse que llega a tal conclusión de una manera diferente, puesto que centra su reflexión en la caracterización del ideal de comunidad y no tanto en la concepción del "yo". Un ejemplo de esta segunda aproximación es la desarrollada por Kenneth Strike⁹ en su crítica a Charles Taylor. Para Strike, el punto crítico de dicha solución es que no es posible defender al mismo tiempo el ideal de igual dignidad y la idea de una identidad dialógica y socialmente construida, si ésta última supone el abandono de la idea de la importancia moral de las personas. Desde su punto de vista, y acercándose a la concepción liberal, es el valor moral de la persona la que permite el respeto –en un sentido kantiano– de la diversidad de tradiciones culturales y no el reconocimiento de su valor lo que conduce a afirmar la igual dignidad de los individuos¹⁰. Según ésta

8 Véase CORTÉS RODAS, Francisco. De la política de la libertad a la política de la igualdad: un ensayo sobre los límites del liberalismo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre editores, Instituto de filosofía de la Universidad de Antioquia, 1999. 178p.; KYMLICKA, Will. Contemporary political philosophy. an introduction. Oxford: Clarendon Press, 1995. 321p.; VAN PARIJS, Philippe. ¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política. Barcelona: Ariel. 251p.

9 STRIKE, Kenneth A.: Taylor, equality, and the metaphysics of persons. [En línea] <http://www.ed.uiuc.edu/EPS/PES-Yearbook/96_docs/strike.html> [Consulta 12 11 2002]

10 Amitai Etzioni, por ejemplo, afirma que la comunidad es la base para determinar y afirmar los valores fundamentales de la persona y de las virtudes sociales.

crítica, la espera de encontrar algo de valioso en cada cultura puede ser, por el contrario, consistente con las consideraciones de inferioridad cultural y por lo tanto con las prácticas de discriminación negativa. En un momento de comparación de dos culturas, a la espera de encontrar algo valioso se puede concluir, luego de un juicio, que una lo es más que la otra; o el valorar una formación cultural distinta a la propia y encontrarla superior, podría significar un aminoramiento de la dignidad propia -en tanto ésta depende del valor de la cultura a la cual se pertenece-. Un socavamiento como este último, llevaría entonces a un punto defensivo de afirmación de la identidad.

Más cercana a la forma de aproximación crítica de Young a la alternativa comunitarista, es la reflexión propuesta por Ayse Ceyhan¹¹. Compartiendo con Amitai Etzioni, que el comunitarismo propone un retorno a los valores familiares, religiosos y culturales y la reconstrucción de la sociedad sobre la base de vínculos comunitarios, Ceyhan, señala que la vertiente más radical del comunitarismo (Sandel o MacIntyre) no realiza una separación clara entre la persona y su identidad social, además de que hace depender la validez del juicio moral de la validez de las fuentes culturales en un contexto dado. Así pues, la dificultad de una comunidad -definida como restringida, étnicamente homogénea e integrada a una tradición- para trascender su identidad puede conducir a que las críticas sociales estén ausentes y a que el pluralismo sea considerado más una amenaza que una oportunidad. Desde este punto de vista, ese comunitarismo que se presenta como liberador, favorecedor de particularismos y comunidades de sentido puede ser por consiguiente exclusionista y vivificador de conflictos, violencias y afrentas intercomunitarias. Dada la probabilidad de confrontación entre comunidades, parece entonces poco factible el establecimiento de una comunidad de comunidades compatible con los proyectos de identidad.

En consideración de Young, el ideal de comunidad es problemático porque tiende a reforzar y a valorar la homogeneidad, negando la diferencia ontológica entre sujetos y la diferenciación social producto del distanciamiento temporal y espacial. Por consiguiente, dicho prototipo tiende a constituirse en una forma de opresión y de exclusión de todo aquello que se experimente como diferente. Adquiere tales características porque la idea de comunidad misma, válida y refuerza el temor y la aversión frente a algunos grupos sociales y por consiguiente la exclusión. "Si la comunidad es una pauta positiva, es decir, si el fin es vivir junto a otras personas en relaciones de entendimiento mutuo y reciprocidad, entonces es entendible que excluyamos y eliminemos a aquellas personas con las que no nos identificamos o no podemos identificarnos"¹². La auto-identificación como

11 CEYHAN, Ayse. Le communautarisme et la question de la reconnaissance. *En* : Cultures & conflits Sociologie politique de l'international N°.12. [En línea] <http://conflits.org/rubrique.php?id_rubrique=18> [consulta 18 12 2002]

12 YOUNG, Op. cit. p. 393

miembro de una comunidad se expresa como una diferenciación en oposición a otros grupos temidos, despreciados y desvalorizados. Se experimenta la identificación sólo con respecto a algunas personas y se teme la diferencia con la que enfrentan otros grupos que tienen un punto de vista diferente respecto al mundo. En este mismo sentido, y con respecto a las demandas por reconocimiento, Nancy Fraser,¹³ llama la atención sobre la tendencia a la simplificación de identidades y hacia las prácticas separatistas, chovinistas, patriarcales y autoritarias, en lugar de promover la interacción respetuosa dentro de contextos multiculturales e interculturales¹⁴.

Young, llama la atención sobre el riesgo del carácter excluyente de las formaciones comunitarias. Se tiene la idea que en este tipo de formaciones sus miembros tienen valores y formas de vida compartidos y se relacionan con reciprocidad y solidaridad. Sin embargo, como anota Young, aunque puede haber un grupo dominante con valores y estilos de vida distintivos se encuentran individuos o grupos que se consideran desviados de la norma, a partir de lo cual se legitiman conductas defensivas de exclusión y opresión. Esta tendencia a la exclusión del ideal de comunidad se opone, por lo tanto, a las demandas por la afirmación positiva de la diferencia¹⁵.

Esta caracterización de Young tiene bastante correspondencia con el debate clásico en la sociología sobre la polaridad comunidad-sociedad y sobre la cual vale la pena detenerse por un momento para entender su objeción y luego la oferta del ideal de vida urbano como contraposición. La tipología polar comunidad (*Gemeinschaft*) - sociedad (*Gesellschaft*), se configuran inicialmente como entidades ontológicas que se plantean incompatibles entre sí. Ferdinand Tönnies¹⁶, por ejemplo, al considerar que todas las relaciones sociales son producto de la voluntad humana, distingue entre voluntad esencial o natural y voluntad arbitraria o racional. La primera, instintiva y orgánica, expresa una tendencia arcaica

13 Véase FRASER, Nancy. Rethinking recognition. *Ed*: New Left Review. N° 3 (Mayo-Junio, 2000). p. 107-120.

14 El concepto de multiculturalismo en Kymlicka –uno de sus principales exponentes- guarda relación con su concepción de cultura. Para él, esta es básicamente una nación, de ahí que entienda como un Estado multicultural, aquel que está compuesto por distintas naciones y por minorías étnicas.

Con el término multiculturalidad también se suele denotar la coexistencia de varias culturas en un mismo territorio, partiendo del respeto hacia las minorías pero provocando la aparición de grupos de identificación y diferenciación que no supone una interacción. Y por interculturalidad, se ha entendido un modelo que se asienta en el respeto a las minorías culturales y étnicas a la vez que promueve espacios de interacción.

15 Esto pareciera dejar sin piso la posibilidad de reivindicar las construcciones identitarias, sin embargo lo que ello implica es que la idea de afirmación de la identidad, aunque supone exclusión, quienes pretenden afirmar dicha identidad deben reconocer y afirmar las diferencias.

16 TÖNNIES, Ferdinand. Comunidad y sociedad. Buenos Aires: Avellaneda Anseghino, 1947.

pues proviene del pasado, domina la vida de los campesinos, artesanos y gente del común. La segunda, finalista y deliberada, orienta por lo tanto la acción relación al futuro; domina la vida de los negociantes, científicos y personas de autoridad. Cada uno de estas formas de volición determinan dos tipos de formación social: la comunidad y la sociedad. La primera, correspondiente a la familia, la vecindad o los grupos de amistad, se mantiene a partir de la simpatía entre los individuos y tiene como características las relaciones de parentesco, la afectividad (irracional) y la tradición. La comunidad concierne a una vida en común duradera y auténtica cuya finalidad es el trabajo y goce en común, que apunta al sostenimiento y a la conservación. La sociedad, referida a la ciudad y al Estado, es finalista e instrumental, por lo cual adquiere su racionalidad y su posibilidad de estructurarse a través del pensamiento y el conocimiento. Las relaciones sociales de este tipo de sociedad, se expresan a través de los contratos mercantiles -que expresan valores económicos- y se componen de una atomización de individuos con intereses particulares en función de la ganancia.

En esta tipología dicotómica que constituye una simplificación excesiva de los tipos de sociedad, la inclinación por el primer tipo se ha planteado como una crítica a la sociedad mercantil, a la racionalidad instrumental y al individualismo. El concepto de comunidad se propone así como el lugar de la homogeneidad, la armonía y de los sentimientos, creencias y conciencia común. Como una crítica a esta perspectiva dicotómica surgen con Max Weber, los conceptos de comunitarización (*Vergemeinschaftung*) y socialización (*Vergesellschaftung*), que adoptan como base la noción de relación social, la cual admite la coexistencia de procesos comunitarios y sociales. Desde ese punto de vista no hay extrapolación en los tipos de sociedad, sino más bien tendencias comunitarias o sociales como parte de un *continuum*. En esa perspectiva, es posible identificar distintas formas de vinculación a un cuerpo social: una que enfatiza en los sentidos de co-pertenencia y caracterizada por la subjetividad afectiva o tradicional, y otra, que acentúa la dimensión reflexiva racional¹⁷.

En su crítica al ideal de comunidad, Young también refuta a éste la posibilidad de auto-entendimiento y transparencia, atributos propuestos por Sandel, y el ideal de las relaciones sociales como co-presencia de sujetos. En primer lugar, el ideal de transparencia no sólo niega la diferencia entre los sujetos, sino que además no es posible en la medida en que cada cual ve el mundo de manera distinta y la percepción y objetivación de las personas es diferente de la experiencia

17 Según Weber, "llamamos comunidad a una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social –en el caso particular, por término medio o en el tipo puro- se inspira en el sentimiento subjetivo (afectivo o tradicional) de los partícipes de constituir un todo.

Llamamos sociedad a una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social se inspira en una compensación de intereses por motivos racionales (de fines o valores) o también en una unión de intereses con igual motivación" (WEBER, Max. Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1964. p. 33).

que cada una de ellas tiene de sí. En segundo lugar, el individuo no puede conocerse ni hacerse transparente a sí mismo en la medida en que no es unidad y no tiene control o comprensión respecto a lo que dice, necesita o quiere. "Cualquier sujeto individual es un despliegue de diferencia que no puede ser completamente comprendido."¹⁸ Es decir, no es posible entender a los demás como se entienden a sí mismos, porque además ellos tampoco se entienden a sí mismos de modo suficiente.

El ideal de comunidad como co-presencia de sujetos suele traducirse en una postura política que privilegia la democracia directa. Ésta se defiende como una alternativa a las tendencias de burocratización, al carácter impersonal de las relaciones, a lo mediato de la sociedad de masas, etc. Pero la co-presencia inmediata, refuta Young, es una ilusión que responde al mito de las relaciones sociales no mediadas y que identifica erróneamente mediación con alienación. Para esta autora es imposible prescindir de la mediación del discurso y de las otras personas en cada acción que realizamos y debido a la complejidad misma de las sociedades contemporáneas. De otro lado, si bien es importante reconocer la importancia de las relaciones cara a cara, es políticamente poco conveniente ofrecerlas como el modelo de relaciones de la sociedad en su conjunto, en la medida en que se deja de lado la cuestión fundamental del cómo deben organizarse las relaciones para superar la dominación y la opresión. "Un modelo de la sociedad buena, compuesta de comunidades cara a cara descentralizadas y económicamente autosuficientes que funcionan como entidades políticas autónomas, no depura la política, como piensan quienes proponen tal modelo, sino que más bien elimina la política"¹⁹.

Sin embargo, el problema -en discusión con Young- no lo constituye la simpatía por la democracia participativa o directa en que se traduce el privilegio otorgado a las relaciones cara a cara, porque constituye una demanda válida de democratización, sino el que ello lleve a la omisión de la construcción de relaciones de representación política como una experiencia de mediación que se erige a partir del debate sobre los intereses. La representación es la que permite la asociación de voluntades, la agregación de intereses y visiones particulares y la simbolización de lo colectivo (pueblo, nación, etc.).²⁰ No obstante, Young está en lo cierto cuando denuncia como una ilusión la pretensión de prescindir de las mediaciones. Recuérdese que ya Dahrendorf, ha advertido sobre el peligro del ciudadano total y la subsiguiente saturación de la política por el exceso de participación. Ciertamente, Young también estaría en lo correcto si de su

18 YOUNG, Op.cit. p. 388.

19 Ibid. p. 391.

20 Véase GARCÍA DUARTE, Ricardo: El sentido extraviado de la representación política. En: Revista Foro N°. 39 (septiembre 2000) Bogotá. p. 11-20.

planteamiento fuese posible deducir que una democracia directa pura no es funcionalmente operable en una sociedad de masas.

Otro de los elementos críticos que Young le atribuye al ideal comunitario es su carácter antiurbano, en el sentido en que privilegia la familiaridad sobre lo nuevo, lo extraño, lo extraordinario, lo diverso. Por vida en la ciudad, Young entiende "la forma de relaciones sociales [definidas] como el convivir juntas de personas extrañas". Allí, las personas interactúan en espacios de los que se sienten pertenecientes pero no se disuelven en una unidad. Estar juntas implica problemas e intereses comunes pero no comunidad de objetivos últimos compartidos de mutua identificación y reciprocidad. El espacio urbano aunque usualmente puede estar caracterizado por procesos de comunitarización territorial o subjetiva (género, étnica, religiosa, etc.), estos contribuyen en cierta medida a la persistencia de relaciones de dominación y opresión en la medida en que se hacen más vulnerables a los fenómenos de segregación. Dicha condición tiende a desestimar la organización de la relación con otros sectores en la perspectiva de superación de las condiciones de injusticia.

El enfoque comunitarista de la justicia, defiende igualmente, la idea de que cada comunidad valora de manera diferente sus bienes sociales, y de acuerdo con ello, construye sus propios criterios de justicia. La concepción de justicia debe alimentarse entonces de las prácticas sociales compartidas y definidas por la comunidad y no en principios universales, abstractos y ahistóricos. Así, por ejemplo, el presupuesto teórico de Walzer, como bien lo sintetiza Michael Rustin, es que "los bienes son generados por un proceso de definición cultural y social y están enraizados en una comunidad moral"²¹.

Dicha consideración está en la base de la polémica²² con la consideración liberal, según la cual, la justificación del derecho no requiere partir de una concepción de bien²³. Según Kymlicka, en la perspectiva del comunitarismo la idea del bien común se entiende independientemente de la concepción de buena vida que delimita el modo de vida de la comunidad y constituye el criterio para juzgar las preferencias individuales. Es la vida en comunidad la que proporciona los parámetros para evaluar las concepciones del bien, por consiguiente, el valor de las preferencias individuales depende de su correspondencia con el bien común. De esa manera, las libertades y los recursos para la realización de las preferencias o concepciones

21 RUSTIN, Michael. La igualdad en los tiempos postmodernos. Ed: MILLER, David; WALZER, Michael (comp.): Pluralismo, justicia e igualdad. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 29-63. Véase también: WALZER, Michael. Las esferas de la justicia. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

22 Éste es el debate que tiene lugar entre Sandel y Rawls y sobre el cual véase: CORTÉS RODAS, Op. cit.; KYMLICKA, Op. cit.

23 Aunque según Kymlicka, el liberalismo también posee una concepción del bien común. Éste, en la perspectiva liberal debe "encajar en el conjunto de preferencias y concepciones de lo bueno sostenidas por los individuos".

de vida buena de las personas queda subordinada a esta idea de bien común. Según la perspectiva comunitarista, se debe estimular la adopción de una concepción del bien que se corresponda con el modo de vida en comunidad y desestimular o sancionar las que no se adecuan.

Sobre esta discusión y consecuente con su política de la diferencia, Young afirma que la justicia social, como ella la entiende, no se refiere tanto a las preferencias y formas de vida de los grupos, sino a las condiciones institucionales. En otras palabras, la justicia no consiste en la realización específica de valores y, por lo tanto, no es idéntica a la vida buena. Esta postura la lleva, por consiguiente, a rechazar tanto la apelación a una concepción de la vida buena para la justificación de normas, como a la definición de la naturaleza humana, pues desde su punto de vista ambas son excluyentes y conducen a una concepción estática de las relaciones sociales. No obstante, ofrece una forma alternativa de concebir las personas, esto es, como seres actuantes que defienden múltiples valores. Esta última consideración es la que le permite reafirmar las condiciones institucionales necesarias para la realización de dos valores fundamentales: “(1) desarrollar y ejercer nuestra experiencia [...] y (2) participar en la determinación de nuestra acción y de las condiciones de nuestra acción.”²⁴

2. EL IDEAL NORMATIVO DE LA VIDA URBANA

Vistas estas críticas al ideal de comunidad ¿qué alternativa propone Young? Un ideal normativo de la vida en ciudad “concebida como vitalidad pública erotizada donde las diferencias se afirman en un espacio abierto.”²⁵ Dicho ideal contiene los siguientes cuatro elementos:

- **Diferenciación social sin exclusión:** implica que, si bien la vida urbana no es incompatible con redes sociales de apoyo y comunidades subculturales -pues las diferencias pueden reforzarse o ser promovidas-, la diferenciación de grupo y la formación de grupos de identidad debe realizarse sin exclusión y expresarse como una particularidad no reducible a la identidad ni completamente distinta a ella. De esta manera, espera Young, que los grupos no estén presentes a través de grupos de inclusión y exclusión, sino que se superpongan y entremezclen sin llegar a ser homogéneos.
- **Variedad:** consiste en oponerse a la división funcional de los espacios urbanos o zonificación, pues el carácter multiuso de un espacio favorece la participación y motiva los sentidos de vecindad.

24 YOUNG, Op.cit. p. 67.

25 Ibid. p. 403.

- **El erotismo:** corresponde a la estimación de lo diferente como lo nuevo, lo extraño y lo sorprendente, favoreciendo el encuentro de subjetividades y significados.
- **La publicidad:** atañe a la provisión y accesibilidad de un espacio público no universal ni ilustrado, que es a su vez, condición para el ejercicio de la política como deliberación, el encuentro y la expresión de la diferencia sin disolverse en la unidad.

Para su formulación de este ideal normativo de la vida en ciudad, Young toma como puntos de partida, además de su crítica al ideal comunitario, varias objeciones al paradigma distributivo de la justicia. Ambas críticas la conducen al mismo punto: reafirmar la necesidad de una política de la diferencia. La primera, le sirve para defender la diferencia ontológica; la segunda, para construir una noción de injusticia, no como mala distribución sino como opresión y dominación que niega la autorrealización y la autodeterminación de las acciones y sus condiciones. La política de la diferencia se constituye en el único centro de su propuesta normativa de vida en la ciudad y se traduce en una propuesta de aseguramiento de la autonomía ciudadana a través de la afirmación de una democracia deliberativa. Dicha política es respaldada o pretende ser reforzada por una propuesta sobre el tipo de intervención adecuado en el espacio urbano, la cual se deriva a su vez de un diagnóstico sobre los problemas que enfrentan las ciudades. Vamos por partes:

2.1. CRÍTICA AL PARADIGMA DISTRIBUTIVO DE LA JUSTICIA

Young, se une a las críticas del paradigma distributivo de la justicia, según las cuales dicho paradigma excluye la pregunta sobre por qué los bienes han sido mal distribuidos, desde un punto de vista moral. Tales cuestionamientos reclaman igualmente, que la justicia distributiva ignora el carácter cultural de la injusticia, por lo cual llega centrarse más en la inequidad que en la diferencia. Por eso, no es gratuito que Young sea enfática al señalar que la cuestión de la justicia social en la ciudad no debe reducirse a un problema distributivo, sino que debe ocuparse de los procesos y relaciones que reproducen modelos de distribución; requiere ante todo de una política de la diferencia. Es por ello que, desde su perspectiva, adquieren importancia las cuestiones relativas a la afirmación de la identidad de los diversos grupos y la intervención de los procesos de toma de decisiones, la división del trabajo y la cultura.

La justicia social, según Young, se ha convertido -en el paradigma distributivo de la justicia-, en un término coextensivo de la distribución. Desde su punto de vista, la discusión sobre la justicia se ha visto restringida a la distribución moralmente correcta de beneficios (riqueza, ingreso, derechos, oportunidades, poder y autoestima) y cargas entre los miembros de la sociedad:

...todas las situaciones en las que la justicia está en cuestión son análogas a la situación de las personas que dividen una cantidad de bienes y comparan la medida de las proporciones que los individuos tienen [...] Los individuos están relacionados externamente con los bienes que poseen y la única relación entre ellos que interesa desde el punto de vista del paradigma es una comparación de la cantidad de bienes que poseen²⁶.

Según Young, este modelo asume implícitamente el atomismo social porque no hay relaciones entre las personas que sean consideradas valiosas para la discusión sobre la justicia. Además, respondiendo a una concepción estática de la sociedad, evalúa la justicia según los fines del modelo de persona y de bienes imperantes.

El segundo gran problema que identifica Young, es que dicho paradigma ha aplicado la lógica de la distribución a cosas que no son materiales ni mensurables y en términos finalistas, tergiversando la discusión sobre la justicia en tales campos. Y en tercer lugar, ha dejado de lado la estructura social y el contexto institucional que determinan los modelos de distribución, esto es de la acción, las decisiones sobre la acción y la provisión de los medios para desarrollar y ejercer las capacidades humanas.

2.2. POLÍTICA DE LA DIFERENCIA

Algunos autores como Charles Taylor o Axel Honneth, han llamado la atención sobre la generalización de la postura según la cual "...la cualidad moral de las relaciones sociales no puede medirse solamente por la distribución equitativa o justa de los bienes materiales, sino más bien que nuestra representación de la justicia debe estar relacionada esencialmente con aquellas concepciones acerca de cómo y cómo qué se reconocen recíprocamente los sujetos"²⁷. Pues bien, Young adhiere a dicha opinión y es así como erige su crítica al paradigma distributivo de la justicia. Afirma además, que una concepción de la justicia debe empezar por los conceptos de opresión y dominación y no por la distribución. A partir de ello, enuncia su esperanza de socavar la opresión a partir del reconocimiento de las diferencias.

Young, ofrece como propuesta normativa una política de la diferencia. Para tal efecto, empieza por distinguir entre identidad y diferencia. Las identidades grupales conllevan, desde su punto de vista, a varios problemas: en primer lugar, establece una frontera entre lo interno y lo externo, entre lo cercano y lo foráneo a partir de características esencialistas muy cercanas al conflicto y a la exclusión;

26 *Ibíd.* p. 36

27 HONNETH, Axel. Reconocimiento y obligaciones morales. *En*: Estudios Políticos N° 14. Medellín: Instituto de Estudios Políticos - Universidad de Antioquia. Enero – Junio de 1999. p. 174.

en segunda instancia, no todos los miembros consideran que la identidad de grupo es esencial para su identidad individual, pues éstas se construyen a partir de las condiciones dadas por la posición (raza, género, edad, etc.) que ocupan en la estructura social; en tercer lugar, un grupo con identidad común no necesariamente comparte intereses comunes; por último, una identidad esencialista tiende a ignorar las diferencias intra e inter grupales. De manera consecuente, Young se inclina a pensar en términos de relaciones, lo que significa que un grupo no debe ser reconocido por su identidad sino por su diferencia, la cual se hace visible en el marco de la interacción social. Los grupos -dice- se identifican al relacionarlos. Es por ello que opta entonces, por considerar que un grupo social "es un colectivo de personas que *se diferencia* de al menos otro grupo a través de formas culturales prácticas o modos de vida,"²⁸ que se configura a partir de afinidades específicas y es heterogéneo en su composición.

Uno de los aportes importantes de Young sobre el problema del reconocimiento es la interpretación de este, tanto como un problema de autodesarrollo y autodeterminación, como de justicia. Sin embargo, aunque establece una distinción entre una política de la identidad esencialista y una política de la diferencia y entiende que el grupo social "diferenciado" es una entidad cambiante anterior al individuo y que le aporta a la construcción de su identidad, Young propone una concepción de la diferencia como simplemente particularidad, heterogeneidad de cuerpo y afectividad y pluralidad de relaciones sin un origen unitario indiferenciado, que resulta limitada en varios sentidos. La adopción del término "diferencia" y su contraposición con el de "identidad" pareciera acercarlo a la concepción de la alteridad. Pero ¿hasta qué punto son asimilables? Young atribuye un carácter relacional a la diferencia, pero su crítica radical a la identidad la lleva a no establecer una relación entre la diferencia y la identidad, entre *el otro* y el *uno-mismo*; tiende por el contrario, a creer que la diferencia sustituye la identidad. Veamos este planteamiento brevemente a través de la discusión sobre la alteridad.

La alteridad es diversidad o multiplicidad en tanto opuesto a identidad y a unidad. Contiene el *uno-mismo*, *la identidad* y *el otro*, entre los cuales hay correlación, correlatividad. El uno-mismo no es sin *el otro* y *el otro* no es sin el uno-mismo. *El otro* se precisa no sólo como diferente sino como lo distinto que nunca es mera apariencia, que se encuentra en la exterioridad de la identidad y que propone diálogo a partir de la diferencia. En su condición de exterioridad *el otro* es indicativo tanto de la identidad como de la diferencia, la cual es a su vez potencial de conflicto. Como lo afirma Chantal Mouffe, "la condición de existencia de toda identidad es la afirmación de una diferencia."²⁹ No obstante, la alteridad

28 YOUNG, Op.cit. p. 77.

29 MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político. Barcelona: Paidós, 1993. p. 15.

no es sólo la cualidad de ser distinto. Hannah Arendt, sostiene en este sentido que *el otro* existe a través de la acción y el discurso, pero se constituye como tal a través del relacionamiento, es también proximidad. Compartiendo este planteamiento, entonces puede afirmarse que la alteridad se constituye en la relación con *el otro*, en la cual se expresa la distinción y se comunica el yo propio, la identidad. En la alteridad hay igualdad y distinción contenida. Pero ¿cómo podrían coexistir de manera no contradictoria homogeneidad y heterogeneidad, equivalencia y desproporción? Hannah Arendt, argumenta que igualdad y distinción son fundamento para el entendimiento humano: si los hombres no fueran iguales no podrían entenderse y si no fueran distintos no necesitarían el discurso y la acción para el entendimiento. Es decir, la diferencia es tan importante como lo que nos es común.

En este planteamiento se encuentran dos elementos importantes que Young no considera en su política de la diferencia: en primer lugar, el reconocimiento de *el otro* no supone la disolución de la identidad ni la necesidad de su afirmación; en segundo lugar, el diálogo con *el otro*, su respeto, sólo es posible en tanto se reconoce la existencia de algo en común. Por supuesto, no se trata tampoco de la defensa de un universalismo a ultranza y *a priori*, sino, al modo de Isaiah Berlin, de un pluralismo de los valores que supone que la diferencia es tan importante como lo que nos es común, que reconoce la determinación contextual de los valores al mismo tiempo que acepta la existencia de unos mínimos universales que hacen posible la comunicación y el entendimiento.³⁰ Pero veamos el contenido de la política de la diferencia de Young, para entender mejor esta objeción.

Para Young, una política de la diferencia "... sostiene que los grupos oprimidos [como producto de la explotación, la violencia, el imperialismo cultural o la carencia de poder] tienen distintas culturas, experiencias y perspectivas sobre la vida social con un significado humanamente positivo..."³¹ Así mismo, le atribuye a dicha política un carácter emancipador frente a la opresión y la dominación, en la medida en que interviene sobre los procesos institucionales en favor de la promoción de las capacidades de interacción de los grupos y de la participación para la decisión sobre las propias acciones y sus condiciones. Además de dicho atributo, la política de la diferencia apunta, según Young, a la promoción de la solidaridad de grupo en contraposición al individualismo liberal y a la provisión de un punto de vista para criticar las instituciones y las normas.

La política de la diferencia de Young comprende cuatro elementos constitutivos. En primer lugar, parte de la *afirmación positiva* de la diferencia de los grupos oprimidos y dominados, con lo cual evidencia la desigualdad, resiste a su

30 Véase BERLIN, Isaiah. El fuste torcido de la humanidad: capítulos de historia de las ideas. Barcelona: Península, 1995; _____. Contra la Corriente: ensayo sobre la historia de las ideas. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. 455p.

31 YOUNG, Op.cit. p. 280

estereotipación, relativiza la cultura dominante y replantea las relaciones sociales como relaciones entre diferentes. El paso que sigue a la afirmación es la *auto-organización* independiente en función de la superación de las injusticias. El tercer eslabón es la *participación plena* en las instituciones sociales con oportunidades reales para el ejercicio de las capacidades y elecciones. Para Young, es fundamental que los derechos diferenciados y las políticas que favorecen su observancia estén articulados a los derechos políticos de participación; es justamente a través de éstos, como se trabaja en la superación de la dominación en la medida en que permiten la determinación de las acciones y de las condiciones de éstas. Por último, para que esa ciudadanía diferenciada haga factible la superación de la opresión, se requieren mecanismos institucionales de *representación* de los grupos oprimidos y desaventajados en un espacio público heterogéneo. Este elemento supone: el apoyo de la auto-organización para favorecer el entendimiento reflexivo de la experiencia y el reconocimiento de sus propios intereses; el análisis de grupo y las iniciativas grupales para la propuesta de políticas en espacios institucionales; y el poder de veto con relación con las políticas que afecten directamente al grupo.

La importancia de esta formulación de la política de la diferencia es que el *reconocimiento* de la diversidad significa el renunciamiento a la asimilación de *el otro* y su puesta al servicio de *el uno*. Tomar en cuenta la diferencia significa la imposibilidad ética de la dominación, porque el pensar la realización de las diferencias en el intercambio y no en la exclusión abre claramente la posibilidad de la recíproca influencia. Sin embargo, hay varios puntos problemáticos: en primer lugar, en una política de la diferencia debe haber un supuesto de igualdad- que no está claramente expresado en la propuesta de Young- del que no es posible prescindir si se quiere que dicho respeto y reconocimiento sea posible³². En segundo lugar, dicha política, aunque opuesta a la de identidad, no anula la inclinación al conflicto. Young, ha rechazado la identidad no sólo por su carácter excluyente sino también por su inclinación al conflicto, sin embargo la diferencia es posibilidad de conflicto y este de transformación. En tercer lugar, si tenemos en cuenta que el reconocimiento de *el otro* no supone la disolución o la pérdida de importancia de la identidad y su constante recreación, se puede deducir que los contenidos de la política de la diferencia de Young, aunque comprende la afirmación positiva de la diferencia, no contempla cómo se despliega el reconocimiento del *otro*, más allá de los dispositivos procedimentales e institucionales de la democracia.

Según Todorov³³, el proceso de entendimiento del *otro* consta de cuatro fases. La primera, se trata de una asimilación del otro en uno mismo: el otro visto es comprendido con relación con a mismo. "Hay un acto de percepción de los otros

32 Sobre este aspecto ya se ha pronunciado Kenneth en su crítica a Taylor.

33 TODOROV, Tzvetan. Las morales de la historia. Barcelona: Piados. 1993. 278p.

pero no da más que una reproducción de lo mismo en varios ejemplares.”³⁴ Sólo hay una identidad, la mía. La segunda fase, implica una desaparición del yo en conveniencia del otro. Hay una renuncia a sí mismo, un intento por des-hacerse de prejuicios para entender al otro.

Me hago más persa que los persas: aprendo su historia y su presente, me acostumbro a percibir el mundo a través de sus ojos, reprimo toda manifestación de mi identidad original, apartando mi subjetividad, pienso que estoy en la objetividad [...] enamorado ferviente, renuncio a mi yo para fusionarme mejor con el otro, no soy más que una emanación de ella o de él. Aquí de nuevo, hay una única identidad, pero es la suya.³⁵

En un tercer momento, ocurre una re-asunción de la identidad “pero después de haber hecho todo lo posible para conocer al otro.”³⁶ La situación de exterioridad deja de ser una inconveniencia, por el contrario, propicia el conocimiento “ya no pretendo hacer hablar a los otros, sino establecer un diálogo entre ellos y yo.”³⁷ Tiene lugar una relativización del otro y de sí mismo. Hay prejuizamiento por el condicionamiento histórico pero el interés por conocer al otro no desaparece. “La dualidad quita el sitio a la unidad; el yo permanece distinto al otro”. En la cuarta fase, ocurre nuevamente una separación aunque distinta del mi mismo.

Ya no deseo, ni puedo identificarme con el otro, pero tampoco consigo identificarme conmigo mismo. El conocimiento del *otro* depende de mi propia identidad y la determina el conocimiento de mí mismo que afecta igualmente su identidad. No puedo mantener mis prejuicios [...] mi identidad se mantiene pero está como neutralizada, me leo entre comillas [...] a través de la interacción con el otro, mis categorías se han transformado de tal forma que se han vuelto hablantes para los dos [...] la universalidad que creía haber perdido la vuelvo a encontrar en otra parte.³⁸

En el proceso de conocimiento del *otro* se adquiere conciencia de la propia identidad y se la transforma. La distinción entre el adentro y el afuera pierde sentido. La interacción es el escenario del recíproco conocimiento y el entendimiento.

Finalmente, tan importante para el reconocimiento y respeto de la diversidad en función de la superación de la injusticia de la dominación y la opresión, debe serlo la construcción dialógica de nuevas identidades, en particular en el ámbito político. En Young, como en otros autores, se habla del reconocimiento de las

34 Ibid, p. 38.

35 Ibid.

36 Ibid. p. 39.

37 Ibid.

38 Ibid.

diferencias que se suponen ya existentes o que puedan emerger, pero no hay una declaración sobre la importancia de la construcción de nuevas agrupaciones identitarias que viabilicen el ejercicio mismo de la política. Si se anula la diferencia política o se renuncia a la construcción de un nosotros político, si se rebate la enemistad y se invoca el mito de la sociedad reconciliada, se niega lo político - entendido claro está como antagonismo³⁹ y no como diálogo racional libre de coerción- y con él toda posibilidad emancipatoria. La identidad política debe posibilitar la relación de: memoria, representación, intención y proyectos de acción. Seguramente, se podría objetar que en este terreno una afirmación de la identidad conduce al sectarismo y la exclusión, y tal vez sea posible, sin embargo, la negación de la enemistad no conduce a otro punto que la despolitización y la negación del conflicto.

2.3. PLANIFICACIÓN URBANA

Young también incluye dentro de su modelo normativo unos criterios para la organización de los usos del suelo urbano. Con ello pretende enfrentar los problemas que caracterizan las ciudades contemporáneas. Su proposición comprende los ámbitos de la promoción de la libertad, la planeación y el espacio público. En el primero de ellos, se trata que las principales inversiones y todo tipo de decisiones sobre la ciudad deben ser públicas, democráticas, participativas y de alcance regional. Por su parte, las decisiones sobre la planeación urbana deben estar orientadas a la minimización de la funcionalización y segregación espacial y a la creación de espacios multiusos que permita, entre otros, el despliegue de la diferencia. En el último campo, las políticas públicas, los procesos de planeación y provisión de servicios deben estar comprometidos con el fomento de espacios públicos accesibles para el desarrollo de múltiples actividades. Antes de reflexionar sobre el alcance de estos criterios para la aproximación a una sociedad justa, es necesario considerar los elementos que constituyen la problemática urbana desde la perspectiva de Young.

En la construcción del modelo normativo de vida urbana, Young señala algunos problemas del orden del contexto institucional y los procesos de toma de decisiones que contribuyen a la dominación y opresión en las ciudades. Estos son: la dominación centralizada burocrática y empresarial; las estructuras de toma de decisiones y los mecanismos ocultos de redistribución; y los procesos de exclusión y segregación. Con estos elementos, Young pretende subrayar que la injusticia tiene origen en la forma como está organizada la toma de decisiones, a lo cual se debe replicar en principio que dicha organización depende de la distribución de los recursos y la refuerza, más que de la inadecuación institucional.

39 Lo político que se encuentra vinculado a la "dimensión de antagonismo y de hostilidad que existe entre las relaciones sociales, antagonismo que se manifiesta como diversidad de las relaciones sociales" (MOUFFE, Op. Cit. p. 14).

Uno de los problemas para la justicia social en las ciudades de nuevo tipo en la era informacional, de que hablan Stephen Graham y Simon Marvin⁴⁰, está dado por el cambio en el patrón de localización del poder político y económico. De un lado, el poder y la actividad política trascienden los límites no sólo de las ciudades sino también de los Estados-naciones, lo cual implica que la capacidad de decisión de lo local puede verse socavada y/o que las decisiones tomadas en un lugar tienen implicaciones sobre otro. Percibiendo estos patrones, Young reconoce acertadamente que la tendencia es a que el poder político y económico no esté en ningún lugar fijo⁴¹ y que las empresas sean más grandes y poderosas que algunas ciudades y países. Esto hace que las ciudades⁴² sean más dependientes del capital inconstante para mantener su infraestructura económica y tengan que competir y/o suplicar para proporcionar un atractivo clima de inversión. Las ciudades tienen genéricamente poca capacidad de negociación ante el Estado y su autoridad frente a éste y a las empresas transnacionales. Para la toma de decisiones, se reduce a temas considerados enteramente locales, los cuales son cada vez menos. En todo caso, "la dominación de las burocracias centralizadas, sean públicas o privadas, sobre las economías municipales tiende a separar el espacio vivido o experimentados del espacio mercantilizado de la planificación abstracta y el cálculo"⁴³, definen las inversiones para grandes extensiones territoriales según la cartera de negocios, las operaciones centralizadas de su cargo, pero no necesariamente desde el punto de vista de los lugares donde invierten.

El segundo problema del contexto institucional que contribuye a la injusticia social en las ciudades, según Young, son las estructuras de toma de decisiones y los mecanismos ocultos de redistribución. La toma de decisiones sobre el uso del suelo y la parcelación tienden a exacerbar la injusticia, dada su despolitización y la intervención de intereses corporativos. Sin duda, las decisiones -caracterizadas por Young como rutinarias, poco discutidas y poco cuestionadas- sobre tales cuestiones urbanas son procesos semiprivados, de los que participan fundamentalmente promotoras inmobiliarias, burócratas y gobernantes.

Con los recursos básicos y la estructura institucional ya existente, los grupos de interés de la ciudad negocian y compiten por los efectos distributivos de los proyectos de la ciudad. Dado que algunos intereses tienen más posibilidades de organizarse que otros, cuentan con un acceso más fácil a las personas más importantes encargadas de tomar

40 GRAHAM, Stephen; MARVIN, Simon. The transformation of cities: towards planetary urban networks and telecommunications and urban futures. En: LeGATES, Richard T.; STOUT, Frederic. The city reader. Londres: Routledge, 1996. p. 568-578.

41 Ello se evidencia en las fusiones, la dispersión de la propiedad a través de títulos valores, el capital viaja de un lado a otro y su dirección depende del atractivo del beneficio, etc.

42 No obstante, este tipo de relaciones no son homogéneas, algunas ciudades y algunos Estados pueden estar mejor preparados para enfrentar estos cambios.

43 YOUNG, Op. cit. p. 407.

decisiones, tienen mayor acceso a la información, etc., este proceso político generalmente, o bien reproduce las distribuciones iniciales, o bien aumenta las desigualdades⁴⁴.

El último factor que, según Young, agudiza la injusticia social en las ciudades, son los procesos de exclusión y segregación. Tales procesos están dados por la división funcional del espacio urbano o zonificación que aumenta la opresión y la dominación. Dicha división, desde su punto de vista, imposibilita la agregación de los intereses de los pobladores (como residentes, como trabajadores, como consumidores, etc.), la construcción de representaciones panorámicas sobre el espacio urbano, el desarrollo de acciones colectivas de gran escala, la acumulación de capacidad de negociación de las municipalidades. Por el contrario, esta contribuye a situaciones de recluimiento socioespacial de los más pobres y discapacitados, al aburrimiento y a la explotación, en la medida en que limita la movilidad independiente y refuerza la aversión hacia ciertos grupos.

3. POLÉMICAS SOBRE EL MODELO NORMATIVO DE VIDA URBANA

Si consideramos estos problemas, es necesario preguntarse en primer lugar ¿hasta qué punto los criterios propuestos por Young para la conducción de las ciudades contribuyen a enfrentar los problemas de injusticia social que de allí se derivan y a reforzar la política de la diferencia? En segundo lugar, siendo que la política de la diferencia es centro de su ideal de vida urbano ¿es suficiente ésta para enfrentar las injusticias de la ciudad informatizada y dual? Veamos:

3.1. CONDUCCIÓN DE LAS CIUDADES

Las ciudades, así como muchos Estados nacionales, enfrentan una pérdida significativa de autonomía política -entendida como la capacidad de definir y perseguir sus fines, de determinar sus acciones, sus alcances y ámbitos- en el marco de lo que se ha denominado como la edad informacional. Este nuevo o adicional menoscabo, se deriva en gran parte de un proceso de relocalización del poder -más allá del Estado- y del aumento en la concentración de los recursos de poder, lo cual tiene consecuencias tanto sobre la democracia como sobre la justicia social, en términos de la posibilidad de transacción de todos los intereses antagónicos y de las asimetrías en las oportunidades de vida que a su vez erosiona las posibilidades de participación política⁴⁵. Esto plantea como necesidad una

44 Ibid. p. 409.

45 Véase sobre la caracterización de este proceso CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society. The information age; economy, society and culture* Vol. 1. Oxford: Blackwell Publishers, 1996; HELD, David: *Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance*. Cambridge: Polity Press, 1995.

política redistributiva de tipo transformativo,⁴⁶ que afectando las estructuras de poder, posibilite la fundación de un nuevo Derecho⁴⁷ en función de la preservación y el respeto de la persona jurídica, política, moral e individual en los hombres⁴⁸, esto es, de los derechos fundamentales, su ciudadanía, voluntad, identidad, solidaridad e individualidad.

Desde la perspectiva de Young, se podría objetar una política distributiva para el tipo de ciudad informatizada y dual, para afectar la estructura de poder, ya que considera que el poder concebido como posesión es una tergiversación más del paradigma distributivo. Sin embargo, coincidiendo con ella en que el poder es más una relación que una cosa, de lo que se trata no es de distribuir el poder sino los recursos de poder que permiten el establecimiento de relaciones de sujeción. Al hacer énfasis allí, se estaría considerando en parte lo que ella misma sugiere: no perder de vista las formas como se instaura y reproduce el poder. La renuncia a la redistribución de tales recursos sería incurrir en políticas de tipo "afirmativo" que, mientras distribuye bienes y servicios, afirma a ciertos grupos como menesterosos y desamparados, etc. Ahora bien, una dificultad que habría que tener en cuenta, dadas las tendencias de relocalización del poder o aparición de nuevos "sitios de poder", es que la redistribución de algunos recursos de poder -con excepción por ejemplo de la renta del suelo- trasciende las fronteras mismas de la ciudad y su región circundante. Restringirla a dicho marco, no sólo la torna afirmativa, sino que además se incurriría en algunos de los límites que la misma Young le señala a lo comunitario.

Si dejáramos de lado la necesidad de la redistribución de los recursos de poder, de los cuales se desprenden relaciones de sujeción y una estructura jerárquica de la sociedad, y nos preguntásemos ¿de qué manera se rompe la segregación de que habla Young y que contribuye a la comunitarización y por consiguiente al socavamiento de la diferencia? Para Young, la segregación -entendida como separación- es producto de la división funcional del espacio urbano, o en otras palabras, del urbanismo de la zonificación, y ésta a su vez, es derivada de la racionalidad burocrática. Es lógico entonces, que de esta concepción simplificadora del problema se concluya que de lo que se trata es de prescindir de la zonificación de la ciudad como parte de una política de la diferencia, sin embargo, no se puede confundir la causa con el síntoma. Las regulaciones de la zonificación que dentro de una concepción funcionalista han sido consideradas como una forma de

46 Nancy Fraser, adopta este término para denotar aquel tipo de resultados de una política que además de integrar distribución y reconocimiento no afianza los estereotipos ya existentes sino que los desestructura y se orienta a la eliminación definitiva de las estructuras que posibilitan las injusticias distributivas.

47 Decimos que creación de Derecho, en la medida en que se entiende que éste se funda a partir de relaciones de poder y que se pone en cuestión la validez de aquel que ha sido fundado bajo el influjo de las relaciones asimétricas y conflictivas prevaecientes.

48 Véase CORTÉS RODAS, Op.cit.

racionalización de la ordenación del suelo urbano, si bien son una respuesta -hasta cierto punto problemática- a lo que Jane Jacobs ha denominado el “mito de la diversidad”, no es más que una manifestación de la segregación urbana. Veamos:

La segregación urbana, como la define Castells⁴⁹, consiste en la tendencia a organizar el espacio en zonas de fuerte homogeneidad social interna y de fuerte disparidad social entre ellas, en términos de diferencia y de jerarquía. La fusión entre diferencia social y situación espacial depende “en parte de” y “produce” estratificación social, la cual corresponde al sistema de distribución de bienes (renta del suelo, suelo, etc.) entre individuos y colectivos, el cual determina la forma como todos ellos se insertan en los lugares económicos, políticos e ideológicos de la estructura social urbana. Así por ejemplo, la desigualdad en la distribución del ingreso -algunas veces a pesar, o más allá de la voluntad de la burocracia de la planificación- reduce para unos sectores la capacidad de consumo y de acceso al suelo urbano y a la vivienda en ciertas zonas de la ciudad, de la estructura urbana; y propicia un confinamiento habitacional. Éste, por su puesto, es el caso de los menos favorecidos en la distribución, quienes viven no donde desearían elegir sino donde pueden y como pueden. Hasta acá, la segregación tiene una determinante económica que se refuerza, debe decirse, mutuamente con la opresión cultural. Pero existe también una determinación institucional, influida por la lógica corporativa de la representación política y de la toma de decisiones y sobre la cual ha llamado adecuadamente la atención Young. En suma, la segregación como diferenciación social expresada espacialmente, se traduce, por consiguiente, en la obstrucción de su derecho a la ciudad, en un distanciamiento o disyunción de estos asentamientos con respecto a la ciudad que impide, tanto su articulación e interacción, como el tipo y el nivel de acceso a los equipamientos colectivos.

Esta forma de considerar la segregación urbana, conduce a una conclusión distinta a la de Young en cuanto al tipo de medidas necesarias para enfrentar la injusticia social derivada. Se requiere no de una política dilemática, sino de una integrada de distribución y reconocimiento, de tipo transformativo. Esto, en la medida en que la segregación involucra una doble injusticia y que no depende exclusivamente de los procedimientos de planificación que intervienen sobre la ordenación del espacio, sino también, y en gran medida, de los procesos económicos y culturales. En otras palabras, las injusticias derivadas de la segregación no se resuelven como parece creerlo Young, sólo a través de una adecuación de una estructura institucional que suele ser represiva o reguladora, ni de un perfeccionamiento procedimental que suele estar viciado por las relaciones de poder prevalecientes.

49 Véase: CASTELLS, Manuel: La cuestión urbana. Madrid: Siglo XXI, 1979. 517p.

La redistribución sobre la cual se ha venido argumentando en esta sección, debe ser conducente a la fundación de un nuevo Derecho. Una argumentación como la de Young parece partir del supuesto de la justeza del Derecho, y tal vez lo fuera, si derivara del entendimiento intersubjetivo logrado a través de la acción comunicativa. Pero si consideramos que el Derecho y los sistemas institucionales están moldeados por las relaciones de poder, entonces, no sólo la invocación de un procedimiento ideal de deliberación resulta inadecuado o insuficiente para enfrentar las situaciones de injusticia que a través de ellos se ven reforzadas, sino que además, dicho Derecho, es injusto en tanto favorece la sujeción, así regule la convivencia.

La sanción y la administración del Derecho y la estructura de decisiones no son neutrales, por eso de nada sirve tener la titularidad del derecho de participación si no se posee la capacidad de decisión, la cual está dada por la disponibilidad y el acceso a cierto nivel de recursos (materiales, coercitivos y organizativos). De lo que se trata entonces, es de una redistribución de los recursos de poder que permita una construcción "sustancial" y democrática del Derecho. Para que la deliberación sea libre y el Derecho vinculante hay que: eliminar la fuentes de coacción, y alterar, lo que Held denomina sitios de poder⁵⁰, tales como: el cuerpo, la organización económica, la organización de la violencia, etc. en donde están en juego la vida y la libertad.

3.2. DISTRIBUCIÓN O RECONOCIMIENTO

Young, es categórica cuando señala como un límite del paradigma distributivo de la justicia social el que se reduzca al problema de la distribución de bienes y omita los contextos institucionales. Dicho planteamiento tiene implicaciones importantes. En primer lugar, frente al paradigma del Derecho ligado al Estado social, lo cual significa que: a) la justicia no se puede reducir a la igual distribución de los derechos en tanto estos no son posesiones sino relaciones; b) la igualdad de derecho consiste no sólo en la distribución de bienes sino en la provisión de un marco institucional que permita la autodeterminación privada y ciudadana⁵¹. En segundo lugar, en la medida en que la justicia excede el ámbito de la distribución de bienes, una justicia redistributiva es insuficiente para enfrentar los problemas de injusticia actuales.

Si bien esta crítica es razonable, también es cierto que la postura de Young termina por ser parte del giro de las demandas por la redistribución a las demandas por el reconocimiento, tal como lo plantea Fraser, y aún más, termina

50 Por sitio de poder Held entiende "el contexto de interacción o ambiente institucional en y a través del cual el poder funciona para determinar las capacidades de las personas; esto es, para moldear y circunscribir sus oportunidades de vida y participación efectiva en los procesos de toma de decisiones públicas" (op.cit. pág. 173).

51 Véase HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta. 1998. p. 492-512.

despolitizando las primeras. No en vano dice que: "El paradigma distributivo de la justicia tiende a reflejar y reforzar esta vida pública despolitizada..."⁵² Es claro, que no todos los conflictos versan sobre recursos, pero estos continúan teniendo gran importancia en los antagonismos que conciernen a la vida y a la libertad. Su crítica al ideal comunitario y al paradigma distributivo de la justicia la dejan muy cerca de aquella concepción antitética entre el problema del reconocimiento y la distribución. Ello se hace evidente, por ejemplo, en que: uno, la discusión sobre la diferencia es construida fundamentalmente desde un enfoque cultural, lo cual la lleva a sostener que la opresión de grupos diferenciados perdura a través de los hábitos interactivos, presuposiciones inconscientes y estereotipos, entre otros; dos, enfatiza en que la justicia distributiva se dedique a lo suyo, esto, es a los bienes materiales. Con esto último, renuncia a que la distinción entre distribución y reconocimiento sea una de tipo solamente analítico.

El que Young no se preocupe por integrar su política del reconocimiento con una política distributiva para construir el proyecto normativo de vida urbano, se encuentra reforzado en su definición de la injusticia como opresión y dominación, es decir, en el conjunto de trabas institucionales al autodesarrollo y a la autodeterminación, respectivamente. La opresión se encuentra definida como

...esos institucionales sistemáticos que impiden a alguna gente aprender y usar habilidades satisfactorias y expansivas en medios socialmente reconocidos, o procesos sociales institucionalizados que anulan la capacidad de las personas para interactuar y comunicarse con otras o para expresar sus sentimientos y perspectiva sobre la vida social en contextos donde otras personas puedan escucharlas.⁵³

Por su parte, la dominación es entendida como la

...presencia de condiciones institucionales que impiden a la gente participar en la determinación de sus acciones o de las condiciones de sus acciones. Las personas viven dentro de estructuras de dominación si otras personas o grupos pueden determinar sin relación de reciprocidad las condiciones de sus acciones, sea directamente o en virtud de las consecuencias estructurales de sus acciones.⁵⁴

En la concepción de injusticia de Young, los problemas de la distribución de bienes son tan sólo una parte de los procesos institucionales que establecen trabas para el autodesarrollo de las personas. Los obstáculos que no le permiten a las personas el ejercicio de sus capacidades son fundamentalmente: la violencia,

52 YOUNG, Op.cit. p. 23.

53 *Ibid.* p. 68.

54 *Ibid.* p. 68.

la segregación, la exclusión, el imperialismo cultural, la marginación y la explotación; de éstas, sólo la última corresponde al ámbito de las relaciones de producción. De otro lado, son fallas democráticas en la estructura institucional las que conducen a que no tenga lugar la autodeterminación de los oprimidos socio-culturalmente. Ambas consideraciones la llevan a concluir, que de lo que se trata es de reforzar la participación de las identidades diferenciadas en el espacio público-político para que puedan resolver en primer lugar los problemas de reconocimiento (*misrecognition, disrespect*), y a partir de allí, la mala distribución o la falta de acceso a recursos.⁵⁵

Esta conclusión es precaria dada la complejidad de las injusticias que sufren ciertos grupos sociales. Supongamos que a un grupo oprimido, en condición de explotación, se le garantiza el derecho de participación ciudadana y representación parlamentaria, ¿podría decirse que éste goza de una participación equivalente a los que no sufren de injusticia distributiva? Definitivamente no. Por ejemplo, la representación en órganos colegiados de la comunidad gay si bien es importante en términos de visualización de la diferencia, no siempre es suficiente para garantizar a éstos derechos como la paternidad, ni una participación a un ingreso equitativo. Ésta, en tanto grupo bivalente, requerirá sin duda, de algo más que una garantía de participación en el espacio público-político, es decir, no una medida "afirmativa" sino transformativa que se ocupe, entre otras cosas, de la deconstrucción de su estereotipación.

El ideal normativo de la vida en ciudad de Young, recae en una dificultad que ha sido propia de la discusión sobre el problema de la justicia social: contraponen el enfoque cultural-institucional al enfoque distributivo de la justicia. Sin duda, da un paso importante en la crítica al ideal comunitario como medio para abordar el problema de la justicia y a las insuficiencias del paradigma distributivo de la justicia, pero su alternativa presenta varias limitaciones en la medida en que se preocupa sólo de discutir sobre los cambios institucionales y culturales y evade el tratamiento de la relación de la injusticia cultural con la injusticia socioeconómica. Young, no abstrae el problema del reconocimiento del contexto institucional lo cual constituye una virtud en su trabajo, pero sí lo hace con respecto al contexto socioeconómico, lo que constituye una forma de mala interpretación del vínculo entre reconocimiento y distribución. Esto hace, de un lado, que su propuesta de modelo normativo de vida urbana carezca de un tratamiento suficiente del problema de la distribución o lo asuma como implícito en su propuesta de democracia deliberativa o que este se resuelva a través de su política de la diferencia.

La falta de peso -deliberada- del problema de la distribución en la definición de injusticia de Young, la lleva a incurrir, en segundo lugar, en los problemas del campo de las demandas políticas que Fraser ha denominado como:

55 Véase HABERMAS, Op. cit.

desplazamiento de la redistribución y reificación de la identidad, correspondientes al declive en las reivindicaciones sobre la redistribución equitativa y a un auge de las demandas por reconocimiento de la diferencia⁵⁶, a pesar o a causa, de la globalización económica y del incremento de las desigualdades. Por el primero -en este giro de la redistribución al reconocimiento-, entiende que los problemas de reconocimiento están sirviendo para marginalizar y eclipsar los problemas de redistribución en lugar de complementarlos. El modelo de identidad aborda de dos maneras el problema del reconocimiento: como un problema únicamente de depreciación cultural que lo lleva a ignorar la injusticia distributiva, la matriz institucional y el hecho de las representaciones tienen un sustrato social; o las injusticias económicas como un producto de las culturales, como expresión de jerarquías culturales. Con la expresión "reificación de la identidad", Fraser denota la tendencia a la simplificación de identidades y hacia las prácticas separatistas, chovinistas, patriarcales y autoritarias, en lugar de promover la interacción dentro de contextos multiculturales. El enfoque de la identidad, enfatiza la necesidad de elaborar una identidad colectiva auténtica, autoafirmante y autogenerada, y presiona a los miembros individuales para que conformen un grupo cultural. Así, termina por: negar la complejidad de los grupos y la multiplicidad de identificaciones; enmascarar el poder de las facciones dominantes; y conducir a formas represivas de comunitarismo.

A diferencia de Young, Nancy Fraser⁵⁷ logra articular las perspectivas cultural y económica de la justicia social en la medida en que relaciona las demandas por reconocimiento con las de distribución. Para esta última, es claro que la cultura es un terreno de lucha y un lugar de injusticia, pero al mismo tiempo entiende que ella está profundamente imbricada en la inequidad social. Por supuesto, hay injusticias de reconocimiento, tal es como la estigmatización a homosexuales y lesbianas que conlleva a la pérdida de derechos maritales, de maternidad o de paternidad, al acoso, etc., y que amerita medidas de reconocimiento. Igualmente, existen injusticias de distribución que demandan soluciones de este tipo. Pero existen situaciones que se pueden considerar de doble injusticia y que Fraser denomina "colectividades bivalentes", tales como el género y la etnicidad. En ellas no existe una relación de causalidad entre ambas injusticias, es decir, donde la mala distribución no genera el problema de reconocimiento, ni viceversa, sino que se refuerzan mutuamente. Ahora bien, el tipo de respuestas que demandan este tipo de colectividades es doble. Así por ejemplo, una mujer de una comunidad negra, que vive en un barrio de invasión

56 Según Fraser, ello se debe a la manipulación retórica sobre la igualdad por el neoliberalismo, la ausencia de un socialismo probable, y las dudas sobre un estado keynesiano democrático en el marco de la globalización

57 Véase FRASER, Nancy. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Santafé de Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, 1997.

y desempeña oficios domésticos mal remunerados, precisa de los beneficios del reconocimiento de género y étnico y de la redistribución.

Fraser, logra establecer una relación entre los problemas de reconocimiento y de distribución en la medida en que trata lo primero como una cuestión de estatus social⁵⁸ y lo entiende, no como un problema de depreciación cultural, sino de subordinación social, que se encuentra determinado tanto por patrones institucionalizados de valores culturales, como por problemas de mala distribución de los bienes sociales. Esta distinción analítica entre una dimensión cultural relativa al estatus y el prestigio, y otra distributiva, relacionada con los regímenes de propiedad, la estructura de clases, etc., se imbrican de manera concreta y terminan por afectar los intereses e identidades de todos:

Temas económicos como distribución del ingreso tienen subcomponentes de reconocimiento: los patrones de valor institucionalizados en los mercados de trabajo pueden privilegiar actividades consideradas "masculinas", "de blancos" y así sucesivamente por encima de los considerados "femeninas" y "de negros". Igualmente, los asuntos de reconocimiento -juicios de valor estético, por ejemplo- poseen subcomponentes distributivos: la disminución de acceso a recursos económicos puede impedir la participación equitativa en el arte. El resultado puede ser un círculo vicioso de subordinación, en tanto el orden del estatus y la estructura económica se interpenetran y refuerzan entre sí.⁵⁹

La interdependencia que Fraser reconoce entre la injusticia de reconocimiento y la de distribución, le permite, a diferencia de Young, atenuar el desplazamiento de las demandas por la redistribución de ingresos y demás bienes sociales e inclinarse no por el tipo de propuestas "afirmativas" como la de Young, sino por las "transformativas" de las injusticias, que permitan la combinación de la política de la diferencia con una justicia distributiva. Las estrategias transformativas para abordar la injusticia que sufren los grupos bivalentes, requiere -desde la perspectiva de Fraser- la corrección de las inequidades a través de la corrección de las estructuras subyacentes que las generan. Ello significa, que de lo que se trata no es de afectar superficialmente tales situaciones, sino de generar transformaciones estructurales en el sistema económico; subvertir las formas de nombrar la identidad, reevaluarlas o alterar sus contenidos.

58 Desde esa perspectiva, lo que demanda reconocimiento no es la identidad sino el estatus en el ámbito de la interacción social.

59 FRASER, 2000: Op.cit. p. 118.

Conclusiones transitorias:

Para concluir transitoriamente, es importante subrayar que un modelo normativo de vida urbana basado sólo en una política de la diferencia es insuficiente para enfrentar las nuevas y viejas injusticias características de las ciudades duales. Y es aún más limitado, si sólo pretende intervenir en los procesos institucionales de toma de decisiones, que son moldeados según la forma en que están distribuidos los viejos y nuevos recursos de poder. Sin embargo, con ello no se pretende decir que no sea importante y necesaria para abordar una de las dimensiones de la injusticia. Por el contrario, reconociendo el aporte de Young, es indudablemente trascendente concebir una política de la diferencia para abordar las injusticias de reconocimiento, y más aún, si consideramos que la composición de las ciudades tienden a concentrar diversidades étnicas y culturales que implican formas diversas de construcción del territorio, de vida, de imaginarios, etc. Esa diversidad que se ha visto estimulada, en algunos casos, en el marco de la emergencia de la "ciudad informacional" enfrenta dinámicas de discriminación negativa que conducen a la opresión y la dominación.

Sin embargo, una política de la diferencia basada en el concepto de alteridad como igualdad y distinción, deberá cuidarse de incurrir en las reivindicaciones genéricas de pluralismo o confundirse con una tolerancia sin límites y esperar de allí el advenimiento de la sociedad transparente, solidaria y unida. En principio, no ha de olvidarse aquello en lo que insiste Mouffe: "la existencia del pluralismo implica la permanencia del conflicto y del antagonismo, que no es posible abordar como obstáculos empíricos que impidieran la realización perfecta del ideal de una armonía inalcanzable, pues nunca seremos capaces de coincidir perfectamente con nuestro ser racional".⁶⁰ En segundo lugar, una tolerancia indiscriminada e insensata corre el riesgo de aplazar el cuestionamiento de las injusticias, tanto de reconocimiento, como distributivas. Como lo anota Herbert Marcuse,⁶¹ la desigualdad institucionalizada conlleva a la práctica de un tipo de tolerancia que es genérica, lo que significa que: "generalmente la función y el valor de la tolerancia dependen de la igualdad que prevalece en la sociedad en la cual se practica".⁶² Además, una tolerancia genérica puede funcionar como garante del *status quo*, lo que puede implicar que "en una tal sociedad la tolerancia de facto se limita al doble fundamento de la violencia o represión legalizada [...] y de la posición privilegiada que tienen los intereses predominantes y sus elementos conexos".⁶³

60 MOUFFE, Op.cit. p. 20.

61 MARCUSE, Herbert. Crítica a la tolerancia pura. España: Nacional, 1977.

62 Ibid. p. 79.

63 Ibid. p. 80.

Una política de la diferencia sería igualmente problemática si se le concibe como una antítesis de la justicia distributiva. Lo que se ha tratado de sugerir en la última parte de este ensayo, sin que ello constituya novedad alguna, es que la promoción de la autonomía requiere, tanto de una política de la diferencia, como de una política distributiva que se le articule, pues no se trata de dotar sólo de reconocimiento y procedimientos sino también de capacidades de acción. Dicha política distributiva, si compartimos lecturas como la de Castells sobre las razones por las cuales hoy se profundiza la segregación y la inequidad, no podría evadir, por ejemplo, el afectar todo aquello que permite que unos pocos controlen los sistemas de información y comunicación y a través de los cuales viabilizan el nuevo patrón de acumulación de capital, moldean la división y condiciones del trabajo, determinan la localización de los espacios de producción o la concentración y descentralización de las diversas actividades económicas, etc.

No obstante, una política de justicia que integre reconocimiento y distribución a la manera en que lo propone Nancy Fraser, debe apuntar además a una refundación del Derecho. Para regular la convivencia no se trata tanto de garantizar una aplicación consistente y continuada de las normas y reglas, dadas las características socioeconómicas y político-institucionales de las sociedades urbanas contemporáneas y de los Estados que las rigen, sino de desarrollar, y por supuesto, desde una cierta concepción de justicia, un cuestionamiento de la justeza de las normas del Derecho, pues lo que está en juego en la discusión sobre los problemas de la injusticia distributiva y de reconocimiento es la forma de organización política de la sociedad. La reclamación de justicia en términos de justicia estática, esto es, de aplicación continuada de las normas y sin un cuestionamiento primordial de su validez, entonces no contiene una pretensión de equidad en términos de reconocimiento y distribución y debilita, por consiguiente, la esperanza de *aproximarse* a un mundo de muchos mundos en el que todos se sienten a la mesa, en el "*que nadie se quede a la puerta*".

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS PARA LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Clara Inés Atehortúa Arredondo¹

¿Qué es Justicia? es el criterio que se debe aplicar para reconvenir los comportamientos de las personas cuando estos afectan negativamente a los individuos o grupos.

Conciliador en equidad - Comuna 13 de Medellín²

Este artículo busca exponer algunos debates que se consideran significativos para la realización de la justicia, analizados desde la perspectiva de: la justicia en el marco del Estado Social de Derecho y su búsqueda como propósito en vía de realización; la diferencia de enfoques entre realización de la justicia y el acceso a la justicia, como una perspectiva para el entendimiento del problema acerca de la misma; la participación democrática en la construcción de la justicia y el papel de los Derechos Humanos y la transformación del conflicto en una construcción de lo justo.

1. LA JUSTICIA EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El concepto de justicia es usado y definido de diferentes formas y en diversos contextos, desde los cuales se les da una connotación distinta según los intereses y perfiles que se busquen alrededor de esta idea. Desde la Constitución de 1991 en Colombia, la justicia asume un carácter distinto al concebirse como una construcción que obedece a la estructuración de un verdadero Estado Social de

1 Investigadora del proyecto de nociones y percepciones de justicia del Instituto Popular de Capacitación - IPC. Programa de jóvenes investigadores de COLCIENCIAS. Abogada egresada de la Universidad de Medellín.

2 Proceso de recolección de información de la investigación sobre nociones y percepciones de justicia de conciliadores en equidad de la ciudad de Medellín.

Derecho y que para lograr este propósito cuenta con instrumentos como la participación democrática y la reivindicación de los Derechos Humanos.

Dentro de éste marco constitucional surge una nueva dimensión de la justicia, donde no sólo se cambian postulados del orden material respecto a lo que debe ser una sociedad justa, sino que también, de la misma nace un cambio formal de magnitud sustancial, que implica, además de la inclusión de los particulares en la administración de justicia, el reconocimiento de otros órdenes y "sistemas" de aplicación de ésta dentro de las comunidades, especialmente, en lo referente a las comunidades indígenas. En principio, esto es un primer intento por recoger el pluralismo jurídico del país.

No obstante, existen prácticas de justicia que las comunidades han mantenido durante muchos años, que no han sido reconocidas o reglamentadas y de las cuales no se tiene mucho conocimiento, ya que estas se determinan conforme varían los contenidos culturales de las mismas. Entre ellas, se pueden mencionar las prácticas urbanas de tratamiento de conflictos y aplicación de justicia que no son de conocimiento general, circunscritas al espacio barrial y las que desarrollan las diferentes "colonias" de los municipios, creadas por los flujos migratorios forzados o no, desde diferentes regiones, hacia espacios con lógicas de urbanización diferentes. Estas prácticas, además de no ser conocidas en ámbitos más amplios, no son posibles de englobar dentro de las que se reconocen como existentes en el ordenamiento jurídico.

Con todo, la construcción de la justicia es apenas un proceso que se inicia; si bien es cierto que las disposiciones de la Constitución Política tienen más de diez años, en lo concreto, existen falencias en la real aplicación de lo consagrado y, al parecer, no existe un cambio sustancial de las costumbres y prácticas en torno a la justicia. Parte de este diagnóstico se atribuye a la falta de tradición investigativa alrededor de este tema, en donde los estudios de la Sociología jurídica son prácticamente inexistentes en el país.³

A esto se suma, la escasa y accidental participación del poder judicial y otros operadores de justicia, en los cambios que frente a este tema ocurrieron con la implantación del nuevo orden constitucional y el establecimiento del Estado Social de Derecho, lo que puede generar divergencias entre lo propuesto como justo, tanto por el Estado, como por los sujetos y actores sociales y los operadores de justicia de diferentes órdenes en el ejercicio de la justicia, debido a que en los casos concretos, son estos últimos quienes realmente se encargan de aplicar lo que se define como justicia para la sociedad.

3 NARANJO y JURISCH. Talleres del milenio - Repensar a Colombia - Hacia un nuevo Contrato Social. Cap. 5. Modernización de la justicia para la convivencia. Bogotá. 2002. p. 185.

Una referencia análoga a este problema se propone en el "Caleidoscopio de las justicias en Colombia", cuando se hace referencia al paso del Estado liberal durante el siglo XIX en Europa, donde a pesar de implantarse la justicia distributiva por parte del Estado, los jueces como operadores de esa justicia, se mantuvieron refractarios a esta idea y continuaron fundamentando sus decisiones en la idea de una justicia retributiva, lo cual causó una escisión entre lo que era justicia como noción política y lo que era la idea de justicia en la resolución de conflictos jurídicos.⁴

Si bien es cierto, uno de los fundamentos actuales de la justicia en el marco constitucional, parte del Estado Social de Derecho y su impulso, resulta como supuesto de la exposición que no existe un camino claro para el desarrollo de la justicia y el papel que ésta debe desempeñar en esta construcción, lo que impide su implantación en las diversas prácticas.

Con esto, no se quiere decir que deba existir un concepto de justicia único, que sea impuesto a todos los sujetos y situaciones sin importar los contextos donde los mismos se presentan, sino que por el contrario, para que se llegue a una configuración real de la justicia y a una verdadera plenitud del Estado Social de Derecho, es necesario el reconocimiento y reivindicación de la diversidad y la búsqueda de la participación amplia de los sujetos en la construcción de este concepto.

La imposibilidad de la existencia de una verdadera construcción de la justicia, se da en parte, por el no reconocimiento de la multiculturalidad, la no valoración y la ausencia de preguntas frente a la construcción de las diferentes concepciones de justicia, además de la baja participación y conocimiento de los sujetos y actores sociales frente a este tópico, en un contexto donde las "expresiones de la justicia" no son siempre vistas como tales, y mucho menos, reconocidas como propias o convenientes para el desarrollo de un verdadero sistema equitativo para todos. En este sentido, los sujetos tienden a no reconocer las decisiones del Estado frente a la justicia, en especial, en el caso de las leyes que deben ser una forma de expresión de la justicia, ya que han sido concebidos como instrumentos que permiten aplicar los contenidos constitucionales y sociales de la misma.

Lo anterior, se manifiesta en algunas afirmaciones que frente a este problema aparecen en el proceso de recolección de información de la investigación "Nociones y percepciones de justicia de los conciliadores en equidad en la ciudad de Medellín", cuando se hace alusión al papel de la ley y su importancia en el concepto de justicia:

4 SOUSA SANTOS, Boaventura de; GARCIA VILLEGAS, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis sociojurídico. Bogotá : Siglo del Hombre, 2001. T1.

(...)pienso que es amañada (la ley), aquí nuestros dirigentes políticos tiran es para lo de ellos y como tal no va haber una ley que sea de verdad beneficiosa para la gran mayoría, y por ende, para mí...

(...)las leyes las hicieron para violarlas, entonces nuestro Estado conoce tan bien la ley que sabe como violarla, de manera que el perjudicado no se sienta tan perjudicado, entonces ahí la cuestión de justicia es muy relativa...

(...)aquí se manejan dos clases de justicia, por lo menos en contexto: la justicia como Estado y la justicia como nación, se ejerce la justicia como Estado, de hecho esa justicia es injusta y tienen las herramientas para aplicarla injustamente, de ahí, eso genera conflictos en la nación...

...no me gusta hablar de la ley de esa justicia maquinada. No es la ley, es el soporte, no hablo del juez; es lo que nos sostiene...

...Utilizo la tutela porque es más rápido y confío más en la tutela que en otro proceso (judicial) o medio(...)⁵

En otros estudios, tal como se menciona en "Repensar a Colombia", se indica que algunos de los obstáculos que configuran un acceso desigual a la administración de justicia, denominadas barreras de acceso al servicio de justicia, se relacionan con:

- La falta de credibilidad en las autoridades.
- La complejidad del sistema judicial.
- La tramitomanía.
- Los factores socioeconómicos y culturales.⁶

Se puede afirmar que la tarea iniciada por la Constitución Política colombiana de 1991, en el camino de la fundamentación del Estado Social de Derecho, es solo el primer paso para lograr una participación real en la administración de justicia y un abre bocas para la construcción colectiva en torno a la justicia, sus perfiles y modos, espacios y sujetos.

5 Opiniones y conceptos de algunos de los entrevistados en los grupos focales de la investigación de nociones y percepciones de justicia de los conciliadores en equidad, en la ciudad de Medellín.

6 Op. Cit. 3. Pág. 201.

2. EL EJERCICIO DE LA JUSTICIA EN EL CONTEXTO ARMADO COLOMBIANO⁷

Es necesario señalar que el contexto armado también ha afectado la justicia en Colombia. En tal sentido, se puede expresar que antes de finalizar la década del 80, la presencia de poderes en muchos barrios de las ciudades colombianas impusieron diversas modalidades de tratamiento a los conflictos, que mezclaban una pretendida regulación de los mismos con la violencia sin mediaciones.

En efecto, como lo muestran investigaciones locales⁸, en Medellín, las milicias e incluso las bandas delincuenciales, aplicaban procedimientos que iban desde las amonestaciones violentas, las amenazas y las golpizas para quienes violaban sus normas o eran denunciados eventualmente por sus vecinos, o para dar ejemplo a otras personas.

Las dinámicas que siguieron tales poderes se podrían considerar, en una escala nacional, “las verdaderas leyes de los conflictos y no las normas escritas”, como lo ha puesto de presente Alejandro Reyes Posada⁹. Estimativos realizados al promediar la década del 90, identificaban la influencia de la insurgencia en por lo menos 715 municipios; la de grupos de autodefensa, en unos 450 localidades; la de organizaciones de narcotraficantes, en cerca de 400 municipios. Reyes Posada, considera, que por la disputa de la judicatura que tales poderes fácticos realizan, el gobierno “garantiza la vigencia de la ley a reducidas minorías”.

Actualmente, la mayoría de los procesos de justicia se desenvuelven dentro del marco del conflicto armado político que se mantiene en dos niveles, manifiesto y latente. Esta última situación se presenta en algunos territorios donde existe una mengua en las manifestaciones del conflicto, en parte, por el dominio de un actor armado determinado, lo que hace menos visible el conflicto para las personas afectadas por el mismo.

Sobre las dificultades para los procesos de justicia

Este contexto, presenta cuatro dificultades a los procesos de justicia: la primera, hace referencia a la abrogación por parte de estos grupos de sujetos que gestionan conflictos; la segunda, es la persecución por parte de estos grupos a

7 En este aparte, retomo aportes de Luis Guillermo Jaramillo, Investigador del Instituto Popular de Capacitación, IPC.

8 Ver, los estudios sobre oligopolio de las armas realizados por el Instituto Popular de Capacitación, IPC y el “Estado del arte sobre violencia en Antioquia”, del grupo de estudios sobre la violencia del INER de la Universidad de Antioquia.

9 REYES POSADA, Alejandro. Derechos Humanos y guerra civil. En: AA.VV., VIII foro nacional del Comité permanente por la defensa de los Derechos Humanos. Documentos y testimonios. Bogotá: C.P. por la defensa de los Derechos Humanos. 1996. p. 217.

los operadores de justicia, bajo acusaciones de colaboración con otros grupos armados; la tercera, es la posibilidad de cooptar a los líderes bajo diferentes presiones para que sean instrumentos de su "justicia", y la cuarta, la imposibilidad de ejercer sus funciones por obstáculos a su libre circulación y la existencia del miedo, tanto para los operadores de justicia, como para las personas que buscan el servicio.

Es importante anotar, que en algunos ámbitos los actores armados son visualizados como operadores de justicia, a veces con más incidencia y cercanía que los operadores de justicia formales, tal y como se exterioriza en el ejercicio cartográfico realizado por conciliadores en equidad, a partir de la pregunta por la existencia de operadores de justicia en diversos escenarios, en el marco de la investigación de nociones y percepciones de justicia que se describe a continuación:

Se identifica el mapa de Medellín, que se representa por un dibujo del Metro y de unos edificios entre montañas y se dibuja un círculo (...) con un título que dice SISTEMA SOCIAL, donde aparecen puntos de cuatro colores diferentes (negro, rojo, verde azul) en las convenciones del mapa que aparecen al lado derecho, identificados de la siguiente forma: Rojo: justicia Estatal. Azul: Paramilitares y Guerrilla. Verde: Justicia Comunitaria. Negro: miembros de la comunidad (conciliadores en equidad, jueces de paz, iglesias, combos, líderes comunitarios, JAC, ONG) (...) En el mapa, se presenta en mucho mayor número la justicia comunitaria y los puntos negros, como representación de los diferentes actores de la comunidad mencionados; en menor número, aparecen los que se representan como guerrilla y paramilitares; y en un número mínimo, los de la justicia estatal. (...) El número, hace referencia a la incidencia y cobertura que tienen en la ciudad los diferentes operadores de justicia que hacen presencia en la ciudad. (...) Se presentan como sujetos de relación otros conciliadores de otros sectores de la ciudad, líderes comunitarios, acciones comunales y ONG y otros actores como paramilitares y guerrilla, los que se piensan, en la idea, de que ellos iniciaron aplicando justicia por los medios equivocados y además se convive con ellos, más que con otros, de forma indirecta.¹⁰

3. REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA O ACCESO A LA JUSTICIA

En aras de avanzar en un camino que permita el impulso del proceso planteado de cimentación de la justicia, se propone la realización de esta como concepto que puede proporcionar el norte adecuado. La realización de la justicia, se entiende como la búsqueda de una justicia democrática, fundamentada en la gestión, transformación y tramitación de conflictos y en la reivindicación de los Derechos Humanos.

10 Mesa de trabajo - Encuentro de la Red de operadores de justicia comunitaria. Diciembre de 2002.

Si bien es cierto, el concepto de realización es hasta cierto punto complejo y ambiguo, y por lo tanto, una precisión frente al mismo es difícil de lograr. A continuación, se pretende un acercamiento a lo que se entiende por él y las razones de por qué se propone como marco de referencia para este escrito.

Como primera medida, se puede expresar que la perspectiva de realización efectiva de la justicia implica una mirada amplia al debate y a las dificultades de un desarrollo de la misma, en la que se encuentran tres dimensiones: la construcción participativa desde los sujetos en diferentes niveles, formas y espacios, con base en su propio contexto y desde una postura por la inclusión, la transformación de los conflictos como cambio estructural dentro de la sociedad, que permita entender y abordar el conflicto como fenómeno que avanza hacia la construcción de lo social; y la reivindicación de los Derechos Humanos como forma multicultural de la expresión de toda capacidad del ser humano, su desarrollo como sujeto individual y social que le permite interactuar en una verdadera sociedad civil y ayudan a la construcción de ésta.

Siendo así, el problema sobre la justicia implica una redimensión que abarque las tres categorías mencionadas, además de buscar el alcance real de estas y su inserción dentro de las prácticas de justicia que se desarrollan en diferentes escenarios y ámbitos, por parte de los diferentes sujetos y actores sociales.

Esta afirmación le da una dimensión múltiple a la justicia, la cual entraña un abordaje complejo, orientado a construir una justicia democrática fundamentada en la gestión, tratamiento y transformación adecuada de los conflictos y en los Derechos Humanos, como factores constructores de lo justo, en contraposición al problema de la justicia, limitada a la posibilidad de acceso al derecho y garantía de la misma.

La razón de distinguir los conceptos de acceso y realización de la justicia, proviene de la diferencia de visiones que estos sugieren. El primero, entiende la justicia como servicio público fundamental al que todos deben acceder sin discriminación alguna y conlleva a que el Estado genere y desarrolle instituciones, normas y mecanismos para su administración, bajo condiciones de equidad y estricta eficiencia¹¹.

El segundo, recrea la pregunta por la justicia en un sentido del bien y el espacio público¹² del que son responsables sujetos y actores sociales, no sólo como beneficiarios, sino también como creadores y promotores del mismo, donde la cuestión de la eficiencia se sustituye por el interrogante sobre el papel de la

11 Op. Cit. 3. Pág. 201.

12 El término "espacio público", hace referencia a escenarios, no limitados a un entorno físico, sino a espacios que sean lugares propios, en donde todos los sujetos puedan participar, donde tienen lugar debates, acuerdos sobre la construcción, evolución y desarrollo de la justicia.

transformación de conflictos y los Derechos Humanos; se entienden como herramientas de cosmopolitización o de un poder de globalización, desde abajo.¹³

Estas dos perspectivas, comprometen lecturas diferentes para términos tales como impunidad, legitimidad de las instituciones y mecanismos de gestión, tratamiento y transformación de conflictos, por mencionar algunos, que son de vital importancia en el camino hacia la existencia de condiciones reales de justicia y que implican diferentes formas de afrontarlos y concretarlos.

En Colombia, hasta el momento, el problema de la justicia se viene abordando desde la faceta del acceso a la justicia. Sin restarle importancia al asunto, el afrontar las problemáticas de la justicia únicamente en esta dimensión, indica una visión hasta cierto punto simplista, que no termina de zanjar otras cuestiones con respecto al tema.

El mejoramiento del acceso a la justicia se ha manejado como tema prioritario por parte del Estado, porque éste explica, de algún modo, la ilegitimidad de las instituciones y la impunidad en el país. Sin embargo, estas dos últimas dificultades con respecto a la justicia y su implantación no se satisfacen a partir de esta orientación.

Para la muestra, en aras de contrarrestar el problema del acceso a la justicia, el Estado inicia la promulgación de un conjunto de normas durante toda la década del 90, en el marco de la descongestión de despachos judiciales y el acceso a la justicia -al parecer de forma desordenada y sin responder a un sentido real, profundo y consciente del mejoramiento del sistema de justicia- como dispositivos para tratar de cambiar dicho contexto y combatir las altas cifras de impunidad que rodean al sistema de justicia estatal. Pese a esto, tras más de diez años de promulgación de varias leyes y formulación de algunas estrategias bajo este enfoque, ninguno de estos aspectos vislumbra un cambio sustantivo para el mejoramiento de las situaciones que se presentan.

Una posible conclusión, es que la visión de la justicia desde el acceso a ella no es suficiente para tratar lo concerniente a su desarrollo, lo que hace necesario buscar otro punto de vista que permita una mirada integral al respecto. Lo que justifica, en parte, el enfoque de realización de la justicia como una potencial salida a los diversos dilemas que con respecto a esta se presentan.

Es indispensable tratar de desarrollar las categorías que se mencionan como esenciales para la búsqueda de la realización de la justicia, en aras de procurar el entendimiento de este enfoque y los elementos necesarios para intentar consolidar esta visión.

13 SOUSA SANTOS, Boaventura de. Hacia una concepción multicultural de los Derechos Humanos. En: El Otro Derecho, N° 28. Bogotá. Julio de 2002. p. 59 - 83.

Los problemas que a continuación se tratan de plantear, son los concernientes a la participación democrática en la construcción de una dimensión pública de la justicia; el sentido y lugar de los Derechos Humanos en cuanto a su relación con la construcción de justicia y la transformación de conflictos, en la misma perspectiva.

4. PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA

La pregunta por la necesidad de la participación democrática en la construcción de la justicia o la democratización de la misma, se encuentra orientada por el postulado de la justicia como bien y espacio público, donde los sujetos sociales construyen esta como propia, a partir de su propio saber y cultura.

Frente al papel de la democracia en la justicia, Rawls ha puesto relevancia en la dimensión pública de la justicia. Así lo señala Oscar Mejía Quintana, al hablar de la potencialidad educativa de la concepción de justicia rawlsiana como:

Un instrumento de paideia social que conlleva la posibilidad de cualificar a través suyo, la cultura política de la sociedad. (...) Donde la justicia deja de ser patrimonio de una cultura de expertos y se convierte en el instrumento de la ciudadanía para hacer suyo el discurrir socio-institucional que la afecta para legitimar o deslegitimar todas las decisiones del Estado. (...) el Estado no es nada si no interpreta la voluntad de la ciudadanía, el ethos de su pueblo: y su pueblo, entonces tiene el derecho de desbordarlo...¹⁴

A su vez, el comunitarismo, como enfoque filosófico, dimensiona la participación colectiva como parte de lo que debe ser una concepción de justicia, dándole otro valor a la autodeterminación del sujeto y rechaza el considerar siquiera, que ella esté por fuera de las condiciones sociales que se ejercen dentro de una comunidad. En este sentido, es viable decir que esta categoría, la de la participación, es ubicada como preponderante en cuanto a lo que debe ser justo. Al respecto, se establece que es la vida en comunidad la que proporciona los parámetros para evaluar las concepciones del bien, por consiguiente, el valor de las preferencias individuales depende de su correspondencia con el bien común. De esa manera, las libertades y los recursos para la realización de las preferencias o concepciones de "vida buena" de las personas queda subordinada a esta idea del bien común. En esta, el individuo está inserto en las prácticas sociales, y no fuera de ellas¹⁵.

14 MEJIA QUINTANA, Oscar. Justicia y democracia consensual. La Teoría Neocontractualista en John Rawls. Siglo del hombre editores. Ediciones uniandes. 1997. p. 63.

15 PARIJS, Philippe Van. ¿Qué es una sociedad justa?: introducción a la práctica de la filosofía política. Barcelona: Ariel. 1993.

Luego de observar en estos dos enfoques, la importancia de la participación y la democratización de la justicia para una verdadera construcción de ésta, surge el interrogante de cómo participar de la construcción de la misma. Dentro de nuestro contexto, se identifican tres formas de participar democráticamente en la justicia:

El ejercicio de la justicia establecido en el camino hacia la realización de la justicia, hace referencia a la creación e implantación en las comunidades de nuevas formas de ejercicio de la justicia diferentes a las formales y estatales y a la búsqueda de un reconocimiento y respeto de las formas ya estructuradas en diferentes culturas y comunidades, ello, conforme a lo planteado en el acápite anterior.

En este punto, tiene lugar lo concerniente al debate frente a los mecanismos de gestión y tratamiento y transformación de conflictos y otras figuras aún más puras del ejercicio de la justicia implantadas por las comunidades, tales como la justicia indígena y otras figuras atípicas.

Los mecanismos de gestión, tratamiento y transformación de conflictos, entre ellos la mediación, negociación y la conciliación en equidad, son formas de participar en la administración de justicia desde los criterios construidos por la comunidad donde tienen lugar, así las cosas, son algunos de los medios a través de los cuales se manifiesta la justicia construida en su comunidad.

Es oportuno decir, que actualmente el desarrollo que el Estado ha hecho respecto a los mecanismos de gestión, tratamiento y transformación de conflicto, se realiza desde el paradigma de descongestión de despachos judiciales y de acceso a la justicia, lo que les resta cierto nivel de transformación y autonomía, en cuanto proceso colectivo y reduciéndolos a un nivel meramente instrumentalista.

En esta medida, los mecanismos y otras acciones implantadas para el acceso de la justicia, tales como las Casas de Justicia, se han convertido en terreno de nadie, sujetos a las voluntades de algunas administraciones de carácter local, regional o nacional, y por lo tanto, con cambios constantes en la implantación y en los perfiles de los sujetos que los desarrollan, sin que hasta el momento exista una evolución real de las acciones antes mencionadas.

En el enfoque propuesto de realización de la justicia, los mecanismos trascienden de ser instrumentos del Estado para facilitar la descongestión de despachos judiciales y tratar de mejorar el acceso a la justicia en el marco del debate planteado, para ser verdaderas expresiones del deber ser de la comunidad, elementos y mecanismos que harían parte de la configuración de un sistema de justicia social y equitativo en el marco del pluralismo jurídico.

La fundamentación de un espacio para la justicia como construcción de bien público y espacio de discusión: se plantea como una segunda forma de participación y de desarrollo de la realización de la justicia, lo que conduce a la apertura de debates permanentes dentro de la sociedad civil sobre la justicia,

su significado y su papel dentro de la comunidad. Además de la creación y un reconocimiento de los derechos fundamentales por parte de la sociedad civil, que son asumidos, o que no están reconocidos por ninguna de las instancias jurídicas estatales¹⁶.

Se busca el impulso de la justicia en una dimensión colectiva y pública, que implique el espacio para la divergencia y el debate y no la búsqueda de una definición unívoca del concepto, en la mira de una conciencia común de la justicia, que permita que esta no se extravíe en intereses particulares y autoritarios.

Para que esta propuesta se lleve a cabo, se debe propugnar por una sociedad que se empodere de la justicia, cuyo objetivo es que se produzca un cambio desde la justicia como un término sin sentido, en tanto es instrumento de legitimación de las formas autoritarias de resolución de conflictos hacia la demanda de los propósitos de realización de la justicia. Paralelamente, se trata de propiciar que los actores sociales encuentren en los diversos mecanismos y espacios creados, escenarios para la participación democrática y construcción de la justicia.

En este sentido, lo más importante es promover las prácticas culturales, sociales y políticas que conduzcan a tratar los problemas de manera no violenta en las comunidades, además del reconocimiento a líderes que desde la equidad y el respeto a los Derechos Humanos las ejercen en sus propios escenarios.

La vigilancia y seguimiento a los mecanismos, medios y estrategias del sistema de justicia: desde un tercer punto de vista, la participación democrática en la justicia se realizaría a partir de la implantación del "positivismo jurídico de combate", es decir, usando ciertos mecanismos del propio derecho positivo para hacer efectivos textos legales ya conquistados y elaborados, pero que no son aplicados a favor de los segmentos populares. Es la lucha de los operadores jurídicos para hacer valer las conquistas legales, ocultas por el propio aparato oficial del estado.¹⁷ En este aspecto, hay que aclarar que éste último recurso no se limita a los operadores de justicia (estatales y comunitarios), sino también a los actores sociales en general.

La mencionada forma de participación, tendría lugar, a partir de la estructuración consciente de varias acciones, entre ellas la de vigilar el cumplimiento de las normas, la interposición de acciones constitucionales y la utilización de diversos mecanismos establecidos para el control de la justicia.

En el campo de las acciones, tendrían lugar procesos de configuración y formación de organizaciones sociales, tales como las veedurías y otros comités de la

16 WOLKMER, Antonio Carlos. Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia. N° 26 – 27 (abril de 2002). Bogotá. p. 135 - 147.

17 Ibid.

sociedad civil en diferentes niveles para la observación y seguimiento al ejercicio de la justicia en diversos escenarios.

Otra forma, es la interposición de acciones constitucionales -en defensa de la justicia como bien y espacio público-, como acciones populares y de cumplimiento, derechos de petición en interés general, entre otras, al igual que hacer el seguimiento a estas y el velar por el cumplimiento de las mismas.

Así mismo, existen diversos mecanismos de participación establecidos para vigilar el cumplimiento de las leyes y el seguimiento a los organismos estatales de control por parte de los ciudadanos, establecidos con el fin de procurar la reivindicación de los derechos de la sociedad civil e investigar los casos de corrupción que existen en el Estado, en sus diferentes ámbitos.

Esta perspectiva de utilización de mecanismos establecidos para el control de la justicia, contiene la reivindicación y cumplimiento de lo establecido en el contrato social, por consiguiente, es un punto de apoyo para una democratización de la justicia, o al menos, de lo que se ha establecido como justo para la sociedad.

En general, estas formas de participación podrían contribuir a la disminución de la impunidad y a la ilegitimidad de las instituciones. En esta perspectiva, la impunidad se entiende en un sentido más allá de un número de casos que efectivamente atiende el aparato judicial y que además da cuenta frente a las garantías y el respeto a los derechos dentro de los diferentes procesos e instancias judiciales y extrajudiciales, velando por el cumplimiento de las mismas, en estos ámbitos. En cuanto a la ilegitimidad de las instituciones, puede existir algún cambio al permitir un seguimiento directo a las instancias encargadas de la administración de justicia, a través de los mecanismos estatales.

5. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS EN LA REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

El otro problema que presenta la realización de la justicia es la tensión entre las categorías del conflicto y los Derechos Humanos y su incidencia en la construcción de lo justo. Si bien es cierto, que existen diversos debates acerca de cada uno de estos temas, en este artículo, sólo se busca proponer este ítem como materia de discusión entre estos conceptos.

En primera medida, se puede decir que el debate sobre la justicia y sobre lo justo ha generado a su vez el debate sobre el rol de los Derechos Humanos dentro de la justicia, sin embargo, el tema del conflicto es más tangencial respecto a la discusión frente a la justicia. Acerca de esta última discusión, se puede decir que la construcción de un concepto de justicia y la realización de la misma, implica una nueva concepción acerca del conflicto y de los Derechos Humanos. Ambos, en una perspectiva constructiva e incluyente.

En coherencia con esto, el conflicto se propone desde un enfoque constructivo, donde este concepto puede entenderse como un proceso interactivo presente en contextos determinados. Los conflictos son inherentes a los seres humanos y a la sociedad, pueden ser producto de incompatibilidades, antagonismos, debates o controversias entre dos o más partes, que se presentan por valoraciones, pulsiones, creencias o afectos distintos que expresan desacuerdos en las posiciones adoptadas.

Consecuente con lo anterior, la manera en que se aborde el conflicto y las posibilidades de transformación del mismo, es una construcción social que depende de la forma en que se asuma y se construya dentro de la comunidad.

En correspondencia con lo que se plantea, se habla de gestión, tramitación y transformación del conflicto, como tres perspectivas que contienen el cambio estructural de la realidad conflictiva, el conocimiento, diagnóstico y elaboración de estrategias, que son acciones y mecanismos adecuados para propiciar una solución durable y concertada de tales conflictos.

No es posible que exista una verdadera realización de la justicia si la transformación del conflicto no es una categoría que se valore dentro de la construcción de la misma, ya que de no existir un cambio estructural dentro de la realidad como consecuencia del proceso de la evolución del conflicto, no es viable que los resultados de estas confrontaciones ayuden a situar el conflicto dentro de la vida diaria, y a su vez, que la concepción de justicia tenga una verdadera incidencia en la transformación de los conflictos.

Así mismo, con relación a los Derechos Humanos se asume que para la existencia de una realización de la justicia, debe presentarse una dimensión de estos, aspecto sobre el cual no hay duda, aunque el debate persiste en relación con el lugar y la definición de los mismos, en la medida en que no es clara la forma en que debe entenderse el concepto de Derechos Humanos, en especial, en lo concerniente al reconocimiento y garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al respecto, afirma Guillermo Hoyos Vásquez:

Si se acepta que la utopía que tiene más probabilidad de romper con la lógica de la guerra, es la utopía de los derechos humanos, se tiene que partir de la hipótesis de que la causa fundamental de la violencia en las sociedades, en las que la pobreza absoluta es el obstáculo principal para el contrato social, no es tanto ideológica, cuanto puramente socioeconómica. Se trata de algo que determina en última instancia la violencia institucionalizada, la delincuencia, la corrupción y venalidad públicas, la impunidad¹⁸

18 HOYOS VASQUEZ, Guillermo. Liberalismo y comunitarismo en diálogo sobre Derechos Humanos. En: Seminario Internacional de Ética y Filosofía Política. Liberalismo y Comunitarismo: Derechos y Democracia. (1995 : Medellín). Valencia, España : Alfonso el Magnanim, 1996. p. 147 – 169.

Históricamente, han existido diferentes formas de concebir los Derechos Humanos, al igual que muchas formas de utilizarlos. Se puede afirmar que los derechos se pueden esgrimir desde dos perspectivas: una, que ve la violación de los mismos como el infringir la libertad del ser humano, y otra, que concibe su violación como la frustración a la aspiración de justicia como *ratio* que conserva un orden natural incambiable.

Sin embargo, para llegar a construir una sociedad justa, una verdadera realización de la justicia se propone la lectura desde una perspectiva multicultural de los Derechos Humanos, como la realizada por Boaventura de Souza Santos, en "Hacia una concepción multicultural de los Derechos Humanos"¹⁹, en donde se parte de una divergencia entre la concepción de los Derechos Humanos de la segunda mitad del siglo XX, como parte y paquete de las políticas de guerra, y se postulan como fuerza emancipadora progresista, como una forma de globalización desde abajo, donde se pierde la perspectiva de "universalismo" de los Derechos Humanos y se propone el multiculturalismo como una precondition para una relación balanceada y mutuamente reforzada entre competencia global y legitimidad local.

La concepción de los Derechos Humanos debe trascender el universalismo y se debe proponer, en cambio, la posibilidad de diálogos multiculturales que incentiven las coaliciones transnacionales hacia la búsqueda de niveles máximos de derechos y no lo contrario; conviene además, buscar preocupaciones isomórficas entre diferentes culturas que puedan comunicar aspiraciones o preocupaciones mutuamente inteligibles o similares, en la búsqueda de una construcción multicultural de los Derechos Humanos donde tienen cabida diferentes clases, concepciones, religiones, definiciones de dignidad humana, entre otras, que permitan el que diferentes géneros de personas puedan intervenir desde su propia cultura y construcción, en aras del respeto a estos derechos.

Desde esta visión, la construcción de los Derechos Humanos implicaría una mayor inclusión de los sujetos y la búsqueda, no sólo del reconocimiento de aquellos, sino también de los medios para garantizarlos, lo que no sólo abonaría la existencia del pluralismo, sino que también, el concepto de justicia, estaría representando diferentes configuraciones de sujetos y actores, lo que permitiría una efectiva realización de la justicia en un contexto complejo como el colombiano.

De esta manera, la realización de la justicia pretende que las personas y la sociedad, a partir de la conciencia de la justicia, sus formas y desarrollos dentro de la comunidad, construyan una representación de la misma que implique el reconocimiento de los derechos como parte integrante de esta y que su reivindicación y respeto es lo mínimo para lograr la justicia, al igual que la implantación de diversas formas que impliquen la posibilidad de una real transformación de los conflictos.

19 Op. Cit. 13.

ANOTACIONES Y GLOSAS, EN TORNO A UN DEBATE NECESARIO SOBRE LA JUSTICIA COMUNITARIA Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS¹

1. PRESENTACIÓN

No obstante una pretensión ambiciosa, estas notas que compartimos evidencian la necesidad de abrir un debate más profundo alrededor de lo que podría denominarse el “**horizonte político y conceptual**” de la **Justicia Comunitaria**.”²

En lo transcurrido de los últimos años, desde cuando fluyó la necesidad de argumentar sobre el tema, han emergido algunas claridades y dilemas que son necesarias evidenciar, ya sea parcialmente, haciendo la salvedad que se trata de un análisis que contribuye a un debate más abierto, no sólo en el interior de la **Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto - RJCTC**, sino en otros espacios estatales y no gubernamentales interesados en el tema de la justicia en general, pero también específicamente, en la justicia comunitaria, sus prácticas y los llamados **Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos - MASC**.

1 Compilador: Hernando Loaiza Bastidas, abogado, Coordinador: Escuela de Justicia Comunitaria del Instituto Popular de Capacitación – IPC; miembro del Consejo Directivo Nacional de la Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto -RJCTC.

Este texto ha sido posible elaborarlo, como glosas y anotaciones, teniendo como base fundamental la relatoría que realizó Carlos Ariel Ruiz, de FUNCOP, organismo no gubernamental del Departamento del Cauca - Colombia, en el marco de la discusión sobre la refundación y relanzamiento de la Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto - RJCTC, que se realizó en el mes de agosto de 2002, en Bogotá, capital colombiana.

2 Carlos Ariel Ruiz. Sociólogo. FUNCOP. Departamento del Cauca. Miembro de la Red de Justicia Comunitaria - RJCTC.

Para comenzar, se trata de evidenciar un hecho que tiene que ver con los MASC, que han querido dar cuenta, en el marco del conflicto, de un tema de mayor calado como es el de la justicia, en especial, la justicia comunitaria y las profundas limitaciones teóricas que tal abordaje arroja en su alcance y comprensión.

2. PRÁCTICAS ALTERNAS DE JUSTICIA VERSUS CRITERIOS FUNCIONALISTAS O INSTRUMENTALES TRADICIONALMENTE ESTATALES

2.1. CRITERIOS PRESIDENCIALES

El plan de reformas del presidente de Colombia, Alvaro Uribe Vélez, se sustenta, entre otros criterios, en los siguientes:

- Cambio de las costumbre políticas,
- Racionalización de la administración pública, y,
- Fortalecimiento de la llamada “seguridad democrática”

A lo anterior, se suma la concomitante búsqueda oficial, de que los ciudadanos se organicen para colaborar con las autoridades, bajo un esquema que, claramente, evoca el **Estado comunitario**, en tanto que responde a un afán de liquidar a quienes se denominan enemigos públicos.

Todo ello enmarca los contenidos del referendo que involucra cambios sustanciales al marco político regulatorio establecido en la Constitución de 1991, relativos al Congreso, fusión de ministerios, acerca del Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional, creación de sistemas locales de justicia y la promoción de los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos - MASC, y de todas aquellas figuras creadas para que las comunidades co - gestionen la justicia, con cierto nivel de autonomía, a la vez que se descongestionan los despachos judiciales y se descentraliza la solución de ciertos conflictos.

2.2. NO HAY PROFUNDIDAD EN EL DESLINDE TEMÁTICO ENTRE JUSTICIA Y CONFLICTO

Este resultado, aparentemente, cuestiona o menoscaba la capacidad crítica de los fundamentos sobre los cuales hemos actuado todos quienes, durante los últimos años, nos hemos preocupado por promover los MASC, con la perspectiva de que por esta ruta, sectores y movimientos sociales, organizaciones políticas y comunidades marginadas, obtendrían niveles apreciables de acceso y realización de la justicia; autonomía y aporte sustancial, desde el tema específico de la justicia, a la consolidación de procesos organizativos y comunitarios.

El soporte ideológico, conceptual y valorativo acumulado durante estos años de ejercicio de la justicia comunitaria, no ha profundizado su alcance y deslinde temático entre justicia y conflicto, sin dejar de lado otras diádas temáticas, a lo que se suma el que no ha logrado estructurar una crítica sobre el alcance del nivel instrumental estatal acerca del uso de los MASC, lo que da forma a un parentesco sospechoso con esa retórica, desde y sobre el Estado, que instrumenta una reforma global y otra específica sobre la justicia en el actual contexto.

La búsqueda de otras formas de abordaje de la justicia, de la gestión, tratamiento y transformación de los conflictos privados y públicos; la deconstrucción de prácticas de justicia en las comunidades y la formación de un movimiento social que reivindique prácticas alternas de justicia, no han establecido una frontera sólida que separe los criterios funcionalistas o instrumentales que tradicionalmente ha establecido el Estado desde el ámbito de la mediación.

El influjo libertario de ciertas búsquedas y el carácter emancipatorio que a otras se les ha impreso, se han visto disminuidas al recaer en prácticas tradicionales y escapes funcionalistas al poder, que desvaloran pretensiones intelectuales de mayor alcance, que son las que fundan posibilidades de largo aliento: tal vértice de escape, da como resultado la pérdida evidente del acumulado intelectual, acerbo experiencial y preguntas investigativas, para acrecer nuevos referentes, sobre todo, si son de ruptura.

No se puede argüir lo anterior para calificar unas prácticas amparadas en la ingenuidad política, pues lo que puede resultar evidente, es que tales prácticas resulten coincidiendo con las del régimen, o en suma, faciliten el crecimiento de cierta ingenuidad política en el abordaje del tema desde los sectores subalternos, o por parte de quienes las promocionan en las comunidades.

El asumir cierta acriticidad que da paso a la coincidencia con las prácticas que se quieren confrontar, requiere plantear algunos puntos de vista que faciliten el debate en el actual contexto, a saber:

- Asimilación de las prácticas de justicia comunitaria a los MASC y a las figuras institucionalmente creadas para, por ejemplo, descongestionar despachos y dar un carácter de informalización a conflictos menores, a través de espacios de mediación como la conciliación en equidad, los jueces de paz, la jurisdicción indígena, etc.
- Reducción de las prácticas de justicia comunitaria a procedimientos adelantados por sectores de la sociedad civil, con el único propósito de resolver conflictos.
- Concepción de la justicia comunitaria como un sistema cerrado, relativamente puro y claramente diferenciado de otras ofertas de justicia, como la estatal.

De acuerdo con lo anterior, se resume que la justicia comunitaria, desde el tema de la justicia misma que la ampara, es un aspecto escamoteado o, en su defecto, abordado con unas categorías prestadas o instrumentadas desde los mecanismos alternativos de solución de conflictos: es como explicar el Derecho Sustancial desde el Procedimental. Igualmente, se puede concluir, que tal génesis responde a una preocupación por lo que plantea el Estado, mas que a una preocupación por la construcción de una sociedad democrática incluyente, y sobre todo justa, vista la justicia como una construcción pública.

2.3. REPENSANDO EL TEMA DE LA JUSTICIA, Y EN ESPECIAL, EL DE LA JUSTICIA COMUNITARIA

No obstante, el marco “desregulatorio”³ de Estado que se pretende imponer, o se impone de hecho, en vista de los acontecimientos, obliga a repensar el tema de la justicia, en especial, aquella comunitaria y sus prácticas, con el fin de superar ambigüedades y, a cambio, construir lo político, dotado de un mayor perfil académico, organizativo e investigativo que además afiance su potencialidad ante la construcción de una sociedad incluyente, es decir, de ejercicio ciudadano y no sólo de intercambio entre consumidores.

En este sentido, es meritorio propender una discusión necesaria sobre dos aspectos:

- La justicia, la justicia comunitaria, las prácticas de justicia comunitaria y la justiciabilidad bajo un contexto de guerra; y
- El enfoque teórico, político y metodológico en la labor de reconocer, promover y desarrollar la justicia, la justicia comunitaria y las prácticas de justicia comunitaria.

Es lógico pensar que el Estado estructure una política integral y funcional frente a las pretensiones de acumulación, en el proceso de globalización, uso y adecuación del establecimiento para tal fin, lo cual deja prever que evitará cualquier tipo de intermediaciones que involucren negociaciones con actores no afectos al régimen, aprovechando las condiciones favorables de legitimidad a las que en el presente accede, no obstante, en muchos aspectos, encuentre resistencias y se vea conminado a aplazar algunas de sus prioridades. Sin embargo, lo que corresponde preguntar es sobre el papel que eventualmente la justicia global, la justicia comunitaria y las prácticas de justicia comunitaria, deben protagonizar en este marco de relacionamiento político.

3 En tal sentido, se debe pensar que a ciertos grados de conflictividad, el Estado los pasará a otros niveles de regulación en la sociedad, mientras privilegia el montaje del sistema de justicia estatal para regular las relaciones, que en virtud de la *lex mercatoria*, le impone la globalización y la transnacionalización del capital.

Por ende, se convoca a un debate mayor, que en consecuencia, se deslinda de prácticas que hoy deben consultar mayores pretensiones políticas y académicas, de tal manera, que como se aborden dichas cuestiones, dependen los propósitos que puedan trazarse, y por lo tanto, el distanciamiento necesario de las prácticas estatales hoy en boga.

3. APUNTES GENERALES PARA UN DEBATE SOBRE LA JUSTICIA COMUNITARIA Y LAS PRÁCTICAS DE JUSTICIA COMUNITARIA

3.1. CUATRO GRANDES PROCESOS

La preocupación pública por la justicia global, la justicia comunitaria y las prácticas de justicia comunitaria, aparecen, de algún modo, en un espacio de difícil ubicación, en el que no se pueden reclamar límites teóricos puros que las diferencien, ni escuelas teóricas que las funden, de tal forma, que cada una comporta imbricaciones de por lo menos cuatro grandes procesos:

- Crisis del modelo de Estado - Nación y del disciplinarismo integrador instrumentado desde la administración de justicia.
- Persistencia y revaloración del pluralismo cultural y jurídico demostrado por la permanencia de viejas tradiciones; relectura de la multiculturalidad por el concepto de interculturalidad, amparada en lo identitario como valor incluyente de lo nacional y en discusión con el modelo hegemónico; recurrencia a cubrir vacíos de Estado mediante formas alternas, entre otros aspectos.
- Informalización de procedimientos de la justicia estatal a través de la mediación, donde agentes, en su mayoría no estatales, intervienen en la solución de conflictos privados y públicos.
- Desarrollo de autonomías en sectores de la sociedad para la solución de conflictos y reconstrucción de tejidos sociales, en la búsqueda de diversos patrones de trámites de conflictos por vías no violentas.

3.2. LA JUSTICIA COMUNITARIA Y SUS PRÁCTICAS NO PUEDEN CONFUNDIRSE CON LA JUSTICIA ESTATAL

Para hacer énfasis en dos expresiones como son la justicia comunitaria y las prácticas de justicia comunitaria, que pueden valorarse como aspectos negativos de las mismas, se destacan, el asumir ciertos componentes de sus procedimientos tomadas de otras formas de justicia como la estatal, valiéndose, la mayoría de las veces, de sus herramientas o formalidades para verse actuando en un escenario propio, desligado, pero parecido, es decir, recogiendo derechos que no pueden ser desconocidos y que son conquistas de la humanidad, pero que

no son patrimonio de la justicia estatal y que por el hecho de ser asumidas desde otras formas de acceder y realizar justicia, significan que **la justicia comunitaria y las prácticas de justicia comunitaria no pueden confundirse con la justicia estatal.**

Se ha querido promocionar en el imaginario, que la justicia comunitaria y las prácticas de justicia comunitaria son sistemas relativamente estables y cerrados, con una jerarquía de valores y normas culturalmente compactadas y narrativamente explicitadas, cuyos operadores son seres humanos dotados de la racionalidad y la consecuencia necesarias para acercar la generalidad de lo normativo a la singularidad de los casos, actuando en todo momento, en concordancia con los dictámenes de la cultura tradicional local.

Este tipo de referencias hacen saltar críticas diversas por su maximalismo, ya que no se tienen los elementos claves para explicar las implicaciones de la puesta en escena del ejercicio del poder y la fuerza, proveniente de la cultura hegemónica y de sus proyectos integradores, de las relaciones de poder entre diversos grupos poblacionales, entre clases sociales, entre culturas diferentes, y fundamentalmente, al no poder explicar el carácter adaptativo de las prácticas de la justicia comunitaria⁴ que empíricamente se puede constatar.

3.3. RASGOS DE LA JUSTICIA COMUNITARIA Y SUS PRÁCTICAS

La justicia comunitaria y las prácticas de justicia comunitaria no son sistemas puros ni cerrados, pues están expuestas a las contradicciones de toda construcción humana. Por lo tanto, se establecen algunos rasgos que inciden en su reproducción, trátense en condiciones micro o en espacios globalizantes:

- La justicia comunitaria y sus prácticas tienden a comportarse como sistemas permeables históricamente, aunque su proceder opere desde una lógica premoderna, no significando que su permanencia se resista al cambio. Por el contrario, la búsqueda de fijar reglas para la regulación de las relaciones humanas refleja y constata su acumulado de modernidad, es decir, su historia es moderna de acuerdo con su nivel de desarrollo y apropiación de la misma.
- Sus prácticas son circunstanciales, aunque pueda alegarse la permanencia de los sujetos que interactúan, pues las consecuencias tienden a variar según hayan sido las condiciones en que se dan y las subjetividades que se involucran, entre otras circunstancias.

4 "¿Prácticas de justicia comunitaria?" o "¿Prácticas comunitarias de justicia?" La pregunta no es un capricho intelectual. La primera noción advierte que hay muchas formas de justicia; mientras que la segunda, insinúa que siendo la justicia una sola, habrían diferentes formas de realizarla". Carlos Ariel Ruiz. FUNCOP. Cauca.

- La diversidad cultural y social, los niveles de intercambio que se sucedan, los sujetos activos en la justicia comunitaria y sus prácticas, apropian, revaloran, prescinden, reforman y trasladan elementos de otras justicias persistiendo en la idea de legitimación, reconocimiento y poder, lo que evidencia fronteras difusas con otros sistemas de justicia.
- Desde el punto de vista antropológico, la justicia comunitaria y sus prácticas poseen una estructura de regularidades, formas básicas, unidades productoras de sentido, que ciertamente, las dotan de singularidad y de un mínimo de predecibilidad.
- La justicia comunitaria y sus prácticas, sin caer en simplismos, se estructuran y singularizan alrededor de los siguientes elementos mínimos:
 - 1) Una lógica alrededor de lo comunitario, que bajo situaciones específicas, constriñe y se impone sobre algunas disidencias individuales.
 - 2) Un acervo de tradiciones y costumbres, del cual los sujetos derivan un margen de certeza y de predecibilidad, al igual que cierta eficacia simbólica.
 - 3) Una regulación de las relaciones de poder, bajo concepciones que fácilmente pueden resultar “no democráticas”.
 - 4) Un margen de discrecionalidad y de autonomía en el cual los sujetos pueden, por ejemplo, distanciarse de los dictámenes de la cultura, enfrentar creativamente algunas situaciones nuevas no prescritas por la costumbre (es decir, las prácticas de justicia comunitaria, producen pensamiento), etc.
 - 5) Una elaboración narrativa de sus propias prácticas que varía en grados de complejidad y de explicitación.
- Entre las mismas prácticas de justicia, existen diferencias significativas que usualmente están dadas por el grado de preservación cultural, el nivel de

5 Una opinión más realista, de como las comunidades pueden sostenerse, aparece en el clásico ensayo de Lewis Coser, “Las funciones del conflicto Social”. Coser, sostiene que la gente está unida, mas por el conflicto verbal, que por el acuerdo verbal, al menos, en lo referente al acuerdo inmediato. En un conflicto, hay que esforzarse más por comunicarse. Como a menudo ocurre en las negociaciones laborales o diplomáticas, poco a poco, las reglas básicas del compromiso unen a las partes. Lewis Coser, señala que las diferencias de opinión suelen hacerse más marcadas y más explícitas, aunque las partes puedan llegar finalmente a un acuerdo: la escena del conflicto se convierte en una comunidad, en el sentido de que la gente aprende a escuchar y a reaccionar entre si, incluso, percibiendo sus diferencias más profundamente. Tomado de: SENNETT, Richard. La Corrosión del Carácter. Anagrama. 2000. p. 150.

incorporación a la cultura nacional hegemónica, las escalas de elaboración discursiva y valoración del conflicto verbal⁵, entre otros factores.

- La justicia comunitaria y sus prácticas, responden pues, a modelos societales particulares que no necesariamente coinciden con el modelo occidental democrático. Quizás, allí radica su mayor complejidad y no en la mera capacidad de tramitar los conflictos o de mantenerlos dentro de unos márgenes socialmente aceptables (¿convivencia?), como se cree habitualmente.
- La justicia comunitaria y sus prácticas no representan por si solas, posibilidades de emancipación y de propuestas contra - hegemónicas. Lo que se debe valorar, es que coexisten en el marco de un ordenamiento, que por varias vías, moldea un relacionamiento y determinadas funciones que permean sus prácticas.

Por lo anterior, se hace necesario precisar en términos de interrogante, el eventual rol que la justicia comunitaria y las prácticas de justicia comunitaria pueden entrar a desempeñar dentro de un proyecto de Estado en boga y dentro de un nivel de escalamiento de la guerra, en los espacios rural y urbano.

3.4. CONTEXTO NACIONAL Y TIPOS DE RIESGOS QUE DEBEN ASUMIR LA JUSTICIA COMUNITARIA Y SUS PRÁCTICAS

El contexto nacional, implica revisar de manera crítica experiencias de otros países. Es indispensable analizar las que se han adelantado en nuestra nación, y apreciar, que la justicia comunitaria y sus prácticas deben asumir debates en torno a los siguientes tipos de **riesgos**, a saber:

- Cooptación o sumisión a la estrategia de seguridad democrática que el Estado implanta a través de ofertas institucionales y políticas, como las redes de informantes, estrategia operativizada por el presidente Alvaro Uribe Vélez.
- Condicionamiento por parte de los diversos actores armados (legales e ilegales), que bien puede percibir en ellas, gérmenes de resistencia revolucionaria o de autodefensa contrainsurgente.
- Asimilación con simples instancias extrajudiciales, administradoras de conflictos de poca cuantía.
- Estigmatización oficial, ilegalización y persecución política, especialmente, hacia aquellas experiencias vinculadas a proyectos autonómicos e identitarios.

3.5. TIPOS DE TENSIONES VALORATIVAS

Así, la discusión plantea un **reto político** de grandes proporciones que debe ser abordado en un plano ideológico.

Para el efecto, pensamos que es adecuado comenzar enunciado seis tipos de tensiones valorativas, implícitas en el pluralismo jurídico:

- **Tensión 1:** Reconocimiento, respeto y promoción de las diferencias vs. integración nacional.
- **Tensión 2:** Legalidad jurídica estatal vs. legitimidad comunitaria.
- **Tensión 3:** Enfoques teóricos contemporáneos sobre justicia y valoración de lo justo en los sujetos que operan la justicia comunitaria vs. las prácticas de justicia comunitaria.
- **Tensión 4:** Alcance de las autonomías relativas vs. alcances de las restricciones que dichas autonomías deben observar.
- **Tensión 5:** Derechos y garantías de los sujetos individuales vs. derechos y garantías de los sujetos colectivos.
- **Tensión 6:** Estado de Derecho vs. Estado Social y Democrático de Derecho.

Dichas tensiones, son especificidades de un mismo fenómeno. En este sentido, corresponde que se de un debate serio por parte de los involucrados en la pretensión y construcción de justicia comunitaria y sus prácticas en Colombia

3.6. NIVELES DE RESTRICCIÓN Y EXPANSIÓN DE LA JUSTICIA COMUNITARIA Y SUS PRÁCTICAS

Frente a lo anterior, se requieren establecer varios aspectos sobre los niveles de restricción y expansión de la justicia comunitaria y sus prácticas:

- 3.6.1. **Autonomía.** Si se trata de una autonomía expansiva, no hay duda que nos enfrentamos al riesgo de una gran inestabilidad social y política, en la medida que los referentes compartidos (institucionales) de regulación, sistemáticamente serían erosionados y, con ellos, también imperativos como el de la unidad nacional y el de centralidad del Estado. Por lo tanto, no se trata de liquidar los límites, sino de encontrar el justo medio (**¿Autonomía política regulatoria restringida?**) en el que las legítimas pretensiones integracionistas no se aplacen, ni la justicia comunitaria y sus prácticas se vean sacrificadas.
- 3.6.2. **Una concepción integradora de los Derechos Humanos.** Uno de los varios caminos propuestos, consiste en anteponerlos como el límite mínimo a cualquier forma de autonomía cultural y jurídica. Sin embargo, no deja de ser problemático, que éstos en su conjunto, asuman una pretendida universalidad, pese a que por razones igualmente culturales, en muchas sociedades, buena parte de sus postulados filosóficos y políticos no tienen ninguna correspondencia o proximidad con los paradigmas de vida en ellas instaladas.

También se alega, que obligar la observancia de todos los Derechos Humanos, es hacer del reconocimiento y respeto de la diferencia (consagrado en el artículo 7 de la Constitución Política colombiana) un acto de mera retórica, y mas bien, se propone que sea el ámbito intangible de los DD.HH. o aquellos principios en torno a los cuales existe mayor consenso intercultural, el ético mínimo⁶, que bajo ninguna circunstancia se puede desconocer.

Lograr que la justicia comunitaria y sus prácticas, entronquen los principios mínimos de los Derecho Humanos y de un Estado Social y Democrático de Derecho, como factores estructurantes de sus prácticas, sería hacer de ellas un **Movimiento Social** a favor de un proyecto de Estado, distinto al que comienza a imponerse a principios del nuevo siglo en Colombia.

3.6.3. **Estado de Derecho y Estado Social y Democrático de Derecho.** En este orden de ideas, también se ha venido discutiendo que algunos principios imperativos inherentes a un Estado Social y Democrático de Derecho, se constituyan en un límite infranqueable para las autonomías que pueden construirse a partir de los desarrollos que se logran con la justicia comunitaria sus prácticas.

Lo cierto es, que como bien lo advierte la Corte Constitucional frente a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, se pueden presentar tantas y variadas situaciones, que resulta virtualmente imposible establecer unos parámetros universales.

Lo más coherente, parece ser, el acogerse a fórmulas interpretativas que sopesen la singularidad de cada caso, su grado de preservación cultural y la jerarquía de valores jurídicos y políticos que sean necesarios preservar, aun, por encima del artículo 7° de la Constitución Política.

3.7. DEBATE ABIERTO Y PREMISAS

En un nivel de debate abierto, es imprescindible tener en cuenta una serie de premisas que ubican temas que son de su giro y especificidad, y no se pueden prescindir por su invaluable necesidad y claridad:

- La justicia comunitaria es una realidad de larga duración, es decir, que existe y seguramente seguirá existiendo. No obstante, su efectiva implantación puede incorporar cambios cualitativos tales como:

- 1) Una política de reconocimiento y de visibilización.

6 Es claro que los Derechos Humanos no son un asunto que se resuelva solamente en el ámbito de la ética, pues bajo las actuales condiciones son también un imperativo político, que naturalmente tiene qué ver con una actitud frente a, por ejemplo, ciertas estructuras de poder, el empoderamiento de sectores sociales específicos, etc.

- 2) Espacios de encuentro y de retroalimentación sinérgica, favorables a que surjan uno o varios Movimientos sociales, que reivindicquen la justicia desde lo social.
 - 3) Creación de algún tipo de institucionalidad comunitaria que dé cuenta de la especificidad de las justicias comunitarias.
 - 4) Investigación y sistematización participativa de las prácticas de justicia comunitaria.
 - 5) Interiorización creativa de principios básicos que regulen las autonomías.
 - 6) Formulación de las bases para construir una jurisprudencia a partir del ejercicio de la gestión, tratamiento y transformación de conflictos en la justicia comunitaria y sus prácticas.
- Consolidación, relectura y análisis crítico de los enfoques de justicia, aplicados específicamente a la justicia comunitaria y sus prácticas, así como en las experiencias de formación que se desarrollan en el país.

Para finalizar, es de anotar que la justicia comunitaria y sus prácticas, si bien son heterogéneas, requieren precisar sus niveles de especificidad para valorar las múltiples necesidades que tales precisiones devienen y valorar sus rangos de actuación, interacción e interactuación.

En este orden de aspectos, se deben consultar las características y procesos de justicia comunitaria y sus prácticas existentes en el país, con el fin de establecer el debate, consultando el núcleo de los temas, organizaciones, territorios y procesos a involucrar: se trata de entender también, que un debate de estas proporciones está delimitado por las singularidades implícitas de los procesos regionales.

JUECES DE PAZ ¿UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA?

Edgar Ardila Amaya¹

Estamos comenzando una nueva etapa en la administración de justicia. Colombia, en el año 2000, realizó una apuesta por la figura de los **jueces de paz**, la cual, se ha venido concretando de manera muy germinal en algunos de los municipios del país. Con esfuerzos variopintos en los niveles nacional y local estatales, de universidades y de organizaciones no gubernamentales y sociales, se viene explorando en la práctica y en la teoría, este camino que se abre para la construcción de la convivencia pacífica y la administración de justicia en Colombia.

La intención de este artículo es participar en esta exploración, aportando unos elementos de análisis desde la historia de la figura del juez de paz y su relación con el orden jurídico de las sociedades modernas. Para el efecto, empezaré identificando los modelos de justicia de la tradición jurídica occidental y el lugar que en ellos le corresponde a los jueces de paz. Luego, haré una reflexión sobre los alcances y límites del modelo dominante de la justicia estatal, en aras de ubicar las necesidades a las que puede responder el juez de paz. En tercer lugar, hago unas consideraciones que articulan la primera y la segunda parte y sugiero unos trazos sobre los aspectos más gruesos, en los cuales, considero que se debe de desarrollar la figura del juez de paz.

1. ENTRE LA ASAMBLEA Y EL TORNEO: DOS MODELOS DE JUSTICIA EN OCCIDENTE

Europa demoró cerca de diez siglos modelando su sistema de justicia, y en él, siempre ha habido un espacio para figuras como las de los jueces de paz, aún en los albores del tercer milenio. El comienzo de esta historia bien puede ubicarse en la alta edad media, en la segunda mitad del primer milenio, cuando se podían identificar muchas variedades de mecanismos de administración de justicia. Entre ellas, se destacaban dos modelos principales que tendieron a hacerse predomi-

¹ Profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Miembro fundador de la Red de Justicia Comunitaria de Colombia y Fellow de International Innovators for The Public, ASHOKA.

nantes entre los siglos octavo y décimo, pero que, como lo veremos, se desarrollaron por varios siglos más.

1.1. LA “JUSTICIA DE ASAMBLEA”

El primer modelo es el que llamaré la “**Justicia de Asamblea**”, que puede encontrarse en textos de historia del Derecho, denominado de diferentes maneras: por ejemplo, “justicia o derecho señorial” y “justicia adjudicativa participatoria” (BERMAN, 1996: 332 y ss.); “justicia o derecho comunal o concejil” (HESPANHA, 1993: 203 y ss.); “justicia o derecho de Asamblea Judicial” (LALINDE, 1988: 45 y ss.).

La imagen sobre la manera como funcionaba esta forma de justicia, la tenemos gracias a la recurrente recreación filmográfica que suele verse en las películas de la edad media. Se trata de un tipo de reunión en la que el jefe de la comunidad, generalmente el señor feudal, está sentado, y alrededor de él, se encontraba un grupo numeroso de personas, entre 30 y 50, que eran los notables de la comunidad, que eran las cabezas de grupos familiares extensos. Ese conjunto de personas presididas por el señor feudal, o por el rey, en casos muy excepcionales, constituía el espacio donde se administraba justicia. Los litigantes, apenas eran reconocibles por ser los voceros de un interés directo en una u otra decisión, estaban integrados en la asamblea y participaban en la producción de las decisiones que se tomaban.

Ese modelo de administración de justicia estaba dirigido al manejo de los conflictos que se presentaban en el interior de la comunidad. Y los conflictos internos eran la abrumadora mayoría de problemas que se presentaban. El grupo de notables, producía las decisiones judiciales -llamémoslas así-, generalmente por consenso, y el papel que tenía el presidente del juicio, que es el nombre que le vamos a dar en este caso al señor feudal, era buscar y provocar ese consenso. Las decisiones se producían a través de la interlocución de todas las personas que estaban presentes, incluidas las partes, pues no era muy fácil diferenciar a las partes de los que no lo eran; no era muy fácil diferenciar a los testigos; no era tan fácil diferenciar a los representantes de las partes; no era fácil diferenciar a los jueces, porque finalmente, los mismos que estaban allí, eran todo: eran jueces, eran partes, eran testigos y eran vocales del juez quien tomaba la decisión. Casi todos los conflictos que se presentaban en una comunidad, iban a una asamblea; conflictos por ejemplo, por asuntos del agua, por el uso de los bosques, por el uso de la tierra, etc. Hasta los asuntos de carácter matrimonial o de herencias, fueron defendidos como potestad de este modelo de justicia frente al creciente poder jurisdiccional de la Iglesia, que lo reclamaba como de su resorte.

1.2. LA “JUSTICIA DE TORNEO”

Pero habían otros tipos de conflictos que tenían un trámite completamente diferente. Valiéndonos de la filmografía sobre la época medieval, podríamos visualizarlo a partir de la escena del torneo, que tanto se repite:

En ellas, podemos ver a un campeón montando sobre su caballo, con su alabarda en un brazo y su adarga en el otro, ubicado en un lado de la pista, arremete en su caballo contra el contendor que viene a su vez en contra suya, con armas similares. Luego, tras la primera embestida, cambia de armas y arremete de nuevo, tal vez con una cachiporra, hacia su contendor, quien hace lo propio tras haber acudido también a otra pieza de su arsenal. Y nuevamente, se repite el encuentro cargado de violencia y de sed de victoria. Hay en esta escena, aparte de los contendores, unos personajes que se llaman testigos o padrinos, cuyo rol es garantizar el cumplimiento de unas reglas establecidas y determinar cual de los contendientes es el vencedor. Al final, son estos padrinos o testigos quienes certifican quien fue el vencedor: lo que muchas veces, no es más que a partir de la constatación de quién es el que se mantiene en pie, tras una serie de encuentros.

Lo que hay detrás de estos torneos, que es la palabra que se utilizaba en la época, es un conflicto entre dos actores que no tienen un orden regulativo, es decir, se trataba de personas que no estaban sometidas a las mismas reglas y no sentían que le tuvieran que obedecer a la misma fuente de decisiones: los dos no tenían, ni el mismo jefe, ni se sentían parte de lo mismo. Se trata pues, de un tipo de conflictos al que llamaremos "externos", porque ya no son dentro de una comunidad, dentro de un grupo que cree en lo mismo, que se siente sometido a las mismas reglas y entonces, para zanjar sus diferencias, tendrían que acudir a la guerra, como única forma de resolver su controversia. De no ser por estos torneos, y al no tener la misma pertenencia comunitaria, las dos partes en el conflicto estarían sometidas a resolverlo por la vía de las armas. La acción bélica era la única vía para atender los conflictos que se presentaban, por ejemplo, entre dos señores feudales, por la propiedad de un terreno o un bosque. Algunas veces, por una prerrogativa social o por una herencia. Ante la falta de un contexto social común o de un contexto normativo que les permitiera resolver el conflicto por un medio pacífico, cada uno, sólo contaba para reivindicar su aspiración, con las armas que poseía y la decisión de usarlas contra el otro si no se le sometía.

En medio de siglos de agresión externa, matándose, atacándose, gastándose lo poco que tenían en perseguirse mutuamente, en hacerse la guerra, fueron construyendo un medio alternativo para tramitar las diferencias. Entonces, empezó a producirse una cierta economía de la acción bélica, que es muy importante tener en cuenta para los fines de este escrito. Se trataba de crear un método que permitiese determinar quién ganaría la guerra si la hubiese. El torneo, se diseñó como un método, según el cual, en lugar de hacer una guerra con todos los recursos, se acude a una modalidad simbólica, donde cada uno escoge a su campeón, al hombre más fuerte de su comunidad para que se enfrente con todas las armas al campeón del contendor, y así, determinar quien ganaría la guerra. Cada uno de los embates, en los que las partes se arremeten con un arma distinta, es una oportunidad de demostrar quien tiene el poder, y estos testigos o padrinos, cumplen el papel de reconfirmar quien ganaría la guerra, en caso de que la hubiera. Como eran eventos muy públicos, donde la gente de las dos comunidades estaba

presente, veían que era muy factible lo que constataban estos testigos o padrinos. Ello le daba validez a la decisión, evitándose la guerra, al darle la victoria al que demostrara ser el más fuerte.

1.3. OCCIDENTE, HEREDERA DE LA “JUSTICIA DE TORNEO”

Puede demostrarse que el sistema de justicia que impera en occidente y que se ha tratado de implantar en nuestro país en los últimos siglos, implicó una opción por uno de esos dos modelos. Los procesos y los juicios que tenemos en el ámbito judicial estatal, son herederos, no de las asambleas; son herederos de los torneos de campeones que acabamos de bosquejar.

Los jueces que tenemos actualmente, son la derivación de los testigos y los padrinos de la edad media. El mundo occidental, por razones diversas, optó por el modelo de “juez de torneo”, en lugar del modelo de “juez de asamblea”: mientras que durante un proceso muy largo se fue extinguiendo, hasta desaparecer en muchos casos el modelo de “juez de asamblea”, el “juez de torneo” fue transformándose en la medida que se fortalecía en el plano discursivo (con tejidos crecientemente complejos entre el Derecho romano, la tradición bíblica y el derecho de los pueblos germánicos) y en el campo orgánico (en la medida que se articulaba al poder centralizador, primero de la Iglesia y luego del rey y del Estado).

1.4. INCIDENCIA DE LA IGLESIA

Por su parte, la Iglesia creó a partir del siglo X, un sistema jurisdiccional en su interior, en el que empezaron a aparecer formas refinadas de la prueba: el cambio de armas en el combate se empieza a transformar en la prueba, es decir, lo que hoy llamamos “pruebas judiciales”.

Para ejemplificar, creó un tipo de prueba de ordalía llamado, “Juicio de Dios”, que consistía en exigirle a las partes, el que demostraran que tenían a Dios de su lado, entonces, se hacían cosas que actualmente nos parecen un poco absurdas, pero que en esa época tenían mucha legitimidad: se trataba, bien de demostraciones de carácter físico que consistían en, por ejemplo, pasar por encima de carbones ardiendo, donde, por lo general, quien fuera más resistente al calor o más diestro con el fuego, era el que ganaba el pleito. Sencillamente entonces, el que la persona fuera más fuerte o que pudiera sobreponerse al dolor, no necesariamente tenía que ver con las razones o argumentos que se tuvieran para tener derecho a algo. En un momento mucho más próximo al actual, la prueba podía consistir en satisfacer un extenso cuestionario que sólo podía ser contestado por expertos. Pero al estar consagrada la posibilidad de ser representado, al dar estas respuestas, se podría contratar a un experto para que contestara. Foucault, dice que es allí donde aparece con mayor claridad, el origen de nuestros actuales abogados.

Gradualmente, el modelo de torneo cambió su apariencia. Sin embargo, hoy puede decirse que la esencia no ha dejado de estar: el juicio y el juez que conocemos

en el ámbito formal estatal, sigue siendo similar. Las partes hacen una prueba de fuerza en el proceso y el juez decide según ella, inclinándose a favor de quien haya mostrado más poder en el proceso. En un principio, era un poder bélico, lo que se fue transformando hasta convertirse en un poder argumentativo. El filósofo de la historia francés, Michel Foucault (1995: 72 y ss.), sostiene que en el fondo no hay mayor diferencia, que en cualesquiera de los casos el argumento es de fuerza; se trata de demostrar quién es más fuerte, aunque empiezan a refinarse los procedimientos y se hace más sutil esa demostración de fuerza. Bourdieu, hace un cuidadoso análisis sociológico del campo jurídico de nuestras sociedades y concluye de manera similar que Foucault: "El escenario judicial es un terreno de batalla entre sujetos dotados de "competencias técnicas y sociales desiguales" (BOURDIEU, 2000: 178-180). Las partes disponen y movilizan recursos jurídicos de manera desigual. Exploran y se valen desigualmente de reglas "posibles". En el interior del debate procesal hay una correlación de fuerzas, en la que la desigualdad que allí se da, en buena medida, reproduce la que se da en la sociedad. Y la decisión, reflejará esa correlación de fuerzas.

Puede ilustrar este planteamiento, el caso de un español condenado hace varios años en los Estados Unidos a la pena de muerte, por el asesinato de una persona. En su país natal había un sentimiento generalizado de solidaridad y su familia logró reunir el dinero que cobraban los abogados por tramitar la revisión del proceso -más de dos millones de dólares-. En el nuevo juicio, apareció que la Fiscalía había inventado las pruebas, aquellas que fueron definitivas en la condena que se profirió en el primer juicio. Lo que vale la pena subrayar de ese caso ahora, es que para él, demostrar la inocencia (aunque la condena fuera injusta), costaba más de dos millones de dólares. ¿Cuántos condenados habrán que no hayan podido hacer esa prueba de fuerza? El abogado, hoy, es el campeón del siglo XXI, lo mismo que se escogía un campeón en las épocas medievales para que luchara en nombre de un interés: se nombra un abogado y el que tenga como conseguir un mejor campeón, tiene mejores posibilidades de ganar el pleito, independientemente de consideraciones de justicia.

Aun cuando hay cambios muy importantes en cuanto a los sujetos de poder, y actualmente, se otorgan garantías procesales al más débil, sigue habiendo una relación muy próxima entre la posesión de poder y las oportunidades en el proceso. Podemos afirmar, que la diferencia entre lo que había en la época feudal y lo que tenemos en la moderna, sustancialmente, no es tan grande como se suele proponer.

2. LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA ORDINARIA

Solamente, hacía el siglo XIII, en el caso francés, y posteriormente en los otros reinos, se fue creando la justicia central, la justicia del reino. En el siglo XIII, cinco siglos después del comienzo de esta historia, todavía existía la figura del juez comunal, juez comunitario, del juez de asamblea. En el caso portugués,

por ejemplo, hasta comienzos del siglo XX, se conocen casos de justicia comunal o de asamblea. El juez estatal, tomaría su forma a partir del sistema de justicia de la Iglesia y empezó a establecerse en paralelo y, muchas veces, en competencia con el juez comunal o de asamblea. Esa competencia se prolongaría por siglos.

Sólo hacia el siglo XVII, en el caso inglés, se consolidaría un sistema de administración de justicia centralizado. Es a partir de todo este enorme conflicto, que aparece en Inglaterra tras la caída de Carlos I. En el resto de Europa, tomaría mucho más tiempo el surgimiento de una estructura jurisdiccional como la que tenemos ahora, en la que se presume el monopolio estatal en la administración de justicia, que las decisiones de los jueces pueden ser revisadas por los de mayor jerarquía y donde se establece el sometimiento generalizado de las decisiones judiciales a las leyes producidas por los órganos ligados a la Corona.

2.1. EL PODER SOBERANO

El principio básico del sistema de administración de justicia que tenemos en los sistemas jurídicos modernos actuales, es el monopolio de la administración de justicia por parte del Estado. Según él, no es posible tomar una decisión jurisdiccional, decidir un conflicto con eficacia ante el orden jurídico, si no es por parte de un agente estatal. Ese agente del Estado se llama "juez". La base de este planteamiento, es que existe un vértice del cual emana todo el poder para hacer leyes y para administrar justicia, y ese punto en cada país, es lo que se conoce como el poder soberano. No hay nada por encima del soberano, él es la máxima autoridad ante todos.

En los albores de la época moderna, el rey es el soberano, pero más adelante, será el Estado. Todos los poderes dentro de una nación derivan de ese poder. Esta afirmación en cuanto a la administración de justicia tiene dos repercusiones: una, sobre los referentes de administración de justicia, y otra, de carácter orgánico. En cuanto a la primera, los referentes a los que debe acudir el juez para la administración de justicia son los previstos en la ley, que es producida de manera inequívoca por el propio soberano. El juez continúa, en el caso concreto, la labor de regular los comportamientos sociales, iniciada por el legislador en abstracto. El juez se somete a la ley estatal. En cuanto a la repercusión de carácter orgánico, cuando un juez actúa, lo hace en nombre del soberano. Por eso se justifica que haya una escala, desde el punto de vista teórico, de revisión de los superiores hacia los inferiores. En la cumbre de esa escala estará el representante de la unidad nacional en el campo judicial.

El resultado que esto arroja es supremamente útil para un país: que hasta el último juez, ubicándonos en Colombia, del departamento de la Guajira, esté sometido a reglas iguales que el del último rincón del departamento de Nariño, porque están entrelazados orgánicamente, en una relación de subalternidad de los jueces inferiores a los superiores y están sometidos a las mismas leyes. Entonces, ello

hace que alguien vaya tranquilamente a la Guajira y obtenga una casa en arriendo y pueda saber que se la alquilan de acuerdo con la ley colombiana, y si llegara a haber un problema, se le pueda pedir al juez que decida de acuerdo con la ley que es la misma en Nariño que en la Guajira. Este es un recurso sumamente importante para un país que tiende a expandir sus dinámicas de relacionamiento social. Ello justifica esta modalidad tan extendida de administración de justicia. Aunque en muchos casos, genera sensación de injusticia el mecanismo que hemos denominado de competencia de campeones, en donde quien cuenta con condiciones favorables para valerse de los servicios del mejor abogado tiene mejores posibilidades de ganar el pleito, independientemente de otras razones de justicia. Aun así, nos gusta el parámetro de que si vamos a la Guajira, nos arrienden la casa de acuerdo con las reglas del sistema garantizado por el Estado colombiano y que no se nos someta a un sistema indígena como el Wayuu, del cual podemos tener muy buenas referencias pero no lo conocemos, y menos, controlamos sus recursos discursivos y orgánicos.

2.2. HIPÓTESIS PARA LA IMPOSIBILIDAD DE GESTIONAR CONTROVERSIAS POR PARTE DEL APARATO JUDICIAL

Sin embargo, este modelo tiene importantes limitaciones que lo confinan en la atención de un sector muy delimitable de la conflictividad y que no se pueden omitir al analizar el sistema de administración de justicia. Ese sector, está enmarcado por un conjunto de relaciones sociales, sobre las cuales, el sistema judicial estatal de administración de justicia no puede penetrar de manera efectiva para gestionar las controversias. Consideramos tres hipótesis, en las que el aparato judicial estatal se encuentra imposibilitado para gestionar eficazmente las controversias:

- En primer lugar, hay zonas en las cuales, los conflictos son atendidos por estructuras jurídicas y por procedimientos que no son los judiciales, a pesar de que la ley estatal los incluye dentro de su competencia. Hemos demostrado, que apenas en el siglo pasado, se reconoce la existencia de espacios más o menos amplios, donde rigen estructuras jurídicas que no se someten a la estatal. Un ejemplo, es el del caso portugués que señalé más arriba, ya que hasta el siglo pasado, habían regiones en donde los conflictos se manejaban a través de la justicia de asamblea. Claro que es un fenómeno mucho más recurrente en varios países de nuestra tierra americana, especialmente en naciones como Guatemala o Bolivia.

En Colombia, es un fenómeno relativamente amplio, no sólo por la existencia de zonas sometidas a las estructuras político jurídicas de los pueblos indígenas (hoy reconocidas constitucionalmente), sino también, por los amplísimos territorios donde el sistema judicial estatal no tiene ninguna eficacia y los conflictos se someten a una plétora de mecanismos de regulación, detrás de las cuales, hay desde formas autorregulativas, hasta imposiciones de los actores armados.

- En segunda instancia, hay relaciones que no son permeables por el aparato judicial estatal sin que se rompan. Por lo tanto, no pueden ser intervenidas por él, en la gestión de algún conflicto que en ellas se presente, aun cuando el sistema jurídico estatal establezca normas para regularlos. Por ejemplo: si un padre de familia no da alimentos a sus hijos cuando vive con ellos, resulta inconcebible una demanda al padre. Lo que rige en esa familia no es el Derecho de familia. El Derecho de familia, es el derecho de la familia disuelta, porque la familia unida no se rige por el Derecho de familia estatal, se rige en cambio, por otro sistema que quizás es muy autoritario, y tal vez, sumamente inequitativo en el reparto de las responsabilidades y las ventajas entre hombre y mujer y entre padres e hijos.

Las reglas necesariamente no pasan por el derecho estatal, pueden pasar por otra vía, a pesar de que el Derecho de familia existe de manera incipiente, por lo menos, desde que se creó el Código Civil. Pero hay espacios de la realidad donde el derecho estatal no puede operar. Allí, el poder soberano pierde eficacia como instrumento de regulación. Se disuelve, porque el Estado no puede obligar al padre de familia, a alimentar, según las exigencias legales, a sus hijos. En términos prácticos, le puede dar la orden pero el padre podría omitirla cuando quisiera, porque en el ámbito doméstico, el que "manda" es el padre. Quisiéramos que fuese una relación más equitativa, pero en términos reales, en nuestro contexto especialmente, es el hombre el que decide las cosas en la casa, y el aparato judicial, si consigue penetrar, inevitablemente lo hará lesionando de manera grave la existencia de la propia familia.

Algo similar, puede decirse también sobre las relaciones laborales. La justicia laboral del trabajo es, en muy buena medida, también la justicia de la relación de trabajo terminada. Salvo condiciones muy especiales, nadie demanda a su patrón actual para que le suba el sueldo o para que le cumpla algunas de las exigencias del Código Sustantivo del Trabajo. De tal manera, que las relaciones de trabajo se rigen por otros sistemas, y el Derecho laboral, es el derecho de las relaciones de trabajo disueltas también.

Hay espacios, en los cuales el tema de la soberanía se disuelve y no es capaz de penetrar. Esto quiere decir, que el sistema jurídico solo puede ofrecer seguridad jurídica frente a cierto tipo de conflictos. Esos conflictos que no puede regular el sistema jurídico funcionan de acuerdo con los criterios, en los cuales, el conflicto es por los menos, la parte más importante de una relación. Si el conflicto es más importante que la relación, yo puedo acudir perfectamente a un juez ordinario, y este es idóneo, en principio, para resolverme el conflicto. Si alguien pide un dinero prestado en un Banco y deja de cumplir con sus deudas, el Banco lo demanda, le gana el pleito y se acabó el conflicto, queda resuelto con la decisión del juez. Pero si en cambio, el que le prestó el dinero fue un hermano, por ejemplo, no hay juez que sea capaz

de resolver ese conflicto de una manera definitiva, porque sea lo que decida el juez, el conflicto seguirá internamente hasta que lo resuelvan por otro camino. Es decir, cuando el conflicto es menos importante que la relación, el aparato jurídico y legal es incapaz de manejar los conflictos.

- En tercer lugar, hay conflictos que desbordan la racionalidad jurídica del Estado: de un lado, porque hay distintas racionalidades jurídicas (atinentes a estructuras jurídicas que pueden operar de manera autónoma dentro del territorio jurídico de un Estado); de otro lado, porque existen reglas, que siendo racionales, no son jurídicas, pero que no por ello son menos importantes. Hay normas y ordenamientos que rigen la vida social, que tienen capacidad de determinar muchos comportamientos humanos, y muchas veces, proporcionan a las personas la facultad de exigir cierta conducta a los demás y determinan la posibilidad de reacción punitiva.

“Cada orden social, se encuentra en alguna medida “sancionando” mediante la reacción específica de la comunidad frente a la conducta de sus miembros, conforme o contraria al orden” (KELSEN, 1995: 18).

¿Cuáles son esos órdenes sociales? La Sociología, es recurrente en el estudio del poder regulativo de la costumbre y las convenciones sociales. Yendo más allá, el citado autor España (1998: 24), se refiere a lo que llama las “formas difusas y evanescentes de orden”: el amor y la amistad, la organización del saber, la organización del discurso, la disciplina doméstica y la caridad y la asistencia. Todas ellas, son reguladas socialmente y, correlativamente, producen una regulación sobre la realidad.

Finalmente, ¿por qué hay conflictos y dimensiones de ellos que no son racionales?. En este punto, cabe que nos detengamos ahora para subrayar la importancia de lo irracional como dimensión humana y específicamente en la gestión de los conflictos. Hay campos de acción de los seres humanos que no son racionales, como las pasiones y los sentimientos, y no por ello, dejan de ser importantes. No podemos pretender reducir el entendimiento de la humanidad a la razón.

3. LA FIGURA DE LOS JUECES DE PAZ

3.1. LOS JUECES DE PAZ, UNA CONCESIÓN...

¿Qué son entonces los jueces de paz?. Son, originalmente, una concesión que hace ese modelo de justicia del que hemos venido hablando, de ese modelo de justicia centralizada que identifica el derecho con la ley y que se funda en el concepto de soberanía nacional. El juez de paz, es una concesión de ese modelo de justicia a las necesidades de gestión de controversias y regulación que quedan por fuera de su alcance. Se trata de una figura que permite ofrecer un mecanismo periférico de gestión de las controversias para las dinámicas sociales que no están integradas en el sistema jurídico estatal. Es una concesión a lo que es

marginal frente al sistema de regulación dominante. Por ello, esta figura surge como parte del proceso donde se creó el otro modelo de justicia, donde se inventó ese modelo centralizado y vertical que hemos descrito como de competencia entre campeones. Se creó como una concesión a los mundos que no entraban en el concepto “moderno” de sociedad y no se ajustaban al ideal del hombre “moderno” que llegó a generalizarse en occidente.

Los jueces de paz son una concesión, a lo que por siglos se ha denominado “premoderno”. Surge con diferentes nombres en la transición de Europa hacia la modernidad y no ha dejado de estar presente en los diferentes ordenamientos jurídicos (PEDROSO, et al, 2001: 211 y ss.) como una herramienta, para garantizar que la conflictividad de determinados sectores poblacionales, no se desborde.

3.2. RECUPERACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA DEL JUEZ DE PAZ

En España, Francia, Inglaterra, Italia y los Países Bajos, existen figuras muy similares a estos jueces de paz que se han mantenido durante el mismo período que los otros jueces, sólo que bastante ocultos, perdidos en el mapa de la juridicidad, pero que han seguido funcionando. Pero ese juez de paz que se mantuvo oculto en esos países, aquí en Colombia, dejó de existir en el siglo XIX. Aquí vinieron los jueces paz, vinieron con España, lo traían al lado del otro juez. En otros países se mantuvo de una manera más o menos soterrada. En el caso peruano, que es muy conocido, nunca dejó de existir, sólo que a partir del decenio del 70, ha experimentado varios impulsos importantes que lo han visibilizado, principalmente, porque se hicieron algunas investigaciones que mostraron la enorme importancia que tiene el juez de paz en la realidad de ese país (BRANDT, 1990). Ahora, la figura empieza a ser reconocida y recuperada en los sistemas jurídicos de casi todos los países latinoamericanos, después de que la habíamos rechazado como mecanismo de gestión de la conflictividad y de administración de justicia.

Esta herramienta puede penetrar en dimensiones extrajurídicas de la conflictividad, que difícilmente se incorporan en la gestión judicial ordinaria, lo que la hace especialmente calificada para acceder a espacios y manejar conflictos de manera integral. El juez de paz hoy, empieza a ser visto como una excelente herramienta para penetrar en esas realidades, para posibilitar que los conflictos, esos que no pasan por la esfera de la racionalidad jurídica estatal, tengan un tratamiento admisible y respaldado por su sistema jurídico.

Aparece entonces, un aspecto que creo esencial en la figura del juez de paz: la labor de ese operador de justicia no se remite a garantizar la seguridad jurídica. Se trata principalmente de contribuir a establecer condiciones de convivencia. En muchos casos, se busca que la gente resuelva sus conflictos o que encuentre una manera de gestionarlos independientemente de que ello, corresponda o no, con la norma, que una de las partes, o las dos partes, tenían como base para actuar de una manera u otra.

3.3. JUECES DE PAZ A INCORPORAR DIVERSOS ÓRDENES SOCIALES

Nuestro juez de paz está llamado a incorporar órdenes sociales que no son jurídicos en los procedimientos y en las decisiones que toma. Por ejemplo, los jueces de paz tienen que saber que existe la institución del “lunes de zapatero”. Ello tiene que traducirse, en que no se le puede exigir a un artesano que tenga esa profesión, que abra el lunes, ni obligarlo a trabajar porque hay una norma social, no jurídica, que proscribe el trabajo del zapatero los lunes, aun cuando las normas jurídicas establezcan ese día como laborable. Hay reglas de la ética profesional de psicólogos, de sacerdotes, de abogados, etc., que tienen mucha importancia en la vida social. Así, el secreto profesional es fundamental para proteger la honra, y muchas veces, otros bienes de aquellos que les han confiado información que, de ser divulgada, pueden ser lesionados.

También existen otros órdenes sociales, por ejemplo, del orden estético, que determinan ciertos comportamientos que son decorosos y aceptables en determinado entorno cultural. Existen reglas de urbanidad (como el saludo), que pueden ser muy influyentes en la manera como se desenvuelve un conflicto. Hemos dicho que existen normas en cuanto a la amistad y también en otros campos de las relaciones de carácter afectivo. Hay unas reglas de la sociedad que no son jurídicas, pero son muy importantes. Hay normas de la sociedad que no pasan por el orden jurídico, y esas reglas, han de ser tenidas en cuenta cuando los jueces intervienen en un conflicto específico. Existen normas en muchas dimensiones de la vida que los jueces de paz están obligados a considerar.

3.4. LOS JUECES DE PAZ: EQUIDAD MAS QUE NORMATIVIDAD

Esto nos lleva a una reflexión de carácter más amplio que no podemos dejar de lado, por obvia. Es que Justicia y Derecho no van necesariamente de la mano. A veces, se encuentran. Lo deseable es que se encuentren siempre. Derecho y Justicia pueden ir cada uno por su lado, y el deber del juez de paz, es mucho más que el del juez ordinario que es el de buscar la justicia material. Los jueces de paz son esencialmente hacedores de justicia y no aplicadores de normas jurídicas. Por ello, el orden jurídico señala que los jueces de paz deben actuar en equidad y no en derecho. Esto, porque las decisiones jurídicas pueden ser injustas en un caso concreto.

Aquí, tenemos una enorme cantidad de casos, en los cuales, lo que decide el juez de acuerdo con la norma, es por lo general lo que la gente considera injusto. En muchas situaciones, se señala que la condena privativa de la libertad al padre de familia que no asiste alimentariamente a sus hijos puede ser injusta, aunque la ley lo imponga así. Después de que el sujeto está recluso reducirá sus posibilidades de cumplir sus obligaciones económicas como padre. Y quizás, lo que buscaba la madre, era un espacio de negociación con este señor para lograr una actitud más comprometida como padre ausente. Para ello, pudo iniciar el proceso, y después de comenzado, no logró frenar la acción de la justicia, que termina poniendo al exmarido

en la cárcel. Posiblemente, no estará satisfecho ninguno de los implicados: ni el preso, ni la esposa del preso, ni los hijos del preso. Es más, es posible que el propio juez obre en contra de su propio criterio de justicia, obligado por la prescripción legal. La ventaja que tiene el juez de paz, es que no está sometido a la norma jurídica, porque sus decisiones están sometidas a la equidad.

3.5. APLICAR EL DERECHO, HACER JUSTICIA, PROMOVER LA CONVIVENCIA...

Hay una diferencia entre aplicar el Derecho y hacer Justicia, a la que los jueces de paz no pueden sustraerse con mucha mayor razón que los jueces en Derecho. Es decir, que si bien, dados ciertos casos, cabe valerse de normas del Derecho estatal, lo más importante es que los jueces de paz logren construir justicia para los problemas que se les están presentando a partir de la diversidad de órdenes que regulan los comportamientos y de las diferentes dimensiones de la vida que se encuentran afectadas por la situación de controversia.

Por otra parte, hay que decir que el Derecho no tiene una sola interpretación, puede ser interpretado de distintas maneras, esto es muy importante. Así, el juez dice: "mire, esto yo lo decidí, porque así es la ley". Admitamos, que hay ciertos casos en los que la norma aplicable no admite otra opción, pero hay otras situaciones en las que la norma aplicable obedece a muchas variables, y también hay muchas variantes. La decisión pues, depende de muchos elementos, incluidos los dos campeones que están compitiendo delante del juez y las argumentaciones que hacen. El juez ordinario, ya lo decíamos al comienzo, es el heredero del testigo y del padrino de la época de la justicia de torneo, y es posible, que efectivamente, uno de los dos actores tenga una mejor arma o sea mas poderoso y venza al otro, pero eso no significa que esté obrando con justicia: lo que está haciendo el juez en ese caso, es definir el vencedor y el vencido, sin eliminar la lógica de la competencia bélica que originó el procedimiento judicial ordinario. No nos olvidemos que ese elemento no ha acabado de desaparecer en la época actual.

La justicia de paz, tiene que incorporar diferentes variables producidas en cada contexto comunitario. La comunidad donde opera el juez de paz tiene diferentes niveles de regulación, y esos niveles, son en los que operan. Debe esperarse, que el perfil que tenga quien ocupe el cargo de juez de paz, incluya una alta dosis de conocimiento sobre la comunidad de cada quien, sobre cómo funciona y se regula. Deben saber por ejemplo, del "lunes del zapatero" y de muchas otras reglas que las (o sus) comunidades interiorizan. Entonces, cabe esperar que las gestiones y las decisiones que se produzcan en la jurisdicción de paz, sean consecuencia de ese saber y que incorporen lo pertinente sobre los distintos órdenes de regulación y las dimensiones de la vida que operan en la vida de cada comunidad en específico, donde se presente una situación de conflicto.

El juez de paz, reiteramos, es el heredero de la justicia de asamblea y, por lo tanto, el objetivo de la acción del juez de paz, a diferencia de la acción del juez oficial, del juez ordinario, es la convivencia dentro del espacio comunitario en el

que el conflicto se presenta. Entonces, la tarea de gestionar el conflicto será tan compleja como enraizado esté el conflicto en la vida del entorno social en el que se da. La labor del juez de paz no se limita a encontrar una solución aceptable para las partes, sino también a promover los medios necesarios para recomponer los vínculos sociales y restablecer las condiciones de convivencia, no sólo para las partes directamente implicadas, sino para el conjunto de la comunidad.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En términos generales, yo percibo que la figura de los jueces de paz, es un invento que debe hacer el país para tratar de encontrar un camino expedito y útil para gestionar una parte muy importante de nuestros conflictos y para atender dimensiones de las controversias a las que no pueden llegar otras maneras de administrar justicia. La figura está destinada a convertirse en la base de todo nuestro sistema de administración de justicia, y eso podrá lograrse, en la medida en que tengamos suficientes jueces de paz para atender todos los puntos de nuestra geografía y las diferentes expresiones culturales de la colombianidad.

Claro está, que no se pueden abandonar los beneficios de la justicia ordinaria, que debe de concentrarse cada vez más en atender conflictos importantes para la mayoría de los colombianos y que no pueden ser tramitados por la justicia de paz, cuyo ámbito, se ofrece más como un escenario en el que se hace posible un cambio de énfasis en nuestro sistema, hacia lo que hemos llamado la justicia de asamblea, en donde van a contar mucho más las dinámicas locales de regulación, ya que se tiene un juez que se debe más, a los referentes de la comunidad en la que actúa, que a normas abstractas.

Hay que anotar, que los jueces de paz son elegidos dos veces: la primera, cuando las comunidades eligieron a quienes ejercerían el cargo, y una segunda vez, que será cada vez que haya un conflicto y las partes decidan acudir a un juez de paz determinado. Gracias a esa doble elección, se potencia la pertenencia del juez a su comunidad y se garantiza un instrumento de legitimación de la tarea del juez de paz.

Cada vez que un juez de paz toma una decisión que es aceptable y legítima en la comunidad, se está legitimando a él como juez y gana la posibilidad de ser elegido nuevamente. Pienso que esa es una enorme ventaja que tiene Colombia, en cuanto que los jueces obren de acuerdo con lo que la comunidad considera que es justo, en cada uno de los contextos. Ello, exige que los operadores de justicia no pierdan de vista que la comunidad los tiene que acompañar y no los deje solos en su accionar, buscando un apoyo general que le respalde en sus decisiones, pero a la vez, la comunidad donde actúan, les tiene que dar herramientas para resolver los conflictos, les debe brindar criterios para resolver los conflictos. Ese es un respaldo muy importante porque eso les va asegurar a los jueces de paz, que las decisiones tomadas, van a tener la legitimidad, que es lo más deseable.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BERMAN, Harold. La formación de la tradición jurídica de occidente. Traducción: Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica. 1996.
- BOURDIEAU, Pierre. Poder, derecho y clases sociales. Desclée de Brower, Bilbao. 2000.
- BRAND, Hans. En nombre de la paz comunal, un análisis de la justicia de paz en el Perú. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales - Fundación Friedrich Neumman. 1990.
- DE KERCHOVE, Michel Van & Francois OST. El sistema jurídico, entre orden y desorden. Traducción: Isabel Hoyos Sierra. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 1997.
- FITZPATRICK, Peter. La mitología del derecho moderno. Traducción: Nuria Parés. Madrid: Siglo XXI Editores. 1998.
- FOUCAULT, Michelle. La verdad y las formas jurídicas. Traducción del Portugués: Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona. 1995.
- HESPANHA, Antonio. La gracia del derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- _____, Panorama histórico da cultura jurídica europea, Public, Europa - América. 1998.
- KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. Traducción: Eduardo García – Máñez. México: Universidad Autónoma de México. 1995.
- LALINDE ABADÍA, Jesús. El Derecho en la historia de la humanidad. Barcelona: Universidad de Barcelona. 1998.
- PEDROSO, João & Catarina TRINCAO & João Paulo Diaz. Percursos da informalização e da desjudicialização. Coimbra: Centro de estudos sociais. 2001.

JURISDICCION DE PAZ Y los conflictos comunitarios y ambientales

Alvaro Sepúlveda Franco¹

1. INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto, que los jueces de paz son una figura nueva y todavía no suficientemente conocida y ejercitada en el ámbito del trámite de la conflictividad, también es real, que posee un futuro promisorio para la instalación de una cultura de paz en nuestro país, basada en los aportes, desarrollos, compromisos, vivencias, valores y costumbres de las propias comunidades.

La Ley 497 de 1999, plantea expresamente, como función de los jueces de paz, su intervención en la solución integral y pacífica de los conflictos comunitarios o particulares, que voluntariamente se sometan a su conocimiento.

Después de efectuar una rápida evaluación sobre el desarrollo de la Justicia de Paz en el Municipio de Santiago de Cali, en su primer año de funcionamiento (la elección se llevó a cabo el 28 de octubre de 2001), hemos encontrado que la mayoría de los casos tramitados por los jueces de paz se relacionan con conflictos interpersonales; sobresalen por su frecuencia, las situaciones de violencia intrafamiliar, los incumplimientos de contratos de arrendamiento, la inasistencia alimentaria y problemas de convivencia entre vecinos. La experiencia ha sido hasta el momento exitosa, e indudablemente, ha contribuido a disminuir la intensidad de este tipo de conflictos en algunas zonas consideradas especialmente críticas, como las comunas de la Ladera y el Distrito de Aguablanca.

Pero hay un filón de la intervención de la nueva figura en donde percibimos que podrían mejorarse los niveles y la calidad de la participación, como son los conflictos comunitarios. Allí, los Jueces de paz vienen desplegando un importante liderazgo, animados por una firme vocación de servicio, pero carentes de las herramientas básicas, de habilidades y destrezas, que los ponga más allá del

¹ Abogado, Especialista en Derecho Público, Docente Universitario, Director Ejecutivo de Escuela Ciudadana (con la colaboración de Gustavo I. De Roux y Luis Alfonso Rodríguez Devia).

mero trámite y los convierta en auténticos líderes comunitarios, gestores de paz y convivencia comunitaria. La idea, es trabajar por la construcción de vecindario, de ciudadanía, de ciudad. Se trata de rescatar formas de solidaridad y de trabajo en común, de despertar los procesos colectivos, donde anidan los mejores valores para enfrentarlos a una cotidianidad hoy ganada por el individualismo, la competencia y la agresividad.

De otro lado, muchos de los conflictos, distintos a los del espacio privado, tienen que ver con los derechos e intereses colectivos, con lo ambiental. Son frecuentes los casos de contaminación por ruido, contaminación atmosférica, manejo y disposición inadecuada de residuos sólidos, manejo inadecuado de aguas residuales industriales y domésticas, apropiación y uso indiscriminado del agua, asentamientos humanos en zonas de riesgo, déficit del espacio público y baja calidad del mismo y expansión urbana no planificada.

Y es precisamente, frente a esos conflictos, en donde consideramos que se debe reforzar la capacitación que por ley debe impartir el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", pues es en el campo de los conflictos comunitarios, en donde el juez tiene todas las posibilidades de convertirse en un artesano en la construcción comunitaria y de las acciones que hagan viable la convivencia pacífica.

Desde esta perspectiva, se trata de estimular la formación de los jueces de paz con una visión más integral frente a los conflictos comunitarios y ambientales, de tal manera que pasen a constituirse en verdaderos agentes de construcción de paz, democracia y convivencia. Consideramos que la justicia de paz, para lograr sus potencialidades pacificadoras y democratizadoras, debe estimular la participación ciudadana, favorecer la consolidación de las comunidades y la creación de movimientos sociales.

Este artículo, sugiere concebir la labor de los jueces de paz, como constructores de comunidad, hacedores de cultura de paz y convivencia, y se propone además, brindar algunos recursos metodológicos, para que, tratándose de conflictos comunitarios y más concretamente de los conflictos ambientales, la audiencia y el acta de conciliación, sea el encuentro de intereses y fundamento de renovadas relaciones más sólidas entre los vecinos, eventuales contradictores.

Ahora bien, en nuestro país, que se encuentra atravesado por múltiples conflictos, las inadecuadas relaciones entre la sociedad y la naturaleza son también fuente inagotable de desavenencias y disputas. Y si bien es cierto, que el número de conflictos comunitarios y ambientales tienden a aumentar, estos deben verse como procesos en los que se expresan contradicciones, que tratados democráticamente, constituyen una ocasión ideal para construir consensos de beneficios sociales y ambientales.

En este sentido, los conflictos ambientales hay que entenderlos como situaciones inevitables, consustanciales a la interacción entre grupos humanos y de éstos con la naturaleza; tienen aspectos negativos pero también positivos, por cuanto se erigen en oportunidades para la creatividad y para el cambio. Por eso, sin negar los aspectos negativos de los conflictos ambientales, hay que aprender a asumirlos y a transformarlos, con participación y creatividad.

Sin embargo, el Estado, las autoridades ambientales, los conciliadores en equidad y los jueces de paz, suelen carecer de metodologías consistentes para transformar positivamente los conflictos ambientales. Son pocos los desarrollos significativos existentes sobre mecanismos de negociación, conciliación, transformación o resolución de los conflictos ambientales; tampoco existe una tradición cultural consolidada para resolverlos de manera concertada. Ello, conduce a que con frecuencia se vuelvan endémicos y a que, en vez de superarse, tiendan a profundizarse.

Es necesario entonces, que las instituciones reguladoras y los mediadores de la relación entre la sociedad y el medio ambiente, dispongan de herramientas que les faciliten el manejo adecuado de los conflictos ambientales, equilibrando a los actores en pugna, en la perspectiva de propiciar soluciones beneficiosas para todas las partes y para el medio ambiente.

Obviamente, la solución de los conflictos ambientales no es una responsabilidad exclusiva de los jueces de paz, puesto que la sociedad en su conjunto está implicada en su generación, y por lo tanto, debe hacer parte de la solución de los mismos. Pero, cuando diversos actores se enfrentan con relación al uso, apropiación y/o distribución de recursos naturales, son las autoridades ambientales, las que en primera instancia, deben asumir el papel de propiciar su solución concertada.

2. EL CONFLICTO AMBIENTAL

2.1. GENERALIDADES Y COMPONENTES

Un conflicto ambiental, es el desacuerdo manifiesto y explícito causado por la oposición de intereses que tienen diversos actores con relación a la apropiación, uso o distribución de recursos naturales, o con relación a impactos que deterioran el medio ambiente.

En un conflicto ambiental, se destacan varios aspectos: en primer lugar, es un proceso que no es estático, que se va transformando paulatinamente y en cuyo desarrollo se presentan modificaciones o cambios; en segunda instancia, afecta intereses y derechos colectivos, también llamados "Derechos difusos", que se manifiestan en el ámbito público. Por ello, involucran casi siempre acciones colectivas, en donde las comunidades, grupos de vecinos, u otros grupos organizados, son actores sociales objeto de desavenencias y disputas.

El conflicto ambiental resulta por las diferentes concepciones, percepciones o valores que las partes le otorgan a las acciones y/o actividades que afectan, o amenazan con hacerlo, al medio ambiente. El conflicto, generalmente surge por las posiciones opuestas sobre el cómo se percibe el medio ambiente, en cuánto se valora el entorno, y cómo se dan las relaciones del ser humano con la naturaleza.

Un conflicto ambiental tiene dos componentes:

- El problema ambiental causado por afectaciones a la naturaleza.
- La tensión social, originada por la oposición de intereses entre diversos actores por el uso o distribución de recursos ambientales, causantes de un problema ambiental.

El conflicto ambiental, también es producto de la oposición o rechazo de uno de los actores frente a la ejecución o al anuncio de la realización de una actividad o hecho, que a su juicio ocasiona, o puede ocasionar, daños a sus intereses y causar un impacto ambiental negativo. El **inicio** del conflicto ambiental **está determinado entonces, por las primeras acciones que realizan quienes se oponen a un daño ambiental, vindican un derecho o defienden un interés, poniendo así en evidencia dicha situación como conflicto**. Estas acciones, por lo general, están dirigidas a evitar, limitar o corregir una situación, daño o amenaza ambiental, que afectan intereses de terceros.

El conflicto termina o se transforma, cuando las partes en discordia logran ponerle fin mediante una decisión judicial, la intervención de una autoridad ambiental o una concertación entre las partes, con facilitación institucional o comunitaria (en este último caso, media un conciliador en equidad o un Juez de Paz). También se termina el conflicto, porque la causa que originaba este, quedó totalmente erradicada, los daños causados fueron reparados o porque se encontraron fórmulas viables que permitieron finalizarlo de conformidad.

La transformación del conflicto ambiental implica en consecuencia:

- Atenuar el impacto ambiental (disminuir el problema ambiental).
- Conciliar intereses opuestos (reducir la tensión social).

En otras palabras, **la transformación de un conflicto ambiental tiene que ver con la conciliación de los intereses de los actores involucrados y con la reducción del problema ambiental**.

Un conflicto ambiental se desarrolla siempre, **entre** unos actores específicos - grupos humanos - **por** un recurso natural, **en** un lugar geográfico determinado.

2.2. RECONOCIMIENTO, TRÁMITE Y MANEJOS DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES

Para reconocer un conflicto ambiental existen diferentes “**entradas**” que permiten iniciar su trámite y manejo respectivo, bien sea por vía jurídica, vía técnica - administrativa o por acción pública o movilización social.

2.2.1. **Entrada jurídica.** Tiene que ver con evidencias sobre violaciones a la ley o a la normatividad vigente, o con exigencias de derechos, tramitadas ante las instancias pertinentes y expresadas a través de: quejas, solicitudes, demandas penales y civiles, derechos de petición, audiencias públicas ambientales, denuncias penales por delitos contra el medio ambiente, acciones de nulidad, acciones de reparación directa, acciones populares y de grupo, acciones de cumplimiento y acciones de Tutela.

En estos casos (salvo las acciones constitucionales y contencioso - administrativas, en donde los jueces de paz no tienen competencia), si se están adelantando procesos ante la jurisdicción ordinaria en los que no se hubiere proferido sentencia, las partes, de común acuerdo, pueden solicitar por escrito al juez de conocimiento, la suspensión de términos y el traslado del asunto al Juez de Paz del lugar que le soliciten. Una vez aprehendida la controversia por parte del Juez de Paz, la jurisdicción ordinaria pierde la competencia.

2.2.2. **Entrada técnico- administrativa.** Tiene que ver con evidencias obtenidas por expertos o técnicos sobre situaciones e impactos ambientales, presentadas a través de: informes técnicos, memorandos u oficios administrativos, informes de organismos de control, reportes científicos o técnicos, congresos y foros ciudadanos, estudios e investigaciones.

Estos estudios e informes, se convierten en importantes soportes probatorios para la mediación o decisión que debe tomar el Juez de Paz; precisamente, por su carácter técnico, podrá en algunos casos, recurrir al auxilio de peritos para que rindan los conceptos técnicos respectivos.

2.2.3. **Entrada por acción pública o movilización social.** Tiene que ver con distintas formas de presión pública, ejercida a partir de percepciones sobre el deterioro de la calidad de vida o del menoscabo de derechos a la salud, al trabajo, la tranquilidad y al ambiente sano, casos expresados a través de: quejas y reclamos públicos, denuncias en medios de comunicación, declaraciones públicas, intervenciones en eventos públicos, movilizaciones sociales y manifestaciones, marchas, obstrucción pacífica de caminos, ocupación pacífica de sedes o infraestructura, desobediencia civil, *graffitis*, carteles y vallas.

La agudización de estas controversias, normales en todo Estado social y democrático de derecho, frecuentemente en nuestro país, tienden a

desbordarse y a situarse en escenarios violentos. Es aquí, donde la presencia del Juez de Paz, adquiere una connotación de liderazgo, al fungir como mediador entre los intereses comunitarios y los cometidos del Estado.

3. LA CARACTERIZACIÓN DEL CONFLICTO AMBIENTAL

Caracterizar un conflicto ambiental es mirarlo por categorías seleccionadas, de manera tal, que se le facilite al operador del mecanismo alternativo describirlo en sus aspectos más relevantes, clasificarlo y definirlo por tipos y definir un manejo por acuerdo concertado.

Un conflicto ambiental puede caracterizarse entonces, por:

- El problema ambiental.
- El contexto social.
- La intensidad.

Por lo tanto, para caracterizar el conflicto y facilitar su análisis preliminar, el Juez de Paz, al levantar el expediente, debe recabar información sobre estos temas.

3.1. EL PROBLEMA AMBIENTAL

Un conflicto ambiental guarda siempre relación con una problemática ambiental. Este, presupone la existencia de intervenciones que tienen impactos negativos, más o menos intensos, sobre el medio natural, en un contexto geográfico determinado y que generan situaciones ambientales específicas. Por tal razón, la caracterización del problema ambiental, se hace en función de las situaciones e impactos ambientales, de la ubicación geográfica y de la intensidad de la afectación de los recursos.

3.1.1. **Situaciones por impactos ambientales.** La información sobre situaciones por impactos ambientales, es pertinente, porque debido a éstos, los actores iniciadores justifican sus acciones frente al conflicto ambiental.

A continuación, se relacionan las situaciones más usuales, que se dan por impactos ambientales relacionados con un conflicto ambiental, las cuales, **no** constituyen necesariamente conflictos ambientales, pero son útiles para clasificarlos de acuerdo con los recursos afectados por: manejo y disposición inadecuada de residuos sólidos y peligrosos, manejo inadecuado de aguas residuales industriales y domésticas; contaminación atmosférica, alteración y pérdida de biodiversidad, disminución y pérdida del recurso boscoso; manejo inadecuado del suelo, apropiación y uso indiscriminado del agua; asentamientos humanos en zonas de riesgo, déficit del espacio público y baja calidad del mismo, expansión urbana no

planificada; aprovechamiento y manejo inadecuado de residuos mineros, materiales de arrastre; deficiente gestión ambiental, impactos socioeconómicos de proyectos ambientales y cambios de vocación de uso del suelo.

Los problemas ambientales que ocasionan choque de intereses, es decir, que hacen parte de conflictos ambientales, deben reportarse con referencia a estas situaciones, de tal forma, que puedan sistematizarse y determinar cuáles constituyen probabilidad mayor de radicalización.

- 3.1.2. **Ubicación geográfica.** Se refiere a la ubicación territorial de las situaciones y los impactos al medio natural, relacionadas con conflictos ambientales y a su descripción ecosistémica y paisajística. Es útil acompañarla de croquis y mapas que registren coordenadas biogeográficas del escenario del conflicto.

Para observar con mayor precisión este contexto, se deben identificar y localizar, mínimo, los siguientes elementos que se visualizarán con base en códigos gráficos acordados comunitariamente o que son reconocidos socialmente:

- Ubicación territorial del conflicto: regional, municipal, de cuenca y subcuenca.
- Ecosistemas involucrados: reseña y descripción de zonas y sistemas de vida en las que se escenifica el conflicto analizado.

Esta información, fundamentada sobre la cartografía básica o temática existente, permite georeferenciar situaciones ambientales críticas según el recurso y posibilita, en un proceso acumulativo, determinar su número en la región y observar la evolución de la gestión que al respecto lleva a cabo la autoridad ambiental.

3.2. EL CONTEXTO SOCIAL DEL CONFLICTO AMBIENTAL

Para precisar este contexto, se debe registrar información sobre:

- Las características de los actores del conflicto.
 - Los intereses en oposición.
 - El proceso.
- 3.2.1. **Las características de los actores del conflicto.** El componente social de un conflicto ambiental se analiza a partir de los **actores**, es decir, de aquellos grupos u organizaciones que difieren abiertamente frente a la apropiación, uso o distribución de recursos naturales y frente al impacto ambiental que causan.

Las características de los **actores del conflicto** pueden describirse según su función y actividad, grado de injerencia en el conflicto y por su papel en el conflicto

- Por **su función y actividad**, los actores del conflicto pueden ser:
 - Entidades privadas, (sector agrícola y extractivo, sector manufacturero, sector servicios), gremios económicos y multinacionales.
 - Sectores sociales, Juntas Administradoras Locales, Juntas de Acción Comunal, comunidad organizada (organizaciones y asociaciones cívicas, gremiales, mutuales, productivas, de interés común, sindicatos), veedurías ambientales, redes y organizaciones de segundo y tercer grado, movimientos ambientales (ONG, grupos ecológicos), universidades y grupos de investigación.
 - Por su **grado de injerencia** en el conflicto, los actores pueden estar:
 - Directamente involucrados.
 - Indirectamente involucrados.
 - Relacionados con el conflicto por su función (autoridades ambientales, entidades territoriales, órganos de control, etc.).
- Por su **papel** en el conflicto, pueden ser:
 - Generadores: actores que por el desarrollo de sus actividades, generan un daño ambiental o una amenaza en tal sentido.
 - Receptores: actores perjudicados por la acción de otros frente a los recursos ambientales.
 - Reguladores: actores que por la naturaleza de su misión, tienen atribuciones para intervenir la generación de un daño. Pueden influir para evitarlo, mitigarlo o repararlo.
 - Iniciadores - propiciadores: actores que inician acciones tendientes a evitar, mitigar o reparar un daño ambiental.

3.2.2. **Los intereses en oposición o en juego.** Un conflicto ambiental, **no sólo es un problema ambiental**, sino también un desacuerdo explícito **entre actores por intereses opuestos**, con relación a la manera como se utilizan y afectan los recursos naturales.

El conflicto ambiental, se expresa a través de hechos realizados por actores con intereses opuestos, que van desde quejas o denuncias ante la autoridad competente, hasta confrontaciones violentas y disputas legales en las

que los actores interponen recursos jurídicos y alegatos o querellas, demandan acciones o se movilizan, con la intención de que la situación se resuelva en su favor. La incompatibilidad de intereses, aflora en cuanto una o varias personas, ante acciones de terceros que causan un determinado impacto ambiental, que a su juicio, afecta o puede afectar sus intereses, interponen acciones jurídicas o de hecho.

Los intereses que entran en juego en un conflicto ambiental pueden ser: económicos, ambientales, políticos, territoriales, relacionados con la salud humana y de carácter comunitario (social y cultural). Estos, se pueden presentar en forma pura o combinados, como por ejemplo:

- Económicos: cuando el choque es exclusiva, o predominantemente, por motivos económicos, comerciales o productivos, como sucede en el enfrentamiento entre “mazamorreros” artesanales y dueños de draguetas alrededor de la explotación de oro en varios ríos del Pacífico colombiano.
- Económicos vs. sociales: cuando por razones de interés comunitario o de grupos sociales, estos se trenzan en pugna con los ejecutores de una actividad económica, como sucede con la disputa entre los explotadores de una cantera y los integrantes de una comunidad vecina.
- Económicos vs. ambientales: cuando móviles económicos colisionan con intereses ecologistas o de defensa de la naturaleza, como sucede con la oposición entre los propietarios de una empresa carbonífera y una ONG, que rechaza la contaminación de una quebrada o un río generada por la explotación de la mina.
- Económicos vs. culturales: cuando chocan situaciones de naturaleza económica con expresiones o manifestaciones culturales, como ocurre en el enfrentamiento entre una empresa explotadora de azufre y un resguardo indígena, cuyos cementerios se ven afectados.

3.3. LA INTENSIDAD DE LA TENSION SOCIAL

Se refiere a las valoraciones que deben realizarse sobre la intencionalidad y predisposición de los actores, en cuanto a acudir a vías inadecuadas para la resolución del conflicto ambiental. La intensidad del conflicto en sus aspectos sociales, se mide a través de la valoración de hechos que acentúan las contradicciones existentes y el enfrentamiento entre los actores, a la par, que agravan la situación ambiental.

Para el efecto, hay que tener en cuenta **el proceso**: que hace referencia al estado actual y a la historia del desarrollo del conflicto ambiental; a las variaciones sobre la importancia económica y social de este, en un territorio determinado; su relación con recursos naturales específicos en un entorno sociocultural propio; la evolución de los intereses en juego; y la dinámica y curso de las acciones y

acontecimientos conexos. Todos ellos, son aspectos sin los cuales, es muy difícil entender y tramitar adecuadamente un conflicto. Por tal motivo, hay que recabar y registrar información acerca de su desarrollo y evolución en el tiempo.

También, esta información contribuye a precisar los intereses en juego, ya que es posible que un conflicto ambiental haya aflorado por causas distintas a las que se reconocen en el momento de su registro y que tras un interés particular demostrado por un actor, se escondan otras motivaciones, lo que dificulta la comprensión de la contradicción principal.

Debe establecerse claramente además, cuál es el estado actual del conflicto en sus aspectos sociales y legales, pues, a partir de esta situación, es que es posible diseñar los pasos subsiguientes y el posible curso del conflicto, así como prever algunas posibles situaciones hacia las que el conflicto pueda evolucionar.

4. LOS ENFOQUES ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS AMBIENTALES

Los enfoques más comunes para la resolución de conflictos son:

- **Los enfoques convencionales:** soluciones administrativas, policivas o judiciales. Estos mecanismos son procesos dispendiosos, de alta responsabilidad y cuidado, que ocupan tiempo y esfuerzo institucional para su trámite y demandan costos en términos de actividades y procesos.
- **Los enfoques alternativos:** el arreglo directo, la amigable composición, la mediación, la conciliación, la jurisdicción de paz, el arbitraje y la construcción concertada del acuerdo, corresponden a esa gama de enfoques alternativos para la solución de conflictos, en este caso, ambientales.

Ante la existencia de culturas de violencia que conducen a niveles altos de radicalidad en el tratamiento de las desavenencias, es necesario fortalecer culturas institucionales que propicien el encuentro y al **Acta de Conciliación** entre actores para atenuar y evitar la radicalización del conflicto.

Los enfoques alternativos como el Arreglo Directo, la Amigable Composición, la Mediación, la Negociación, la Conciliación, el Arbitraje y los Jueces de Paz, propician fórmulas encaminadas a obtener una justicia expedita, equitativa y satisfactoria para todas las partes. Con ellos no se obvia la aplicación de las normas legales sustantivas y adjetivas cuando el hecho así lo amerita, ni las acciones civiles y penales que correspondan conforme a lo prescrito en los respectivos ordenamientos de procedimiento.

Los enfoques alternativos de resolución de conflictos se basan esencialmente en filosofías democráticas y descentralizadoras, que buscan construir sociedades tolerantes, con capacidades de resolver pacíficamente los conflictos cotidianos,

como una contribución a la búsqueda de la paz y la convivencia armónica entre los seres humanos.

Los enfoques alternativos que sirven a este propósito, tienen las siguientes ventajas:

- **Facilitan el acceso a la justicia:** por su informalidad, son métodos idóneos de acercar al ciudadano a la administración de justicia.
- **Son eficientes:** los acuerdos logrados tienen pleno valor legal para las partes, y en algunos casos, tienen los mismos efectos de una sentencia judicial.
- **Admiten y promueven la participación ciudadana:** los particulares tienen la oportunidad de administrar transitoriamente justicia como mediadores, conciliadores, árbitros o amigables componedores, con poder de decisión sobre el problema.
- **Ofrecen tranquilidad, ahorro de tiempo y dinero:** los actores involucrados ahorran tiempo y dinero, puesto que estos mecanismos son mucho más rápidos y baratos que los de un proceso judicial normal.
- **Generan cultura de paz:** promueven cambios de actitudes frente a los conflictos y una mirada más tolerante y pacífica.
- **Producen soluciones, en las que todos ganan:** no existen demandantes ni demandados y propenden porque todos salgan beneficiados.
- **Permiten alcanzar acuerdos duraderos:** entre adversarios aparentemente irreconciliables y construir relaciones productivas, consecuencia del manejo adecuado del conflicto.
- **Facilitan el control sobre la actuación y sus resultados:** por cuanto éste conviene a todas las partes involucradas.

5. PROCEDIMIENTO PARA EL ACUERDO CONCILIATORIO DEL CONFLICTO COMUNITARIO O AMBIENTAL

5.1. LA SOLICITUD DE MUTUO ACUERDO

Los jueces de paz tienen a su cargo el tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios, por lo tanto, tienen la responsabilidad de facilitar la construcción de soluciones que, a la par que concilien intereses opuestos, permitan disminuir el impacto ambiental. En esa perspectiva, deben constituirse en sujetos capaces de facilitar la **elaboración concertada de acuerdos** para la transformación positiva de los conflictos ambientales.

Los jueces de paz asumen la competencia para conocer un conflicto comunitario o ambiental, cuando todas las partes comprometidas le hagan la solicitud de común acuerdo. Así, los jueces de paz, deben efectuar las respectivas actas que deben firmar todas las partes, en el momento mismo de la solicitud.

5.2. LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN PARA RESOLVER EL CONFLICTO AMBIENTAL

Señala la ley, que en caso de que el asunto sobre el que verse la controversia y que se somete a consideración de los jueces de paz, se refiera a un conflicto comunitario que altere, o amenace alterar, la convivencia armónica de la comunidad, entonces, a la audiencia de conciliación pueden ingresar las personas de la comunidad interesadas en su solución. En tal evento, los jueces de paz podrán permitir el uso de la palabra a quien así se lo solicite.

En este sentido, la Audiencia de Conciliación es el resultado del proceso de concertación, que con el apoyo de un Juez de Paz, se realiza para construir conjuntamente, entre los actores involucrados en un conflicto ambiental, **un acta sobre:**

- Los objetivos y metas a lograr, que beneficien, tanto a las partes, como al medio ambiente afectado.
- Las acciones y procedimientos a realizar para cumplir con las metas y objetivos convenidos.
- Las responsabilidades de cada actor involucrado, necesarias para cumplir con las acciones acordadas.
- Las maneras para hacer el seguimiento respectivo al cumplimiento de los compromisos adquiridos.

5.2.1. **El Acuerdo conciliatorio es a la vez, un proceso y un resultado.** Es un proceso, por cuanto supone convenir una agenda de trabajo, unos procedimientos y unas reglas de juego, para alcanzar soluciones pactadas; es un resultado, en tanto significa aceptar y dar cumplimiento a las soluciones acordadas.

La característica que distingue a un **Acuerdo conciliatorio**, construido participativamente, para solucionar un conflicto ambiental con acuerdos negociados para solucionar otros conflictos, es que en la solución pactada tienen que comprometerse los actores involucrados, con el logro de beneficios ambientales. Con un acuerdo de esta clase, **no se trata de facilitar** el que unos actores convengan la mejor forma de explotar, con deterioro, unos recursos naturales para beneficio de ellos.

El **Acuerdo conciliatorio**, debe hacer compatibles entre sí, los intereses de los actores y a esas motivaciones, con el interés de las autoridades ambientales, en aras de disminuir el problema ambiental. De allí, que el **Acta de Conciliación** deba reflejar también el compromiso de los actores involucrados en el conflicto ambiental para ajustar su acción sobre los recursos naturales, teniendo en cuenta, que el medio ambiente implica unos derechos colectivos que tienen relación con un nuevo paradigma, que se resume en el concepto del desarrollo sostenible.

Los **argumentos** que deben presentar los jueces de paz para sugerir a las partes involucradas las ventajas de intervenir en la solución del conflicto ambiental, mediante la construcción conjunta de un **Acuerdo conciliatorio**, incluyen los siguientes:

- El conflicto no debe significar necesariamente una confrontación violenta para solucionar un problema, sino la oportunidad para crecer con el diálogo, las demostraciones y los argumentos y para lograr soluciones más estables y duraderas.
- La construcción concertada de un **Acuerdo conciliatorio**, es un mecanismo alternativo a los procedimientos administrativos o judiciales que ahorran tiempo y dinero, por ser relativamente más rápido y barato. Además, permite la intervención de los actores involucrados en el conflicto ambiental, en su transformación, y disminuye las cargas emocionales ocasionadas cuando se vive un conflicto, durante un tiempo largo.
- La solución concertada **no produce ganadores ni perdedores**, puesto que el Acta de Conciliación es elaborada para beneficio de todos.
- En el proceso de elaboración conjunta del Acta de Conciliación, se mejoran las relaciones entre las partes, en beneficio de la comunidad y de los propios actores que intervienen.

Los jueces de paz, deben motivar a los actores involucrados en un conflicto ambiental para buscar soluciones que favorezcan a todas las partes y al medio ambiente. En ese sentido, debe motivarlos también para que contribuyan a atenuar el problema ambiental ligado al conflicto.

Sin embargo, pueden suceder conflictos ambientales cuyos actores se nieguen a participar en un proceso de concertación. En tales circunstancias, los jueces de paz deben insistir, visitando a cada actor por separado, sobre las ventajas de participar en la construcción del Acuerdo conciliatorio. Si pasado un tiempo prudencial no logra la participación mutua, el funcionario debe recomendar a la autoridad ambiental respectiva (en nuestro caso, CAR, Departamento Administrativo del Medio Ambiente), que tramite el conflicto ambiental, acudiendo a procedimientos administrativos, policivos o judiciales, según el caso.

5.2.2. **Pautas para la audiencia de conciliación.** Se recomienda que los jueces de paz fijen unas reglas definidas al iniciar la audiencia de conciliación. Algunas pautas, son:

- Asistir con puntualidad a las citaciones como una manifestación de consideración por el tiempo de los demás
- Respetar a los demás y tener buena disposición frente a ellos, reconociendo que todas las personas participantes son igualmente importantes.
- Escuchar el punto de vista de los otros y respetar el uso de la palabra.
- No personalizar el problema, es decir, limitar el diálogo al problema, a sus causas, a los intereses en juego y a las propuestas de solución, sin hacer generalizaciones, acusar, descalificar, ni agredir a las personas en forma gestual, hablada o significando estereotipos que afecten su dignidad.
- Aceptar al Juez de Paz como coordinador del proceso.

5.2.3. **Compromisos mínimos.** Además, en la primera audiencia deben lograrse unos compromisos mínimos indispensables, entre otros:

- Cumplir las reglas de juego convenidas previamente.
- Participar a lo largo de todo el proceso de construcción del Acta de Conciliación.
- Cumplir con los compromisos y responsabilidades contemplados en el Acta de Conciliación, una vez firmada, y efectuar su seguimiento y evaluación.
- Aceptar que, en caso de incumplimiento de los compromisos pactados, el Juez de Paz, dentro de sus facultades especiales, pueda sancionar a quien incumpla lo pactado en el Acuerdo conciliatorio, de acuerdo como lo dispone el artículo 37 de la Ley 497/99.

El Juez de Paz, debe asegurarse que, tanto las reglas de juego acordadas para actuar en el proceso de concertación, como los compromisos mínimos convenidos, sean registrados en documentos sencillos, con la firma de los actores involucrados en el conflicto ambiental, así como con la firma del Juez de Paz, consignando la fecha y el lugar en que se suscriben.

5.2.4. **La conducción de la Audiencia de Conciliación.** Esta, constituye el escenario para el encuentro entre los actores involucrados en el conflicto ambiental. Es el lugar convenido para que ellos expresen sus divergencias y para propiciar acercamientos sucesivos de los diferentes puntos de vista, que conduzcan a una transformación satisfactoria del conflicto ambiental, tanto para el medio ambiente, como para las partes

interesadas. Es además, el ámbito para compartir información, identificar preocupaciones e intereses, crear alternativas, valorar opciones y tomar decisiones.

Las reuniones para participar en la **Audiencia de Conciliación** deben ser citadas por el Juez de Paz con suficiente anterioridad, anunciando previamente los temas a tratar. Así mismo, debe confirmarse la asistencia de cada una de las personas convocadas.

En la Audiencia de conciliación el Juez de Paz, debe:

- Crear un ambiente de confianza y diálogo.
- Recordar las reglas de juego y los compromisos mínimos pactados.
- Presentar los objetivos de la reunión.
- Acordar el tiempo de duración.
- Determinar con los participantes, el tiempo de intervención de cada uno.
- Actuar como moderador.
- Delimitar los asuntos a tratar.
- Resumir los diferentes puntos de vista.
- Resumir los avances logrados.
- Resaltar la conveniencia de una solución concertada.
- Acordar la realización y firma de un acta.

Los procesos de concertación que se llevan a cabo en la **Audiencia de Conciliación** tienen en cuenta factores de poder, asumen el conflicto como un elemento presente en la vida diaria y, por consiguiente, en todo intento de conciliación de intereses. Por otra parte, reconocen la complejidad, fragmentación e incertidumbre, de los procesos sociales y ambientales. El desarrollo de la Audiencia de Conciliación, por ser un transcurso deliberativo para buscar consensos, sugiere **momentos** mas que etapas rígidas. Estos momentos, corresponden al énfasis en el proceso de construcción concertada del Acuerdo conciliatorio y, aunque guardan secuencia, tienen flexibilidad.

Así mismo, los jueces de paz deben estimular a los participantes en la Audiencia de Conciliación para buscar datos e información que la enriquezcan, así como solicitar la colaboración de peritos o personas conocedoras del conflicto para que realicen aportes conceptuales y técnicos, que contribuyan a una mejor comprensión del conflicto ambiental y que den luces para alcanzar una solución social, y ambientalmente, satisfactoria.

5.3. MOMENTO DEL ABORDAJE DEL CONFLICTO

Constituye la parte central del proceso, ya que es el momento en el que se analiza el conflicto ambiental y se establecen las bases para la construcción de acuerdos. El Juez de Paz, debe tener claro que el conflicto ambiental es a la vez:

- Una situación ambiental problemática, es decir, un problema ambiental originado por impactos a un recurso natural.
- Una situación de tensión social, originada por intereses que chocan por el uso que del recurso hace un actor por la **manera** como lo apropia o utiliza, o por el daño que le causa.

El Juez de Paz, debe, en esa perspectiva, actuar en la Audiencia de Conciliación recordando permanentemente su objetivo. En otras palabras, **debe precisar en forma reiterada, sobre qué y para qué, se está concertando**. Vale reiterar, que el Acuerdo conciliatorio que se pretende concertar, no es solamente para conciliar intereses en pugna, sino para conciliarlos en beneficio de la comunidad y del medio ambiente afectado.

Esta dualidad en la composición del conflicto ambiental, remite a la necesidad de concertar soluciones que acojan los dos aspectos señalados. En este sentido, el Juez de Paz puede, por razones de método, abordar en forma separada el análisis del problema ambiental y la tensión existente por oposición de intereses.

- 5.3.1. **Elementos que interfieren.** En el abordaje de un problema ambiental, además de su análisis por causas, síntomas o hechos que lo verifican, y consecuencias, debe tenerse en cuenta que, cuando hay intereses encontrados frente a un recurso ambiental, interfieren en la definición del problema, no solamente la **realidad objetiva definida por daños al medio ambiente, constatables y medibles**, sino también, **las percepciones subjetivas** construidas desde:

- * Imaginarios culturalmente definidos.
- * Representaciones atravesadas por ideas prevalentes sobre el significado de la ecología.
- * Figuraciones relacionadas con niveles de conciencia sobre los derechos.
- * Los intereses particulares o de grupo.

Para actuar con propiedad en su abordaje, el Juez de Paz **debe tener un conocimiento previo del conflicto ambiental y de sus expresiones**. Ese

conocimiento previo del asunto, cuya solución se concerta, es fundamental para evitar discusiones inútiles sobre aspiraciones imposibles de aceptar y porque le permite al Juez de Paz **aclarar el origen, la estructura y la magnitud del problema.**

- 5.3.2. **Evidenciando los diversos intereses y posiciones.** El abordaje del conflicto es también un ejercicio para **evidenciar las diferencias de intereses y posiciones** que tienen los actores, frente a la afectación del recurso natural. Como ya se anotó, los **intereses** que se contraponen pueden ser económicos, sociales, ambientales, políticos y culturales. Hay que recordar, que **los conflictos ambientales se originan por la apropiación o aprovechamiento inadecuado de recursos naturales en beneficio de intereses particulares, que chocan contra intereses de otros actores o de la comunidad.**

En el *momento* de abordaje del conflicto, el Juez de Paz debe centrar la discusión, primero, en las preocupaciones e intereses de la comunidad y no en las soluciones. Es en este **momento**, cuando se promueve la expresión de los **intereses** reales de los actores, es decir, la razón de ser de sus motivaciones particulares. En ese sentido, el Juez de Paz debe animar a las partes a presentar y a **aclarar los intereses que las motivan.**

El Juez de Paz, debe estimular la **separación de los intereses** que animan a los actores, de las **posiciones** de éstos frente al conflicto ambiental. Las posiciones frente al conflicto suelen estar impregnadas de subjetividad y se sustentan con frecuencia en emociones. La historia de la participación de los actores en el desenvolvimiento del conflicto, sus percepciones construidas a partir de lesiones reales o supuestas mutuamente infringidas, los antecedentes de fricciones y críticas, la comunicación confusa surgida de señalamientos e inculpaciones a la contraparte, puesta a circular por los actores, son todos elementos que pueden conducir a posiciones extremas y a posturas irracionales. Por tal razón, **centrarse en los intereses** hace más fácil desarrollar una concertación constructiva.

Las posiciones tienen tendencia a la rigidez por una mutua reacción frente a posiciones opuestas y en esa medida tienden a ser excluyentes. Por el contrario, los intereses, independientemente de su nivel de antagonismo, pueden ser conciliables, porque siempre es posible para cada parte aceptar su reducción hasta armonizarlos con los intereses de la otra, sin tener que renunciar completamente a ellos. Además, en el abanico de intereses que tienen las partes en un conflicto ambiental, no todos ellos son opuestos.

En este contexto, el Juez de Paz debe procurar:

- Delimitar los asuntos a tratar.

- Que se trate un asunto a la vez.
- Animar a los participantes a ser específicos en sus planteamientos, para centrarse en el tema principal y evitar dispersiones.
- Intervenir, cuando sea necesario, para evitar malos entendidos y su agudización.
- Señalar las diferencias esenciales en los planteamientos de las partes.
- Hacer hincapié en lo que es común entre las partes.
- Separar a las personas del problema, evitando que los análisis y reflexiones se centren en críticas a las actitudes y comportamientos personales, porque ello puede terminar en acusaciones mutuas, en detrimento de la conciliación.

5.3.3. **Trabajar primero sobre aquello en que se está de acuerdo.** Un principio fundamental de la facilitación del logro de conciliaciones, es el de trabajar primero sobre aquello en que se está de acuerdo. Para esto, el Juez de Paz debe guiar la discusión hacia la identificación de los puntos de encuentro y concordancia con relación, en primer lugar, a la disminución de daños a los recursos naturales, y en segunda instancia, la predisposición a limitar, modificar o suspender actividades que afecten los intereses de la contraparte. Los **puntos de acuerdo** deben ser **enumerados y resaltados**. Al retomar esta metodología, se ahorra tiempo, se establece una plataforma común y se fomenta un sentimiento de confianza mutua.

5.3.4. **Otros ejercicios útiles.** El Juez de Paz, debe a continuación incentivar la identificación y enumeración de los **puntos de desacuerdo** y proceder con las partes a su **decantación**. Se trata de distinguir los puntos de desacuerdo nimios o menos relevantes, es decir, separar aquellos aspectos sobre los que es fácil producir un entendimiento de aquellos puntos que más distancian a los actores. Cada parte debe establecer su posición sobre los puntos de desacuerdo y sobre las razones principales que los sustentan. Este ejercicio, proporciona una idea de la dimensión real del conflicto ambiental, a la par que permite ordenar la importancia de sus fundamentos.

Igualmente, el Juez de Paz debe procurar que cada parte trate, teóricamente, de ponerse en el lugar de la otra, y traten de mirar el conflicto desde la orilla opuesta. Este ejercicio permite desarrollar empatía o la **capacidad de “ponerse en los zapatos del otro”**, ampliar la comprensión de cada parte sobre los puntos de vista contrarios y disminuir la posibilidad de que se generen, posteriormente, estancamientos por posturas inflexibles.

Un ejercicio necesario antes de entrar en el proceso de concertación de soluciones, es el de elaborar un primer acuerdo de reconocimiento por las partes de los puntos de acuerdo y desacuerdo. Ello, debe ser plasmado en un acta aprobada por las partes y por el Juez de Paz.

5.4. MOMENTO DE LA CONCERTACIÓN DE SOLUCIONES

Generalmente, no es posible resolver simultáneamente todos los puntos de desacuerdo, y es entonces, más práctico y realista, intentar resolverlos uno por uno, partiendo de aquellos que tienen menor relevancia. Esto permite abordar aquellas desavenencias más significativas, después de haber logrado acuerdos sobre los asuntos menos complicados.

5.4.1. **Identificando opciones o alternativas de resolución.** La superación de los desacuerdos más agudos constituye el núcleo del proceso de concertación. Para hacerlo, el Juez de Paz debe realizar con las partes un ejercicio de **identificación de diferentes opciones o alternativas** de resolución. Ese mecanismo, permite desdibujar las posiciones inflexibles que vindican soluciones afincadas únicamente en el interés particular de cada una de las partes. En ese sentido, el Juez de Paz debe solicitarles la elaboración **por separado**, habiendo conocido ya cada una el punto de vista de la otra, de al menos tres opciones que permitan replantear y transformar el conflicto mediante posibles soluciones que, primero, atenuen el daño al recurso natural, y segundo, concilien los intereses de las partes.

5.4.2. **Acercamientos sucesivos.** Una vez logrado **el listado de posibles soluciones**, el Juez de Paz debe proceder a generar la discusión entre las partes sobre cada una de las alternativas allí contempladas, en aras de buscar y lograr que se seleccione aquella que satisfaga y cumpla los requisitos necesarios para transformar el conflicto, o puede ser también que se construya colectivamente, tomándolas como insumos, una nueva propuesta que sea satisfactoria para todos. Este ejercicio, es una tarea de **acercamientos sucesivos**, de toma y daca, que requiere de la intervención del Juez de Paz, en procura de:

- Invertir comportamientos negativos o repetitivos que obstaculicen un diálogo auténtico y productivo entre las partes.
- Suministrar información que pueda servir para acercar puntos de vista, superar empantanamientos, buscando que las partes puedan cambiarlos sin sentirse perjudicadas.
- Atemperar las posiciones extremas que pueden conducir a las partes a un punto muerto.
- Clarificar percepciones que pudieran impedir el Acuerdo conciliatorio.

- Reconocer lo que puede hacer cada parte por la solución.

El momento de construcción de soluciones para transformar el conflicto ambiental, se culmina con el Acta de Conciliación, en el que las partes convienen las metas a lograr con relación a la disminución del tamaño del problema ambiental; también, las acciones que hay que realizar para lograr las metas y conciliar los intereses en pugna; igualmente, los compromisos y responsabilidades que hay que adquirir y las maneras para seguir el cumplimiento de lo acordado.

Los aspectos convenidos deben ser lícitos y procedentes y quedar asentados en un documento escrito: el Acta de Conciliación, debidamente firmado por las partes y por el Juez de Paz.

6. HABILIDADES Y DESTREZAS DEL JUEZ DE PAZ PARA EL MANEJO DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

6.1. EL DESARROLLO DE LAS HABILIDADES PARA LA CONCERTACIÓN

- 6.1.1. **Todo un proceso.** La habilidad, es la capacidad de resolver situaciones específicas. En este caso, el Juez de Paz debe propiciar y facilitar la construcción concertada de acuerdos para la transformación del conflicto ambiental, es decir, de situaciones que crean tensión, pugna y deterioro social y ambiental, revirtiéndolas hacia situaciones más benéficas, desde el punto de vista social y ambiental.

Facilitar la transformación de un conflicto es un arte y una habilidad que permite acercar partes en litigio o controversia, para conciliar intereses en pugna.

Esta habilidad, la entendemos como un proceso de desarrollo de capacidades individuales, en aras de transformar el conflicto ambiental en una fuerza positiva y constructiva, a partir de su observación, análisis, entendimiento y manejo, para enfrentarse a situaciones de desacuerdo, desconfianza y choques de intereses durante un proceso de conciliación.

El desarrollo de habilidades y destrezas, deben ser cualidades de los jueces de paz con la responsabilidad de enfrentarse a conflictos comunitarios de tipo ambiental o a las personas que intervengan como facilitadores o negociadores del conflicto ambiental (en todo caso, se trata de un tercero neutral que tiene las características de mediador).

Los líderes comunitarios, como los jueces de paz, suelen tener habilidades innatas, o que como fruto de la experiencia, han adquirido grandes habilidades para servir en estos propósitos.

Así mismo, existe un acumulado de experiencia en las comunidades para el desarrollo de técnicas dialógicas, que pueden ayudar y capacitar para la elaboración de acuerdos, pero no son habilidades que se puedan desarrollar rápidamente: son procesos de aprendizaje acumulativos y en los que es necesario ir desarrollando las distintas destrezas.

Se debe implantar pues, un proceso permanente de capacitación y desarrollo de estas habilidades o técnicas, de tal forma, que modifiquen la cultura institucional o individual respecto al conflicto ambiental (conflicto “jartera” vs. conflicto oportunidad).

6.1.2. **Algunas propuestas (momentos) metodológicas.** Este proceso pedagógico se debe desarrollar a partir de situaciones reales. Mediante el análisis de los casos, con las herramientas propuestas y a través de talleres de manejo de conflictos ambientales.

La negociación de conflictos ha suscitado gran cantidad de propuestas metodológicas, algunas de ellas muy complejas, sin embargo, es posible definir al menos los siguientes momentos para el fortalecimiento y el desarrollo de habilidades de negociación y facilitación:

- La promoción y sensibilización en el manejo del conflicto a través del acuerdo.
- La capacitación en el procedimiento y los métodos.
- La capacitación en el análisis del conflicto ambiental.
- La capacidad de negociar y lograr acuerdos.

6.2. LAS CAPACIDADES DE UN BUEN CONCILIADOR

Ser un buen facilitador no es fácil, pero puede perfeccionarse como una habilidad técnica, con características que permiten el desarrollo de un proceso de concertación y la construcción de acuerdos. Estas se mencionan como características mínimas que se deben poseer para garantizar un proceso exitoso de negociación.

Las condiciones previas a tener en cuenta para la realización de un proceso de concertación, a través de un mediador o conciliador, son:

6.2.1. **Capacidad para generar un ambiente adecuado.** Debe propiciar un clima de confianza y de buena voluntad para concertar, que permita el intercambio de opiniones en un marco de respeto. Debe generar confianza y acercar a las partes para animarlas a realizar discusiones, más racionales que emotivas. Debe ilustrar a las partes sobre la importancia y los efectos del acuerdo en beneficio de ellas y del medio ambiente afectado.

- 6.2.2. **Capacidad para establecer la equipotencia.** Se refiere a la capacidad para hacer que todas las partes, independientemente de su poder económico o político o de su influencia social, estén dispuestas a intervenir en el proceso en igualdad de condiciones, para concertar.
- 6.2.3. **Capacidad para orientar y conducir el proceso.** El **operador** debe saber planear la reunión, establecer reglas, entender los pasos y tiempos de la misma; saber moderar, delimitar los temas y poder sacar conclusiones. Debe tener a la mano la información más relevante del conflicto ambiental; debe identificar las áreas de acuerdo y desacuerdo.
- 6.2.4. **Capacidad para controlar el proceso.** El mediador y las partes comprometidas deben tener control sobre el proceso de concertación; separar posiciones de intereses y desarrollar espacios de negociación; atemperar las posiciones extremas que pueden conducir a las partes a un punto muerto.
- 6.2.5. **Proactividad y Asertividad.** El **operador** debe mantener siempre un pensamiento creativo y actuar en la búsqueda de soluciones favorables para todos. La asertividad, es el proceso de expresar sentimientos, pedir favores razonables, dar y recibir, una retroalimentación honesta.
- 6.2.6. **Neutralidad y flexibilidad.** El conciliador debe tener claros los intereses de las partes, manteniendo estrictamente su papel neutral entre ellas y controlando positivamente los supuestos con que se entra a la negociación, no solo él, sino también las partes.
- 6.2.7. **Capacidad para generar opciones y sugerir soluciones.** Igualmente, busca siempre la mejor alternativa del acuerdo concertado; debe tener claro lo que se quiere lograr en la negociación; debe establecer, qué es y qué no es, negociable; debe entender que es preferible no llegar a acuerdos, a realizar un acuerdo inconveniente.
- 6.2.8. **Capacidad para escuchar en profundidad.** “Quien mal oye, mal responde”: el facilitador se debe preocupar por entender la posición del otro y, así mismo, tratar de que la otra parte entienda la de este. El facilitador, debe tener en cuenta las siguientes reglas de una buena comunicación: la importancia de escuchar a otros, interpretar sentimientos y hechos y una paráfrasis libre de juicios y valoraciones.
- 6.2.9. **Cordialidad y buen trato.** El facilitador debe mantener una actitud cordial durante el proceso de negociación, aunque no llegue a acuerdos y debe saber manejar la tensión que pueda surgir entre las partes.
- 6.2.10. **Capacidad de síntesis y habilidad de redacción del acuerdo.** Como ya se ha dicho, todas las reuniones deben constar en actas, las cuales deben ser breves y precisas en su redacción, evitando ambigüedades; el

facilitador debe poner en palabras claras, simples y sencillas, lo que él capta o percibe del contenido de la comunicación verbal y no verbal de las partes.

Esperamos que estas orientaciones, estimulen el liderazgo comunitario a que están llamados los operadores de la jurisdicción de paz en el trámite de los conflictos comunitarios y ambientales.

Es necesario apartarnos del mero formulismo, asumiendo a los contradictores como sujetos que tienen en sus propias manos las soluciones, y que ellas, salen a flote mediante el ejercicio de catarsis estimulado por el Juez de Paz.

LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL PROYECTO DE REFORMA A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

José Luciano Sanín Vásquez¹

El gobierno presidencial de Alvaro Uribe Vélez, presentó al Congreso de la República, un proyecto de acto legislativo “por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia”. En sus 25 artículos, propone tantos, y tan delicados temas, que se hace imposible describirlos y analizarlos todos en este breve artículo. Basta afirmar, que tan sólo para enumerarlos, tendríamos que decir que se pretenden reformar 12 materias: el debido proceso, la extinción de dominio de bienes, la acción de tutela, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la carrera en la administración de justicia, el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, las fuentes del derecho, el nombramiento de los magistrados de las altas cortes, las funciones de las altas cortes, las facultades de la Corte Constitucional, la regulación de la acción de inconstitucionalidad y la administración de la Rama Judicial.

Sin embargo, por su alta significación en el sistema político colombiano actual, sin restar importancia claro está, a las demás acepciones, me centraré en los temas referidos a la Corte Constitucional y a la Acción de Tutela.

1. LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL PROYECTO DE REFORMA

1.1. GENERALIDADES

A la fecha de realización de este artículo, el proyecto presentado por el Ministro del Interior y de Justicia, Fernando Londoño Hoyos, propone reformar la Corte

¹ Director Académico de la Escuela Nacional Sindical; profesor en la Facultad de Derecho de Unaula – Medellín - Colombia.

Constitucional en los siguientes aspectos: elección, funciones y los alcances de sus decisiones.

Se pretende, por ejemplo, que la elección de los magistrados no la realice el Senado de la República (escogiendo de ternas elaboradas respectivamente por el Presidente de la nación, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado), retornando al sistema de cooptación, a partir de las postulaciones que realicen diferentes facultades de Derecho de las universidades del país.

En sus funciones además, se elimina la posibilidad de realizar un control constitucional a los decretos que declaran los estados de excepción; se restringe también el control constitucional, vía acción de tutela, a las sentencias producidas por jueces; y se limita la acción pública de inconstitucionalidad de las leyes, exigiendo que deben presentarse las objeciones dentro de los dos años siguientes a la promulgación de la ley.

Y en cuanto al alcance de las decisiones, se limitan las potestades de la Corte Constitucional al momento de decidir la exequibilidad o inexecuibilidad de una ley: en primer lugar, exigiéndole respaldo probatorio de sentencias fundadas en consideraciones de hecho, impidiendo que la Corte promulgue órdenes en sus sentencias; exigiendo mayoría calificada para la declaratoria de inexecuibilidad; impidiendo decisiones de constitucionalidad de normas no acusadas, pero que constituyen unidad de materia, de decisiones integrativas, en las que la Corte adecuaba la redacción de la norma controlada; afecta además, decisiones interpretativas, en las que la Corte señalaba el sentido constitucional de las normas; así mismo, entre los temas más relevantes del proyecto se prohíben las decisiones con efectos retroactivos.²

1.2. LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Algunos, afirman que desde la conformación de la Corte Constitucional, se inicia el debilitamiento del control constitucional y que esto motiva la urgencia de una reforma constitucional, para que la conformación de las altas cortes se haga respetando la carrera judicial y en aras de que la escogencia de sus jerarquías no dependa de otras ramas del poder público.

Este tipo de objeciones a la composición de la Corte constitucional, son rebatidas desde un argumento que puede sintetizarse así: precisamente, por la naturaleza

2 **Adenda del editor:** "A mediados de esta semana el Fiscal General, Luis Camilo Osorio, entró a formar parte de la ampliación del gabinete. Según sus declaraciones los poderes especiales que se le otorguen al jefe del ejecutivo deberán tener un control más laxo por parte de la Corte Constitucional. El nuevo integrante del rebaño uribista sabe muy bien que la Corte es el principal obstáculo a las pretensiones del Presidente para ampliar su libertad de acción. Ha olvidado entonces su papel como jefe del ente acusador y se ha convertido en vocero del gobierno en su pulso contra la Corte Constitucional". GAVIRIA, Pascual. Columna de opinión "Perorata"- Los devotos del Presidente - Periódico El Colombiano (Medellín). 7 de marzo de 2003. Pág. 2 A - Opinión.

híbrida de la Corte Constitucional, es muy importante que para su composición pesen elementos políticos, tanto para que exprese la diversidad política del momento, como para que se le confiera “cierta legitimidad democrática” desde su nacimiento, esto es, que en su conformación participen todos los órganos de poder estatales. El mecanismo de la cooptación, si bien podría asegurar la independencia de la Corte frente a los demás órganos de poder del Estado (legislativo y ejecutivo), puede crear cierto conservadurismo en el interior de la Corte que no es deseable, dada su naturaleza y papel institucional. La independencia de la Corte Constitucional la garantiza, de un lado, su período, y de otro, su múltiple origen.

1.3. EL ALCANCE DE LOS FALLOS

Se quiere limitar el control constitucional de las leyes a la mera declaración de su exequibilidad o inexecuibilidad, sin posibilidad de modular o condicionar los fallos. Quienes defienden esta propuesta, señalan que la Corte, en sus sentencias, ha modificado la Constitución misma, llenando los vacíos del legislador, extralimitándose en sus funciones, cambiando constantemente la jurisprudencia y contradiciéndose a sí misma, en especial, en algunos fallos donde suple, desplaza o sustituye al legislador, arrasando con ello el principio democrático; generando inseguridad jurídica en las reglas del proceso económico y social, y en muchos casos, ordenando gastos no previstos en los presupuestos de las entidades del Estado.

Sin embargo, las diferentes modalidades de la modulación de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, constituyen el único mecanismo que posibilita la maximización de las normas constitucionales. La Corte, ha establecido criterios claros para establecer la viabilidad de la modulación y en el caso de que sea posible, el tipo de modulación. La fuerza normativa del texto constitucional, fundamenta que su intérprete autorizado se erija en intérprete del ordenamiento infra - constitucional. Esta premisa, que es ineludible en un Estado constitucional, exige de los tribunales y del legislador, un respeto profundo de las decisiones que delimitan el alcance constitucionalmente admisible de la ley.

Las herramientas de decisión que ha usado la Corte han permitido empezar a cambiar la manera de comprender el actuar judicial, pues los jueces han entendido que no basta con la decisión, que se requiere un amplio ejercicio de discusión y de sustentación de lo decidido. El juez constitucional, ha reconocido que su diálogo ya no es sólo con unas partes del proceso, sino que también, su interlocución debe ampliarse a todos los ciudadanos (as), y para eso, es que las diferentes herramientas de decisión se han venido perfilando.

1.4. EL CONTROL A LA DECLARATORIA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Se argumenta, que los controles jurídico - políticos ejercidos por la Corte son excesivos y que han conducido a que los estados de excepción ya no resulten

eficaces para afrontar las situaciones para los que se previó. Sin embargo, el Constituyente de 1991 quiso romper la larga y penosa tradición del "Estado de Sitio", figura que muchos denominaron "dictadura inconstitucional", debido a que se constituyó en un mecanismo para suspender la Constitución, casi de manera permanente.

Convencidos los constituyentes de la inutilidad histórica, pero en especial, de los riesgos dictatoriales de este tipo de mecanismos, capaces, si no se les fijan límites, de suspender la Constitución en su conjunto, se idearon entonces un complejo, pero democrático modelo de tratamiento a las situaciones de perturbación grave del orden público o económico, que permitiera controles a la extraordinaria cantidad de nuevos poderes que este mecanismo otorga, además de los ya demasiados que la Constitución le confiere al Presidente de la República. Por ello, en la Constitución de 1991, se supeditaron los poderes extraordinarios del Presidente a las prescripciones de una ley estatutaria, que regulara los estados de conmoción interior; le estableció términos máximos, afirmó la vigencia de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, aun en los períodos de la conmoción interior y afinó los mecanismos de control, jurídicos y políticos, a dicho mecanismo.

La Corte Constitucional, acorde con los mandatos constitucionales, ha realizado un control material a los decretos que declaran los estados de excepción, y con ello, ha garantizado la supremacía e integridad de la Carta política. Así, que tratar de evitar el control constitucional a los estados de excepción, no es otra cosa que pretender derogar la Constitución por decreto.

En la Constitución de 1991, y en general en los Estados sociales, democráticos y de derecho, no puede aceptarse la posibilidad de poderes omnímodos, ni atribuciones o facultades sin ningún control, por lo tanto, una reforma en el sentido de excluir del control constitucional a la declaratoria de los estados de excepción, significaría que estaríamos adoptando una nueva forma de Estado, no propiamente democrático.

1.5. EL LUGAR DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA POLÍTICO COLOMBIANO

Como es obvio, estos temas pueden suscitar toda serie de debates, pero el que nos interesa reseñar, se refiere a la naturaleza y papel de los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas, porque pensamos, que en esto, consiste básicamente la reforma: limitar al extremo posible, las facultades de control de la Corte Constitucional.

Sobre la naturaleza de los tribunales constitucionales se presenta un interesante debate. La discusión al respecto, se relaciona con el carácter judicial o político de estas corporaciones, discusión que aún no concluye en los países que han adoptado órganos supremos de control constitucional. Este debate, es el

telón de fondo de muchas de las críticas y propuestas de reforma a la Corte Constitucional, en especial, las que se dirigen a cuestionar su papel “legislativo positivo” o su “populismo judicial” o la “intromisión en la jurisdicción ordinaria”.

La Corte Constitucional colombiana es ubicada en la Constitución de 1991, como un órgano de la Rama Judicial, pero con atribuciones tan especiales, que la ubican por fuera e independiente del aparato jurisdiccional ordinario y del resto de poderes públicos, y en muchos casos, en su rol de garante de la supremacía e integridad de la Constitución (texto con valor normativo, pero de contenido esencialmente político), se ha visto abocada a dirimir jurídicamente conflictos de índole político (por ejemplo, el control de los estados de excepción) y en casi todos los casos, sus decisiones tienen un innegable efecto político y social, ya que dirime litigios con base en un texto (Constitución) tan amplio, y en ocasiones tan ambiguo, que la decisión tendrá casi siempre un alto grado de interpretación política.

Adicionalmente, las cortes constitucionales han sido concebidas como organismos de contrapeso y de control para impedir que otros entes del Estado, traspasen sus competencias y en verdad ejerzan sus funciones dentro de los parámetros dogmáticos y funcionales que la Constitución les ha establecido. Por ello, algunas constituciones, ubican el tribunal constitucional en capítulos o títulos independientes que denominan “garantías constitucionales”, como en el caso de Italia. Se trata entonces de una naturaleza híbrida, algo así, como un órgano jurisdiccional que ejerce algunas funciones políticas, y como tal, debe ser regulada en la Constitución.

En nuestra tradición política, poco se ha desarrollado la concepción de los mecanismos de control; nuestro sistema político, desde 1886, ha acentuado el presidencialismo; las relaciones del Poder Ejecutivo con el Congreso siempre fueron, y aún en nuestros días, de “mutua conveniencia”. Por eso en nuestro país no conocemos todavía el control político, ni habíamos conocido el control constitucional en su dimensión material y no sólo funcional. Así, en 1991, el Constituyente, lo que quiso fue facilitar una Alta Corte y no una “alta sala”, dándole un gran valor político a su rol en la defensa de la Constitución.

1.6. EL ROL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A la Corte, en nuestro país, se le reconoce por casi todos los sectores de opinión varios logros y aciertos, entre ellos, el haber acercado la Constitución y el Derecho a los ciudadanos; la gran producción de jurisprudencia, a la que aún no se le ha valorado su aporte al desarrollo del Derecho constitucional y al Derecho en general; igualmente, el importante desarrollo en materia de protección y definición del alcance y contenido de los derechos fundamentales, que además ha sido un factor vital para el equilibrio de los poderes del Estado.

Es claro, para muchos, que la Corte Constitucional ha sido la institución del Estado que más a fondo se ha comprometido con los cambios filosóficos, políticos y jurídicos propuestos por la Constitución de 1991; el progresismo que se le atribuye a la Corte Constitucional, no ha dependido tanto de las ideologías políticas de sus magistrados, sino que se debe principalmente a que este organismo desarrolla, y hace cumplir, nuestra carta magna de derechos, por ende, la que es progresista entonces, es nuestra Constitución política.

La labor de la Corte Constitucional en los últimos 10 años ha tenido un profundo significado político y pedagógico. Ha sido una década intensa de formación y de acción ciudadana alrededor de los Derechos Humanos. Se puede afirmar, que este organismo ha contribuido de manera significativa a la construcción de una nueva ciudadanía política y social, que se ha apropiado y demanda el cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución colombiana.

1.7. LO ADECUADO, SERÍA FORTALECER LA CORTE CONSTITUCIONAL

Cuando se piensa en reformar la Corte Constitucional, en general, los temas se refieren a limitar su inmenso poder dentro de la estructura del Estado social de derecho, y casi siempre, se piensa en crear fronteras externas a la misma Corte, del orden constitucional o legal, y poco, del orden político y académico. Sin embargo, poco se visibiliza el gran potencial autorregulador que tienen los tribunales constitucionales a través de su propia jurisprudencia, con la creación y utilización de métodos y técnicas de control, con el acogimiento del valor obligatorio de sus propios precedentes, lo que produce el asentamiento de unos criterios compartidos por magistrados, judicatura y la academia. Desde esta perspectiva, no sería adecuado interrumpir el proceso de construcción institucional y jurisprudencial del sistema de control constitucional colombiano, introduciendo reformas que modifiquen su estructura o funcionamiento esencial.

Defendemos entonces, y contrario a lo que la reforma propone, la necesidad del establecimiento - asentamiento progresivo del sistema de control constitucional, atendiendo a consideraciones, según las cuales, las dificultades y vacíos que pudo, y puede, crear la jurisprudencia de la Corte Constitucional, obedecen, en primer lugar, a que le correspondió inaugurar una nueva Constitución sobre la que no existían antecedentes doctrinales y jurisprudenciales de carácter nacional, y que por lo tanto, diez años son pocos para haber logrado "cierta estabilidad y asentamiento jurisprudencial". En segundo lugar, que por su naturaleza (política esencialmente) y por su amplitud (prácticamente todos los órdenes de la vida social, económica, cultural y política del país), el control constitucional en general, y en particular, la Acción de Tutela, presenta un rasgo relativamente más dinámico y complejo que el de los conflictos que se suscitan y resuelven por la jurisdicción ordinaria. En tercera instancia, y consecuente con las anteriores, le ha correspondido abordar su misión desde una perspectiva creativa y constructiva, que por serlo, se aleja de anteriores y tradicionales métodos y técnicas, y que

en el desarrollo de las más apropiadas para nuestro sistema jurídico, se centra la labor de la Corte Constitucional en estos momentos.

La Corte debe ser consciente, que las razones y posibilidades para continuar existiendo y cumpliendo su imprescindible papel democrático en nuestro Estado social de derecho, se encuentran en la ponderación y razonabilidad de sus decisiones y en el apoyo y movilización ciudadana con la que cuenta, dada su gran credibilidad, fundada en que ha sido la única institución estatal ajena a hechos de corrupción o de tráfico de influencias, además de la invaluable labor de proteger con ahínco a cada ciudadano (a) que le ha formulado "su pequeña, gran causa".

Queda todavía, un largo y difícil camino para lograr las transformaciones del Derecho que la nueva Constitución y los procesos de globalización han inducido en nuestro país; existe aún, una gran incompreensión del nuevo rol y lugar que la Constitución le otorga al juez constitucional. Como bien lo afirma Zagrebelsky, "Se podría decir simplíficadamente, que la idea del Derecho que el actual Estado constitucional implica, no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas."³

2. LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL PROYECTO DE REFORMA A LA JUSTICIA

De ser aprobado el proyecto presentado por el gobierno, la Acción de Tutela quedaría limitada en su acceso, y más excepcional aún, en su procedibilidad y su ámbito de protección bastante restringido, tanto por los derechos que protegería (serían excluidos los Derechos sociales), como por las ordenes que podrían impartir los jueces.

2.1. ESPECIFICIDADES DE CADA UNO DE LOS PUNTOS DEL PROYECTO

- **La competencia en materia de la acción de tutela:** "Toda persona, natural o jurídica, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces no colegiados competentes de acuerdo con la ley..."

Se pasaría de una competencia de todos los jueces, a una, de sólo los jueces unipersonales y de acuerdo con una regulación legal, lo que podría conducir a que se especialice el conocimiento de la tutela en algunos jueces.

Cuando se propone este cambio, se argumenta que la Acción de Tutela congestiona la jurisdicción ordinaria, y en especial, a las Altas cortes. El argumento de la congestión de estas es válido, pero podría resolverse con otras fórmulas menos lesivas de este mecanismo.

3 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción: Marina Gascon. Editorial Trotta. Primera edición. 1995.

Los efectos previsibles por dicho cambio en la competencia serían, en primer lugar, un obstáculo para el acceso ciudadano a la protección de los derechos fundamentales, lo que eliminaría una de las principales características de la Tutela; de otro lado, excluiría a las Altas cortes, y eventualmente, de acuerdo con el desarrollo legal que se le de, a otros jueces, del conocimiento de la Tutela, lo que los alejaría aun más de la demanda ciudadana de justicia material y de la aplicación directa de la Constitución.

- **Los derechos que se pueden proteger con la acción de tutela:** "... la protección inmediata de los derechos fundamentales de que trata el Capítulo I del Título II de la Constitución..."

Si algún aspecto es profundamente lesivo el proyecto, es este, ya que se excluye la posibilidad de la protección de los Derechos sociales, económicos y culturales (DESC), por la vía de la Acción de Tutela.

Derechos reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como fundamentales, aunque la Constitución no los denomine como tal, y que han sido ampliamente protegidos por los jueces, dejarían de tener protección inmediata: situaciones de vulneración al acceso a la educación, al mínimo vital, al pago de pensiones y salarios, a la seguridad social en salud, etc., tendrían que resolverse por mecanismos judiciales ordinarios.

La discusión alrededor de la fundamentalidad y la protección inmediata por vía judicial de los Derechos sociales, dista de ser pacífica⁴, sin embargo, y en vista de la pavorosa situación social que vive nuestro país y la inercia estatal para afrontarla, el Constituyente de 1991, acogió el modelo de organización política y social denominado Estado Social de Derecho, del cual se deriva la justificación de la protección judicial inmediata de los derechos sociales fundamentales en ciertas situaciones especiales. Con la reforma, además de excluirse la vía de la Acción de Tutela para la garantía de una justicia material mínima para todos los ciudadanos, se desnaturaliza el papel del Estado.

- **La Acción de Tutela contra providencias judiciales:** "...No habrá tutela contra decisiones judiciales..."

Como lo afirmo en un aparte anterior, este tema ha tomado especial interés, a raíz del denominado y ya reiterativo "choque de trenes"⁵, ante el cual, el

4 ARANGO, Rodolfo. La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. Febrero de 2000.

5 En nuestro argot, se refiere a las contradicciones que se presentan entre diferentes instancias del poder estatal o entre funcionarios de un mismo órgano, con relación a ciertos temas o decisiones que causan, lógicamente, polémicas y discusiones, frente quien tiene la razón y la jurisdicción respectiva.

(Nota del editor)

proyecto propone la exclusión constitucional de la Acción de Tutela contra providencias judiciales que constituyen vías de hecho, dejando por fuera del control constitucional las actuaciones de los jueces.

Estamos convencidos, que algunos de los problemas que se han presentado en este aspecto se pueden resolver a través de una regulación legal, que precise la procedibilidad de la Acción de Tutela contra sentencias judiciales. Dicha regulación, buscaría resolver varios de los “traumas” que esta figura le crea a la seguridad jurídica, a la jerarquía y grados de conocimiento entre los jueces, a la especialidad de los mismos y a su independencia.

En términos generales, se buscaría que las causales de procedibilidad se establecieran de acuerdo con la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional, que fuera conocida por un superior jerárquico del juez que tomó la decisión acusada de vía de hecho, que tenga límites de tiempo para interponerse (dos meses), y en el caso de las dos altas cortes, las tutelas contra sus providencias serían conocidas, en primera instancia, por una Sala diferente a la que produjo la providencia, y en segunda, ante la otra Alta corte, esto es, si es contra una Sala del Consejo de Estado, la primera instancia sería una Sala diferente de dicha corporación, y la segunda, sería ante la Corte Suprema de Justicia y viceversa. Lo anterior todo, incorporando la propuesta que se refiere al requisito de haber planteado el asunto de constitucionalidad desde el inicio del proceso ordinario.

- **Las ordenes de protección que pueden emitir los jueces:** “... ni a través de ella podrán los jueces imponer a las autoridades públicas obligaciones de imposible cumplimiento o que supongan alterar las Leyes, Ordenanzas o Acuerdos del Plan de Desarrollo o del Presupuesto Nacional, Departamental o Territorial...”

Con esta limitación del alcance de las órdenes de protección que pueden emitir los jueces cuando resuelven una Acción de Tutela, se está desnaturalizando la esencia jurídica de la misma, al imposibilitarse alterar decisiones de otros órganos del poder público que vulneren derechos fundamentales. Si un juez no puede ordenar para una situación específica, la inaplicación de una norma jurídica, o la inclusión de una situación no prevista en ella, no podrá proteger el derecho vulnerado, y su decisión, no será mas que un llamado a las autoridades para que se sujeten a la Constitución.

Frente a la Acción de Tutela, existe un vacío en la jurisprudencia y en la doctrina con respecto a su naturaleza jurídica, lo que ha impedido en muchos casos, otorgarle sus verdaderos alcances en el ordenamiento jurídico, y sobretodo, le ha ido quitando fuerza al desconocerse su esencial naturaleza: un procedimiento de control ante la amenaza o vulneración de derechos fundamentales.

Precisamente, por tratarse de una actividad de control (en nuestro caso, ejercido por los jueces), dista y sobrepasa las tradicionales concepciones acerca de la función jurisdiccional y la sitúan en el vértice de los poderes públicos, por fuera de los mismos, y por lo tanto, con capacidad para controlarlos.

De ser aprobada esta propuesta, se incrementarían los agravios contra la Constitución y la administración de justicia, ocasionados a través de las reiteradas, permanentes y masivas acciones y omisiones vulneradoras de derechos fundamentales, en cabeza de miembros de las autoridades estatales, sin que frente a estas conductas, los jueces puedan ordenar su modificación y mucho menos su sanción.

- **La tutela contra particulares:** "... la Ley establecerá taxativamente los casos en los que la acción de tutela proceda contra particulares encargados de la prestación de un servicio público y cuya conducta afecte grave y directamente el interés particular del solicitante, o respecto de quien se halle en estado de indefensión..."

Con esta propuesta, se excluiría la Tutela contra particulares, frente a los cuales, el accionante se encuentre en situación de subordinación, definida por la Corte Constitucional como:

La subordinación es la expresión del vínculo jurídico de dependencia de una persona con respecto a otra, en virtud del cual, el sujeto pasivo está obligado a recibir y a acatar las órdenes impartidas por quien ocupa la posición dominante en la respectiva relación. Entendida así la noción, resulta claro el hecho de que no sólo hay subordinación cuando media un contrato de trabajo, siendo este el caso mas caracterizado de tal situación, sino también, cuando quiera que resulte una relación de dependencia con efectos en derecho...

El Constituyente de 1991, contempló la posibilidad de que la tutela procediera también contra particulares, lo cual no está previsto en otras legislaciones. Posiblemente, se debe ello a que, en principio, se ha considerado erróneamente, que es el Estado, a través de las autoridades públicas, quien viola, por acción u omisión, los derechos fundamentales de las personas, cuando la realidad demuestra que éstos también son vulnerados, en forma quizás más reiterativa y a menudo más grave, por los mismos particulares. Esta disposición puede calificarse como una novedad y como un notable avance dentro del campo del derecho público, por cuanto permite, bajo unas condiciones específicas, que se protejan los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando éstos han sido vulnerados por otros particulares, ya sean personas naturales o jurídicas.⁶

6 Sentencia T-272 de 1993. Corte Constitucional colombiana.

En concreto, la reforma, de ser aprobada, incidiría en que los trabajadores del sector privado que se encuentran en situación de subordinación frente al empleador, no podrán utilizar la Acción de Tutela para protegerse de la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales, quedando por lo tanto, muchas situaciones en la impunidad, hasta hoy, corregidas por los jueces de tutela: casos de libertad sindical, derecho de asociación, trato digno y justo en el trabajo, entre otros, no tendrían protección judicial.

2.2. ¿QUÉ HACER?

Desde esta perspectiva, no sería adecuado interrumpir el proceso de construcción institucional y jurisprudencial de la Acción de Tutela y del sistema de control constitucional colombiano, introduciendo reformas que modifiquen su estructura o funcionamiento esencial. Bastaría, con aplicarse al desarrollo y extensión de las grandes virtudes que el sistema ha podido mostrar y, construirle jurisprudencial y doctrinariamente, controles a la labor de la Corte Constitucional y de los jueces de tutela; incluso, en algunos casos, tendrían que realizarse reformas a nivel legal y reglamentario para mejorar los procedimientos y el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, sin limitar sus posibilidades de control a las autoridades públicas y a los particulares.

Resulta paradójico además, que el mecanismo de acceso a la justicia que mayor credibilidad y confianza a creado entre los ciudadanos, se le propongan límites. Antes, por el contrario, se deberían extender sus características al resto de mecanismos de acceso, de tal forma que los ciudadanos prefieran acudir al Estado y a sus instituciones en busca de la solución de sus conflictos, evitando el uso de la violencia y las vías de hecho para obtener la garantía de sus derechos fundamentales.

La mejor conclusión y recomendación, es que se organice el debate acerca de la justicia y la Acción de Tutela. El tiempo de los balances parece que ha concluido y es hora de las reformas. Lo más saludable, es que la judicatura, la academia, el gobierno y el Congreso, deliberen de cara al país, sobre este crucial asunto para la vida institucional de nuestro sistema democrático. Los temas están enunciados, los argumentos hay que desarrollarlos y las decisiones debemos construirlas con las mejores y más convenientes propuestas.

CONCILIACIÓN EN EQUIDAD TEORÍA Y REALIDAD

Isabel Cristina Martínez Lavid'

1. PRESENTACIÓN

La capacidad estatal de resolver los conflictos que surgen en las sociedades se ha convertido, en la última década, en uno de los elementos en los que reposa el nivel de legitimidad de los estados de derecho modernos, quienes determinan con afán imperioso, el estar creando y estableciendo reglas que puedan brindar soluciones justas y equitativas a las disputas. Reglas que tienen como finalidad el logro de la convivencia pacífica, la credibilidad institucional y el aumento de los niveles de confianza que no se dan por la carencia de una justicia eficiente, que refleja altos índices de impunidad o delitos no resueltos; y congestión y demora en el trámite de los procesos, lo que crea una percepción negativa de la institucionalidad judicial por parte de los ciudadanos y una falta de acceso al sistema estatal de resolución de conflictos.

Es por ello, que la dogmática jurídica, buscando salidas a la compleja crisis judicial en Colombia, se ha centrado solamente en diseñar reformas a la administración de justicia implementando instituciones jurídicas que coadyuvan únicamente a la disminución de la congestión judicial, a agilizar los trámites procesales y a tratar de resolver el problema de la impunidad, ignorando el potencial que éstas pueden aportar a la construcción de procesos sociales en términos de construcción de Justicia como cosa pública.

La congestión de los despachos judiciales y la ausencia de una infraestructura adecuada del sistema de justicia en Colombia, han sido causas inmediatas de una legislación² que se construyó, para que los particulares, en calidad de

1 Integrante del Equipo de Proyecto de Escuela de Justicia Comunitaria del Programa Justicia, Conflicto, Derechos Humanos y Paz del Instituto Popular de Capacitación – IPC.

2 En 1987, empieza a hablarse de los Mecanismos alternativos para la resolución de los conflictos y son convertidos en instrumentos, destinados por el gobierno, para contribuir a descongestionar los despachos judiciales. Así, surge la Ley 30 de 1987, la cual confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para descongestionar los despachos judiciales. Unos años más tarde, fue expedida la Ley 23 de 1991, que implantó la conciliación judicial y extrajudicial como mecanismos de descongestión judicial en contravenciones especiales de policía, asuntos laborales, de tránsito,

conciliadores o de árbitros facultados para el efecto, desarrollaran herramientas y mecanismos de mediación, que permitirían a su vez, una verdadera transformación social y cultural en la aplicación de justicia. En ese sentido, y a diferencia de lo que sucede en otras sociedades latinoamericanas, nuestra legislación ha sido de choque y surgió como medicina curativa, antes que preventiva.

2. LA CRISIS DE LA JUSTICIA, COMO FACTOR INCIDENTE EN EL ESTABLECIMIENTO DE FORMAS EXTRAJUDICIALES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Contrario a lo que muchas personas creen, la crisis de los sistemas judiciales en la década del ochenta fue un fenómeno generalizado en varios países del mundo y no únicamente en Colombia. Aunque las causas no hayan sido necesariamente las mismas, el problema de la falta de capacidad de los Estados para atender la creciente demanda de justicia, hizo que a nivel mundial fuera indispensable encontrar salidas a este problema. En el capítulo tercero, del libro "Estado, Derecho y Luchas Sociales", el profesor Boaventura de Sousa Santos, hace una aproximación a la situación de crisis de la justicia en que se encontraban los países capitalistas avanzados:

La administración de justicia en los países capitalistas avanzados, se inicia en los años 80 bajo el signo de una crisis del sistema judicial, que se juzga profunda y con preocupantes repercusiones sobre el conjunto de la actividad estatal. A simple vista, esta crisis se manifiesta por la creciente incapacidad en términos de falta de recursos financieros, técnicos, profesionales y organizacionales del sistema judicial para responder al aumento de la demanda de sus servicios. Esta crisis, parece tanto más profunda cuanto más difíciles se presentan sus vías de solución...³

No siendo Colombia un país capitalista avanzado, la descripción hecha por el profesor Santos, podría adaptarse perfectamente a la realidad que vivía el país en esa década. El aparato judicial colombiano presentaba de por sí, deficiencias para la prestación de la justicia y la creciente incapacidad del sistema judicial para atender la gran demanda de sus servicios, conllevó a una grave situación de impunidad.

En virtud de lo anterior, las condiciones de violencia generada por fenómenos como el narcotráfico, la guerrilla, el sicariato, el asesinato sistemático de jueces

legislación de familia y contencioso administrativa. Luego, de igual manera, y para complementar esta ley, el literal e) del artículo transitorio 50 de la Constitución de 1991, revistió al Presidente de facultades extraordinarias para expedir normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. Finalmente, el 7 de julio de 1998, se expidió la Ley 446 de Descongestión de los Despachos Judiciales.

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá: ILSA, 1991. p. 123.

y miembros de la rama judicial y el narcoterrorismo, hacían cada vez más complejo el panorama judicial, pues cada vez se recurría más a los despachos judiciales esperando encontrar la solución a los problemas, sumando a esto, la actividad gremial que denunciaba una precaria situación salarial y presupuestal para el funcionamiento de la rama judicial y su efectiva prestación de justicia.

La judicialización de los conflictos también es un hecho demostrativo de que la sociedad colombiana se ha visto afectada por una alta tendencia a la litigiosidad, propiciada por factores como la compleja y preocupante conflictividad ciudadana y la ausencia de una real cultura de autocomposición de las diferencias. De igual manera, el no acudir por parte de las y los ciudadanos al sistema estatal para solucionar sus controversias, abrió la posibilidad del uso de la violencia como forma de asumir los conflictos privados y públicos, y en algunos casos, preferiblemente acudir a la utilización de la “justicia privada”.

Todos estos fenómenos incidieron en el aumento de una preocupante tasa de criminalidad y una ascendente congestión judicial, que se constituyen en obstáculos para el acceso al sistema judicial y a la realización de la justicia.

En contraste, la respuesta del Estado colombiano ante la crisis de la rama judicial fue únicamente de carácter legislativo, innovando en una serie de reformas tecnocráticas, en donde se dictan leyes, aumentando el número de sus funcionarios y destinando a esto mayores recursos con el objetivo de agilizar trámites. Pero si bien es cierto, que la destinación de recursos y el aumento de jueces, entre otros aspectos, contribuía en parte a la solución, también lo era el hecho de que la crisis continuaba y estaba demostrado que había que hacer algo diferente para salir de ella.

Hacia la década del noventa, la teoría y las prácticas jurídicas empiezan a trabajar en la configuración de espacios donde se reconozca el valor y la existencia de formas alternativas para la gestión, el tratamiento y la transformación de los conflictos, estableciéndolas en la legislación colombiana como válvulas de escape para la administración de justicia, con el único fin de desjudicializar determinados tipos de conflictos y de paso, descongestionar los despachos judiciales.

El Estado colombiano, frente a la congestión de los despachos judiciales, acoge los “Mecanismos alternativos de resolución de conflictos”, pero desde una óptica restringida, limitada al arreglo de los conflictos menores. Esto quiere decir, que el Estado los recepciona y los adopta sólo como instrumentos de descongestión judicial y no como constructores de tejido social y fortalecimiento del sentido público, productores de acción conjunta y consensos sociales con miras a la construcción de justicia. Al contrario, se preocupa más por su regulación como alternativa frente a la crisis judicial, que por su impulso y desarrollo en la búsqueda y realización de la justicia, desconociendo su importancia en el tratamiento de conflictos sociales, colectivos, públicos y comunitarios. Luego, sólo son difundidas la conciliación extrajudicial, el arbitramento, la amigable

composición o la transacción, olvidando promover la mediación, la concertación, el pacto o la resolución de problemas colectivos, entre otros.

En 1991, período de transición constitucional en Colombia, se amplía el espectro de resolución de conflictos, modificando el entorno legal tradicional e introduciendo nuevas instituciones jurídicas tendientes al mismo fin: **superar los problemas de acceso al sistema de justicia y descongestionar los despachos judiciales.**

Así, la entrada en vigencia de la Constitución Política en 1991, creó la posibilidad de que los particulares actúen como conciliadores o árbitros, habilitados por las partes para fallar en derecho o en equidad, convirtiéndose estos fallos en alternativas para que la comunidad y los ciudadanos puedan resolver sus conflictos de manera más rápida y consensual. También, y con el mismo propósito, se crean los **Jueces de Paz**, al considerarse que esta es una posibilidad para que las comunidades barriales acudan a una jurisdicción rápida y gratuita que tramite conflictos de menor entidad.

Estos espacios informales para la resolución de los conflictos, contemplados por la Constitución de 1991, surgen del escepticismo que hay frente a la justicia formal estatal, puesto que no la considera un instrumento eficaz, transparente y adecuado para zanjar las controversias cotidianas entre los colombianos⁴.

La Constitución de 1991 varía sustancialmente el concepto de los órganos que administran justicia para darle cabida a las autoridades administrativas, a los particulares y a las autoridades indígenas y comunidades negras, pretendiendo con ello, restablecer la capacidad de la sociedad para participar en el proceso de administrar justicia, donde la norma es un instrumento de contenido social que el ciudadano mismo aplicaría, intentando hacer de la justicia un servicio más accesible sin tener que recurrir a un abogado, ni asumir los costos de un proceso. Así las cosas, mecanismos como la conciliación, se convertirían en factores de descongestión judicial, desarrollándose como herramienta extraprocesal previa al litigio y como medio procesal de terminación anticipada del conflicto litigioso.

Sin embargo, y a pesar del carácter constitucional que le fue otorgado a estas formas de gestión, tratamiento y transformación de los conflictos, y el *boom* que han significado para la administración de justicia, los problemas de acceso, judicialización, congestión judicial e impunidad, entre otros, siguen estando latentes y van en aumento, pues su reglamentación no se ha orientado hacia la realización de la justicia como fin, sino como solución a un mero problema de acceso y congestión judicial que desconoce procesos de construcción participativa,

4 UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Las Transformaciones de la Administración de Justicia en Colombia. En: Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis socio - jurídico/ Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas. Tomo I. Bogotá : Siglo del Hombre Editores, 2001. p. 302.

sin tener en cuenta las interculturalidades y escenarios donde los diferentes actores interactúan para el logro de la justicia.

3. ESTADO DE LOS MECANISMOS “COMUNITARIOS” - CONCILIACIÓN EN EQUIDAD

Varios países del mundo, han adoptado los mecanismos extrajudiciales para la gestión, tratamiento y transformación de los conflictos. En el Perú, por ejemplo, la institución de los jueces de paz, a cargo de personas con reconocimiento y liderazgo en la comunidad, que el Estado invierte de poder de conciliación y que trabajan *ad - honorem*, constituyen el 80% de los funcionarios judiciales de ese país y resuelven el 51% de los conflictos que se someten a la justicia. En Colombia en cambio, la figura apenas empieza a arrojar algunos resultados que aún no reflejan hoy la eficiencia que en materia judicial se espera, en tanto novedad jurídica, que no ha tenido el mayor despliegue estatal requerido.

3.1. LA CONCILIACIÓN EN GENERAL

En el país, el mecanismo extrajudicial con más desarrollo es la “Conciliación”, pero desde el ámbito legislativo y con un nivel de complejidad en su aplicación jurídica. Esta herramienta tiene dos modalidades, a saber: Conciliación Extrajudicial en Derecho y Conciliación Extrajudicial en Equidad. Esta última, es lo que muchos estudiosos del tema han denominado “de tipo mixto o figura bisagra”, al igual que los jueces de paz, pues combina lo institucional y legal con lo comunitario. Además, constituye una novedad en la legislación colombiana y en la Constitución que se expidió desde de 1991, y que se cree hoy, es lo que se ha venido aplicando.

La Conciliación adquiere fundamento constitucional con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, según la disposición del artículo 116, cuyo cuarto inciso dice: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad en los términos que determine la ley”.

También, y en desarrollo de este artículo, y con fundamento en el artículo 5 transitorio de la Carta, se expidió el Decreto 2651, ampliando el campo de acción de la Conciliación y reforzando su regulación. Después, en 1998, se expide la Ley 446, que impone como legislación permanente las normas sobre conciliación indicadas por el decreto en mención; y finalmente, en el año 2001, se expide la Ley 640, que regula más en profundidad lo relativo a la Conciliación y establece la obligatoriedad de acudir a ella como requisito de procedibilidad.

Este mecanismo ha adquirido una fuerte importancia en todo el país y según lo indica la Dirección de Centros de Conciliación, Arbitraje y Amigable

Composición del Ministerio de Justicia y del Derecho, reportó buenos índices de efectividad para el año 1999. Esto se consolida a partir de cifras suministradas por los Centros de Conciliación que reportaron su información, arrojando los siguientes resultados⁵

		Solicitadas	Conciliadas	Conc. Parcial	Fracasadas	En Civil
1999	Consultorios Jurídicos Universidades	8.066	3.907	21	4.047	2.416
	Personas jurídicas sin ánimo de lucro	5.443	3.359	42	1.799	1.152
TOTAL	COMBINADO	13.509	7.266	63	5.846	3.568

El cuadro nos muestra, que de 13.509 audiencias solicitadas, el 53.8% de ellas, terminaron en un acuerdo. Esto demuestra la efectiva aplicación de este mecanismo.

Frente a estas cifras y a unos altísimos niveles de congestión judicial que en 1999 habían llegado a un número de 3´280.701 de procesos acumulados⁶, el entonces Ministro de Justicia, Rómulo González Trujillo, presentó en 1999 el proyecto de lo que hoy en día es la Ley 640 de 2001. En la exposición de motivos del proyecto⁷, se defiende la institución, afirmando que la Conciliación, "además de descongestionar los despachos judiciales, abarata los costos de trámite judicial", ya que con una inversión de \$400´700.000 entre 1994 y 1998, frente a una inversión de \$96.071´000.000 en el sector jurisdiccional, se había logrado cubrir un 78% del territorio nacional con esta alternativa a través de 145 centros de conciliación y 5.800 conciliadores que, al momento de presentar el proyecto, habían realizado un total de 48.053 conciliaciones.

El proyecto de ley argumentaba que los niveles de productividad de la conciliación eran cinco veces mayores a los de la justicia ordinaria, pese a las dificultades en cuanto a la infraestructura para este mecanismo. Los costos, por su parte, son muchísimo menores; la diferencia de costos entre manejar un asunto por la vía conciliatoria y la judicial, es de \$8.338 en el primer caso, frente a \$2´500.000, en el segundo. Finalmente, el proyecto de ley prosperó y dio como resultado la **elevación de la Conciliación a requisito de procedibilidad para acceder a la justicia ordinaria.**

5 Informe Dirección de Centros de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición del Ministerio de Justicia y del Derecho. Año 1999.

6 Indicadores de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura, en <http://www.iadb.org/mif/eng/conferences>

7 Congreso de la República. Gaceta del Congreso N° 400. Proyecto de Ley 148/99, Senado.

Ahora, si bien se habla mucho de la Conciliación extrajudicial y su efectividad respecto por ejemplo, de la justicia laboral y de familia, hay que afirmar que esto sólo ha sido en estas esferas jurídicas y de monopolio exclusivo de la Administración de Justicia, que parece desconocer, que aparte de esta modalidad de conciliación, existe también otra que se sale un poco de todas estas formalidades del sistema, pues fue creada para tratar conflictos comunitarios a partir de las dinámicas del contexto en que se generan estos, pero ha tenido poca difusión, no se le ha prestado la atención que merece y su poca probable efectividad, se debe, en gran parte, a la ausencia de una política pública real que brinde garantías, tanto para los operadores de este mecanismo, como para las personas que utilizan este recurso.

La aplicación de la Conciliación se ha delegado a los centros de conciliación, a organismos de carácter gremial, asociaciones, fundaciones y consultorios jurídicos de las facultades de Derecho de las universidades del país. El crecimiento de estas instituciones, en parte, refleja el auge de los Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) en Colombia y no se niega la relevancia que han alcanzado figuras como la Conciliación en Derecho y el Arbitraje en el tratamiento y transformación de disputas. Pero falta divulgación y consolidación de estos mecanismos, especialmente de los que se han denominado como mixtos, en tanto consultan realmente los intereses de las comunidades.

El modelo de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) que adopta la Administración de Justicia, establece un sistema que se califica de tendencia restringida, ya que en cuanto a las entidades prestadoras de este servicio, sólo pueden crear centros de conciliación y arbitraje las personas jurídicas, específicamente, las que no posean ánimo de lucro (concretamente, para el caso de la Conciliación en derecho, esta es una exigencia). En cuanto al perfil de sus operadores, la legislación colombiana dispone que cuando la Conciliación o el arbitraje sean en Derecho, el operador deberá ser abogado, y cuando se trate de Conciliación en equidad o el arbitraje sea en equidad o de carácter técnico, o también, en el caso de la amigable composición, la ley no efectúa requerimiento alguno. Luego, otras instituciones también aplican la conciliación, es el caso de las Casas de Justicia, que a través de sus funcionarios que están habilitados para conciliar (inspectores de policía, defensores de familia, etc.) llevan a cabo las denominadas "Conciliaciones extrajudiciales administrativas".

3.2. LA CONCILIACIÓN EN EQUIDAD: SIN UN VERDADERO AFIANZAMIENTO

Como vemos, lo anterior indica que la Conciliación en Equidad no ha tenido gran difusión y promoción como verdadera herramienta para la gestión, el tratamiento y la transformación de los conflictos, aún si tenemos en cuenta, que esta es una innovación en materia legislativa, que en aras del reconocimiento de un pluralismo jurídico, se creó para que las comunidades, de acuerdo con sus propias dinámicas culturales, resuelvan sus controversias de manera pacífica. Sin

embargo, esta figura no se ha desarrollado como tal, pues ha faltado para el efecto, una política pública seria y coherente en materia de justicia comunitaria, menos retórica y coyuntural y más proactiva y estructural que valore, promueva, construya y potencie, una propuesta de mecanismos de transformación de conflictos, como dispositivos y herramientas que faciliten a los operadores de la justicia comunitaria su labor, y por ende, facilite a ciudadanas y ciudadanos su acceso y realización de justicia.⁸

Más que desarrollos normativos, que en materia de conciliación abundan, lo que le ha faltado a la figura es una política efectiva que desarrolle los fines para los cuales fue creada. El dotar a la comunidad de herramientas para el tratamiento de sus conflictos, no debe obedecer a una necesidad de desjudicialización de cierto tipo de conflictos y descongestión de despachos judiciales como finalidad, con la cual se logre el acceso y realización de la justicia, pues si bien es cierto que la reglamentación de la Conciliación en Equidad parte de la necesidad estatal de liberar un poco la carga de los despachos judiciales y promover el acceso ciudadano a la justicia, los resultados de su implementación y práctica, hasta el momento, no arrojan los niveles de importancia y de desarrollo que se esperaban de las normatividades que la regulan.

La figura carece de un real afianzamiento como verdadera herramienta para el acceso y realización de la justicia en los diferentes espacios comunitarios. Su funcionamiento ha sido muy marginal; la ausencia de difusión y promoción, la falta de apoyo y acompañamiento a los procesos de sensibilización y capacitación a operadores comunitarios y a la comunidad en general, le restan validez y legitimidad al lado de otros dispositivos legales que también fueron creados con la misma finalidad.

En este sentido, la formalidad de la cual se dota a la Conciliación en equidad, y que tiene como sustento, el darle un espacio propio de validez, no sólo ante las comunidades, sino también ante los entes gubernamentales y de administración estatal de justicia, termina propiciando un efecto contrario, expresado en la pérdida de la esencia legítima con que cuenta esta figura, tanto en la comunidad, como en el proceso de legitimación ante la administración de justicia.

La entrada en vigencia de la Ley 640 de 2001, que regula la Conciliación en Derecho, también le reduce espacio de aplicación y desarrollo a la Conciliación en Equidad, al quedar, la primera, como requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y de familia, dejando de lado, las audiencias de conciliación realizadas precisamente por Conciliadores en

8 Clara Inés Atehortúa Arredondo y Hernando Loaiza Bastidas, miembros del Equipo del Programa de Justicia, Conflicto, Derechos Humanos y Paz, del Instituto Popular de Capacitación – IPC. Ponencia presentada en el evento “Taller regional para la construcción y el fortalecimiento de la política pública para la conciliación en equidad”. Medellín, marzo de 2002.

equidad, lo que en un tiempo, terminará suprimiéndole relevancia a esta figura, pues la ley señala, que de no llevarse a cabo un trámite conciliatorio en derecho que es efectuado por abogados acreditados como conciliadores, avalados como tal por el Ministerio de Justicia y del Derecho, e inscritos ante un Centro de Conciliación, serán rechazadas las demandas que en estas materias se presenten.

Luego, si bien la Conciliación en equidad está reglamentada por la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998, su funcionamiento durante estos casi 13 años de práctica, no ha estado orientado por el desarrollo de una verdadera política pública que impulse su posicionamiento en los espacios comunitarios, que la conviertan en un medio idóneo de acceso y realización de justicia dirigido a sectores excluidos del servicio de justicia estatal.

Falta el desarrollo de su institucionalidad como norma constructora de lo común, para todos (as) los (as) ciudadanos (as), a partir de la justicia comunitaria y su inclusión en los planes de desarrollo nacional o municipal, que conviertan a la Conciliación en equidad en un mecanismo de acceso y realización de la justicia, por medio de la gestión, el tratamiento y la transformación de conflictos, materialización de los Derechos Humanos y de la justicia, desde el sentido democrático, es decir, como valor realizado y acogido por las comunidades.

La creación y formación de los operadores de éste mecanismo y sus espacios, es otro aspecto que indica que a la Conciliación en equidad no se le ha prestado la atención requerida, ya que a estos procesos les ha faltado un apoyo real por parte de las administraciones municipales y demás entes gubernamentales. La ausencia de un real espacio jurídico, social, cultural y político, ha impedido que se avance en la construcción de un espacio propio, donde los operadores comunitarios y los usuarios desarrollen la figura.

Desde 1993, se han creado aproximadamente unos 150 centros de conciliación que no incluyen en sus prácticas cotidianas a la Conciliación en equidad, pues esta ha quedado relegada sólo a los espacios barriales y comunitarios, sin mayores espacios que los procurados por los diferentes operadores y las personas que acuden a ellos. A esto se le suma el que los operadores carecen de apoyo formativo para superar las deficiencias que en la práctica de la figura, pueden presentarse.

A los líderes y a la comunidad en general, no se les ha sensibilizado frente a dichos mecanismos, en cuanto herramientas eficaces para la realización de justicia; su formación no ha trascendido el **cómo conciliar** y **qué es conciliable**; no se tiene una visión completa de lo que es el conflicto y su importancia en las relaciones sociales; tampoco, hay nociones claras sobre los Derechos Humanos y justicia, que conviertan a los conciliadores en verdaderos actores de justicia comunitaria, que los legitime como reales operadores de justicia, y así, logren aportar en la transformación de los conflictos.

3.3. POLÍTICAS PÚBLICAS EN CONCILIACIÓN EN EQUIDAD

El diseño de la política pública para la Conciliación en Equidad debe estar orientada hacia la configuración de una estrategia de construcción y fortalecimiento de la JUSTICIA COMUNITARIA, como expresión propia de las comunidades, abandonando la idea de que es un mecanismo creado a partir de la necesidad del Estado de disminuir las cargas generadas por la congestión de los despachos judiciales y para enfrentar la impunidad, justificando realmente su desarrollo en la legitimidad que tiene la figura y los centros de mediación comunitaria en las poblaciones donde los operadores comunitarios la aplican, a partir de sus particularidades conflictuales, para el logro de la convivencia y la reconstrucción de tejido social vulnerado por la violencia y el conflicto armado.

El sistema de justicia comunitaria necesita para su existencia, la generación de un diálogo y análisis con la justicia estatal, que no las determine como opuestas a una y otra, sino como complementarias dentro de un proceso hacia la construcción de lo justo, superando la relación de dependencia que existe entre la administración de justicia y los llamados mecanismos de solución de conflictos, que han invisibilizado la importancia y desarrollo de la justicia comunitaria. Para lograr este diálogo y análisis comparativo y diferenciador, es necesario también que la legalización, regulación, formalización y reconocimiento de los mecanismos de gestión, tratamiento y transformación de conflictos por parte del Estado, no cierre los espacios y uso que las comunidades tienen dispuestos para los mismos, sino que ese reconocimiento los redimensione y pueda lograrse un apoyo y legitimidad de los mismos frente a la administración de justicia, expresado en canales de intercambio, retroalimentación y reconocimiento mutuo.⁹

4. ¿QUÉ DEBE HACERSE?

La formación de la comunidad debe estar orientada a la promoción de la figura, desde su posibilidad de acceso, ventajas y beneficios para esta, en tanto la comunidad reconozca su existencia y ayude a posicionarla, otorgándole legitimidad dentro de los ámbitos sociales en los cuales se desarrolla.

La Conciliación en Equidad y la Justicia Comunitaria no deben responder a intereses particulares. Su práctica, debe ser el sustento de procesos sociales que se llevan a cabo en una sociedad pluricultural que desarrolla medios idóneos de realización de justicia. Acá, lo más importante es promover las prácticas culturales, sociales y políticas de tratar los problemas de manera no violenta entre las mismas comunidades, de promover el reconocimiento a líderes que desde la equidad y el respeto a los Derechos Humanos, tramita los conflictos entre la comunidad, y en este sentido, va más allá de la norma.¹⁰

9 Ibíd.

10 Ibíd.

La intervención estatal no se puede agotar en la simple expedición de normas que regulen las prácticas comunitarias. Debe trabajarse en la configuración de espacios que trasciendan la norma; en la propuesta de espacios sociales, donde se construya, y reconstruya, la Conciliación en Equidad y la Justicia Comunitaria.

La institucionalidad de estas figuras no debe restringir los escenarios de interlocución para los operadores comunitarios. Los espacios de acción con los que cuentan estos operadores son muy precarios, comparados con los disponibles para la Conciliación en derecho. Los Conciliadores en equidad no tienen a su disposición espacios físicos adecuados, donde se puedan llevar a cabo las Audiencias de Conciliación, en condiciones que permitan a los diferentes sujetos el acercamiento debido y confianza en la figura.

Promover el diálogo de la Justicia Comunitaria con los diferentes escenarios estatales, garantizaría los niveles de inclusión que necesita la Conciliación en equidad para configurarse como medio democrático, a través del cual, se produzcan avances que permitan que ella se adecue a los desarrollos de la sociedad sin perder legitimidad en las comunidades.

Las reformas que en la actualidad propone el gobierno tienden a suprimir del ordenamiento jurídico, las figuras que en 1991 se crearon para ser desarrolladas en espacios comunitarios, como los jueces de paz y los conciliadores en equidad. Dicha reforma propone la creación de jueces similares a los promiscuos para que operen en las Casas de Justicia y fallen en 10 días los casos no susceptibles de conciliación; las conciliaciones serían efectuadas por expertos en el tema, es decir, conciliadores y abogados capacitados para el efecto: según esto, no sería necesaria la intervención de otro tipo de mediadores, y mucho menos, los comunitarios; sólo encuadrarían dentro de esta lógica, las instancias que prestan ayuda técnica al Juez y al Conciliador, por ejemplo, el ICBF, Medicina Legal, etc. Todo ello, se sustenta en la idea de que la justicia comunitaria no está organizada como un verdadero sistema de justicia, no tiene competencias claras y hay demasiadas figuras para atender, que no interlocutan entre sí, y mucho menos, dialogan con las instancias formales del sistema judicial.

POR LA DEFENSA DE LA CONCILIACIÓN EN EQUIDAD

*Ursula Fernanda Castellanos Moreno
César David Gordillo Vidales¹*

1. ACERCA DEL CONFLICTO

Colombia sufre por estos tiempos graves problemas que requieren su recomposición. Es válido retomar el pensamiento de Estanislao Zuleta, cuando escribía: “No se puede respetar el pensamiento del otro, tomarlo seriamente en consideración...cuando creemos que la verdad habla por nuestra boca, porque entonces el pensamiento del otro, solo puede ser error o mala fe...”². Así, el problema de la salida de los conflictos como camino hacia la paz se empieza por restaurar la mirada hacia las demás personas, ya que solo el intercambio de pareceres, permitiría las soluciones.

El conflicto, tomando el sentido de la diferencia, es necesario para el avance de una sociedad, o si no, arriesgamos a quedarnos en un estancamiento eterno, sin embargo, toda diferencia exige un tratamiento que la encauce a la construcción del bienestar general. Al respecto, ya ha habido algunos acuerdos formales, reconociendo, tal como lo hace la Constitución de 1991, una sociedad pluricultural, exigiendo el reconocimiento de todos como diferentes, sin cabida a la exclusión, para construir proyectos de nación involucrando a cada una de las personas que la componen.

La perspectiva del pluralismo exige herramientas garantes de la participación ciudadana en la toma de decisiones que afecten su futuro y su entorno, trascendiendo la igualdad formal y reconociendo a cada actor social como un actor político, que aproveche las ventajas de la diferencia con el fin de enriquecer las propuestas de mejora en la calidad de vida de cada quien. Por ello, en el marco de la participación ciudadana, no es posible dejar de lado lo atinente a la administración de justicia, aspecto fundamental de la problemática social, pues sólo haciéndola partícipe de la decisión, ella será vinculante para todas las partes encontradas, propiciando su respeto y cumplimiento.

1 Miembros de la Corporación Compromiso. Bucaramanga – Colombia.

2 ZULETA, Estanislao. El elogio de la dificultad y otros ensayos. S/ciudad. Fundación “Estanislao Zuleta”. Sáenz Editores. 1994. p. 13.

Los ciudadanos partícipes y orientadores de las soluciones pacíficas frente a sus diferencias, deben ser parte activa y concedora del entorno en que ocurran los conflictos para que con la sapiencia sobre su comunidad, tengan capacidad de interlocución por el reconocimiento que los demás les otorguen como conciliadores.

2. TRADICIÓN JURÍDICO NORMATIVA COLOMBIANA

El Derecho, es el instrumento diseñado y utilizado por las sociedades modernas para regular las relaciones interpersonales y las surgidas entre los particulares y el Estado. Este instrumento, que tradicionalmente sirve para resolver los conflictos, adolece de ciertos vicios que, hoy por hoy, lo hacen incompetente, contradictorio, ilegítimo e ineficaz. Se trata de fallas intrínsecas, desde el hecho de ser creado por unas cuantas personas y no por todas, ni siquiera, por una representación real, pues sólo quienes han accedido a la educación para el poder, pueden detentarlo y manejarlo, lo cual realizan en aras de sus propios intereses, sin reflejar las necesidades del pueblo.

Lo anterior, que podría denominarse el aspecto jurídico del sistema económico que nos rige, para su mantenimiento, pese a la inconformidad sentida y declarada por las mayorías, ha requerido el cumplimiento, so pena de la sanción, de la exclusión, de la estigmatización y ha implantado el culto a la ley, la obediencia ciega a los preceptos legales, en fin, una serie de actitudes impuestas que nunca han permitido el desarrollo de los modelos naturales comunitarios para la resolución de los problemas que aquejan a determinada sociedad con sus particularidades.

En este orden de ideas, brevemente se ha dicho que en Colombia, un país con marcada herencia romana, ha hecho carrera la idea del Derecho como el único mecanismo para la resolución de los conflictos. Sin embargo, ante la necesidad de liberar las tensiones engendradas en sociedades inequitativas y ante la incapacidad que para el efecto demostró la práctica cotidiana del Derecho, se han desarrollado, incluso legislativamente, los llamados Mecanismos alternos de solución de conflictos - MASC, entre los cuales, se hallan la conciliación, la mediación, la amigable composición, el arbitramento y la negociación.

Entre las razones que dieron origen a la concepción de los MASC, encontramos que en Colombia, el acceso a la administración de justicia en muchos lugares es inexistente, o en el mejor de los casos, muy precario, además, las personas ignoran los derechos de los cuales son legalmente titulares y los sitios donde actúan las autoridades, especialmente en las zonas rurales, se encuentra muy apartado de sus residencias. Por otra parte, se hallan mayores inconvenientes en la administración de justicia, como la problemática de la congestión de los despachos judiciales, los elevados costos del litigio, la excesiva tramitomanía, los formalismos, la ausencia de participación de la sociedad en el diagnóstico y la

solución de los conflictos, la corrupción, la desconfianza de la justicia, la creciente impunidad, entre otros aspectos.

Los MASC, son producto de la intención, que sociedades en crisis como la colombiana, tienen de revalidar el papel de la justicia, siempre con la visión de ser operativos al resolver los problemas ocasionados en el interior de una comunidad, situación que, reiteramos, ha sido incapaz de satisfacer el aparato jurisdiccional formal.

3. LOS MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS - MASC

La pretensión política, social y jurídica de establecer unos Mecanismos alternos para la resolución de conflictos, está centrada en la necesidad de ampliar los espacios democráticos y participativos de las comunidades, en aras de dar salida a sus propios problemas. Es así, como los MASC suponen que los protagonistas de los choques de intereses adopten sus propias decisiones para componer la situación de conflicto. El ejercicio de estos mecanismos, de ninguna manera, invalida la práctica tradicional del Derecho, pues no es su contradictor, sino que es la posibilidad real de que los actores del conflicto consigan su solución de manera también pacífica, pero más eficaz, legítima y vinculante.

Se trata de una justicia informalizada y flexible frente al poder judicial que privilegia los procedimientos naturales y simplificados, por lo tanto, tiene varias ventajas, que hace de los MASC una necesidad atractiva para generar sociedades más equitativas y justas.

Estos mecanismos, significan varias ventajas en el momento de su ejercicio: de esta manera, la informalidad, la participación comunitaria, la rapidez, la legitimidad, la eficiencia, la idoneidad, el particularismo, la fuerza vinculante de las decisiones, la flexibilidad y la toma de decisiones con base en la equidad y en el sentido común, son características que enriquecen la práctica de estos MASC.

Partiendo de que las causas de los conflictos cotidianos en las comunidades, por variadas que se presenten, son esencialmente los problemas de convivencia, las posiciones extremas, los malos entendidos, la intolerancia, la insatisfacción de necesidades, las diferencias sociales, la discriminación y el no reconocimiento de los errores propios al momento de resolver el conflicto, es menester, ya sea desde la justicia formal o de los MASC, atender estas causas para realmente dar respuesta satisfactoria al problema en concreto. En este sentido, claro es que la sana lógica es fundamental para dicha tarea, y mucho mejor, si se usa sin los intrínquilis de un procedimiento formalizado, que en la mayoría de los casos imposibilita ver los problemas desde el sentido común, y que por el contrario, siempre quieren encontrar más complicaciones que las del mismo conflicto a solucionar. Ahí, está seguramente el secreto mágico de los MASC para ser tan

eficientes, pues los actores del conflicto son también protagonistas de su solución, y al ser partícipes de esta, ella los vincula a cumplirlos sin imposición, ni sentimiento de pérdida o de injusticia.

4. LA REFERENCIA DE OTROS MASC

Entre los diferentes Mecanismos alternos para la resolución de conflictos se encuentra la Conciliación, que es el objeto temático de este artículo. En todo caso, mal haríamos en no referenciar los demás MASC.

4.1. LA NEGOCIACIÓN DIRECTA

Es un acto cotidiano de exposición de los puntos de vista que es realizada por las mismas partes encontradas, quienes analizan los intereses y las opciones hasta llegar a compromisos o acuerdos que satisfaga a cada una de las partes.

4.2. LA AMIGABLE COMPOSICIÓN

Es el mecanismo acorde con el cual, las partes confían la solución a terceras personas, que propone un arreglo justo para las partes, las cuales de antemano se han comprometido a cumplir partiendo de la base que es un arreglo imparcial.

4.3. LA MEDIACIÓN

Es un acto de voluntad, donde las partes en conflicto aceptan a un tercero imparcial en el proceso de acuerdo. Este tercero, facilita la conversación y el acuerdo de una solución voluntaria, que se consigna finalmente en un documento de compromiso entre las partes.

4.4. LA CONCILIACIÓN

Es el mecanismo de conformidad con el cual, un tercero neutral ajeno, ayuda a que las partes identifiquen sus diferencias y formula propuestas de solución del conflicto.

5. DE LA CONCILIACION EN EQUIDAD

5.1. LA “CONTAMINACIÓN” DEL DERECHO FORMAL

A partir de la Ley 640 del año 2001, los MASC se convirtieron nuevamente en el tema de moda en materia de administración de justicia a través de particulares. Lamentablemente, es dicha ley la que le quita a la Conciliación su carácter alternativo, toda vez que la convirtió en un requisito para presentar una demanda ante la justicia ordinaria. De igual forma, las leyes, decretos y estatutos que han aparecido desde el año 1989, han pretendido reglamentar y formalizar todo lo referente a los MASC. Es el caso de la Conciliación en equidad, figura que pretende reglamentarse al extremo, equiparándola a la Conciliación en derecho,

ésta última, ya reglamentada en 1991 con la Ley 23, y en años posteriores con decretos, leyes y resoluciones. Con este panorama, podríamos afirmar que la Conciliación en equidad viene cediendo terreno al Derecho procesal o que se está contaminando del Derecho formal.

Así, permitir la entrada de los formalismos, los trámites y los vicios del Derecho formal, implica replicar en los particulares y en sus comunidades, el mismo modelo colapsado. Por ello, debemos tener especial cuidado desde el mismo proceso de formación de los futuros conciliadores y conciliadoras en equidad.

Imaginémonos ¿qué podría suceder con un Conciliador en equidad capacitado por abogados, jueces, fiscales, e ilustrado por códigos, leyes, decretos, etc.? La pregunta a responderse a su vez, bajo este espectro, sería: ¿en dónde está lo alternativo de la figura?, ¿en qué radica su diferencia con la justicia tradicional?

Al respecto, traemos a colación un elemento literario que nos ilustra:

Un día, en una de las casas de un campamento de la América del Sur, una hamaca que descansaba sus extremos en dos horcones, quiso conversar con una cama que ocupaba el mejor lugar de la habitación.

- Quiero decirte, querida amiga -dijo la hamaca a la cama- que anoche estuve pensando en algo.

- ¿En qué?-Preguntó la cama-

- En que tu fuiste concebida y fabricada para otras tierras, para otros climas y para otras gentes.

- ¿Yo? ¡Estás loca! -Exclamó la cama- ¿Acaso no ves cómo las gentes de estas tierras me utilizan para descansar y para dormir, y que aunque entré a la América hace mucho tiempo, por la conquista, el continente entero duerme sobre mí?

- Eres además insoportable. Para moverte, cuatro hombres deben desarmarte y volverte a armar. ¿Y cuánto pesas? A más de eso, eres caliente. Tu pesadez hace imposible que sobre el calor de tus maderas, de tus hierros y resortes se pueda mecer la gente acariciando el aire quieto de la alcoba. Y estás manchada desde tu origen, porque las fábricas y talleres que tus hierros fundieron y pulieron tus maderas, quemaron el horizonte con humo e inundaron el aire de aserrín. Por último, quien te usa para dormir nunca te vio nacer, no sabiendo de dónde vienes, ni quien te hizo, te compró en un almacén.

- Por el contrario -continuó hablando la hamaca- mira mi colorido, es un arco iris hecho por tintas vegetales; gracias al color del que estoy hecha, soy fresca y propicia para estos climas. No necesito una base y

cuatro patas, de cualesquiera dos postes puedo ser colgada fácilmente. Peso un par de kilos, nada más. Y me puedo envolver sobre mi misma y relegarme a un rinconcito permitiendo que la alcoba sea ocupada con otras cosas. Puedo ser transportada fácilmente. Además sirvo para dormir, para descansar, o para conversar, ...

- ¿Y qué insinúas con todo eso? - dijo la cama molesta-

- *Que este continente mestizo tiene que aprender a ver en mi, la grandeza de la raza que hace siglos me creó.*³

Además de reconocer como lo dijo la hamaca, la grandeza de su raza, este es un buen ejemplo para ver que nuestras particularidades son las que permiten un desarrollo pleno, conciente, propio, y en la misma medida, justo; pues llevando la situación al ámbito de los conflictos comunitarios, nadie es más adecuado que una persona del mismo entorno (hamaca), quien conoce la idiosincrasia de la comunidad, quien comparte sus necesidades y sus anhelos, quien vivencia día a día el devenir de esa particularísima población, para ayudar a resolver las controversias que se suscitan a su interior. Por el contrario, el tradicional juez (cama) quien es ajeno a las costumbres de cierta comunidad, no podría, aunque quisiera e hiciera el mejor de sus esfuerzos, comprender el conflicto, ni su origen, y mucho menos, podría aportar elementos para su salida. Por el contrario, su intervención implicaría problematizar más la situación, ya que él le añadiría sus situaciones, prejuicios y pasiones, que siendo las propias de otra comunidad, no significan sino mayores complicaciones.

Las consideraciones expuestas podrían acarrear más inconvenientes al incluir el hecho cierto de que el juez, no solo es un agente externo, ajeno y desconocedor de las problemáticas comunitarias, sino que también es el operador de un derecho creado por los intereses del pequeño grupo de personas que lo elaboran con componendas, maquinarias, alianzas por votos, beneficios particulares, máximo, cuando nos encontramos en un país en el que, ni a pesar del mandato constitucional, se ha implantado una democracia participativa (quedándonos en la representatividad, y en una representatividad parcializada) solo de los medios de comunicación y de las familias que durante siglos han mal - llevado nuestros destinos. Entonces, el juez debe limitarse, en aras del Estado de Derecho, no del Estado social y democrático, a aplicar las leyes creadas por unos, en su exclusivo beneficio, supuesto que desde el principio implica soluciones inequitativas.

Recordemos que una de las debilidades del proceso liderado en años pasados por el Ministerio de Justicia (o también del Derecho), fue el de otorgar al conciliador una formación eminentemente jurídica. Si bien es cierto, que dicho particular

3 SÁNCHEZ JULIAO, David. Fábula "Tía Hamaca y Tía Cama".

debe manejar unos mínimos conceptos jurídicos, también lo es, que el ideal no es formar tinterillos. La formación del conciliador debe responder a las necesidades de su entorno.

5.2. CONCILIACIÓN EN EQUIDAD Y UN SISTEMA DE JUSTICIA COLAPSADO

Es obvio, que por el camino nos encontraremos con muchas dificultades y seguramente con enemigos de la figura, quienes posiblemente plantearán algunas afirmaciones hechas en encuentros de conciliadores a nivel regional, las cuales van encaminadas a pretender evaluarla en su corta existencia, colocando en tela de juicio, tanto a la Conciliación en equidad, como a quienes la ejercen.

A quienes son enemigos de la Conciliación en Equidad, es preciso recordarles que nuestro sistema tradicional de administrar justicia está colapsado, a pesar de los esfuerzos por mejorar la infraestructura del aparato, así como los salarios de jueces y magistrados. ¿ Si este sistema ha fracasado en la práctica, a pesar de los recursos y de cientos de años para perfeccionarse, ¿ por qué no darle una oportunidad a las formas alternativas de solución de controversias ?

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Finalmente, teniendo en cuenta, tal como ya se expuso, que la Conciliación en Equidad permite a las personas una construcción social de la justicia, ampliando el impacto de crecimiento nacional con una democracia en retroalimentación entre la realidad y la norma, impulsarla, significa avanzar en el reconocimiento y relación de los conciliadores en equidad con los operadores de la justicia tradicional, dado el evidente complemento que son los unos de los otros.

Adicionalmente, un país tan desquebrajado sin estrategias de gobernabilidad, como se puede apreciar, en asuntos de convivencia y justicia, debe darle la oportunidad a las personas que reconstruyan su entorno en la resolución pacífica de conflictos, que con la mayor seguridad puede disminuir los elementos de violencia que más daño conllevan.

Con todos los bemoles con que ha subsistido la Conciliación en Equidad, se debe fortalecer con un apoyo decidido de las autoridades para que concreten una Política pública que la haga viable, pues se ha demostrado que la justicia, como agente ajeno a las problemáticas reales, ha sido facilitadora de la solución de los conflictos, por las razones ya expuestas.