

Claves para el estudio de las políticas en justicia comunitaria

EDGAR ARDILA AMAYA *



Este artículo señala que los mecanismos de justicia comunitaria son resultado de dinámicas sociales diversas e incluso antagonicas, y aunque la valoración que se hace y la expectativa que de ellos se tiene suelen ser positivas, preocupa que puedan convertirse en factor de reproducción y acentuación de las desigualdades sociales o que sirvan para coartar las transformaciones de fondo de la sociedad. El autor, con varios años de trabajo en este campo y partidario del impulso de los mecanismos de justicia comunitaria, propone para el análisis de las diferentes posibilidades, una comprensión de la relación entre el contexto en el que se da la actual emergencia de instrumentos de justicia comunitaria de variado signo y el papel que pueden cumplir en la transformación de la sociedad. La cuestión de fondo es aclarar por qué y en qué medida los procesos de justicia comunitaria pueden participar en una dinámica de transformación progresiva de nuestras sociedades. Para ello, explora los elementos identificatorios del escenario político-jurídico en el que se inscriben las dinámicas contemporáneas de la justicia comunitaria, analizando los factores que causan su expansión a la vez que sugiere las maneras en que interactúan las tendencias que presenta la administración de justicia en los ámbitos comunitarios y las apuestas políticas que convergen en los procesos actuales de este tipo de justicia.



Communitarian Justice as a contemporanean reality

This article shows that the mechanisms of community justice are the result of varied and sometimes conflicting social dynamics. Although these mechanisms tend to be highly regarded and well-received, it is disconcerting that they can also become factors in the reproduction and accentuation of social inequities, or can limit fundamental social transformations. The author, who has worked in this field for many years and has promoted mechanisms of community justice, proposes

* Profesor de la Universidad Nacional de Colombia; Red de Justicia Comunitaria.
edgardila@teleline.es

an analysis of the different possibilities [with regard to such mechanisms]. This analysis involves an understanding of the relationship that can exist with the current context of fervor surrounding the various types of instruments of community justice, and the role these can play in societal transformations. The underlying question is to clarify why and to what extent processes of community justice can participate in the progressive transformation of our societies. To this end, the author explores the key elements of the contemporary politico-legal setting of community justice and analyzes the factors that may be causing its expansion, as a reflection on the ways in which the different tendencies inherent in the administration of justice interact in community settings and the political strategies that converge in the current processes of this type of justice.

UN NUEVO MOMENTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La parte más visible de esta etapa de la administración de justicia puede recogerse en estas tres notas: 1) el cambio en las estrategias de intervención del aparato del Estado en la conflictividad; 2) la diversificación y expansión de mecanismos ajenos al aparato estatal que participan en los procesos de regulación y de administración de justicia, y 3) la retracción formal del Estado de ciertos ámbitos de la administración de justicia.

En cuanto al primer aspecto, los cambios en la intervención estatal en la conflictividad se evidencian en la multiplicación tanto de los órganos del aparato que están llamados a conducir la gestión de la misma, como también de las metodologías de tratamiento de las controversias que se les presentan. Lo primero porque cada vez más el aparato judicial cede espacio a otros órganos del Estado, principalmente de la rama ejecutiva del poder público.¹ Se multiplican las metodologías en tanto para unos conflictos la intervención estatal incorpora procedimientos que se fundan en el consenso de las partes y se centran en la construcción de tejido social;² aun cuando, para otros, se mantienen los procedimientos adjudicatorios, sometidos a una decisión que debe tomar el juez en aplicación de la ley. En

¹ En cuanto a la rama ejecutiva, es amplia la gama de actores que incursionan en el campo de los conflictos y va desde las autoridades de policía hasta actores del gobierno. La administración entra a intervenir, a través de sus diversos agentes, en conflictos que van desde los individuales y puramente privados hasta los colectivos y de interés público.

² Más allá del modelo generalizado de intervención de los órganos administrativos del Estado en los conflictos, la flexibilización de los procedimientos judiciales se hace principalmente de dos maneras. De un lado, se incorporan procedimientos informales a la tarea de administración de justicia formal, como un trámite prejudicial que en muchos casos se hace obligatorio. Los campos en los que más se ha desarrollado este camino son el de familia y el laboral, aun cuando hay ya una cierta experiencia en el campo penal. Del otro lado, se crean mecanismos nuevos, con una estructura procedimental completamente novedosa para la actuación en cierto tipo de casos.

cuanto al segundo aspecto, también hay diversificación y expansión en los actores de regulación y de gestión de conflictos que operan dentro y fuera del aparato del Estado.

Así, mecanismos con vínculos orgánicos en sectores empresariales participan cada vez más en la gestión de los conflictos –con presencia en terrenos que van desde lo local hasta lo transnacional, y con aspectos que van desde la reglamentación general hasta la gestión particular de conflictos–. Del mismo modo, se implementan formas de gestión de la justicia penal en las que se invoca a la comunidad y se pretende dar prioridad a la reconciliación sobre el castigo, pero con la dirección del aparato judicial estatal. También, por supuesto, están los instrumentos de gestión de conflictos que hacen parte de diferentes dinámicas comunitarias y movimientos sociales, que cobran un nuevo impulso en esta etapa.

En cuanto al tercer aspecto, el Estado se retrae de amplios ámbitos de la administración de justicia cediendo de manera formal terrenos que materialmente no puede controlar. Gracias a ello, aunque no de manera mecánica y necesaria, mecanismos de regulación y administración de justicia ajenos al aparato del Estado encuentran un terreno fértil donde germinar y crecer. Con estos mecanismos el Estado entabla una relación compleja frente a la cual no puede declararse plenamente la sustitución del aparato estatal por otras dinámicas de regulación ni la simple transformación de sus estructuras.

En las secciones que siguen ofreceremos algunos elementos de análisis para abordar la complejidad de estos cambios. En primer lugar, en cuanto al juego de interacciones que entablan los principios de regulación en la nueva etapa y, en segundo lugar, para entender cómo entran a operar los nuevos procesos de administración de justicia en los escenarios de regulación que pueden reconocerse en nuestras sociedades.

PRINCIPIOS DE REGULACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La complejidad de estos cambios podrá ser entendida mejor, si se comprende la que la precede y la enmarca, y para ello contamos con herramientas teóricas. En su obra más reciente, Boaventura de Souza Santos (2000) nos propone una construcción conceptual con la que podemos entender las sociedades modernas en general y la administración de justicia en particular. Interpretando al profesor de Coimbra, puede decirse que el paradigma de la modernidad es complejo y lleno de contradicciones. Por ello, no puede someterse de manera simple a una lógica. Al contrario, puede entenderse como la concurrencia articulada y competitiva de tres principios de regulación: el de Estado, el de mercado y el de comunidad.³ El

³ Tomo aquí parcialmente (por no incluir por el momento el pilar de la emancipación) el sistema de

primero se define como la obligación política vertical entre Estado y ciudadano. El principio de mercado como la obligación política horizontal y antagonica entre los agentes mercantiles. El principio de comunidad, como la obligación política horizontal solidaria entre los miembros de un ámbito de unidad y pertenencia. Los autores más destacados de cada uno de estos principios de regulación son identificables. Mientras en el principio de regulación estatal puede reconocerse primero a Hobbes, en el principio del mercado encontramos a Locke y en el principio de comunidad a Rousseau. Todos ellos cifran la libertad en el principio correspondiente de regulación. En cuanto a Rousseau (1983: 27 y ss), la libertad es propia de la naturaleza humana y sólo se realiza socialmente en la medida en que la comunidad encuentre lo que le interesa como colectivo. En Locke (1995: 36 y ss, 52) y en Smith lo que determina la libertad es sencillamente la posibilidad de elegir. Para Hobbes (1994: 215 y ss), la libertad es lo que el Estado dice a una persona que puede hacer, es decir, la persona es libre dentro de lo que el Estado le permite.

Es necesario entonces advertir que, si bien es el factor fundamental de organización y racionalización dentro de su territorio, el Estado no es el único que regula las relaciones sociales. La conocida frase de “la mano invisible del mercado” da cuenta de que en las sociedades modernas siempre ha estado presente la capacidad regulatoria del mercado. A la propuesta de Adam Smith subyace la recurrencia con la que el mercado regula las relaciones sociales. Y, en la medida en que están sometidas al principio del mercado, esas relaciones están reguladas por los factores dominantes que el mercado efectivamente sí regula de manera complementaria, competitiva o alternativa a la regulación estatal. Como veremos, esto se devela especialmente en las sociedades contemporáneas cuando tenemos un proceso de retracción de la regulación del Estado en amplios sectores. Se trata supuestamente de un fenómeno de desregulación, pero en realidad lo que se está dando es un proceso de regulación mercantil, el Estado se retracta pero, en lugar de que las relaciones sociales queden desreguladas, lo que generalmente ocurre es que son las normas del mercado las que toman el dominio. Las normas del mercado pasan a convertirse en dominantes. Y cuando se trata de un mercado oligopolista como el que existe en la actualidad en muchos ámbitos, los derechos que existían en el espacio de regulación estatal se empiezan a transformar en servicios y lo que teníamos como garantías desaparece simplemente porque dejamos de ser ciudadanos para pasar a ser clientes. Si no somos ciudadanos, no tenemos derechos. Como clientes tenemos otro tipo de prerrogativas que no nos permiten obligar al otro a satisfacer nuestro interés, como sí lo permite el principio de Estado.

análisis que desarrolla ampliamente Boaventura de Souza Santos 2000).

La comunidad también obra como principio de regulación y ha estado presente a lo largo de toda la modernidad determinando conjuntos más o menos amplios de las relaciones sociales y su conflictividad. Un elemento fundamental de cohesión de una comunidad es la regla. Si el hombre pierde el sentido de lo que es correcto y no sabe qué es el bien y el mal, se desnaturaliza como ser humano. Puede decirse que la naturaleza humana es la cultura; en tal sentido, cada comunidad tiene su propia naturaleza. Si a una comunidad se le quitan sus reglas le están quitando su naturaleza porque le están diciendo que no sea lo que es. La construcción de una comunidad es, en buena medida, su regulación. Las reglas son el esqueleto de una cultura. El esqueleto no es el animal pero sin el esqueleto no es posible ese ser. Y en la medida en que una comunidad tenga la posibilidad de regularse a sí misma, puede construirse como conjunto social y puede producir su propia identidad. Es también frente a las reglas que se establece el correlato de las dinámicas de pertenencia. El sentimiento de pertenencia se vincula al de estar sometido a las reglas de aquello a lo que se pertenece; mi pertenencia al grupo es mi adscripción a las reglas de este grupo. En tal sentido, la autogestión de la conflictividad desde los resortes culturales es una forma de construcción de las comunidades.

Ámbitos sociales muy extensos (con intensas dinámicas de identidad y pertenencia), y conjuntos relacionales muy amplios (con un peso relativo mayor de las dinámicas identitarias diferentes a la estatal) siempre han contado con el principio de comunidad como determinante en la regulación de las relaciones y la gestión de los conflictos. En contextos concretos, los sistemas de regulación social tienen que ser leídos como la convergencia del principio de comunidad, bien con el principio de Estado, bien con el de mercado. Tanto es así que, aún en los sectores sociales más integrados política y económicamente, buena parte de la conflictividad se resuelve bajo el principio de comunidad aun cuando se cuente con norma estatal para reglar el caso. Sin embargo, la capacidad regulatoria del principio de comunidad sufrió un proceso de socavamiento a lo largo de la modernidad, en la medida en que se han dado constantes procesos de urbanización y de migración, y se ha intensificado la incidencia de los medios masivos de comunicación en la vida cotidiana.

La comunidad siempre ha estado oculta regulando lo que se define como “no importante” en términos del contexto moderno. Su lugar siempre se ha definido como subordinado o supletorio frente a los otros dos principios de regulación, aun cuando siempre se acude a él como factor de legitimación. El mercado ha interactuado de maneras diversas con el principio de Estado como factor determinante en la regulación social. Además de la época presente, en el siglo XIX el mercado contó con altos niveles de predominio en la mayoría de los países occidentales. Pero el principio de Estado ha sido el eje del paradigma. El orden y la organización sociales establecen en este principio las bases del discurso articulador, pero los

otros dos principios participan de manera complementaria o competitiva en el establecimiento de las reglas que determinan los comportamientos sociales. Sin embargo, la relación entre los tres principios y, por tanto, el conjunto de las dinámicas de regulación tienden a cambiarse de manera fundamental en la época por la que estamos atravesando.

En consecuencia, pueden constatarse cambios sustanciales en la administración de justicia según se presenten los principios de regulación. En la misma medida en que el principio de Estado retrocede frente al avance de los otros dos principios, las lógicas de funcionamiento y los factores que los constituyen actúan como vectores en la gestión que en general se da a los conflictos en las sociedades modernas. La administración de justicia se ve afectada de manera diferenciada por los tres principios: el vector del principio de Estado opera en dirección de la soberanía y la seguridad jurídica; el vector del principio de mercado se dirige a la generación de ganancia apropiable de manera individual, y el vector del principio de comunidad se orienta hacia la identidad y la pertenencia.

Con ese marco de análisis podemos explicar que los conceptos de “seguridad jurídica y soberanía”, centrales en la concepción moderna de administración de justicia, se muestren intensamente afectados en la actual etapa. Ahora tiende a perder eficacia la ley estatal como mecanismo de asignación de derechos y, al debilitarse su base, se tambalea la seguridad jurídica que ofrece el orden moderno. Se habla de crisis del derecho, en tanto se reduce la eficacia de la norma legal como orientadora de las relaciones sociales, y se habla de crisis de la administración de justicia en tanto la capacidad del aparato judicial para atender la conflictividad es desbordada.⁴ En cuanto a la judicatura, la crisis se manifiesta en su insuficiencia estructural para atender toda la conflictividad: se congestionan los tribunales, los procesos se hacen cada vez más lentos y la impunidad se incrementa. En cuanto al sistema jurídico, la crisis se expresa en la insuficiencia del derecho para resolver muchos de los conflictos. Es lo que se ha denominado la “crisis del paradigma de la legalidad estatal monista” (Wolkmer, 1994: 91). Debido a esa crisis, muchos de los asuntos tienden a ser tratados por el régimen como asuntos extrajurídicos.⁵ La ilegitimidad del aparato judicial y del sistema jurídico estatal se manifiesta en una creciente tendencia al uso de mecanismos ajenos a ellos para el manejo de la conflictividad. En esas condiciones, reducir la administración de justi-

⁴ Sobre esta crisis del sistema jurídico pueden verse dos textos bastante distintos entre sí, pero muy pertinentes al objeto de este escrito: el primer capítulo del trabajo de Bonafé (1991) y el de Santos (1998). No obstante las diferencias, los dos trabajos se ocupan de analizar los elementos en los que se define una tensión estructural en los conflictos jurídicos, de cara al derecho y al aparato jurisdiccional.

⁵ Por ejemplo, como lo muestra Wolkmer, la estrategia más recurrida para sacar los asuntos colectivos de la órbita de la legalidad sería vinculando entidades no judiciales al manejo de la conflictividad, como por ejemplo de la rama ejecutiva del Estado.

cia al aparato judicial estatal, y el derecho al del Estado en esta época, sería ir en contra de las evidencias y ya no se podría sostener con el más mínimo asomo de realidad.

Las estadísticas de impunidad y de ineficiencia judicial parecen mostrar que el aparato judicial desaparece de la escena en la mayor parte de los conflictos sociales.⁶ Esto cobra mayor significación cuando el Estado se limita a ofrecer su protección puramente simbólica sobre asuntos que pueden ser de la mayor importancia para amplios sectores de la sociedad,⁷ dejando sin amparo derechos que son primordiales para la mayoría de la población.⁸ En la práctica, el Estado tiende a concentrar sus recursos donde las necesidades de acumulación capitalista lo requieren, los cuales en una etapa de acumulación globalizada del capital están determinadas por vectores cada vez menos controlables por los Estados.

Siendo así, lo que podemos caracterizar como un escenario de ejercicio pleno de la ciudadanía tiende a verse deteriorado (Habermas, 2000: 104) en la medida en que el Estado cada vez se encuentra más limitado para garantizar los derechos que consagran sus leyes internas. Allí parecen confluír una serie de causas entre las que podrían destacarse las siguientes: i) la tendiente retracción en la eficacia de las "ligaduras" o vínculos ante el avance de una actitud individualista entre los sectores que históricamente han ocupado este escenario;⁹ ii) la orientación de los recursos públicos a prioridades definidas por fuera de la institucionalidad democrática y progresivamente de manera independiente de las fronteras nacionales; iii) la búsqueda de competitividad en desmedro del gasto público que se traduce en la contracción del gasto social y de cierta burocracia, con lo cual, entre otras cosas, se pone límite a la respuesta que puede dar la judicatura a la conflictividad.

⁶ Puede ser indicativo el dato de que en España, en 1990, sólo se resolvió un asunto por cada cinco demandas nuevas (Pastor, 1993: 65).

⁷ En este marco, Faría se pregunta sobre el aparato judicial brasileño: "¿Tendrá en el ámbito de una sociedad altamente compleja, desigual y contradictoria, donde su imagen de 'confiabilidad' está puesta en duda por una parte significativa de la población, las condiciones técnicas, operativas e institucionales necesarias para asegurar la continuidad de su monopolio en relación con la solución de los conflictos" (Fariás, 1995: 85).

⁸ Como ocurre en Colombia. Contrasta la información disponible sobre la alta tasa de impunidad frente al delito de homicidio en tanto las cárceles registran elevados niveles de hacinamiento (superan el 300% de su capacidad), siendo ocupadas crecientemente por actores de delitos de producción y tráfico de drogas, de mucho menor impacto en la sociedad colombiana.

⁹ Provocada tal vez por la confluencia de tres factores: i) La disolución de estructuras sociales, comunidades y asociaciones, a partir de procesos de urbanización, migración y transformación de los espacios productivos; ii) el impacto de la labor cultural de los medios de comunicación, cada vez más globalizados, y iii) el desarrollo de tecnologías que favorecen el trabajo, el consumo y el ocio en condiciones de aislamiento.

Correlativamente, ese fenómeno de crisis en la juridicidad estatal y en la administración de justicia que se presenta en el escenario de ciudadanía, produce efectos sensibles en los otros escenarios de regulación social. En primer lugar porque excluye y marginaliza a sectores cada vez más extensos de la sociedad. En segundo lugar, porque la incorporación plena de una amplia franja de la población al escenario ciudadano es sustituida por una oferta de ciudadanía limitada en la que, en la práctica, sólo cuentan ciertos derechos, principalmente el del voto, quedando los otros derechos supeditados a los márgenes que permitan las políticas de inversión, de equilibrio fiscal, de competitividad, de seguridad. Y es en ese margen donde queda recluida la tutela judicial de los derechos. En tercer lugar, formas de regulación y de manejo de conflictos desarrolladas en escenarios regidos por estructuras jurídicas propias y autónomas frente a la del Estado, cobran un nuevo impulso como medios alcanzables para garantizar la convivencia en diferentes ámbitos de la sociedad, posiblemente potenciados, entre otras causas, por el resurgir de las identidades y el flujo de las dinámicas comunitarias que se hacen visibles en diferentes ámbitos del mundo. Finalmente, el Estado tiende a replantear su relación con esos escenarios de pluralismo jurídico abriéndose al reconocimiento de otras formas de juridicidad, otorgando validez ante la institución estatal a los mecanismos extraestatales, y descentralizando la estructura de administración de justicia para permitir la incursión de nuevos actores en la administración de justicia. La nueva actitud del aparato político, como veremos, se define como un camino de adaptación a las nuevas realidades pero cuidando de contar con mecanismos que permitan al Estado mantener el control.

DINÁMICAS DE REGULACIÓN, COMUNIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Dijimos en la sección anterior que en la época contemporánea pueden identificarse fuertes tendencias que promueven una retracción del Estado como principio de regulación. Esa retracción, como se afirma en el texto, se expresa tanto en lo local y en lo transnacional como en lo nacional. Frente a esa retracción ha habido una expansión de los otros principios de regulación. El mercado se ha ampliado como espacio de regulación, y la comunidad se ha expandido también. Como correlato viene dándose una importante transformación desde el punto de vista ideológico, y es que el Estado ya reconoce que no es el único que regula. Nunca ha sido el único pero ahora lo reconoce. Allí hay un enorme salto a partir del cual al Estado se le plantea la necesidad de articularse a la nueva realidad. Ahora, el Estado trata de que sus medios de regulación, si bien modificados sustancialmente, se mantengan hasta donde sea posible como componente central de una dinámica compleja de principios de regulación y de ordenamiento de la sociedad. Aunque para muchos (por ejemplo Santos, 1980-2000; Vallespin, 2000) el Estado lo que hace es poner orden a su propia retracción.

El mercado, crecientemente transnacionalizado a costa de los mercados internos y nacionales, se expande y empieza a ocupar el lugar dominante. Por vías diferentes, en cada caso puede verse cómo el mercado tiende a convertirse en el factor dominante de regulación. No sólo están ampliando los campos en los que las reglas de mercado sustituyen a las del Estado, sino que hay mecanismos mediante los cuales los actores mercantiles inciden directamente en la determinación de las políticas y las acciones estatales. Hasta cierto punto, lo que los órganos estatales hacen es tratar de adecuarse a la nueva realidad de manera tendencialmente subordinada.

La comunidad, que había estado eclipsada como principio de regulación, en la época actual cobra un nuevo aliento en la medida en que se acude a los vínculos identitarios para orientar los comportamientos con base en un criterio de obligatoriedad que se funda en la solidaridad de quienes se sienten parte de un todo común. Pero ese aliento se debate entre lo que es su desarrollo como principio de regulación, como un desarrollo de las necesidades genuinas de las personas y de los grupos que articula, como un desarrollo de las dinámicas identitarias y de los procesos de autorregulación frente a las necesidades que le imponen el mercado y el Estado. La comunidad se está expandiendo, pero posiblemente no sólo lo está haciendo desde el principio de comunidad sino también interpenetrado desde el principio de Estado y desde el principio de mercado.

Entonces, es desde esa dinámica compleja que tienen que ser leídas las tendencias de la administración de justicia. La comunidad aparece como un ámbito social que debe ser regulado por el Estado. Así, el Estado, intensamente interpenetrado por el principio de mercado, pone límites a la comunidad. Desde allí pueden leerse ciertas dinámicas de descentralización y de participación que se vienen impulsando desde los años sesenta ya que definen a la comunidad de cierta manera, se participa para ciertas cosas y de cierto modo; se es comunidad para acceder a ciertos servicios, pero no para tomar decisiones políticas trascendentes. El Estado regula los alcances de la capacidad de gestión que tiene la comunidad sobre sí misma. Por ejemplo, pone límites a la capacidad que tiene para actuar en el campo penal, y establece campos en los que la autorregulación de la comunidad se proscribe, reconociéndole una capacidad limitada y subordinada para hacerlo. Y en el terreno judicial se organizan las formas de administración de justicia de tal manera que las estructuras propias de la comunidad tienden a convertirse en prolongación de las estructuras de regulación estatal, en particular del aparato de justicia estatal. El juez de paz, desde el principio de Estado, es una herramienta de expansión del aparato estatal y se presenta como parte del sistema judicial. Efectivamente, esto que sería un mecanismo de justicia comunitaria se ofrece como un mecanismo de expansión del Estado en la comunidad a partir de las estructuras propias de la misma. Es lo que Boaventura de Souza Santos

expresa como la expansión del Estado con la forma de sociedad civil (Santos, 1991: 139-140).

El Estado se apropia de las estructuras de la comunidad y, al apropiárselas, les cambia su esencia como sistema de regulación. Entonces, el planteamiento que se hace es que una buena parte de los mecanismos de justicia comunitaria son mecanismos de acceso a la administración de justicia como sistema. Por tanto, se plantea que hay un sistema de administración de justicia al cual se da acceso a cierto sector de personas que se catalogan como "comunidad", que en cierta medida no se les da ciudadanía plena. Para ellos entonces se ofrece una forma de administración de justicia que se reduce a la resolución de conflictos y, por tanto, se desprovee de garantías, no respeta los derechos humanos y no parece ocuparse de la igualación de las partes que formalmente se exige a la justicia ordinaria, que pareciera corresponder con un vínculo político más precario que el de ciudadanía. Sin embargo, lo que él ofrece, si bien es manejado por instancias ajenas al aparato estatal, procura mantenerlo subordinado al sistema judicial al establecer medidas más o menos eficaces para el sometimiento de los mismos al derecho estatal.

Desde el mercado puede verse la conflictividad como un campo en el que se genera la demanda de un producto. Ese producto es el servicio de justicia que se debe someter a las reglas de la oferta y la demanda y, por tanto, su valor máximo es la productividad que se debe traducir necesariamente en eficiencia y en eficacia en la producción y distribución del servicio. Entonces, dado que existe un escenario en el cual una gran empresa (el aparato judicial del Estado) no puede atender con suficiencia y calidad la conflictividad en todas sus caras, se hace necesario incrementar la oferta. En ese sentido, el surgimiento de mecanismos locales y comunitarios de administración de justicia bien puede asociarse a las dinámicas de descentralización empresarial con las de desconcentración de la justicia.

El principio de comunidad puede actuar como determinado y como determinante de los procesos de regulación en un espacio social específico. Obra como determinante en tanto identidad y pertenencia se desempeñan como la base en la gestión de los conflictos y la orientación de los comportamientos. Y obra como determinado, en tanto las dinámicas de regulación social son vía para la creación y la recreación de los sentimientos de identidad y pertenencia. La regulación bajo este principio se funda en el tejido relacional existente, al mismo tiempo que lo produce.

A partir del principio de comunidad deben reconocerse dinámicas de muy variada intensidad, en la que las comunidades en ejercicio de autonomía establecen normas y mecanismos que las regulan y les sirven para la gestión de sus conflictos. Pero no puede afirmarse que todas las dinámicas de justicia presentes en los ámbitos sociales comunitarios operan bajo ese principio. Si bien puede hablarse desde el principio de comunidad de mecanismos de justicia comunitaria que operan, también

podremos hacerlo desde el principio de mercado y desde el de Estado. En cada uno de los casos las acciones comunitarias pueden tener un sentido distinto de heterorregulación o de autorregulación, de heteronomía o de autonomía, de subordinación o de empoderamiento, de ampliación del Estado o del mercado o de desarrollo de la comunidad.

EL NUEVO MAPA DE REGULACIÓN Y LAS APUESTAS EN JUSTICIA COMUNITARIA

El nuevo mapa de regulación y de administración de justicia se traza a partir de la manera como actúan competitiva o articuladamente los principios en los diferentes escenarios de regulación. Así, las dinámicas de desarrollo de los mecanismos de justicia comunitaria podrán ser más inteligibles si analizamos las apuestas políticas que se hacen a través de ellos. Cada experiencia de justicia comunitaria implica una combinación de los principios de regulación dependiendo tanto de determinantes contextuales específicos y aún de particularidades en la definición de cada escenario de manejo de conflictos como de la interacción que en cada caso se presente entre los actores que en él inciden. Entonces, nuestro papel en esta parte de la formulación consiste en identificar las apuestas políticas que pueden concurrir en un caso específico, y relacionarlas con los principios de regulación. Luego, al analizar cada caso en particular, podrá evaluarse la manera como incide cada uno de los principios en él.

Un inventario de las principales causas políticas por las que los mecanismos de justicia comunitaria se desarrollan en esta época puede hacerse a partir de la combinación de los siguientes elementos: convivencia, integralidad, descongestión, acceso, autonomía, identidad o pertenencia. Todas las tendencias políticas en justicia comunitaria se basan en al menos una de estas apuestas, y la mayoría combinan unas y otras. Veamos en qué consisten.

Convivencia

Dado que la función mediata de la labor de administrar justicia es la generación de condiciones para la convivencia pacífica entre las personas que pertenecen a un ámbito social, se trata de garantizar que los mecanismos con los que se cuenta cumplan cabalmente con ese cometido. Para ello, existen en la administración de justicia dos caminos: el imperativo y el constructivo. El primero se refiere a la justicia como imperio de la ley. Desde esa perspectiva, la convivencia pacífica es la consecuencia del orden, y a la administración de justicia le corresponde ser uno de los principales garantes del ordenamiento social. Por tanto, su función es precisar, para cada caso, la norma que garantiza la vigencia del orden jurídico. El camino constructivo se refiere a la administración de justicia como mecanismo de construcción y reconstrucción de tejido social. Desde esta pers-

pectiva, las normas jurídicas existentes no son una camisa de fuerza sino una herramienta, que concurre con otras para la generación de condiciones favorables a la reparación de los vínculos sociales afectados por una situación de conflicto. Así, mientras la primera vía –la imperativa– mira hacia el pasado para definir quién obró según se lo ordena el derecho, la segunda vía mira hacia el futuro para encontrar la manera en que las relaciones fluyan de mejor manera.

El primer camino, que aquí llamamos imperativo, predominante en el Occidente moderno, ha mostrado quiebres importantes. En consecuencia, en los mecanismos de justicia comunitaria se buscan modalidades de justicia constructiva que ofrezcan mejores condiciones en la producción de convivencia. Esta búsqueda no supone, en la mayor parte de los casos, la sustitución de un modelo de justicia por otro, sino su articulación y complementariedad con las vías de tratamiento de la conflictividad que se siguen ofreciendo desde el aparato judicial.

Tratamiento integral de los conflictos

El derecho estatal está limitado para dar cuenta plena de la conflictividad socialmente relevante. Tales límites se enuncian tanto como la imposibilidad del aparato judicial estatal para atender los conflictos que no son jurídicos, como para abordar la dimensión no jurídica de los que sí están cobijados por la normatividad del derecho del Estado, dado que existen fuertes vectores que hacen cada vez más evidentes los límites de los mecanismos estatales frente a la conflictividad y, en consecuencia, la menudante capacidad de propiciar la ordenación de la realidad. Frente a esta situación, se reclama la necesidad de buscar en la justicia comunitaria instrumentos que posibiliten el tratamiento integral de la conflictividad, que no se encuentran en los mecanismos judiciales estatales.

La integralidad en el tratamiento de los conflictos se puede abordar desde dos perspectivas: específica y contextual. Desde la primera se relaciona con la forma como las partes implicadas directamente manejan su proceso conflictivo y los comportamientos que enmarcan en él. Entonces, además de atender la parte jurídica del conflicto se hace necesario contemplar sus dimensiones económica y cultural, entre otras. En tanto, desde la perspectiva contextual el abordaje integral de los conflictos no sólo contempla esas dimensiones en cuanto a las partes, sino también en cuanto al ámbito social en el que el conflicto se desenvuelve. Desde una perspectiva contextual, el conflicto no puede ser considerado –ni tratado– independientemente de las estructuras sociales en las que se presenta.

Los mecanismos de justicia comunitaria se presentan como canal efectivo para el tratamiento integral de los conflictos en razón de que cuentan en muchos casos con modalidades de intervención que les permiten penetrar en las diferentes dimensiones de las controversias (Ardila, 2000). Aunque su actividad va desde los que se concentran más en el conflicto

interpartes, hasta los que se articulan intensamente con el contexto en el cual se presenta la controversia y su tratamiento.

Descongestión del aparato de justicia

El aparato judicial tiende a ser desbordado por la conflictividad que, de acuerdo con la normatividad jurídica estatal, le correspondería atender. Esa tendencia se expresa de varias maneras: 1) represamiento de asuntos a resolver, expresado en una creciente tasa de retención de procesal; 2) morosidad creciente en los trámites procesales que se inician, lo que trae como consecuencia que las decisiones judiciales en muchos casos se produzcan de manera inoportuna, sin coincidencia con los tiempos en que se desenvuelven los hechos sociales; 3) impunidad en expansión, con lo cual muchos de los derechos que se garantizan con los tipos penales tienden a contar con un amparo estatal puramente simbólico. Dicho de otro modo, la congestión del aparato judicial consiste en que los operadores de justicia son cada vez menos capaces de responder a las demandas de gestión de conflictos que se hacen desde la sociedad, y menos capaces de otorgar el amparo judicial que es necesario para que los derechos puedan predicarse como una realidad para el conjunto de la población de un Estado.

Frente a ese problema puede reconocerse una tendencia que promueve, entre otras vías, los mecanismos de justicia comunitaria como un camino adecuado para descongestionar los despachos judiciales. La creación y puesta en marcha de tales mecanismos puede permitir reducir la presión que ejerce la conflictividad sobre los despachos judiciales. Para el efecto, se hace necesario transformar el sistema de administración de justicia en el que se articulen distintas modalidades no judiciales (se habla de mecanismos alternativos de solución o resolución de disputas), incluidos los mecanismos de justicia comunitaria. Lo que se hace entonces es un reparto, entre los judiciales y los otros actores, de las responsabilidades de gestión de la conflictividad. Con ello buena parte de los conflictos que están cobijados por la regulación jurídica estatal, pasan a ser atendidos por los mecanismos de justicia comunitaria.

Acceso a la administración de justicia

El problema del acceso a la administración de justicia es, en el fondo, el de la garantía efectiva de los derechos establecidos en el orden jurídico. Sin acceso a su tutela, mediante el sistema de administración de justicia, el amparo que ofrece la estructura judicial estatal a determinados intereses resulta nugatorio. Lo cual está en la esencia de la ciudadanía.

Sin embargo, históricamente las estructuras judiciales han carecido (y la tendencia es a empeorar) de condiciones para ofrecer acceso a sectores más o menos amplios de la sociedad por un conjunto de razones: 1) una geográfica, porque el aparato de justicia no logra ponerse a distan-

cias razonables para la atención de litigios en zonas distantes de los centros de poder económico y político. 2) Otra de carácter económico que se refiere a que los costos procesales son elevados (hay ciertos tipos de trámites judiciales que no pueden sufragar sectores poblacionales porque no están a su alcance) y regresivos (o sea que terminan teniendo un costo relativo más alto para los más pobres). Los costos son de varios tipos: los que tienen que pagar las partes por los trámites mismos, los de energía personal y tiempo de trabajo en la atención del caso, y lo que deja de percibirse por causa del proceso judicial (en cuyo caso la morosidad se convierte en un agravante que crece día a día). 3) Otra de carácter cultural que se refiere a dos aspectos: conocimiento e identidad. El conocimiento de los derechos que se tienen –y de la manera de proceder para protegerlos– no está equitativamente distribuido en la sociedad, de modo que hay sectores para los cuales resulta mucho más difícil valerse del aparato judicial para proteger sus intereses. Sobre la identidad sólo haremos mención del sentimiento frecuente en los sectores populares de que la ley y el aparato de justicia son ajenos y funcionan con sistemas que son incomprensibles en sus lógicas y en los valores que los sustentan.

Para el acceso a la administración de justicia estatal se han desarrollado estrategias muy diversas que van desde la reorganización del aparato judicial hasta el impulso de programas de educación popular legal, pasando por programas de asistencia jurídica con los más diversos ribetes ideológicos. Sin embargo, en la medida en que crece el desfase entre los procesos de juridización y judicialización, tales estrategias tienden a hacerse desuetas porque no atienden de fondo el desequilibrio que hay entre una y otra. Entonces, los mecanismos de justicia comunitaria se miran como herramientas que posibilitan el acceso tanto geográfico –por la proximidad que pueden tener los operadores frente a los conflictos–, como económico –los costos procesales se pueden recortar hasta niveles comparativos irrisorios–, y cultural –los implicados en un conflicto conocen y se identifican más con los procedimientos y las reglas que se utilizan para gestionar los conflictos en el ámbito comunitario.

Empoderamiento y autonomía

Las políticas de impulso de los mecanismos de justicia comunitaria suelen ubicarse dentro del campo de las que promueven la participación, la cual se identifica como la cara opuesta de la representación en la acción política a distintos niveles de la acción pública. Mientras en ésta el poder se ejerce por una minoría en nombre de las mayorías, en el modelo participativo las mayorías toman parte en el ejercicio del poder. Siendo así, sería necesario estimar la capacidad de empoderar que puede esperarse de las prácticas comunitarias de gestión de la conflictividad. Se diferencian tres escenarios en los que factiblemente puede desarrollarse poder: en los operadores de justicia, en la partes y en la comunidad. Entre los

operadores de justicia, los mecanismos desarrollan unos poderes para incidir sobre la realidad en la que actúan, al mismo tiempo que ganan capacidad de interlocución hacia fuera de la comunidad. Las partes tienen el poder de direccionamiento de la gestión de los propios conflictos en los que se está implicado. Son ellas mismas las que suelen obrar en nombre propio ante las instancias de justicia comunitaria, y son ellas mismas las que, en muchos mecanismos, mantienen la capacidad decisoria desde el comienzo del trámite hasta su definición. Las comunidades cuentan con formas de empoderamiento interno y externo a través de los mecanismos de justicia comunitaria: el poder interno se refleja en la capacidad que se tiene para definir las normas dentro de las cuales se resuelven sus asuntos, así como para determinar los operadores y controlarlos. A nivel externo las comunidades, al poder actuar más cohesionadas, al desarrollar dinámicas de participación, al controlar sus propios asuntos (Ingveson, 1993: 381 y ss) y poder garantizarlos a través de mecanismos propios, cuentan con más fortaleza para el impulso de los intereses comunitarios en otros ámbitos sociales y, en particular, frente al Estado.

En cuanto a ese poder externo, entra en consideración el problema de la autonomía. Si bien es cierto que los mecanismos de justicia comunitaria suponen el desarrollo de un cierto poder autónomo, cabe preguntarse en dónde se ubica dicho poder. Es posible que la autonomía sea predicable para la comunidad o que sea simplemente del mecanismo, lo que en últimas se refiere a quién controla al mecanismo. Si lo hace la comunidad por medio de sus estructuras políticas, podremos decir que la autonomía está en la comunidad. Si se hace a través de la legislación y los órganos estatales, no podrá hablarse propiamente de autonomía. Si lo hace la comunidad a través de mecanismos difusos como la oferta y la demanda, posiblemente estaremos frente a un mecanismo que es muy autónomo pero poco articulado a las estructuras existentes.

Identidad y pertenencia

La justicia comunitaria también se propone como herramienta de construcción de comunidad. Ello deriva de algo que venimos sosteniendo desde un comienzo, y es que el esqueleto de una comunidad son sus estructuras de regulación. Siendo así, la producción de la identidad colectiva (y, en cada caso, la identidad individual) es la consecuencia de la construcción y consolidación de normas que dan particularidad a una comunidad frente a otras. En la medida en que estas normas se realizan y se reproducen mediante los mecanismos de justicia comunitaria, éstos participan en la producción de identidad en tanto generadores de reglas para una comunidad específica en donde sus postulados tendrán cabida.

Del mismo modo, la justicia comunitaria puede ser vista como una herramienta de construcción de comunidad en la medida en la que produce y reproduce sentimiento de pertenencia. De un lado por la exalta-

ción –recurrente en los eventos de gestión de conflictos– de los aspectos que son comunes a las partes y los hace integrantes de un conjunto mayor. Pero también, en la misma línea de nuestra reflexión, la pertenencia a una comunidad se relaciona con la aceptación de sus normas. Alguien pertenece a la comunidad a la que corresponden las normas que acata y espera que esas normas sean la base desde la cual sus asuntos sean considerados y decididos en caso de controversia. La pertenencia alimenta a la justicia comunitaria y viceversa.

PRINCIPIOS DE REGULACIÓN COMO SEDE DE LAS APUESTAS POLÍTICAS EN JUSTICIA COMUNITARIA

Cada una de las apuestas que acabamos de ver puede ser terreno de interacción entre los principios de Estado, mercado y comunidad. Y si queremos abordar los mecanismos de justicia comunitaria en toda su riqueza, no podemos desconocer la complejidad que ello entraña. Porque, sin duda, la particularidad de cada mecanismo está afectada por las apues-

Apuestas y principios de regulación

Principio Apuesta	Estado	Mercado	Comunidad
	Subordinación de órdenes no jurídicos al ámbito estatal.	Consolidación de un sistema de oferta y demanda en el servicio de justicia	Desarrollo de la comunidad a través de sus estructuras regulativas.
Convivencia	Subordinación de mecanismos constructivos al orden estatal.	Acumulación de conflictos resueltos.	Construcción de tejido social.
Empoderamiento y autonomía	El operador, subordinado.	Las partes.	Conjunto social y sistema de regulación.
Identidad y pertenencia	Comunidad subordinada.	Individuo.	Comunidad.
Integralidad	Juridización de variables	Tratamiento desde las diferentes variables internas del conflicto.	Variables internas y contextuales.
Descongestión	Reducción de asuntos a atender por el judicial.	Distribución de responsabilidades hacia justicia comunitaria.	Ampliación de la oferta de administración de justicia.
Acceso	Incremento de recursos articulados al Estado para gestión de conflictos.	Incremento de recursos para gestión de conflictos.	Recursos de administración de justicia según normas de la comunidad.

tas que sobre él se hacen, entre otras razones porque éstas muchas veces cambian su sentido cuando están determinadas por uno u otro principio. Existen apuestas en las cuales es identificable la presencia central y casi exclusiva de uno de los principios. El Estado o la comunidad o el mercado determinan casi plenamente una apuesta y los otros principios apenas coadyuvan o dialogan con el que es dominante. Pero también hay apuestas a las que concurren, de manera diversa y muchas veces competitiva, los tres principios como vectores que impulsan los mecanismos cada uno en dirección diferente.

Los principios de regulación intervienen de manera diferenciada frente a los procesos de justicia comunitaria. Las diferencias entre uno y otro principio pueden ser comprendidas mejor si se toma en consideración la forma como se hacen las apuestas desde cada uno de los principios de cara a los mecanismos de justicia comunitaria que hoy existen. Parece una tarea dispendiosa, y puede serlo, pero es un camino que, a nuestro parecer, tiene que ser recorrido para comprender cada mecanismo de justicia comunitaria en su particularidad. Ello no es óbice para que intentemos una aproximación y esbozar algunos elementos generales de análisis que nos ayuden a estudiar el juego de vectores que incide sobre cada mecanismo en particular.

Políticas y principios de regulación

El primer elemento es tal vez el más general y tiene que ver con lo que entendemos por políticas en justicia comunitaria. Partimos de la base de que la comprensión de las políticas trasciende la referencia obligada al Estado e incluye acciones que se explican desde el mercado y desde la comunidad, y que tienen una redefinición de cara a los procesos de regulación y gestión de conflictos en la actual etapa caracterizada como de crisis del sistema de administración de justicia.

Así, al intentar una aproximación a las tendencias que se definen desde cada uno de los principios de regulación, podemos decir que el desarrollo y la ampliación de las dinámicas de justicia comunitaria se explica como la confluencia complementaria y competitiva de los tres principios de regulación frente a procesos más generales de la administración de justicia que caracterizamos como de agotamiento del paradigma (por cambio en los escenarios de regulación y la relación entre conflictos y litigios), de un lado, y de cambio en el contexto (por transformaciones tanto en la espacialidad del poder y del derecho como en la manera como se asignan socialmente los recursos para la administración de justicia), del otro.

Las tendencias que se explican desde el principio de Estado en buena medida se dirigirían a lograr que el Estado controle ámbitos sociales mediante la subordinación de órdenes del mismo tipo que no hacen parte de la juridicidad estatal. Los mecanismos de justicia comunitaria serían un camino expedito para que el Estado crezca en su capacidad de

regulación de dinámicas que no pueden ser controladas directamente por los instrumentos con los que cuenta la juridicidad estatal. Así, frente a la rigidez uniformizante y reduccionista de la normatividad del aparato político se erige un modelo en que la diversidad complejizante que es posible a través de los mecanismos comunitarios de justicia se subordina a través de la regulación jurídica de sus límites.

Las tendencias que se ubican en el impulso de la justicia comunitaria desde el principio de mercado pueden identificarse porque intentan promover y consolidar un sistema de oferta y demanda en el servicio de justicia. Ello se traduce en la subordinación de las reglas y las prácticas de administración de justicia a las leyes del mercado. La identificación del “servicio de administración de justicia” con una mercancía, los operadores de justicia como agentes del mercado y las partes en el conflicto como usuarios o consumidores, supone una dirección que tiende a imprimirse a todos los mecanismos de justicia en nuestra época y la justicia comunitaria no es la excepción.

Se trata de que, desde esta perspectiva, y a partir de criterios como la eficiencia y la eficacia (de cara a los intereses particulares), se garantice la libertad de elección a los usuarios (partes en conflicto) de entre los productos (procedimientos, resultados en gestión de conflictos) ofrecidos por una diversidad de proveedores (operadores de justicia). Con ello la dinámica de administración de justicia a una relación entre clientes (proveedor-usuario) y los procesos de administración de justicia parecen perder su vínculo con el ámbito social en el que están inscritos. La eficiencia en la administración de justicia se remite a la satisfacción de las partes, independientemente de la manera como cada caso incida en las dinámicas mayores de regulación en la comunidad. En la comunidad es difícil reconocer figuras que cuenten con el sello desnudamente mercantil pero no lo es tanto reconocer el principio mercantil en figuras a las que se tiende a identificar con el principio de Estado y de comunidad.

En relación con las tendencias en las que puede reconocerse el principio de comunidad, los mecanismos de justicia comunitaria se subordinan a los procesos más amplios de regulación que se dan en una comunidad específica. La justicia comunitaria participa de un proceso de desarrollo de la comunidad mediante la construcción, la reafirmación y la recreación de las estructuras regulativas que existen en ella. Así, cada caso de gestión de un conflicto es una puesta en acción de la institucionalidad de la comunidad en la que entran en funcionamiento las normas con las que se cuenta en ese ámbito social. El mecanismo de justicia lo que hace, dado un caso de controversia, es mover las estructuras regulativas de la comunidad frente al caso específico. Como correlato, la gestión de los conflictos se traduce en un medio para la autorregulación de la comunidad en la medida que: 1) participa en la construcción y actualización de normas no sólo para las partes sino para el conjunto social; 2)

fortalece la institucionalidad comunitaria en tanto reafirma las normas propias y las instancias que se generan a partir de los procesos de regulación.

Justicia comunitaria, conflictividad y convivencia

La impronta de uno u otro principio de regulación puede reconocerse en las diferentes maneras como los mecanismos de justicia comunitaria se ponen en marcha en la perspectiva de la construcción de convivencia pacífica. Más allá de la evidencia de que los mecanismos de justicia comunitaria contribuyen a la construcción de orden social (Ingveson, 1993: 379 y ss), Estado, mercado y comunidad pueden concurrir en la apuesta por la justicia comunitaria como instrumento de convivencia, de morigeración de la violencia y de construcción de paz. Es más, en esa línea, pueden incidir en el desarrollo de esta apuesta a través de dos elementos: la constructividad y la integralidad. Pero hay diferencias de fondo entre la apuesta de uno y otro principio de regulación.

En primer lugar, hay grandes diferencias en cuanto a la constructividad. El impulso de la justicia comunitaria como justicia constructiva es visto como herramienta no tanto para imponer orden sino, sobre todo, para que se encuentren vías convenientes para desenvolverse en el conflicto hacia el futuro. Sin embargo, hay una diferencia fundamental. En el principio de mercado no puede reconocerse un ámbito social específico de regulación en tanto la tarea de gestión de los conflictos tiende a agotarse en el conflicto mismo, y entre sus partes y el operador respectivo. Mientras que en los principios de Estado y comunidad tiene que reconocerse un ámbito social de regulación (el uno predicará el justo comunitario, el otro el ajuste a las normas legales).

En consecuencia, el entendimiento sobre lo que es la convivencia cambiará de un principio a otro. Así, desde el mercado la convivencia será la consecuencia de la acumulación de conflictos resueltos de manera constructiva, mientras que desde el principio de comunidad ha de entenderse principalmente como la construcción de tejido social y el restablecimiento de los vínculos sociales y desde el principio de Estado implica de alguna manera subordinación al orden que se agencia desde la juridicidad estatal.

Esas diferencias se expresan también en cuanto al impulso que se da a la apuesta por la gestión integral de los conflictos en los mecanismos de justicia comunitaria. Desde el principio de mercado tiende a desarrollarse una perspectiva de mejoramiento de la calidad en el servicio de la administración de justicia al atenderlo desde las diferentes dimensiones que afectan a las partes involucradas. En tanto que la integralidad, desde el principio de comunidad, incluye el ámbito social en el que el conflicto se da. Se trata no sólo de que los afectados directamente cuenten con un medio para la gestión pacífica de los conflictos, sino que la comunidad mejore las condiciones para la convivencia.

Desde ese punto de vista, la gestión de los conflictos debe encaminarse a recomponer no sólo a las partes y el vínculo entre ellas, sino al conjunto de la comunidad y a los vínculos sociales que se hayan afectado con el conflicto. Y ello pasa por la producción de mejores condiciones para las estructuras de regulación que pueden haberse visto menoscabadas (o mostrado su insuficiencia frente a casos como el que se encuentra en ciernes) con el conflicto. Finalmente, el principio de Estado tiende a la articulación subordinada, bajo el imperio del derecho estatal, de variables del conflicto que no estaban cobijadas por sus estructuras normativas.

Justicia comunitaria, poder y comunidad

Empoderamiento, autonomía, identidad y pertenencia pueden verse como apuestas de comunidad. Sin embargo, es importante señalar que si bien en todos ellos tal principio puede estar presente, Estado y mercado deben ser considerados cuando su análisis se hace complejo. En primer lugar, la apuesta del mercado puede inclinarse más hacia las partes en tanto les otorga capacidad de elección entre distintos mecanismos y mayor capacidad de decisión sobre los conflictos, mientras que el principio de Estado puede tender más hacia el empoderamiento de los operadores de justicia proporcionándole una creciente capacidad de determinar comportamientos en los conflictos en los que participa y en el ámbito social en el que se desenvuelve.

El principio de comunidad supone el empoderamiento complejo de diferentes factores dentro de la comunidad: normas y autoridades comunitarias. Así, desde el principio de comunidad, el empoderamiento es principalmente de las estructuras de regulación en las que los actos de administración de justicia deben fortalecer tanto a las instancias comunitarias (donde se producen las normas que se utilizan en cada caso) como al operador (en tanto encarna una institucionalidad comunitaria a la que pertenece y a la que se somete).

Este planteamiento se comprenderá mejor si se relaciona con la apuesta de autonomía. El mercado tiende a una situación ideal en la que las partes –del lado de la demanda–, y el operador de justicia –del lado de la oferta–, concurren al mercado como sujetos que en desarrollo de su libertad de elegir entablan una relación en la que el último asume una tarea frente a la gestión del conflicto que tienen los primeros. Siendo así, de lo que se trata es de que los unos y los otros cuenten con autonomía para escoger a su cliente. Mientras tanto, la autonomía desde los principios de Estado y comunidad es observable en cuanto a los operadores y los mecanismos de justicia. Sin embargo, la autonomía que se predica desde uno y otro principio se formula de manera contradictoria. La autonomía del mecanismo en el principio de Estado debe ser compatible (de lo contrario no será admisible desde este principio) con la subordinación a las reglas del derecho estatal. La autonomía en el mecanismo, desde el principio

de comunidad, es hacia fuera, de cara a otros actores como el Estado, y debe estar integrada con las estructuras de regulación y la institucionalidad propias de la comunidad.

En la misma línea cabe diferenciar la forma como los principios de regulación propugnan por las dinámicas de identidad y pertenencia a través de la justicia comunitaria. La identidad, desde el principio de mercado, tiene un referente individual en tanto los procesos de regulación comunitaria importan sobre todo para determinar las condiciones en las que sería deseable que se le ofrezca el servicio de justicia. En tal sentido, un ámbito cultural puede ser delimitado como una porción del mercado en la cual se realizan la oferta y el consumo del servicio de justicia.

En tanto, en los otros dos principios es reconocible un referente colectivo en las apuestas de identidad y pertenencia. Las reglas de la comunidad son, como se ha dicho, el escenario y el resultado de los mecanismos de justicia desde el principio de comunidad. El principio de Estado también se vale de este principio. Se trata de que las actuaciones de los mecanismos de justicia comunitaria alcancen una articulación máxima con los procesos de regulación que hay en la comunidad (se habla de justo comunitario, de la equidad como criterio que prima frente a la ley), pero se establecen instrumentos tendientes a garantizar la subordinación de las estructuras regulativas comunitarias a las estatales: 1) la reserva que hace el Estado de intervenir en la comunidad para amparar el régimen jurídico nacional, y 2) el control jurídico de las actuaciones de los operadores de justicia comunitaria.

Justicia comunitaria y aparato de justicia judicial

Las principales apuestas que se hacen desde el principio de Estado en el impulso de mecanismos de justicia comunitaria son dos: descongestión del aparato de justicia y acceso a la administración de justicia.¹⁰ Desde los intereses estatales se sustenta ampliamente (en combinación con algunas otras apuestas) el desarrollo de diferentes mecanismos de justicia dentro de la comunidad. Las dos apuestas tienen que ser relacionadas entre sí y analizar sus potencialidades que son particulares en el contexto de la administración de justicia comunitaria.

Respecto a lo primero, es necesario decir que las dos apuestas son divergentes en cuanto a los intereses que les subyacen y se han presentado como contradictorias en la mayor parte de los escenarios sociales en los que han estado presentes. De un lado, la apuesta de descongestión se ubica en la necesidad del aparato estatal de hacer efectiva su propia supremacía a través del imperio de sus normas. La preocupación por la

¹⁰ "La expansión en el acceso a la justicia coincide con una racionalización administrativo-democrática del proceso judicial" (Harrington, 1982: 62).

congestión se asocia con el efecto desordenador que tiene en la sociedad el hecho de que el aparato de administración de justicia del Estado no sea capaz de hacer cumplir las normas estatales.¹¹

Del otro lado, la apuesta de acceso a la administración de justicia se ubica en el interés de ampliar los niveles de ciudadanía generando condiciones para que quienes se encuentran excluidos del amparo judicial de los derechos accedan a él. La necesidad de acceso es el correlato de intensos movimientos sociales desarrollados en diferentes épocas, pero que encuentran un espacio especialmente propicio en las sociedades del Estado del bienestar. En ellas el acceso al amparo judicial de los derechos se convirtió en tarea esencial para garantizar los objetivos prioritarios de tales Estados.

Estas dos apuestas, si bien parecen haber sido compatibles en muchos casos, tienen que ser vistas como abiertamente contradictorias en el contexto de la administración de justicia judicial. En primer lugar, por los costos. Porque mientras la descongestión se dirige a la reducción de los costos de la operación judicial, el acceso tiende a aumentarlos, porque incrementa la cobertura y proporciona mayores recursos a las partes más débiles. En segundo lugar, por las medidas que se toman. Así, la descongestión implica medidas cuyo significado práctico es: 1) reducción de cobertura del amparo judicial; 2) reducción de garantías a las partes contrayendo los alcances de la igualdad formal que se pregona por el sistema de justicia moderno.

Entre tanto, las medidas para el acceso pasan por: 1) la ampliación cualitativa y cuantitativa de los servicios; 2) la ampliación de los medios para que los excluidos superen las barreras económicas, culturales y geográficas que les impiden acceder en igualdad de condiciones a la administración de justicia. Esas divergencias y contradicciones de algún modo son la base de los principales movimientos que se han dado en las ramas del derecho a lo largo de la modernidad. En muchos sentidos la administración de justicia moderna, en cada una de sus ramas, entre una y otra tendencia sin que se haya llegado, como no parece lógicamente posible, a un punto que satisfaga los dos intereses en el terreno de la administración de justicia judicial.

Lo que llama especialmente la atención ahora es que la justicia comunitaria se presenta, desde los discursos más recurrentes, como eficaz para satisfacer los dos intereses sin contradicción. Evidentemente, el desarrollo de mecanismos de justicia en la comunidad alivia la carga del aparato judicial, al mismo tiempo que facilita el acceso a la administración de justicia. ¿Qué ocurrió? ¿Es suficiente el cambio de ámbito de gestión de

¹¹ Por ello señala Abel (1982: 267 y ss) que las instituciones comunitarias se suman a las de control formal existentes, no las reemplazan ni implican su reducción. De allí que, agregamos, tal vez más que de descongestión haya que hablar de "refuerzo del aparato judicial".

las controversias para garantizar que esa contradicción que siempre pareció sin solución encontrara una salida apacible y satisfactoria para todos? Evidentemente lo que ocurrió es que se dio paso al cambio de ámbito para la gestión de controversias (de la institucionalidad estatal a la comunitaria), pero no de todas. Es claro que la descongestión se trata de resolver reduciendo los asuntos que debe atender el aparato judicial, entregando parte de la responsabilidad (sobre ciertos asuntos) a los actores comunitarios. Es claro que ese interés estatal se realiza plenamente.

Pero, ¿qué pasa con el acceso a la administración de justicia a través de los mecanismos de justicia comunitaria? No hay duda acerca de que estos mecanismos constituyen una herramienta que, de cara a variables económicas, geográficas y culturales, es más accesible que el aparato judicial convencional en la administración de justicia. Siendo así, a través de los mecanismos de justicia comunitaria se cuenta con una herramienta expedita para la gestión de conflictos. Pero ello quizás no agota el problema del acceso a la administración de justicia. Lo que queda claro es que desde la justicia comunitaria se hace una oferta a la administración de justicia que no se logra desde la justicia judicial convencional. Pero se discute sobre la calidad de aquella oferta.

Es claro que desde el principio de Estado, la distribución de las responsabilidades entre el aparato judicial y los mecanismos comunitarios diferencia conflictos que en su gestión cuentan con todas las garantías de protección de los derechos de las partes que se establecen en la ley, y aquellos que no. Siendo así, tendremos una modalidad de acceso discriminatorio (se habla de justicia de primera y de segunda clase) en la que el Estado se sustrae de la obligación de amparar todos los derechos reconocidos legalmente para concentrarse sólo en algunos de ellos.¹² Es evidente, entonces, que dada la existencia de mecanismos de justicia comunitaria, sólo se podrá hablar de acceso a la administración de justicia en la medida en que, frente a la ausencia de las garantías estatales, se cuente con las que se pueden ofrecer desde la institucionalidad propia de la comunidad. Cuando no se cuente con institucionalidad comunitaria para la gestión de los conflictos, difícilmente se podrá ver un mecanismo de justicia comunitaria como instrumento de acceso a la administración de justicia.¹³ Será tal vez a secas un mecanismo alternativo de tratamiento de conflictos.

¹² Abel señala que, si bien puede aducirse que hay una pública demanda de instituciones no estatales de gestión de los conflictos, por la generalizada desconfianza que suele haber frente a la labor judicial que tiende a privilegiar los intereses de las grandes empresas, la creación de alternativas informales acentúa la discriminación porque la rapidez y la economía de costos se supedita a la construcción de una solución aceptable como justa en un contexto determinado (Abel, 1982: 8).

¹³ Según Abel (1982: 297), la existencia de los mecanismos de justicia comunitaria incrementa la desventaja entre las partes con intereses contrapuestos y, de hecho, priva a los más débiles de las ventajas que

ESCENARIOS Y APUESTAS: CLAVES PARA EL ESTUDIO DE LAS POLÍTICAS EN JUSTICIA COMUNITARIA

En ese orden de ideas, el análisis de las políticas en el campo de la justicia comunitaria tiene que vincularse con los principios de regulación desde los que desarrolla (y a los que beneficia) cada una de estas políticas. Así, es posible reconocer el principio de Estado en políticas cuyas acciones se dirigen al desarrollo de mecanismos de justicia comunitaria como medio para fortalecer la capacidad ordenadora del Estado sobre la realidad social. Podemos identificar la presencia del principio de mercado cuando el eje de la política se centra en la satisfacción de la demanda a través del impulso de mecanismos de justicia comunitaria que mejoren en calidad y diversidad las ofertas de justicia existentes. Y podemos reconocer el principio de comunidad en las políticas que ubican su foco de atención en el fortalecimiento de la institucionalidad propia y los procesos autorregulativos de las comunidades. Entonces, los trazos más profundos de una política tienen que buscarse en el énfasis que tienen en ella las apuestas que se pueden hacer desde uno u otro principio de regulación.

Pero siempre será necesario un mayor nivel de complejidad en el análisis, ya que los principios de regulación no pueden actuar con eficacia con las mismas políticas en cualquier contexto. Entonces, se hace necesario precisar las particularidades que puede tomar cada uno de los principios en los diferentes escenarios de regulación frente a los cuales se tiene que actuar en las sociedades contemporáneas. En los escenarios que pueden catalogarse de ciudadanía plena, el orden estatal existe como una realidad y es reconocible la supremacía de las leyes y las autoridades jurisdiccionales del Estado. La búsqueda principal de la justicia comunitaria en estos escenarios se ubica en el propósito de superar (en oportunidad y calidad) los procedimientos y las decisiones que se producen en la gestión de los conflictos. La tensión más importante aquí pareciera presentarse entre el principio de Estado y el de comunidad. Mientras que desde el primero lo fundamental es garantizar la integridad del orden jurídico, desde el segundo cuenta más la recomposición del tejido social afectado por el conflicto. Entonces, desde el primero tiende a darse más importancia a las reglas que el Estado define para los mecanismos y sus actuaciones, mientras que desde el segundo se da más importancia a las relaciones, a las reglas y a los vínculos que los mecanismos tienden a atender.

Hasta cierto punto es posible identificar también una tensión entre estos dos principios de regulación en los escenarios de ciudadanía restringida y marginalidad. Sólo que aquí Estado y comunidad compiten como opciones de ordenamiento frente a una realidad de carencia de reglas

ofrecen las instituciones jurídicas estatales. El amparo estatal a los derechos consagrados legalmente se somete a los vectores que interactúan en los mecanismos informales.

reconocibles en contextos sociales específicos. La tensión es entonces entre la tendencia a construir autorregulación e institucionalidad propia en las comunidades, y la tendencia a producir ordenamiento social desarrollando –de manera subordinada al Estado y al orden jurídico estatal– procesos de regulación que cuenten con una institucionalidad que si bien está en la comunidad también está sometida –en mayor o menor medida– a la estructura normativa centralizadora del Estado. La tensión se expresa aquí en el ámbito en donde se concentran los esfuerzos y los recursos. El principio de comunidad puede determinar una política en la que la acción se dirige a la construcción y al fortalecimiento de las normas y las instituciones propias, mientras que el principio de Estado puede concentrarse en la producción de una institucionalidad –si bien comunitaria por sus vínculos, sus referentes y su ámbito de operación– subordinada al poder estatal. Su subordinación se produce a través mecanismos orgánicos (estatuto de funcionario estatal: nombrado, regulado y controlado por órganos estatales) y funcionales (determinación de las normas más generales para definir el ámbito de actuación, los procedimientos y los límites de las decisiones que se pueden tomar).

La principal tensión en los escenarios que se rigen por estructuras jurídicas diferentes de la estatal, aun cuando se ubica entre los mismos principios de regulación, es sustancialmente distinta. El eje de la confrontación parte de la existencia en la comunidad de un ordenamiento social diferente al que articula el Estado. En consecuencia, allí existe una institucionalidad que funciona sobre estructuras normativas y órganos articulados alrededor de otras centralidades. Frente a esa realidad, el Estado interviene como principio tensionante en busca de establecer mecanismos, más leves o más intensos, de subordinación de la normatividad de las comunidades a la normatividad estatal. Esa tensión puede apreciarse en las políticas de reconocimiento que hace el Estado a las comunidades y sus estructuras jurídicas. Mientras se dice que se acepta que un grupo humano se rija por sus propias normas y procedimientos, también se dice que tiene algún nivel de subordinación a las leyes del Estado.

En consecuencia con lo dicho hasta aquí, es necesario anotar que las tensiones más evidentes se presentan entre Estado y comunidad. El principio de mercado, si bien compite con los otros dos en cada uno de los escenarios, generalmente no llega a hacerse antagónico. Por el contrario, lo que podemos observar es que integra en sus estructuras regulativas elementos de los otros principios y los ofrece como producto mejorado, gracias a lo cual permea cada vez más tanto al principio de Estado como al de comunidad. Así, sobre una base limitada para asumir el conflicto, incorpora en su producto parte del principio de Estado –como la eficacia legal de las actuaciones– y parte del principio de comunidad –como ciertos niveles de integralidad en la gestión de las controversias, o la apelación al “justo comunitario”. Siendo así, sin que sea tan evidente, existe una ten-

sión entre el principio de mercado y los otros dos. El ámbito social de regulación que éstos suponen tiende a menoscabarse en aquél. Ello tiene repercusiones en el tipo de acciones que se desarrollan. Mientras la contradicción entre las políticas que expresan la contradicción entre Estado y comunidad se remiten a cuál ámbito de regulación desarrollan y fortalecen prioritariamente (la normatividad estatal o comunitaria), la tensión de éste con aquéllos se expresa en que el principio de mercado se concentra en la calidad del producto. Esto es, en el fortalecimiento de las técnicas para la gestión de los conflictos.

Finalmente, se subraya algo que ya se ha sugerido ampliamente. No existen políticas puras. Sin comunidad no hay justicia comunitaria porque siempre es necesario contar con el principio de comunidad como camino indispensable para que las políticas surgidas en los otros principios sean posibles. El Estado es inobjetable como una realidad de cara a cada uno de los principios y en cada uno de los escenarios. Aún en el escenario de pluralismo jurídico la política más ubicada en el principio de comunidad reclama una parte del Estado para operar en un mundo en el que el aislamiento total de una comunidad es imposible. El mercado ha permeado y sigue permeando las políticas que se trazan desde los otros principios.

De modo que cuando decimos que una política se ubica en cualquier principio, necesariamente estaremos diciendo cuál es su principal vértice en un área triangular en el que los otros vértices existen de algún modo como dirección para los procesos de justicia comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, Richard (1982 a), *The Politics of Informal Justice, Vol. I*, London, Academic Press
- _____ (1982 b), *The Politics of Informal Justice, Vo.I II*, London Academic Press.
- ARDILA, Edgar (2000), "Justicia Comunitaria: Claves para su comprensión", en *Pensamiento Jurídico, N° 12*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho.
- BONAFE-SCHMITT, Jean Paul (1991), *Las justicias de lo cotidiano*, F. Caballero Harriet y A. Irizar Gómez, (trad.), San Sebastián, Laboratorio de Sociología Jurídica.
- HABERMAS, Jürgen (1998), *La constelación postnacional*, Barcelona, Piados.
- HARRINGTON, Cristine (1982), "Deslegalization, reform movements: A historical analysis" en Richard Abel, (comp.), *The Politics of Informal Justice, Vol I*, London, Academic Press.
- HOBBS, Thomas (1994), *Leviatan. o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica.
- INGVESSON, Barbara (1993), "Local people, local problems and Neighborhood justice: The discourse of community", en Sally Engle Merry, *San Francisco*

Community Boards. The Possibility of Popular Justice, Michigan, The University Michigan Press.

FARÍAS, José Eduardo (1995), "El poder judicial en Brasil: paradojas, desafíos y alternativas", en *El otro derecho*, Vol. VII, N° 2, Bogotá, Ilsa.

LOCKE, John (1995), *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Barcelona, Altaya.

PASTOR, Santos (1993), *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Civitas-Ministerio de Justicia.

ROUSSEAU, Jean Jacques (1983), *El contrato social*, Madrid, Sarpe.

SANTOS, Boaventura de Souza (1998), *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Universidad de Los Andes.

_____ (2000), *A crítica da razão indolente. contra o desperdício da experiência*, Vol. I, Edições, Porto, Afrontamento.

VALLESPÍN, Fernando (2000), *El futuro de la política*, Madrid, Taurus.

VELÁSQUEZ Ruiz, Enrique (1985), "La comunidad ¿una imagen o un concepto?", en revista *Procesos y Políticas Sociales*, N° 22, Ed. Probisoc.

WOLKMER, Antonio (1994), *O pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*, São Paulo, Alfa-Omega.

Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*

RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO**



El reconocimiento de los pueblos indígenas y su derecho al control de sus instituciones, hábitat y territorios, autogobierno, sistemas jurídicos, autoridades, identidad, idiomas y cultura, así como su derecho a participar en los planes regionales y nacionales que puedan afectarlos, ha supuesto una larga lucha aún inconclusa en América Latina. El hecho colonial puso a los pueblos originarios en una condición de subordinación política, explotación económica y subvaloración cultural. La ideología de la inferioridad natural de los indios del siglo XVI y la herencia republicana de la idea del Estado-nación y la identidad Estado-derecho del siglo XIX, han impedido el reconocimiento pleno de la dignidad de los diferentes pueblos y culturas, así como de los diversos sistemas jurídicos indígenas. Esta situación ha sido contestada por los diferentes movimientos indígenas y campesinos y también, durante la década pasada, por importantes cambios normativos. Este artículo expone las tendencias de las reformas constitucionales de los países andinos para señalar el marco jurídico semejante que puede dar lugar a un horizonte pluralista que permita ir construyendo las bases de un Estado pluricultural.



Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries

The recognition of indigenous peoples and of their right to control their institutions, habitat and territories, to self-government, legal systems, authorities, identity, languages and culture, as well as their right to participate in the regional and national plans that may affect them, has supposed a long, as of yet inconclusive,

* Foro Internacional: pluralismo jurídico y jurisdicción especial. Lima, febrero de 2003. Las ideas centrales del texto que sigue han sido tomadas de Raquel Yrigoyen, *Estado pluricultural, derecho indígena y control penal en los países andinos*. Tesis doctoral en curso para la Universidad de Barcelona.

** Investigadora, candidata a doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona. raquelyf@hotmail.com

struggle in Latin America. The 16th century ideology of the natural inferiority of the indigenous people, the republican heritage of the notion of the nation-state and the state-law identity of the 19th century have impeded the full recognition of the dignity of different peoples and cultures and of the diverse indigenous legal systems. This situation has been contested by the different indigenous and peasant movements and also, over the past decade, by important normative changes. This article exposes the tendencies of the constitutional reforms in the Andean countries to signal to the similar legal framework that may lead to a pluralist horizon that allows the construction of the bases of a multi-cultural state.

En la última década del siglo XX hay una tendencia semejante en las reformas constitucionales emprendidas por los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones¹: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que hace comparables a dichos procesos. Tales países también han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, lo que les da un marco jurídico semejante. De estas reformas normativas se destaca el reconocimiento de: a) el carácter pluricultural del Estado/nación/república, b) los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, c) el derecho indígena y la jurisdicción especial. Si bien estas reformas no están exentas de contradicciones y limitaciones, cabe interpretarlas desde un horizonte pluralista que permita ir construyendo las bases de un Estado pluricultural.

EL CONTEXTO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

En la última década del siglo XX emerge lo que podríamos llamar el “horizonte pluralista” como un nuevo modelo de gestión de la multiculturalidad². Se da en el contexto del cuestionamiento internacional a los quinientos años del “Descubrimiento/ Invasión”, la adopción del Convenio 169 de la OIT, los movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas, y las reformas constitucionales en más de una quincena de países en Latinoamérica (Van Coott, 1999). Lo central de estos cambios es que cuestionan tres herencias fundamentales de los periodos anteriores. En primer lugar, se plantea el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros, esto es, como sujetos con derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus destinos. Esto importa la ruptura de la ideología de la inferioridad y la supuesta necesidad de tutela estatal acuñada en la

¹ Acuerdo de Cartagena, firmado el 10 de marzo de 1996. Ver www.comunidadandina.org

² Durante la Colonia se gestionó la diversidad mediante políticas de subordinación y segregación; durante la Independencia e inicios de la república, mediante políticas de asimilación o desaparición cultural de lo indígena; y desde mediados del siglo XX mediante políticas integracionistas que reconocían parcialmente derechos indígenas, pero manteniendo su estatuto subordinado. (Marzal, 1986); Yrigoyen, 1995).

Colonia para legitimar la subordinación política y la explotación económica de los pueblos originarios. En segundo lugar, se cuestionan dos herencias centrales de la juridicidad republicana: los binomios Estado-nación y Estado-derecho. Se quiebra la idea de que el Estado representa una nación homogénea (con una sola identidad cultural, idioma, religión), y pasa a reconocerse la diversidad cultural, lingüística y legal. Al cuestionarse el monopolio de la producción jurídica por el Estado, se admiten diversos grados de pluralismo legal, reconociéndose a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas el derecho de tener su propio derecho, autoridades y formas de justicia.

Junto con las reformas que acogen los planteamientos pluralistas se aprecia otra tendencia internacional: la recepción del modelo socioeconómico neoliberal, que se basa en promover mecanismos de desregulación para facilitar las transacciones internacionales, librándolas a las reglas de la competencia y el mercado. Se abandona la idea de un Estado proteccionista, de bienestar. Como efecto de estas políticas, en varios países se ha facilitado la presencia de empresas transnacionales de extracción (forestal, petrolera, minera) en territorios indígenas, a las cuales los Estados han entregado amplias facultades, restringiendo las de los pueblos indígenas que los habitan. Los conflictos entre dichas empresas y los pueblos indígenas no se han hecho esperar.

CONTENIDO DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE LOS PAÍSES ANDINOS (YRIGOYEN, 2000c)

Los países andinos que han reformado la Constitución, incluyendo alguna fórmula de reconocimiento del derecho y la jurisdicción especial indígena son: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). El cuadro comparativo de las reformas constitucionales de tales países permite ver algunos rasgos comunes. Estos Estados, a su vez, son firmantes del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Fundamento: caracterización pluralista de la nación y el Estado

El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos. El verbo que utilizan las constituciones es “reconocer”, en la medida que el texto constitucional no está “creando” la situación de diversidad cultural sino reconociendo la misma³.

³ Constitución de Colombia de 1991, Art. 7: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultu-

Lo mismo, al asumir oficialmente la preexistencia de los pueblos indígenas, con lo cual salva una negación histórica, reconoce sus derechos precedentes y abre las posibilidades de convivencia y participación democrática. El texto del Convenio 169 de la OIT en su quinto considerando dice expresamente: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”

La fórmula de reconocimiento del pluralismo jurídico en los países andinos

La fórmula empleada por los países andinos para el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena contiene elementos y alcances semejantes, con algunas variantes a considerar. El hecho del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas posibilita una articulación democrática con el sistema judicial nacional y los poderes del Estado. Igualmente permite la reducción de la violencia institucional⁴.

Las fórmulas constitucionales empleadas en los países andinos comprenden en general el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas de acuerdo con su derecho consuetudinario, o con sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o las comunidades indígenas o campesinas. Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento se asemeja con variantes al del Convenio 169 de la OIT, que señala que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Algunas fórmulas constitucionales son bastante más limitativas en este punto, pero en este caso prima el Convenio como se analizará luego. Adicionalmente, todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción es-

ral de la nación colombiana.” Constitución de Perú de 1993: **Art. 2:** toda persona tiene derecho, **inc. 19:** “A su identidad étnica y cultural. **El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.**” Reforma a la Constitución de Bolivia de 1994: **Art. 1:** “Bolivia, libre, independiente, soberana, **multiétnica y pluricultural,**[...]”. Constitución de Ecuador de 1998, Art. 1. “El Ecuador es un **Estado** social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, **pluricultural y multiétnico.**” Constitución de Venezuela de 1999: Artículo 100: “Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, **reconociéndose** y respetándose la **interculturalidad** bajo el **principio de igualdad de las culturas.** (...)” (énfasis agregado).

⁴ Algunos objetan el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas bajo el argumento de que se va a generar caos por la “creación” de muchos sistemas, pero los textos constitucionales no están creando sino reconociendo algo que ya existe en la realidad social, lo que permite crear puentes de entendimiento y articulación, y condiciones para su desarrollo.

pecial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

Dado que los países andinos han ratificado el Convenio 169 de la OIT, tal Convenio debe interpretarse conjuntamente con el texto constitucional. Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el art. 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas (o incluso acuerdos nacionales –políticos–) que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas (PI). El análisis que sigue puede aplicarse también, en gran medida, a los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT aunque no hayan incluido reformas constitucionales expresas para reconocer el derecho indígena.

El Convenio 169 de la OIT establece, entre otras disposiciones:

Art. 8, 2: dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Art. 9, 1: en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Objeto de reconocimiento

Lo primero que se desprende del Convenio 169 de la OIT y los textos constitucionales de los países andinos es que hay un reconocimiento de dos contenidos mínimos:

- El sistema de normas o derecho consuetudinario, y por ende de la potestad normativa o reguladora de los pueblos y las comunidades indígenas y campesinas (en los casos de Perú y Bolivia).
- La función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de la jurisdicción especial de modo autónomico, y el sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades.

Antes de la reforma constitucional, la normativa de los diferentes países andinos sólo permitía la costumbre como una fuente secundaria del derecho, a falta de ella y nunca en contra de ella (*contra legem*), en cuyo caso podía constituir delito. Al reconocerse funciones de justicia o jurisdiccionales a los pueblos y las comunidades indígenas/campesinas siguiendo su propio derecho y aplicado por sus autoridades, se admite

explícitamente la existencia de órganos distintos al poder judicial, legislativo y ejecutivo para la producción del derecho y la violencia legítima. Se admite el llamado derecho consuetudinario no sólo como fuente del derecho (estatal), sino como un derecho propio que se aplica incluso contra la ley⁵.

En este sentido se pronuncian los constitucionalistas Bernal y Rubio. El reconocimiento de la jurisdicción especial “permite el ejercicio de la función jurisdiccional por un órgano u organización distintos al poder judicial, limitándose el principio de la unidad y exclusividad del poder judicial para dicha función, consagrado en el inc. 1 del art. 139” (Bernal, 1999: 682). Por tanto, cuando las autoridades indígenas o comunales ejercen estas funciones jurisdiccionales los tribunales ordinarios deben inhibirse de intervenir, so pena de actuar inconstitucionalmente, anota Rubio⁶. En todo caso, tendría que probarse que se trata de hechos que están fuera de la competencia de la jurisdicción especial (por ejemplo cuando los hechos no se realizaron dentro de su ámbito territorial).

La jurisdicción especial comprende todas las potestades que tiene cualquier jurisdicción: *notio, iudicium, imperium o coercio*. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos, tales como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*coercio o imperium*)⁷. La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en reiterada jurisprudencia el carácter de jurisdicción que tienen los pueblos indígenas, con todas las potestades mencionadas.

Los actos de coerción personal derivados del ejercicio de la función jurisdiccional especial (dentro de su territorio y siguiendo su propio derecho) no constituyen, por definición, usurpación de funciones de la jurisdicción ordinaria, o delito de secuestro, privación ilegal de la libertad ni ninguna otra forma delictiva, como no lo son la captura, el trabajo comunitario, la prisión, el embargo, el impedimento de salida que sufren las personas por orden legítima de la jurisdicción ordinaria. Se trata, por pro-

⁵ En el caso del Perú este tema fue explícitamente debatido en el Congreso Constituyente: “que el reconocimiento del pluralismo legal permitía la aplicación del *derecho consuetudinario* aún en contra de la ley, y por eso es que esta norma merecía estatuto constitucional y no sólo legal” (Diario de Debates CCD, 12.4.1993 y 23.6.1993).

⁶ “También entendemos que cuando exista un proceso de este tipo, **los tribunales ordinarios deberán inhibirse**, aún cuando puedan actuar de oficio, pues de no hacerlo estarían actuando inconstitucionalmente contra este artículo (149)” (Rubio, 1999: 208). (Énfasis agregado).

⁷ Ver Sánchez y Jaramillo (2000: 130-131), quienes a su vez citan la Enciclopedia Jurídica Omeba en su definición de Jurisdicción, tomo XVII, p. 538-9, Buenos Aires.

pio reconocimiento constitucional, del ejercicio de un derecho, del derecho de los pueblos y las comunidades de ejercer funciones jurisdiccionales. El ejercicio de un derecho no puede constituir por tanto la comisión de un delito pues no sólo no está prohibido, sino que su ejercicio está legitimado y protegido. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional de Colombia ha respaldado estas facultades de la jurisdicción especial⁸. Ello incluye claramente no sólo potestades coercitivas generales sino también potestades punitivas específicas las cuales ya no están en manos de la jurisdicción penal ordinaria sino de la jurisdicción especial o tradicional (San Martín, 1999: 90-91).

Sujeto titular del derecho

El Convenio 169 de la OIT tiene como sujeto titular del derecho a los “pueblos indígenas”, mientras que en los textos constitucionales de los países andinos se mencionan “pueblos”, “comunidades”, “comunidades campesinas y nativas” y “rondas campesinas”. El texto constitucional y el Convenio deben interpretarse sistemáticamente, bajo el principio de rescatar lo más favorable a los pueblos indígenas. Con base en el Convenio 169, los pueblos indígenas tienen titularidad para aplicar su derecho consuetudinario y ejercer funciones jurisdiccionales, y no sólo las instancias comunales que algunas constituciones mencionan (Perú). El concepto de pueblo es más comprehensivo que el de comunidad, pudiendo comprender formas de organización comunal que no están reconocidas por ley, o estando reconocidas, que no están tituladas propiamente como indica la ley. Este concepto de pueblo también incluye organizaciones supracomunales, grupos étnicos extensos, federaciones, o los llamados “pueblos no contactados”, al margen de su estatuto legal⁹.

⁸ “Esto implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los renuentes ante las autoridades judiciales de la comunidad, [tener] sitios de reclusión o castigo, y también que pueden imponer penas restrictivas de la libertad y tener personas que vigilen el cumplimiento de las penas de cualquier tipo. Además de los límites que se derivan de los derechos humanos, la Corte no ha señalado otros. Por el contrario, ha avalado la actuación de los indígenas en este aspecto. Véase sentencias SR-349 de 1996, T-523 de 1997 y SU-510 de 1998.” (Sánchez et al., 1999: 143). “En el caso de los pueblos indígenas, el derecho de administrar justicia también incluye el derecho de utilizar la fuerza física, teniendo como límite la protección del derecho a la vida e integridad corporal”. Al respecto, la Corte, mediante “sentencia T-349 de 1996... protegió la sanción del cepo... (y) la sentencia T-523 de 1997 ... protegió la sanción del “fuate”... bajo la consideración de que no constituían trato cruel, inhumano ni degradante” (Sánchez, 1999: 142). Esta facultad también incluye el derecho de “impedir la entrada o permanencia en su territorio de personas indeseadas (derecho de exclusión de su territorio)” (sentencias T-257 de 1993, SU-510 de 1998 y T-652 de 1998), entre otros tipos de medidas y sanciones (Sánchez y Jaramillo, 2000: 119).

⁹ El art. 1, inc. 1, literal b) del Convenio 169 establece que el mismo se aplica “a los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la Conquista o la Colonia, o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica,

Para los efectos de la definición de “pueblo indígena” ha de considerarse el derecho de autodefinition que consagra el Convenio 169 (art. 1, inc. 2). Si bien el término “pueblo” es más amplio que el de “comunidad”, ello no significa que no deban reconocerse estos derechos cuando sólo hay comunidades y no pueblos indígenas con todos sus componentes. Cabe recordar que justamente la historia colonial y republicana ha impactado negativamente en muchos pueblos pulverizándolos en comunidades, y diluyendo y transformando sus elementos identitarios. En algunos casos tal impacto incluye la pérdida de los idiomas indígenas, la propiedad común de la tierra (por la expansión de las haciendas durante la república), las estructuras de poder supracomunal, y el hecho mismo de autodenominarse indígenas, por la connotación negativa que le fue asignada. El término “indígena” fue exitosamente sustituido por el de “campesino” en varios países a partir de mediados de siglo hasta la fecha (Perú, Bolivia, y otros países de Latinoamérica como Guatemala durante la reforma agraria de 1952). Es necesario tener en cuenta que los pueblos y las culturas indígenas no son estáticos, mientras que los conceptos tienden a serlo. Las culturas y formas de organización social se transforman y recrean constantemente; por tanto, hay muchos colectivos que tienen una identidad propia y diferenciada del resto de la sociedad nacional, con su propia cultura legal e instituciones, con herencia andina y también de otras fuentes, pero que ya no hablan idiomas indígenas ni mantienen elementos tradicionales que se consideran parte de una identidad indígena estereotipada¹⁰.

Las autoridades indígenas

Las cartas constitucionales mencionan la potestad de las autoridades de los pueblos/comunidades indígenas/campesinas para ejercer funciones jurisdiccionales o de justicia. Las cartas de Colombia, Perú, Ecuador simplemente hablan de “autoridades”, en cambio la Constitución de Bolivia es más explícita al indicar “autoridades naturales”, así como la de Venezuela, que habla de “autoridades legítimas”. La referencia a las “autoridades de los pueblos o comunidades indígenas” alude a los individuos o

conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas” (s/n).

¹⁰ La Constitución del Canadá de 1982 ofrece un interesante ejemplo de cómo otorgar derechos a colectivos que no entran dentro de la categoría “indígena”, pero que tienen herencia indígena e identidad diferenciada del resto de la sociedad nacional. Éste es el caso de los Métis, un colectivo mestizo constituido a partir del mestizaje de miembros de las primeras naciones, Inuit y europeos, pero con una identidad propia, y que reclamaba la aplicación de derechos que se reconocen a los pueblos indígenas. En 1982 se hizo una enmienda a la Constitución del Canadá a fin de que se incluyera a los Métis entre los pueblos aborígenes del Canadá y les reconociera derechos que corresponden a dichos pueblos (Sección 35,2), no obstante no ser un pueblo indígena propiamente. El criterio utilizado es que los Métis consideran que tienen una identidad cultural propia y distinta al resto, que no es ni indígena, ni occidental (Borrows y Rotman, 1998: 465-497).

colectivos (asambleas, cuerpos colegiados) que según los sistemas indígenas tienen potestad para gobernar, resolver conflictos o regular la vida social. Ello incluye la potestad de los pueblos y las comunidades indígenas a tener su propio sistema institucional para el autogobierno, la organización del orden social y la resolución de conflictos, lo que llamaríamos la justicia o función jurisdiccional. Este derecho a contar con sus propias autoridades significa que las mismas son nombradas o designadas bajo las reglas indígenas y tienen las atribuciones que dichos pueblos les asignan. El Convenio 169 de la OIT se refiere al reconocimiento de las “instituciones” de los pueblos indígenas, lo cual incluiría no sólo autoridades específicas sino también la forma de organización institucional. Aquí cabe incluir también a los sistemas institucionales que son apropiados por los pueblos indígenas, no obstante tener un origen foráneo. Las prácticas estatales que implican el nombramiento o la imposición de determinadas personas, indígenas o no, para que sean autoridades de pueblos o comunidades indígenas son incompatibles con el derecho mencionado. Esto además constituiría una violación del derecho a “la propia vida cultural” (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), del derecho de autoidentificación (Convenio 169 de la OIT), y de las normas constitucionales que reconocen la autonomía organizativa de las comunidades y los pueblos indígenas.

Competencias

En cuanto a la competencia territorial, material y personal, las constituciones de Colombia y Perú comparten, grosso modo, los mismos criterios teniendo como base la competencia territorial. La Constitución de Bolivia no hace referencia expresa al tema. La Constitución del Ecuador habla de una competencia con relación a conflictos internos, sin precisar si es en razón de territorio, persona o materia. La Constitución de Venezuela limita la competencia territorial y personal. A continuación se analizará el alcance de las mismas teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT.

Competencia territorial

En principio, el Convenio 169 de la OIT (arts. 13-15) reconoce a los pueblos indígenas el derecho a tierras y territorio como un espacio de gestión colectiva. Se trata del lugar que ocupan o utilizan de algún modo para realizar actividades que les permitan su reproducción material y cultural. Por tanto, tener competencia sobre los hechos que ocurren dentro de dicho territorio es parte de la definición propia de los derechos territoriales. La competencia sobre el territorio, sin embargo, es un mínimo, pero no un limitante, pues el alcance de la jurisdicción indígena se puede ampliar en razón de la competencia personal y material. De hecho, por razón de competencia personal, la jurisdicción indígena podría tener competencia extraterritorial.

En las constituciones de Colombia y Perú, el criterio fundante de la jurisdicción indígena es la competencia territorial. Esto es, que la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario son los que rigen dentro del espacio territorial del pueblo o la comunidad indígena o campesina. En estos países, la constitución y las leyes reconocen un espacio territorial/ tierras colectivas a los pueblos y/o las comunidades indígenas, campesinas o nativas.

En Bolivia y Ecuador no hay una mención específica a la competencia territorial. Sin embargo, cabe interpretar, en concordancia con los derechos territoriales reconocidos por el Convenio 169 de la OIT que, en tanto se otorgan funciones de justicia o de administración y aplicación de normas propias a las autoridades de pueblos y comunidades indígenas, la competencia de las mismas se da por lo menos dentro de los territorios que dichos pueblos o comunidades ocupan o utilizan de alguna manera. La Constitución de Venezuela señala de modo expreso que las autoridades indígenas tienen competencia para aplicar “sus instancias de justicia” dentro de su hábitat, pero adicionalmente incluye una limitación en la competencia personal que luego se comentará.

Cabe distinguir entre la competencia territorial para conocer casos y para la validez de las decisiones del derecho y la jurisdicción indígena (Sánchez et al., 1999: 132). El derecho indígena y la jurisdicción especial tienen competencia respecto de los hechos, casos, situaciones o relaciones jurídicas que se dan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas¹¹. Pero la eficacia de dichas decisiones es de alcance nacional¹².

Para dar contenido al concepto de “ámbito territorial” es importante utilizar el Convenio 169 de la OIT que define el territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera” (art. 13, 2), e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (art. 14, 1). El ámbito territorial no equivale entonces a tierras de propiedad del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan de alguna manera. Esto es importante porque en los diversos países no todos los pueblos o las comunidades

¹¹ La Corte Constitucional de Colombia ha sustentado el mismo criterio: “En la sentencia ST-496 de 1996 (...) se afirma que uno de los elementos de este fuero es (...) de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio (...)” (Sánchez et al., 1999: 132).

¹² “Por otro ha indicado que la validez de las decisiones de la autoridades indígenas en todo el territorio nacional (por ejemplo) ordenando a la policía nacional llevar al territorio indígena respectivo a las personas que han escapado de las autoridades indígenas, para que la pena impuesta se cumpla en territorio indígena. Véase sentencia ST-349 de 1996” (Sánchez y Jaramillo, 2000: 133).

tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas; además, hay comunidades que carecen de algún reconocimiento legal de la propiedad común de la tierra. Incluso, como el caso de la Constitución del Perú de 1993, se permite la venta de tierras comunales sin que por ello desaparezca la comunidad como ente colectivo sujeto de derechos¹³. Lo importante es que se trate del espacio sobre el cual estos pueblos y comunidades interactúan de alguna manera. En tal espacio, por ende, es donde se aplica el derecho y la justicia indígena/comunal. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia al establecer el precedente de que el término territorio no solamente se refiere a la tierra de propiedad legalmente reconocida, sino a la habitualmente ocupada por una comunidad indígena¹⁴ o a “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales” (sentencia T-384 de 1994) (Sánchez y Jaramillo, 2000: 133).

Un comentario sobre el caso venezolano. El texto de la Constitución de Venezuela es el único que expresamente reduce la competencia territorial a la competencia personal al indicar en el art. 260 que: “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, [...]”

Parecería desprenderse de este artículo, entonces, que la jurisdicción indígena sólo podría ver casos dentro de su territorio o hábitat que afecten a sus miembros, mientras que no podría hacerlo, ni aún dentro de su hábitat, cuando ello afecte a terceros, es decir, personas no indígenas. Aquí hay dos principios en pugna. Uno alude a la idea de que un sistema legal se aplique a quienes participan de los marcos sociales y culturales del mismo. Sin embargo, este principio puede ser contestado con otro: la necesidad de fortalecer y garantizar apropiadamente el conjunto de los derechos colectivos reconocidos a los pueblos indígenas y que están consagrados en varios artículos de la constitución. Aquí se hace necesaria una interpretación sistemática. Si los terceros realizan hechos o actos dentro del hábitat indígena que no afectan en modo alguno los bienes o derechos indígenas, no tendría sentido que el derecho y la jurisdicción indígenas entraran a regir, pero en el caso de que tales terceros afecten o comprometan de algún modo bienes, derechos o intereses relevantes de los pueblos

¹³ En el Perú, las rondas campesinas de estancias y aldeas tampoco tienen tierras de propiedad común pero sí tienen espacios delimitados de actuación de acuerdo con el límite de la estancia, aldea o caserío (que es el espacio de las familias empadronadas y que participan en las asambleas).

¹⁴ “Así por ejemplo en la sentencia T-254 de 1994, a pesar de que la comunidad indígena no había legalizado aún la propiedad sobre la tierra ocupada, la Corte consideró procedente el ejercicio de las facultades jurisdiccionales dentro del territorio en el que estaba asentada la comunidad” (Sánchez et al., 2000: 133).

indígenas o sus miembros, tales pueblos tienen derecho de intervenir para proteger dichos derechos. La Constitución de Venezuela, en los arts. 119 y 121, les reconoce el derecho a la “existencia y organización propia”¹⁵, así como el derecho a sus tierras originarias, cultura, forma de organización, usos y costumbres. Por tanto, si terceros entran a los territorios o hábitat indígenas y realizan hechos o actos que afectan o comprometen de algún modo la existencia, costumbres, derechos o bienes colectivos de los pueblos indígenas o sus miembros, los mismos tienen válidamente el derecho de intervenir y defender sus derechos. Ello no obsta, sin embargo, para que se conciban mecanismos específicos a fin de resolver conflictos interculturales y que no se violen los derechos humanos.

Adicionalmente, cabe una competencia extraterritorial para el caso de indígenas que realizan hechos fuera del ámbito territorial indígena.

Competencia material

La jurisdicción especial indígena tiene competencia para conocer todas las materias que juzgue conveniente, dentro del ámbito territorial propio (del pueblo indígena/comunidad) e, incluso extraterritorialmente, respecto de sus miembros, bajo ciertas circunstancias. Ni los textos constitucionales de los países andinos, ni el Convenio 169 establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de hechos que puede conocer el derecho indígena. Y donde la ley no distingue, el intérprete no puede distinguir, recortar o reducir. Esta amplitud es coherente con el hecho de que la jurisdicción especial o justicia se imparte de conformidad con “sus normas y procedimientos” (Constitución colombiana), “derecho consuetudinario” (C. peruana), “costumbres y procedimientos” (C. boliviana), “costumbres o derecho consuetudinario” (C. ecuatoriana) o “tradiciones ancestrales, y propias normas y procedimientos” (C. venezolana), es decir, de acuerdo con el sistema jurídico del pueblo o la comunidad indígena que se trate. Como cada sistema jurídico tiene su modo de clasificar y reconstruir los hechos sociales desde sus propios valores y categorías, corresponde al

¹⁵ Constitución de Venezuela, “**Artículo 119, sobre el derecho a la existencia y organización propia.** El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, **su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras** que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.”

“**Artículo 121, sobre el derecho a la identidad étnica y cultural indígena.** Los pueblos indígenas tienen **derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto.** El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones” (énfasis agregado).

mismo definir qué hechos sociales le parecen relevantes como para ameritar su intervención. Es más, la construcción de los hechos relevantes está condicionada culturalmente, y no siempre coincide o corresponde con las categorías del derecho oficial, si bien para efectos comparativos puede utilizarlas. Esta amplitud de materias también está contemplada en el Convenio 169, que menciona, de manera ilustrativa, materias referidas a la propiedad y el manejo de la tierra, los métodos de persecución de delitos, la forma de organización social, política y económica. En síntesis, los sistemas jurídicos indígenas tienen competencia para conocer todo tipo de materias y de toda gravedad o cuantía en tanto tengan interés en hacerlo de acuerdo con sus normas y procedimientos¹⁶.

Una nota con relación a la Constitución venezolana. Esta carta señala que la aplicación de instancias de justicia en su hábitat se hace “con base en sus tradiciones ancestrales”; esto no significa que los pueblos indígenas estén sujetos al pasado y no puedan innovar. Por ello es necesario subrayar, para efectos de una interpretación sistemática, que el reconocimiento del derecho y la jurisdicción especial indígena que hacen la Constitución y el Convenio 169 de la OIT no se refiere a normas, tradiciones, costumbres o procedimientos específicos, sino a la potestad de autoregularse y resolver los conflictos sociales que consideran relevantes.

En síntesis, la jurisdicción especial tiene competencia para ver hechos que considera relevantes para que –estén o no tipificados por el derecho oficial– sean considerados leves o graves, o sean calificados como penales o civiles por el derecho oficial, ya que la jurisdicción especial no se rige por la ley estatal, sino por su propio derecho (Bernaes, 1999; Rubio, 1999; San Martín, 1999; Yrigoyen, 1994, 1995). El constitucionalista peruano Marcial Rubio aclara este punto al analizar el alcance del art. 149 de la Constitución del Perú de 1993:

La función jurisdiccional será ejercida de conformidad con el derecho consuetudinario. Quiere decir esto que aplicarán las costumbres del lugar (...). Podrán aplicar todo tipo de costumbre: las que llenan los vacíos de la ley y las que secundan la ley porque son llamadas por ella (...) pero también las que van contra la ley (tradicionalmente prohibidas en nuestro derecho), y que son precisamente aquéllas para las que sirve esta autorización. (Rubio, 1999: 200).

El penalista César San Martín también coincide con este punto de vista al señalar que la jurisdicción especial (también llamada comunitaria, indígena o tradicional) constituye una excepción a la jurisdicción ordina-

¹⁶ Algunos proyectos de ley de desarrollo constitucional de varios países (como Perú, Argentina, México) pretenden reducir la competencia material de los pueblos indígenas a casos de menor cuantía o gravedad, o sólo a casos civiles o donde se juegan bienes negociables y no públicos, o que corresponderían al derecho penal. Sin embargo, esta limitación no tiene fundamento legal alguno ni en las cartas constitucionales ni en el Convenio 169 de la OIT que menciona expresamente la materia penal.

ria, y en tal caso es la jurisdicción ordinaria la que no debe intervenir¹⁷. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, reconociendo competencia a la jurisdicción especial incluso en casos de homicidios (Sánchez y Jaramillo, 2000: 132). Una reducción externa de las materias que pudiese conocer la jurisdicción especial iría en contra del reconocimiento constitucional y afectaría el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT. En todo caso, es la propia jurisdicción especial la que podría, si así lo estimara conveniente, delegar materias o casos para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, o pedir el apoyo de la fuerza pública. La carencia de argumentos jurídicos para fundamentar una posición limitativa de las competencias jurisdiccionales de los pueblos indígenas refleja la pervivencia de la concepción colonial de que los indios sólo son competentes para conocer casos pequeños o marginales, sin afectar la ley.

Competencia personal

La competencia personal sólo ha sido mencionada expresamente en una constitución. De la redacción de los textos constitucionales de Colombia y Perú se entendería que la jurisdicción indígena comprende a todas las personas que están dentro del ámbito territorial indígena, pues lo que rige es el criterio de competencia territorial. En Bolivia depende de lo que establezcan “sus costumbres y procedimientos”. Y en Ecuador depende de lo que defina su propio derecho como “asunto interno”, pues hay casos en los que las comunidades y los pueblos indígenas consideran un asunto como propio o interno cuando se ha realizado en su territorio o afecta a personas o bienes indígenas, aún cuando en tales casos participan personas no indígenas. En casi todos los países las comunidades son mixtas, las tasas migratorias son altas y las relaciones interétnicas son frecuentes y complejas.

El derecho al propio derecho tiene dos fundamentos. Uno, que podríamos calificar como cultural, es el hecho de la participación de la persona en un sistema cultural determinado. En principio cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura. Otro, que podríamos calificar como político, es la protección de la potestad de un colectivo para controlar sus instituciones y determinar lo que pasa dentro de su territorio, pues es el modo en el

¹⁷ “Las infracciones penales son de conocimiento de la **jurisdicción ordinaria**, que es la básica o común. Esta **jurisdicción conoce todos los procesos que no estén expresamente atribuidos a las otras**, cuyos campos de actuación han de estar casuísticamente señalados y constituyen excepción. Desde este punto de vista se tiene, como ya se anotó, tres jurisdicciones especiales; en primer lugar, la jurisdicción tutelar [menores]. En segundo lugar, la jurisdicción militar [...]. En tercer lugar, la **jurisdicción tradicional**, dedicada a la **aplicación del derecho penal consuetudinario** para las conductas penales que determina la ley, cometidas por los integrantes de las Comunidades Campesinas y Nativas en su ámbito territorial” (San Martín, 1999: 90-91) (énfasis agregado).

que garantiza su reproducción como colectivo y los derechos de sus miembros. Este segundo fundamento permite evitar que personas ajenas a los pueblos o comunidades indígenas (no-indígenas) cometan hechos dañinos dentro de tales bajo el amparo de que no pueden ser juzgadas por dichos sistemas. En general, los hechos dañinos realizados dentro de comunidades indígenas por agentes no indígenas suelen quedar sin reparación alguna, pues aquéllos buscan librarse de los controles indígenas y están lejos de los estatales. Además, la intervención de los aparatos estatales dentro de comunidades o pueblos indígenas ha mellado los sistemas jurídicos indígenas, afectando con ello la vida comunitaria misma. Los textos constitucionales de los países andinos muestran una clara vocación para proteger la existencia biológica y cultural de los pueblos indígenas, así como para fortalecer dicho derecho. Y el Convenio 169 de la OIT señala entre sus considerandos “las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones”. En esta línea, es consistente que el derecho indígena sea fortalecido afirmando su aplicación sobre el territorio/hábitat indígena tanto respecto de indígenas como no-indígenas, con el objeto de proteger los bienes y derechos indígenas. Esto permitiría fortalecer la vida comunitaria indígena y evitar la intervención o presencia de policías, jueces u otros agentes del derecho estatal, que secularmente han debilitado a las comunidades y pueblos indígenas. Ésta a su vez es la lógica de funcionamiento de cualquier sistema jurídico. En síntesis, apegándonos al objetivo constitucional de reconocer y fortalecer la jurisdicción especial dentro de su ámbito territorial, no encontramos argumentos para, a priori, sustraer de la misma a no-indígenas que realizan hechos susceptibles de juzgamiento dentro del ámbito territorial comunal¹⁸.

Otro tema de cuestionamiento con relación a la competencia personal tiene que ver con la voluntariedad u obligatoriedad del sistema para los indígenas. Es decir, si los indígenas que no desean ser sometidos a su jurisdicción están obligados a la misma o pueden recurrir a otra. Los textos de las diferentes constituciones andinas establecen claramente que la potestad para aplicar el derecho y la jurisdicción especial o justicia indígena corresponde a las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, es decir, que reside en tales pueblos y sus órganos de decisión colectiva. No es una atribución de los individuos decidir si se someten o no al derecho y la justicia indígenas. Como todo sistema jurídico, también el indígena tiene campos de intervención obligatoria, cuando se afectan bienes que

¹⁸ Este punto es materia de discusión en la jurisprudencia colombiana, así como en otros países, y se busca tener en cuenta si los extraños conocían o no las costumbres indígenas. En términos prácticos, las comunidades aplican algunas reglas a extraños, especialmente en lo que se refiere a reparación de daños, pero no otras que dependen de la participación en la cultura de la comunidad. La pertenencia cultural es un criterio importante para el juzgamiento de cualquier persona –de un pueblo indígena o no–, pero ello no debe utilizarse como pretexto para que los extraños busquen eximirse de su responsabilidad ante hechos o daños causados en pueblos/comunidades indígenas/campesinas.

el sistema considera de interés público, y campos de intervención facultativa, librada a la acción de los individuos o familias, pero el sistema en su conjunto es obligatorio y se impone sobre los individuos, de otro modo se debilitaría la vigencia misma del sistema. El Convenio 169 de la OIT señala el derecho de los pueblos indígenas de aplicar sus propios métodos para la persecución de delitos cometidos por sus miembros (art. 9,2). Ello establece, de una parte, el derecho de sus miembros ante el Estado, de ser juzgados por los métodos de sus propios pueblos y no por el derecho estatal. Pero al ser una atribución de los pueblos indígenas como colectivos, no es facultativo de las personas en tanto individuos, y por tanto no están en condiciones de huir legalmente de su sistema cuando no les conviene reparar una falta, trabajar o cumplir una sanción. En todo caso, al ser la jurisdicción especial potestativa de los pueblos indígenas, tales pueblos sí están en la facultad de considerar bajo qué circunstancias intervienen y en cuáles no, qué casos juzgan directamente o, incluso, en cuáles piden colaboración de la fuerza pública o la jurisdicción ordinaria. La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana es consistente en este punto, al sostener que no son los individuos sino la comunidad o pueblo el que tiene la potestad de jurisdicción, fallando que sus miembros no pueden escaparse de ella cuando les conviene (para huir de una sanción). La jurisdicción especial incluso tiene el derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública cuando algunas personas pretendan escaparse de la justicia indígena sin reparar daños causados dentro de la misma¹⁹.

Otro tema es el de la competencia personal respecto de indígenas fuera de su territorio/hábitat. Aquí aplicaría el fundamento cultural del derecho. Cuando se trata de situaciones o hechos que sólo afectan a indígenas, aunque se realicen fuera del territorio comunal (por ejemplo un conflicto de pareja o familiar, o una sucesión), es claro que el derecho y la jurisdicción indígena podrían intervenir, pues el marco cultural y normativo del mismo sigue rigiendo para tales personas. En estos casos dependería de la jurisdicción indígena si interviene o no. Aquí cabe hacer un paralelo con el derecho internacional pues hay situaciones civiles, e incluso penales, en las que los sistemas nacionales rigen extraterritorialmente para definir derechos y obligaciones o sanciones, como las relaciones de familia, sucesión, y algunos tipos de delitos. Insistimos en que esto depende de la decisión de los órganos indígenas de aceptar intervenir o no. En caso de que fuese parte de la práctica jurídica de un determinado pueblo o comunidad, bastaría que la persona afectada reclamara la intervención de su sistema y cuestionara la intervención de la jurisdicción ordinaria. Si la

¹⁹ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia. Para garantizar la potestad coactiva de la jurisdicción especial indígena (*ius imperium*) ha ordenado a la policía colombiana colaborar con las autoridades indígenas para capturar a quienes salieron del territorio indígena tratando de evadir el cumplimiento de una sanción. Sentencia ST-349 de 1996. Ver Sánchez y Jaramillo (2000: 142).

jurisdicción especial estuviera dispuesta a intervenir, la jurisdicción ordinaria tendría que inhibirse.

En los casos de competencia de la jurisdicción ordinaria, cuando los hechos ocurren fuera del ámbito territorial indígena y afectan bienes o derechos de terceros la misma está obligada a considerar el condicionamiento cultural de los indígenas al momento del juzgamiento y la sanción. Esto podría dar lugar incluso a la exención o atenuación de la pena cuando los hechos no son considerados reprobables dentro de la cultura indígena que se trate²⁰. Aquí operan dos principios. De una parte no se puede condenar a una persona que no se ha podido motivar en contrario por tener tales hechos como aceptables dentro de su cultura. En segundo lugar, cuando se trata de hechos que son valorados culturalmente de modo distinto por diversas culturas, la igual dignidad de éstas no justificaría que una orientación cultural criminalice una práctica que es aceptada por otro pueblo. En todo caso, aquí cabe una vasta tarea de diálogo y acuerdo intercultural.

LÍMITE O MARCO: DERECHOS HUMANOS

El Convenio 169 (art. 8,2) sólo establece como límite del derecho consuetudinario la no violación de derechos fundamentales ni humanos. De este modo, quienes pretenden decir que la jurisdicción especial debe estar subordinada a la jurisdicción ordinaria, o que no puede interferir con ella, o que debe estar controlada o reducida, están haciendo una interpretación que no se condice con el texto ni con el espíritu del Convenio 169, ni los principios de interpretación sistemática, teleológica y progresiva.

La Constitución peruana, en su art. 149, establece un límite semejante al del Convenio 169 al indicar que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales especiales debe hacerse de conformidad con el derecho consuetudinario “siempre que no se violen los derechos fundamentales de la persona”. Los textos constitucionales de los demás países andinos suelen ser más restrictivos. Las cartas de Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela limitan el reconocimiento de la jurisdicción especial (Colombia) o justicia indígena (Bolivia), funciones de justicia (Ecuador) o instancias de justicia (Venezuela) al respeto de la Constitución y las leyes. La de Venezuela añade además el orden público. En tal supuesto, es obvio que el margen del derecho y la jurisdicción especial indígena sería sumamente limitado. Dado que tal limitación es menos ventajosa para los pueblos y comunidades indígenas que la previsión del Convenio 169 de la OIT, regiría la norma que concede más derechos y ventajas a los dichos pueblos, como señala el art. 35 del Convenio 169 de la OIT, con fuerza legal en todos

²⁰ Como lo contempla el art. 15 del Código Penal peruano de 1991, bajo la figura del error de comprensión culturalmente condicionado. También lo establece el Convenio 169 de la OIT (arts. 9 inc. 2; 10 y 12).

los países andinos. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía, de tal modo que sólo debe respetar lo que ella llama los mínimos fundamentales: el derecho a la vida (no matar), integridad física (no torturar), libertad (no esclavizar) y la previsibilidad de la sanción como principio del debido proceso (Sánchez, 1998; Sánchez y Jaramillo, 2000).

Aparte, en líneas anteriores se ha argumentado que el ejercicio de funciones jurisdiccionales, con las restricciones de derechos que pueda implicar (detenciones, investigaciones, sanciones, algunas formas de coerción personal, etc.), al ser legítimo y legal, no implica la comisión de delitos o violación de derechos humanos per se. Si una medida es violatoria de derechos humanos debe ser analizada en sí misma, pero no lo es el mero hecho del ejercicio de la jurisdicción especial por las autoridades indígenas/comunitarias.

Interpretación intercultural de los derechos humanos

En las diferentes cartas constitucionales de los países andinos, el Estado reconoce el carácter pluricultural de la nación/Estado/república y, consecuentemente, el derecho a la diversidad cultural. Además, reconoce el pluralismo legal, con el correspondiente derecho a la jurisdicción especial indígena/campesina (con sus autoridades jurisdiccionales y derecho). Por tanto, la definición e interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad. Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados con base en el diálogo intercultural. En primera instancia, cualquier presunta vulneración de los mismos debe ser tratada al interior de la jurisdicción especial. En ningún caso puede considerarse que el mero ejercicio de la jurisdicción especial, cuando ella corresponda, constituye una violación de los derechos humanos –dado que su ejercicio constituye un derecho constitucional–.

En caso de posibles conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos y fundamentales, el Convenio 169 de la OIT señala que deberán establecerse procedimientos adecuados para resolver dichos conflictos (art. 8,2). Estos procedimientos no han sido establecidos y deberían crearse en consulta con los pueblos indígenas (art. 6 del Convenio). El objetivo de los mismos sería garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho mismo, para honrar el reconocimiento del derecho a la diversidad que hacen las diferentes cartas de los países andinos. Una propuesta podría ser la conformación de tribunales mixtos o escabinados compuestos por jueces estatales y autoridades indígenas/comunitarias que resuelvan mediante reglas de equidad los presuntos conflictos entre la jurisdicción especial y los derechos humanos (y no con base en un solo derecho: el estatal o el derecho consuetudinario), tratando de entender las

diferentes posiciones (desde su propio marco cultural) y promover arreglos para prevenir la violencia o violación de derechos (atendiendo las demandas y necesidades de todas las partes)²¹. El objetivo es que los pueblos y las autoridades indígenas/comunitarias no queden como simples espectadoras de un ejercicio siempre ajeno del poder jurisdiccional y sometidas pasivamente a la interpretación de los jueces ordinarios, sino que se constituyan en autoridades jurisdiccionales con todas las potestades que la constitución les ha reconocido. La construcción de un Estado pluricultural debe partir del respeto a la igual dignidad de los diferentes y basarse en el diálogo y la negociación. En este sentido se pronuncia Will Kymlicka, uno de los máximos exponentes de la teoría de la ciudadanía multicultural, al sostener que en situaciones de multiculturalidad con presencia de pueblos indígenas, minorías nacionales o culturas societales con un nivel de autogobierno, el sometimiento de los mismos a un marco de derechos humanos no significa necesariamente que deban responder a una ley nacional ni a sus tribunales, sino que podrían crearse tribunales con participación equitativa tanto de la jurisdicción federal (nacional estatal) como de dichos pueblos indígenas o minorías²².

LA COORDINACIÓN

Las diferentes cartas establecen que debe haber una ley de coordinación entre la jurisdicción especial y el sistema jurídico nacional (Colombia), poder judicial (Perú) o sistema de justicia nacional (Venezuela). Ecuador y Bolivia utilizan el término de “compatibilización”²³. En primer lugar, cabe subrayar que se trata de una ley de coordinación y no de reglamentación como algunos han entendido erróneamente. Y la vigencia de la jurisdicción especial no está supeditada a esta ley, como ha esclarecido la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, cuya Constitución es fuente de las demás constituciones andinas²⁴. En segundo lugar, cabe subrayar que la palabra “coordinación” establece una rela-

²¹ En otros trabajos he planteado esta propuesta (Yrigoyen, 1994, 1995 y 1999). La conformación de estos tribunales mixtos no excluye el apoyo de peritos antropológicos o comunitarios. Una propuesta semejante ha sido planteada por las rondas campesinas en su encuentro regional (2000) y nacional (2001).

²² Kymlicka cuestiona el supuesto de que los pueblos indios tengan que someterse a la constitución o a tribunales federales compuestos exclusivamente por jueces no indios. Sugiere que se podría “acordar la creación de un tribunal bilateral de derechos humanos (...), en el cual ambas partes [estuviesen] equitativamente representadas” (Kymlicka, 1996: 232-3).

²³ Se plantean algunos contenidos posibles de una ley de coordinación en Yrigoyen (1994) y (1999).

²⁴ “El derecho a administrar justicia dentro de su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (...) se trata de un derecho de aplicación inmediata y que por tanto no requiere una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido”. Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-254 de 1994, C-139 de 1996, C-349 de 1996, T-496 de 1996 y T-23 de 1997 (Sánchez y Jaramillo, 2000: 118). Esto también es sostenido por Rubio (1999), Bernal (1999), Yrigoyen (1994, 1995).

ción horizontal y no de control, revisión o alguna forma de subordinación. Lo que se busca es establecer un sistema que posibilite la relación armónica y pacífica entre las jurisdicciones especial y ordinaria en condiciones democráticas y no de subordinación. Entre las necesidades de coordinación se encuentran el establecimiento de reglas que permitan resolver conflictos de competencia, mecanismos de cooperación y auxilio mutuo. En tercer lugar, y dentro de una lógica democrática de diálogo intercultural, la ley también debería establecer los procedimientos para resolver presuntos conflictos entre derechos humanos y jurisdicción especial. Pero esta función de coordinación no otorga por anticipado una potestad a las autoridades de la jurisdicción ordinaria de controlar o supervigilar a las autoridades de la jurisdicción especial. En cuarto lugar, la ley también tendría que regular mecanismos adecuados de coordinación directa entre la jurisdicción especial y diversos entes públicos como la policía, el Ministerio Público, los gobiernos locales, los registros públicos (por ejemplo para registrar decisiones de la jurisdicción especial que modifican registros de la propiedad o el estado civil). En quinto lugar, la ley debería hacer una adecuación normativa entre la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y el resto de la normativa nacional, así como desarrollar aspectos que no son claros en la constitución. Lo que de ninguna manera puede hacer la ley es recortar o restringir derechos, pero sí puede ampliarlos o desarrollarlos. Esta ley tendría que ser consultada con los pueblos indígenas para tener legalidad (lo ordena el art. 6 del Convenio 169 de la OIT) y legitimidad (consenso), como un primer paso en la construcción del Estado pluricultural.

BIBLIOGRAFÍA

- Alertanet- Portal de Derecho y Sociedad/ Portal on Law & Society.
www.derechoysociedad.com
- América Indígena* (1999), "Pluralismo jurídico y derechos indígenas en América Latina", México, Instituto Nacional Indigenista, Instituto Indigenista Interamericano.
- BERNALES, Enrique (1999), *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Lima, Constitución y Sociedad ICS.
- BORJA, Emiliano (2001), *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BORROWS, John y Leonard ROTMAN (1998), *Aboriginal Legal Issues*. Markham, Ontario, ButterWorths.
- CLAVERO, Bartolomé (2000), *Ama Llunku, Abya Yala: constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Congreso Constituyente Democrático (1993), Actas del Debate, 29a. "P" Sesión permanente (vespertina) 20-7-1993 (referentes a los artículos 88 y 89, sobre tierras de las comunidades campesinas y nativas).
- HURTADO POZO, José (1995), "Impunidad de personas con patrones culturales distintos", en Revista *Derecho* N° 35, Lima, Facultad de Derecho, PUCP.

- KYMLICKA, Will (1996), *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós.
- MARZAL, Manuel (1986), *Historia de la antropología indigenista: México y Perú*, Lima, PUCP.
- Mesa de Pluralidad Jurídica y Derechos Étnicos (1994); Pluralidad Cultural y Derechos Étnicos. Propuesta de reforma constitucional, en *Desfaciendo entuertos*, N° 3-4.
- RUBIO CORREA, Marcial (1999), *Estudio de la Constitución Política de 1993*, tomo V, Lima, PUCP.
- SÁNCHEZ BOTERO, Esther (1998), *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Santafé de Bogotá, UNC y UNIJUS.
- SÁNCHEZ, Esther e Isabel C. JARAMILLO (2000), *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá.
- SAN MARTÍN, César (1999), *Derecho procesal penal*, Vol. I, Lima, Ed. Grijley.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del derecho*, Bogotá, ILSA.
- (1994), Entrevista, en *Desfaciendo entuertos*, N° 3-4.
- (1991), *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA.
- VAN COTT, Donna Lee (1999), "Constitutional reform and ethnic rights in Latin America", en *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2000a), "Tratamiento judicial de la diversidad cultural y la jurisdicción especial en el Perú", en XII Congreso Internacional. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio, Arica, Universidad de Chile y Universidad de Tarapacá.
- (2000b), "Un balance de la post-reforma: constitución pluralista, judicatura monista", en Institute of Latin American Studies, University of London, abril, 2000.
- (2000c), "Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)", en *Revista Pena y Estado* N° 4, Buenos Aires, Inecip y Editorial El Puerto.
- (1999), *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack.
- (1996), "Control penal y diversidad étnico-cultural", en María Diego, et al. (coord.), *Conflicto social y sistema penal*, Salamanca, Colex y Universidad de Salamanca.
- (1995a), De la criminalización de la diferencia cultural a la legitimación de un orden pluralista (Perú, Países Andinos). Tesis de maestría en sistema penal y problemas sociales, Barcelona, Universidad de Barcelona.
- (1995b), *Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario*, Lima, CEAS y *Desfaciendo entuertos*.
- (1994), "Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana: alcances, límites, consecuencias y retos", en *Desfaciendo entuertos* N° 3-4.
- (1993), *Las rondas campesinas de Cajamarca. Una aproximación desde la antropología jurídica*, Lima, PUCP, Facultad de Derecho.
- (1992), Pluralidad jurídica y propuestas de reforma constitucional, en Primer Taller Nacional sobre Rondas Campesinas, Justicia y Derechos Humanos, Cajamarca, CEAS, Obispado de Cajamarca y CEAS.

RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO LEGAL Y DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA DE 1999
1. FUNDAMENTO: Estado reconoce Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal	-Considerando... la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas (...) hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; -Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.	Art. 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.	Art.2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural , constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico . Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. (...)	Art. 100: Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas . (...)
2. Texto de reconocimiento del pluralismo legal a) El Derecho Indígena o Consuetudinario, b) La Jurisdicción Indígena y c) La institucionalidad indígena (autoridades e instituciones propias).	Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Art. 9,1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial , de conformidad con sus propias normas y procedimientos , siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las	Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas , pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los	Art.171: (...) Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos .	Art. 191: (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia , aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario , siempre que no	Art. 260: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes , según sus propias normas y procedimientos , siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a

	nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.	formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes . La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.	sean contrarios a la Constitución y las leyes . La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.	la ley y al orden público . La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.
3. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias/ derecho consuetudinario. 2. Instituciones propias. 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas (incluidos métodos de control de delitos).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades y RC/ PI, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades <i>naturales</i> de comunidades/ PI. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos.	1. Derecho consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de justicia.	1. Normas y procedimientos, y tradiciones ancestrales. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Aplicación de instancias de justicia.
4. Titular del derecho (Sujeto beneficiario del reconocimiento)	1. Pueblos indígenas en países independientes. 2. Pueblos tribales.	1. Pueblos indígenas.	1. Comunidades campesinas, 2. Comunidades nativas, 3. Rondas campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos indígenas.	1. Comunidades indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos indígenas.	Pueblos indígenas.	Pueblos indígenas.

RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO LEGAL Y DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS (continuación)

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA DE 1999
5. Competencia territorial	No se menciona expresamente.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas/ y PI.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas/ y PI.	No se indica, pero se habla de "conflictos internos" (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).	Dentro de su hábitat.
6. Competencia material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: "represión de delitos cometidos por sus miembros".	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
7. Competencia personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Cabe entender que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial campesino/ indígena	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de "conflictos internos" (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).	Que sólo afecten a sus miembros (PI).
8. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes. Que normas y	procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, 2. la Ley, y 3. el orden público.

	2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.					
9. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los <i>conflictos en la aplicación del principio</i> de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) el <i>sistema jurídico nacional</i> . -No hay ley, pero si jurisprudencia.	La ley de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) los juzgados de Paz y Poder Judicial. -Aún no se da ley.	Ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los <i>poderes del Estado</i> . Hay varias normas, pero no ley específica.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional. -Todavía no se da ley.	La ley determinará la forma de coordinación de: a) esta jurisdicción especial con b)el sistema judicial nacional. -Todavía no se da ley.
10. Ubicación sistemática	Parte I: Política general. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Señala dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Capítulo referido al Poder Judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama <i>jurisdicción especial</i> . No es muy sistemático el tratamiento.	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII De la Función Judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.	-Capítulo III Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia. Sección Primera: De las Disposiciones Generales.
11. Ratificación del Convenio 169		Ratificado en 1991	Ratificado en 1993 (depósito en 1994)	Ratificado en 1992	Ratificado en 1998	Ratificación: 22: 05:2002

Raquel Yrigoyen Fajardo raquelyf@hotmail.com

Fuente: Estado Pluricultural, derecho indígena y control penal (tesis U.B. en curso).

EL (RE)NACIMIENTO DE LA JUSTICIA DE PAZ:
¿UNA REFORMA DEMOCRÁTICA
O TECNOCRÁTICA DE LA JUSTICIA?

Las experiencias de Italia, España, Brasil y Portugal*

JOÃO PEDROSO**

CATARINA TRINCÃO***



En la mayoría de los países, la administración de justicia se encuentra en un momento de crisis y de reforma. Entre estas reformas se destacan las de naturaleza informal y/o de desjudicialización.

La (re)construcción de la justicia de paz (jueces no togados) –que puede ser, de acuerdo con las situaciones, alternativa, complementaria o sustitutiva del sistema judicial– es uno de los mecanismos de reforma que han sido ensayados en distintos países.

Así, en este artículo haremos un análisis sucinto de la situación de esta experiencia en cuatro países (España, Italia, Brasil y Portugal), con el propósito de averiguar si estamos frente a una simple reforma tecnocrática y administrativa que busca descargar los pequeños litigios de los tribunales, o si también allí se encuentran virtualidades democráticas que facilitan el acceso de los ciudadanos a la administración de justicia.



The (Re)birth of the Justice of the Peace: A Democratic or Technocratic Reform of Justice? The Experiences of Italy, Spain, Brazil and Portugal

In most countries, the administration of justice faces a moment of crisis and of reform. Among these reforms are those of an informal nature and/or of de-judicialization.

The (re)construction of the justice of the peace (judges without robes) –which may be, according to the situations, alternative, complementary or substitutive of

* Traducción de Irene Hernández Andrés.

** Abogado e investigador. Centro de Estudos Sociais, Universidad de Coimbra, Portugal.
jpedroso@fe.uc.pt

*** Asistente de investigación, Observatorio Permanente de la Justicia, Centro de Estudos Sociais de la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra, Portugal.
opj@fe.uc.pt

the judicial system— is one of the reform mechanisms that have been tried out in different countries.

Thus, this article makes a succinct analysis of the situation of this experience in four countries (Spain, Italy, Brazil and Portugal) in order to find out if this is simply a technocratic and administrative reform that aims to relieve the courts of minor cases of litigation or, rather, if they offer democratic virtuosities which facilitate the access of citizens to the administration of justice.

LAS CRISIS Y LAS REFORMAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Desde principios de los años 90 estamos asistiendo a una crisis de la justicia, en la cual no predomina la defensa de los derechos de los ciudadanos, sino su “colonización” por el cobro de deudas tanto en la jurisdicción civil (procesos declarativos y ejecutivos) como en la penal (cheques sin fondos) que está acompañada, en las zonas urbanas, por el crecimiento de la violencia, por lo general vinculada con el delito de hurto y de robo, relacionado con el consumo de estupefacientes. A la par de cierto protagonismo de los tribunales (crímenes de personas con poder), su desempeño es, de este modo, sofocado y banalizado por la explosión del litigio rutinario y por una asignación de recursos insuficiente para responder a este aumento de la demanda (Santos et al., 1996; Pedroso, 2000).

Los tribunales han sido duramente criticados, particularmente en Italia, Francia, Portugal y España, por su falta de eficiencia, inaccesibilidad, morosidad, costos, falta de responsabilidad y de transparencia, privilegios corporativos, el enorme número de presos preventivos, la incompetencia en las investigaciones, entre otras razones. En estudios sobre el uso de los tribunales en Portugal (Santos et al., 1996), en Colombia (Santos y García, 2001) y en Mozambique (Santos y Trindade, 2003), emergió una imagen muy ilustrativa de la gran distancia y la desconfianza de los ciudadanos frente al sistema judicial y del bajo grado de satisfacción en aquellas situaciones en las que estaban involucrados en procesos judiciales (Santos et al., 1996).

Esta situación de quiebre es común a la mayoría de los países y tiene origen, esencialmente, en un crecimiento explosivo de la utilización de los tribunales por las empresas que, como litigantes frecuentes, demandan por lo general a ciudadanos consumidores que no pagan cumplidamente los bienes y servicios que adquieren. Para evitar el quiebre de los sistemas judiciales, los distintos gobiernos han promovido una pluralidad de reformas, principalmente de la administración de justicia y de la justicia civil. De este modo, a lo largo de los últimos años, las reformas de la administración de justicia se han balanceado, en los países periféricos, entre la indiferencia y el creciente interés de las agencias internacionales

en que allí se implanten sistemas judiciales (Santos, 1999) y, en los países centrales y semiperiféricos, entre lo que se puede denominar como una “administración tecnocrática de la justicia” y la “desjudicialización de la justicia” (Santos, 1982).

El movimiento de reformas de la administración de justicia de naturaleza informal y de desjudicialización, se incluye dentro de un complejo proceso de juridificación y desjuridificación de las sociedades modernas y muestra una permanente ambivalencia. Unas veces es de iniciativa del Estado, otras veces tiene origen en la comunidad. Puede ser una justicia de “segunda clase”, también es una justicia más próxima a los ciudadanos. O incluso, tiene como función tanto descargar a los tribunales del litigio de masa y mejorar su desempeño (cobro judicial de deudas), como desarrollar una perspectiva de integración social, reduciendo las tensiones sociales, creando solidaridades por medio de la participación de los ciudadanos y promoviendo su acceso al derecho y a la justicia (Pedroso, Trincão y Dias, 2002).

La informalización de la justicia se basa, por un lado, en la creación de una “justicia alternativa o informal” que proviene del movimiento Alternative Dispute Resolution (ADR) (resolución alternativa de conflictos), por lo general oriundo de las organizaciones sociales y económicas –de naturaleza plural en cuanto a los medios, procesos y litigios que resuelve– y del desarrollo del paradigma del consenso, reparación y negociación y de la “justicia en comunidad”. Por su lado, la desjudicialización consiste en la simplificación procesal y en la utilización de medios informales para acelerar o mejorar el desempeño de los procesos judiciales; en la transferencia de las competencias para la resolución de litigios a instancias no judiciales, y en la transferencia de las competencias para la resolución de litigios a viejas o nuevas profesiones jurídicas o de gestión/resolución de conflictos.

En este movimiento de reforma(s) judicial(es) podemos concebir la existencia de un sistema integrado de resolución de litigios, en el cual los tribunales no son el único recurso de una política pública de justicia, sino que integran una nueva relación (alternativa, complementaria y/o sustitutiva) entre lo judicial y lo no judicial. Este nuevo modelo de justicia, que integra diversos medios de resolución de litigios, debe ser construido de tal modo que sea más democrático, más accesible y más eficiente. Se observa, por un lado, una tendencia de informalización y de desjudicialización de los litigios privados, laborales y de consumo, y la transformación de la justicia penal, con la aparición de un nuevo paradigma de desviación, descentralización, consenso y oportunidad. Por otro lado, se observa el (re)nacimiento de la justicia de paz y la transformación de las profesiones jurídicas en función de la evolución de las sociedades y de las reformas de la administración de justicia, que se encuentran en curso.

El nuevo sistema integrado de resolución de litigios trae como consecuencia la asunción y el reconocimiento por parte del Estado de una

política pública de justicia, que incluye a los tribunales judiciales y al denominado “pluralismo jurídico y judicial”, o sea, que reconoce también a los mecanismos no judiciales de legitimidad para dirimir litigios. La informalización de la justicia y la desjudicialización, incluyendo todo el movimiento ADR, constituyen, de este modo, mecanismos para la reforma de la administración de justicia siempre y cuando defiendan la igualdad de las partes y promuevan el acceso al derecho. Sólo de este modo esta multiplicidad de procesos puede hacer que la justicia sea más democrática.

JUZGADOS DE PAZ: DOS EXPERIENCIAS DEL SUR DE EUROPA (ESPAÑA E ITALIA)

Los juzgados de paz en España

La Ley Orgánica del Poder Judicial (1985)

En España, la actual justicia de paz tuvo su origen en la Constitución de 1812, en el artículo 282. En los términos de esa norma, el presidente de la Cámara de cada población ejercía funciones de conciliación y permitía que quien pretendiese demandar por negocios civiles y por injurias debía presentarse ante él con esa finalidad. En esa época no había, pues, una separación entre las funciones judiciales y las ejecutivas. Desde entonces se sucedieron reformas legislativas de diversos sentidos y contenidos, que demuestran la ausencia de un modelo claro de justicia de paz, desarrollándose de manera oscilante y de acuerdo con la consideración que en cada momento merecieran aspectos como la creación de la figura del juez de paz –separada y distinta del presidente de la Cámara–, la designación y el nombramiento del juez de paz, la capacidad y actitud de los jueces de paz en relación con su formación jurídica y la determinación de sus competencias.

El Libro blanco de la justicia: puntos de bloqueo y necesidades de reforma de la justicia de paz en España

Uno de los capítulos del *Libro blanco de la justicia*, de 1997, del Consejo General del Poder Judicial, se refiere a la justicia de paz. La actual regulación de los juzgados de paz, según la LOPJ (1985) como lo mencionamos, se basa en los siguientes criterios: existencia de un juzgado en cada municipio, excepto en aquellos que cuenten con un juez de primera instancia o de instrucción; consideración del juez como lego en derecho, a pesar de que nada impida que sea nombrado un licenciado en derecho; designación y nombramiento de los jueces de paz con intervención de los Ayuntamientos; nombramiento temporal; competencia objetiva limitada; dependencia de los Ayuntamientos en lo que se refiere a los medios personales y materiales, excepto en los juzgados de paz de poblaciones con más de 7.000 habitantes; y previsión de un sistema de organización basado en la posibilidad de establecer agrupaciones de secretarías de juzgados de paz, reguladas por el Real Decreto 257/1993, del 19 de febrero.

Del anterior escenario se desprende una situación caracterizada por lo siguiente: falta de profesionalización de los titulares de los juzgados de paz; coexistencia de profesionales y de no profesionales dentro del personal auxiliar; sumisión a criterios organizativos (la constitución de agregaciones de secretarías), a decisiones posteriores muy abiertas, y la penuria económica que se atenúa, de forma insuficiente, a través de subvenciones a las Cámaras, previstas en la Ley 38/1992, de 29 de diciembre, y que varían entre cerca de €* 300 para municipios con población inferior a 500 habitantes y subvenciones de aproximadamente € 2.500 para municipios con más de 7.000 habitantes¹. Como Alejandro López observó en su trabajo empírico, los juzgados de paz de las pequeñas comunidades –atendidos por jueces legos–, que están vinculadas por una secretaría común, ni siquiera tienen un escritorio para atender a las personas que solicitan su colaboración. En las poblaciones mayores se encuentran jueces que dedican gran parte de su tiempo a la resolución de los asuntos del juzgado y poseen sólidos conocimientos de leyes, lo que les permite desempeñar adecuadamente su trabajo. Sin embargo, la ley sitúa a estos dos tipos de jueces y juzgados en el mismo nivel (López, 1998: 73).

Existe, de este modo, un elevado número de unidades jurisdiccionales que tienen escasas competencias y no consiguen dar adecuadamente respuestas. Deben distinguirse dos tipos de juzgados de paz: los de las pequeñas poblaciones, en las que el juez de paz asume el título “honorífico” de inscripción en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y los de las poblaciones mayores, donde el juez de paz cumple una relevante tarea jurisdiccional y practica numerosos actos de auxilio judicial. Ahora bien, en las pequeñas poblaciones –hasta 7.000 habitantes–, la designación de la persona idónea por el Ayuntamiento constituye una de las mayores disfunciones que sufren estos juzgados, sobre todo en el caso de los secretarios. Esto sucede porque las secretarías de estos juzgados de paz son asumidas por los secretarios de la Cámara que, en muchos casos, paralizan sus propias funciones de manera total y permanente. Alejandro López considera, de este modo, que resulta necesario dotar a los juzgados de funcionarios que estén al servicio de la administración de justicia.

Está latente una polémica relativa al nombramiento de los jueces de paz, por medio de la eventual politización de la institución debido a la discrecionalidad de los Ayuntamientos en el acto de elección del juez de paz. Esta discrecionalidad puede igualmente ser ejercida por medio de la posibilidad, por parte de los Ayuntamientos, de no renovar el mandato de un juez de paz sin necesidad de presentar ningún tipo de justificación (Giraldo, 1998: 34).

* €= Euros.

¹ Estos montos no son distribuidos a las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco, Galicia, Valencia y Canarias, pues la asunción por estas Comunidades de competencias en materia de administración de justicia, implica que ellas fijan los criterios cuantitativos.

En términos generales, se detecta una carencia de preparación técnica y de formación de los titulares de los juzgados de paz, sobre todo de aquellos que no están integrados en ninguna agrupación de secretarías de juzgados de paz. Son personas idóneas, designadas por los Ayuntamientos, pero no son funcionarios de carrera. La falta de medios materiales genera también problemas que desembocan en un atraso excesivo en la práctica de las diligencias o, lo que es peor, que suponen la realización de diligencias sin que se observen las prescripciones legales necesarias. Estas circunstancias ya han dado lugar a algunas consultas ante el Consejo General del Poder Judicial sobre el alcance y la obligatoriedad de la práctica de determinadas diligencias por los juzgados de paz. Se observa la tendencia del legislador, que se mantiene en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (LEC, 2000), de limitar la actuación de los juzgados a las diligencias de menor dificultad. El hecho de que los jueces de paz, por su falta de conocimientos en derecho, remitan a los funcionarios judiciales la mayoría del trabajo, es objeto de críticas, (López, 1998: 59).

A pesar de lo expuesto, los juzgados de paz son de gran importancia para la primera instancia, pues prestan un importante auxilio en el desempeño de la administración de justicia. Si los juzgados contaran con personal al servicio de la administración de justicia, su intervención en materia de auxilio judicial podría ser no sólo mayor sino, sobre todo, realizada con más eficacia y con plenas garantías.

El *Libro blanco de la justicia* constató, además, que el elevado número de juzgados de paz produce graves dificultades en la gestión de los tribunales superiores de justicia (algunos, como el de Castilla y León, tienen 2.000 juzgados de paz, lo que supone iniciar y seguir 4.000 procesos por año). Otras limitaciones enunciadas se deben a: al hecho de que los funcionarios de justicia que prestan servicio en los juzgados de paz deben recibir la misma retribución que obtienen los demás funcionarios; los medios materiales insuficientes, situación que no puede ser resuelta por los Ayuntamientos, dadas las limitaciones presupuestales que los afectan; su eventual supresión, debido a su escasa rentabilidad y eficacia o al aumento de sus competencias –en el caso de que se optara por la supresión, resulta imperioso reforzar los juzgados de primera instancia.

En España, los juzgados de paz reclaman, urgentes reformas. Son muchas las opiniones, las cuales van desde la supresión de la institución hasta su profesionalización y ampliación de competencias, pasando por la elección popular del juez (López, 1998: 74).

De acuerdo con el ya mencionado *Libro blanco de la justicia*, no se puede pensar más en jueces legos, hombres de buena voluntad, que trabajen ad honorem en sus tiempos libres, sino en un juez letrado, poseedor de un bagaje jurídico que le permita desempeñar su cargo con dignidad sin tener que depender de ningún otro funcionario, y que esté integrado plenamente a la carrera judicial (López, 1998: 77). Además de eso, se en-

tiende que si el juez de paz fuese licenciado en derecho, podría asumir funciones de mayor responsabilidad y desarrollar con más eficacia los encargos de auxilio judicial que le sean solicitados.

La "magistratura honoraria": los jueces de paz en Italia

En Italia, la figura del juez de paz fue instituida por la Ley 374, del 21 de noviembre de 1991. En enero de 1993 se iniciaron sus funciones, con el objetivo de proporcionar al ciudadano, en un corto espacio de tiempo, la resolución de conflictos civiles y penales de menor complejidad, en un intento por alcanzar una justicia más inmediata y concreta. La Ley 468, del 24 de noviembre de 1999, aumentó sus competencias en materia penal.

Los jueces de paz reemplazarían a los jueces de conciliación y, de acuerdo con la propuesta del ministro de Justicia, Giovanni Maria Flick, además tomarían el lugar de los pretores, por lo que poseerían competencia penal y también civil (Vallini, 1996; Città di Desenzano del Garda, 2001). El juez de paz no es un juez profesional o de carrera, es un magistrado honorario, no tiene una carrera como el juez togado, es seleccionado entre personas con cualificaciones especiales que garantizan, si no una experiencia específica de práctica judicial, por lo menos un conocimiento básico de la ley y de los problemas de la administración de justicia para desempeñar el cargo, por un periodo de cuatro años. El nombramiento es realizado por decreto del presidente de la república, con previa deliberación del Consejo Superior de la Magistratura. El juez de paz debe tener experiencia en cuestiones jurídicas, no sólo teóricas sino también prácticas. La figura evoca al mediador, pues la causa no radica en la simple aplicación de la norma legal, sino en alcanzar un acuerdo que las partes consideren satisfactorio.

Los requisitos para ser juez de paz son los siguientes: ser ciudadano italiano, hablar la lengua italiana, gozar de los derechos civiles y políticos, ser licenciado en derecho, no haber sido condenado por ningún delito, ser apto física y psíquicamente, tener residencia en una de las áreas jurisdiccionales donde ya existe un juzgado de paz o declarar que la tendrá, edad entre 30 y 70 años, no ejercer ninguna actividad dependiente, pública o privada, y haber sido aprobado en un examen de admisión a la profesión forense. De este examen son eximidos aquellos que ejerzan funciones notariales, de jefatura en secretarías o de docencia en la enseñanza jurídica universitaria (Rete Civica, 1998).

El ordenamiento jurídico italiano presenció, en el año 2000, el crecimiento progresivo del número de magistrados no profesionales. En abril de 2001 desempeñaban funciones 9.376 magistrados honorarios, mientras que la magistratura profesional contaba con poco más de 8.000 jueces². Recientemente, el decreto legislativo que disciplinó la institución

² Los jueces honorarios en servicio son 2.900 jueces de paz, 2.371 vicepretors, 1.465 viceprocuradores,

de un juez único de primer grado introdujo la figura del juez honorario del tribunal, acudiendo a la legislación utilizada para el juez de paz, por lo que se entiende que la experiencia del juez de paz puede extenderse a todas las figuras de magistrados honorarios.

La importancia social de las funciones del juez de paz se observa en el número de procesos ordinarios tramitados³. En Italia, en promedio, al juez de paz acude un ciudadano por cada 75 habitantes, de los cuales uno de cada 231 lo hace por una causa ordinaria y uno de cada 110 por procedimientos especiales (Vallini, 1996). La duración media de cada proceso es de 124 días, lo que representa diez veces menos de lo que sería necesario en un tribunal.

Los jueces de paz son un instrumento para la realización de la justicia cotidiana y de intereses difusos. Se pretende cualificar al juez de paz como un juez de equidad o de conciliación, pero esta última representa, por ahora, una actividad secundaria. En la base de la creación de la figura está la intención de descongestionar la justicia civil por medio de un proceso simple, rápido, poco dispendioso, apto para facilitar y permitir el acceso de los ciudadanos a una justicia que, a pesar de simplificada, no es menos rigurosa que la practicada en los tribunales (Giudice di Pace di Alba, 2001). De acuerdo con Grazia Mannozi (2001: 8), el objetivo de reducir las peticiones y la duración de los procesos civiles ya fue conseguido.

El juez de paz tiene funciones civiles y penales. En materia civil ejerce una función imbuida por el espíritu conciliatorio, entre las partes interesadas, sin ningún límite de valor y de materias, desde que no sean de competencia exclusiva de otros jueces. En estas materias se incluyen las cuestiones relacionadas con el derecho del trabajo y de familia, entre otras. Poseen igualmente competencias para decidir los recursos sobre la aplicación de una sanción administrativa (multa). En virtud del Decreto Legislativo 507/1999, se dio la posibilidad a los automovilistas para que, en caso de que consideren que han sido multados injustamente, acudan ante los juzgados de paz, tal como lo hacían en el pasado en relación con el prefecto.

Los jueces de paz tienen competencia para resolver los siguientes litigios: causas sobre bienes muebles de valor no superior a 5.000.000 de liras, cuando estas causas no son atribuidas a otro juez; acciones de indemnización relativas a accidentes causados por circulación de vehículos y embarcaciones (marítimas o fluviales) con valor no superior a 30.000.000 de liras; en acciones que se refieran a plantaciones de árboles y arbustos y cuestiones de condominio, de forma exclusiva y sin límite de valor; y causas presentadas por un propietario o un inquilino de un inmueble sujeto a

959 jueces jóvenes, 287 técnicos especialistas en vigilancia, 294 técnicos especialistas en cuestiones agrarias y otros 1.000 agregados a sesiones de reclutamiento (Democrazia di Sinistra, 1998).

³ Cerca de 328.000 procesos ordinarios tramitados en 1997.

un arbitraje civil en relación con la emisión de humo o de calor, producción de ruidos, emisiones y propagaciones similares superiores a lo legalmente admitido. Cuando el valor de la controversia no supera los 2.000.000 de liras, el juez de paz debe decidir de acuerdo con la equidad, tal como dispone el ordenamiento jurídico; en caso de que supere ese valor, decide en derecho.

En los casos en que el juez de paz consigue la colaboración de las partes, la controversia es dirimida, evitándose de este modo una acción judicial, más prolongada, desgastante y dispendiosa. Si el intento de conciliación no resulta, las partes pueden dirigirse ante el juez competente, en sede judicial, asistidas por un abogado (Pantaleoni, 1999).

Los ciudadanos italianos deben acudir ante el juez de paz de la localidad donde ocurrió el hecho. Llevar un asunto ante estos jueces no implica pagar ningún monto ni estar asistido por un abogado⁴; el ciudadano puede presentarse sólo o acompañado por una asociación, generalmente de consumidores. Para proponer una acción, el interesado debe dirigirse al local donde funciona el Giudice di Pace. Ahí explicará al juez la situación, y éste decide si el caso encaja dentro del ámbito de su competencia, ya sea desde el punto de vista territorial, o material. En el caso de que el juez no tenga competencia, conducirá al interesado ante el juez competente. Si fuera competente, se llevará a cabo la audiencia, y el ofendido se presentará ante el juez, quien pasará a escrito la petición oral.

En la primera audiencia el juez de paz interroga libremente e intenta alcanzar la conciliación entre las partes. Cuando se alcanza el consenso, el juez redacta un acta de conciliación con base en el acuerdo verbal y el proceso termina. Una vez terminada la etapa probatoria, conmina a las partes a que precisen definitivamente los hechos que cada una juzga como fundamento del proceso (defensa y excepciones), a producir los documentos y a procurar los medios de prueba.

Siguiendo las orientaciones de política legislativa general del Consejo de la Unión Europea del 15 de marzo de 2001, que incentiva a que se acuda a la mediación y al reconocimiento del derecho de las víctimas a ser informadas sobre los procedimientos criminales, el 2 de enero de 2002 entró en vigor una ley que aumenta las competencias de los juzgados de paz en materia penal, introduciendo, también por primera vez, una referencia expresa a la mediación. Esta ley contiene una enumeración de sanciones –multas, prisión domiciliaria, servicio a la comunidad– que se aplican sólo a delitos que estén dentro de la competencia del juzgado de paz, y en caso de que el intento de resolver el conflicto por medio de la mediación o reparación no tenga éxito. Dentro de la competencia de los juzgados de paz están comprendidos algunos delitos, unos regulados por el Código Penal,

⁴ En las causas cuyo valor no exceda 1.000.000 liras, las partes pueden acudir al juicio personalmente. En los demás casos, es necesario contar con la presencia de un abogado.

otros por leyes especiales, principalmente asaltos, amenazas e injurias⁵. Será la experiencia la que recomiende o no el aumento futuro de tales competencias.

Esta ley incluye además una originalidad al consagrar una respuesta flexible al crimen, dado que el juez de paz puede optar por tres alternativas: conciliatoria/mediadora, puramente mediadora, y punitiva. En el caso de que el juez de paz escoja la alternativa punitiva, no se admite la suspensión condicional de la punición para garantizar la eficacia de la sanción que haya sido aplicada (Mannozi, 2001: 8).

LA JUSTICIA DE PAZ: EXPERIENCIAS EN BRASIL Y PORTUGAL

Brasil

Los juzgados especiales civiles y criminales

En Brasil, la búsqueda de una justicia más informal⁶ condujo a la creación de los juzgados de pequeñas causas, que acuden a la institución de la conciliación previa con el fin de evitar la instauración del proceso. A partir de los años 80 comenzaron a ser discutidas medidas para atenuar la denominada “crisis de lo judicial”. Al Ministerio de la Desburocratización se debió la iniciativa que, en 1983, originó la primera medida: la creación a título experimental, en el Río Grande do Sul, de un Consejo Informal de Conciliación.

Los juzgados especiales de pequeñas causas, creados en Brasil por la Ley 7.244, del 7 de noviembre de 1998, fueron precedidos por los Juzgados Informales de Conciliación en distintas ciudades del Estado de São Paulo. El éxito de la iniciativa quedó claramente demostrado por el número de juzgados creados e instalados en 1999: 759 juzgados en todo Brasil, donde desempeñan funciones 1.170 jueces (Faisting, 1999: 45).

No obstante, surgieron voces críticas que veían en los juzgados una justicia de segunda clase, la así denominada justicia de los pobres. Los defensores de la ley argumentaban que no se trataba de dos justicias, una para ricos y otra, peor, para pobres, sino que se estaba buscando “racionalizar la prestación jurisdiccional distinguiendo causas civiles complejas y causas civiles simples” (Faisting, 1999: 45).

⁵ Según Grazia Mannozi, los delitos para los cuales los juzgados de paz tienen competencia corresponden a cerca del 12 a 14% de los delitos que constan en el Código Penal, praticados durante un año; estos datos reportan las informaciones estadísticas de los últimos cinco años (2001: 8).

⁶ Era imprescindible encontrar nuevos mecanismos de resolución de conflictos, debido a las transformaciones en la forma de sociabilidad y conflictividad de las nuevas pugnas de intereses que amenazan la vida social. Los tribunales no logran responder a una demanda que crece en intensidad y en complejidad, lo que provoca insatisfacción, desconfianza y desprestigio en la justicia (Faisting, 1999).

La denominación de juzgados de pequeñas causas fue modificada por medio de la Ley 9.099, del 26 de septiembre de 1995; como lo alertó Herkenhoff (en Faisting, 1999: 45), la Constitución brasileña se refiere a causas civiles de menor complejidad y no a causas de menor valor económico, proponiendo que se denominaran mejor como juzgado de causas civiles de menor complejidad y juzgado criminal de infracciones de menor potencial ofensivo. Esta ley creó entonces los juzgados especiales civiles y criminales que son órganos de la justicia ordinaria que pueden ser creados “por la Unión, en el Distrito Federal y en los Territorios, y por los Estados, para conciliación, procesamiento, juzgamiento y ejecución, en las causas de su competencia”. A pesar de partir de los mismos fundamentos de la ley anterior, amplió algunas novedades, como el aumento del valor de las acciones a 40 salarios mínimos, la obligatoriedad de la presencia de abogado en las causas entre 20 y 40 salarios mínimos, el aumento de sus competencias al área criminal, y la obligatoriedad de la existencia de estos órganos en los Estados. Esta ley supuso “una verdadera revolución en el sistema procesal penal brasileño”, pues no se limitó a importar soluciones de otros sistemas jurídicos, sino que “acuñó un sistema propio de justicia penal consensual” (Pellegrini, 1996: 16).

De acuerdo con la ley, los juzgados deben guiar su actuación por la oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad, intentando, siempre que sea posible, la conciliación o la transacción. Cada juzgado dispone de un servicio de asistencia judicial para prestar atención a la población en general y para funcionar como abogado en ciertas situaciones. Pinheiro Carneiro asegura que el flujo de personas en los juzgados especiales es considerable, lo que no es de extrañar, debido a que el número de causas para las cuales tienen competencia es muy grande, además de que la conciliación puede operar en causas de otra naturaleza. A fin de permitir una mejor productividad, el legislador brasileño intenta incentivar que se acuda a mecanismos equivalentes en el ámbito jurisdiccional, principalmente la conciliación –una de las metas por excelencia de los juzgados– y el arbitraje. El Ministerio Público deberá mantener en los juzgados un órgano de ejecución, para verificar si se cumplen las finalidades que fueron la base de su creación (Carneiro, 2000: 110 y ss).

El legislador pretendió garantizar el principio de accesibilidad, por medio de la regionalización de la justicia, pues con la descentralización ésta se hizo más próxima, menos misteriosa y, como tal, más humana. A la ley estatal corresponde regular la organización, competencia y composición de los juzgados especiales civiles y criminales. Los servicios de notaría pueden ser prestados y las audiencias realizadas fuera de la sede de la comarca, en barrios o en ciudades pertenecientes a ésta, ocupando predios públicos. La descentralización de la justicia en los barrios, con la creación de tribunales especiales para el juzgamiento de causas de pequeña complejidad y con servicios de asistencia judicial, supone que los juzgados

sean polos de información de derechos, poniendo fin a la desinformación jurídica y facilitando el acceso de las clases menos favorecidas a la justicia. La ley permite que las normas locales de organización judicial extiendan la competencia de los juzgados a la conciliación de causas frente a las que originariamente no tenían competencia, permitiendo de este modo un acceso más amplio por parte de los ciudadanos, y posibilitando que la justicia de barrio sea el lugar de resolución amigable de todos los problemas de la comunidad en cuestión (Carneiro, 2000: 105-106). De acuerdo con Juan Carlos Vezzula, presidente del Instituto de Mediación y Arbitraje de Brasil, el 70% de los conflictos sometidos a los juzgados se resuelven en la fase de la conciliación, cerca del 20% son resueltos por los jueces legos, y tan sólo el 10% transitan hacia el juez togado (Público de 20/03/2001).

El objetivo de los juzgados especiales es la aproximación de la justicia de los ciudadanos. Para lo anterior, algunos de los juzgados funcionan en centros comerciales e incluso en autobuses: los “juzgados itinerantes”, en los cuales funciona una sala de audiencias y dos salas de conciliación. En el caso de que se trate de “justicia volante”, para resolver litigios que se generan por accidentes de tránsito, el autobús está equipado con una computadora y una impresora, pudiendo decir en el lugar cuál es la parte responsable del accidente, esto con el apoyo de una máquina fotográfica digital y de un croquis realizado por un perito que está en el autobús. Las partes alcanzan con frecuencia un acuerdo, que es enviado por fax para su homologación judicial (Público de 09/04/2001).

En Brasil el legislador incentivó la participación popular en los juzgados especiales, primero en la conciliación, con jueces legos con competencia para dirigir la instrucción y el juzgamiento, bajo la supervisión del juez togado, y para proferir la decisión, posteriormente homologada por el juez togado. Los jueces legos pueden, además, actuar como árbitros con poderes idénticos a los del juez togado, pudiendo decidir en equidad. Esa participación popular en la administración de justicia será, en las palabras de Pinheiro Carneiro (2000), más provechosa cuanto más las personas del barrio, conocidas por los miembros de la comunidad donde se localice el juzgado, colaboren, sobre todo en la conciliación. Los conciliadores son reclutados entre las personas de la comunidad, dando preferencia a los bachilleres en derecho. Los jueces legos son reclutados entre los abogados que preferencialmente tengan más de cinco años de experiencia. La misma disposición establece que los jueces legos quedan impedidos para ejercer la abogacía, frente a los jueces especiales, mientras estén en el desempeño de sus funciones.

André Luiz Faisting (1999) menciona que para el conciliador las mayores dificultades surgen con la eventual confusión entre su papel y el del juez y, en consecuencia, no desempeñar satisfactoriamente ninguna de las dos funciones: como conciliador corre el riesgo de imponer inconscientemente un acuerdo por la amenaza latente de su poder para decidir;

como juez, puede ser compelido a permitir que su esfuerzo de conciliación subvierta el mandato de aplicar la ley. Este riesgo es el que incurren los conciliadores, provocado por la socialización a la que son sujetos en la lógica de la justicia formal de decisión, típica de su formación en derecho, implica lo que se denomina el “dilema de la *doble institucionalización* del poder judicial”, dado que se crean formas distintas de práctica judicial basadas en lógicas también diferentes. Una, “persigue el acuerdo entre las partes por medio de la conciliación, conducida por un abogado que desempeña la función de conciliador, y la otra busca la aplicación de la justicia por medio del poder de decisión del juez” (1999: 44). Tales lógicas representan una tensión entre la justicia formal de decisión y la justicia informal de mediación, las dos formas que asume la justicia de nuestros días (1999: 43-44).

Los juzgados especiales civiles: conciliación y juez arbitral

Los juzgados especiales civiles tienen, en los términos de lo dispuesto en la Ley 9.099/95, competencia para la conciliación, el procesamiento y juzgamiento de las causas civiles que presentan menor complejidad, a saber: las causas que no superen 40 veces el salario mínimo, la acción de desalojo para uso propio, las acciones posesorias sobre bienes inmuebles con valor hasta el monto indicado, entre otras enumeradas en el Código de Procedimiento Civil. A los juzgados civiles les compete promover la ejecución de los títulos ejecutivos extrajudiciales, cuyo valor sea hasta 40 veces el salario mínimo. No tienen competencia para las causas de naturaleza alimentaria, fiscal y de intereses de la Hacienda Pública, para los accidentes de trabajo, para los procesos relativos al Estado o a la capacidad de las personas, así como para aquellos que tengan un cariz patrimonial. En caso de que la parte someta su asunto al juzgado civil, tendrá que renunciar al crédito que exceda el límite anteriormente mencionado, excepto si hubiere conciliación.

El juez dirigirá el proceso con libertad para determinar las pruebas a ser producidas, para apreciarlas y para atribuir especial valor a las reglas de la experiencia común y técnica. La decisión tomada por el juez será, en cada caso, la que considere más justa y equitativa, atendiendo a los fines sociales de la ley y a las exigencias del bien común.

En los juzgados especiales civiles no pueden ser partes los incapaces, los presos, las personas jurídicas de derecho público, las empresas públicas de la Unión, las masas de quiebras y los civiles insolventes. Tan sólo las personas naturales pueden proponer acciones, siempre y cuando sean mayores de 18 años. En el caso de que el ciudadano reclame contra una empresa o contra otro que esté acompañado por un abogado, se le podrá nombrar un abogado para seguir su causa. En los juzgados sólo habrá lugar al pago de las costas en el caso de que se falte a las audiencias, si la parte pierde la causa o si recurre y pierde el recurso.

Los actos procesales son públicos y pueden realizarse en horario nocturno. Sólo los actos considerados esenciales serán registrados, de manera resumida, en notas manuscritas, taquigrafiadas o estenotipadas. Los demás actos pueden ser grabados en cinta magnética o en algo equivalente que puede ser utilizado posteriormente después de que se remita al juzgado sentenciador.

La interposición de una acción civil ante los juzgados especiales se efectúa por medio de la presentación de una petición, por escrito u oralmente, en la secretaría del juzgado. Después de registrar la petición, la secretaría señala la fecha y hora para una sesión de conciliación, que ocurrirá en el término de 15 días. Si entonces comparecieren ambas partes, tiene lugar la sesión de conciliación, siendo omitido el registro previo de la petición y citación. En el caso de que hubiese una nueva reclamación, realizada por el inculpado contra el actor, la contestación formal puede ser omitida y las dos peticiones son apreciadas en la misma sentencia.

Una vez abierta la sesión de conciliación, el juez togado o lego procede a ilustrar a las partes presentes sobre las ventajas de la conciliación y los riesgos y consecuencias del litigio. Alcanzada la conciliación, ésta es redactada y homologada por el juez togado por medio de una sentencia de carácter ejecutivo. Si el demandado no comparece, el juez togado profiere la sentencia. Si no se alcanza la conciliación, las partes pueden, de común acuerdo, optar por el juez arbitral. Corresponde entonces a las partes escoger el árbitro, entre los jueces legos. El árbitro conducirá el proceso de acuerdo con los mismos criterios del juez, pudiendo decidir en equidad. En el final de la instrucción, o durante los cinco días siguientes, el árbitro presenta el laudo al juez togado para la homologación por una sentencia que no se puede recurrir.

En la hipótesis de que la conciliación no haya tenido éxito y las partes no hayan optado por el juez arbitral, se procede de inmediato (o en los 15 días siguientes) a la audiencia de instrucción y juzgamiento, siempre y cuando no se genere ningún perjuicio para la defensa. En esa audiencia se escucha a las partes, se produce la prueba y, por último, se profiere la sentencia. La contestación puede tener lugar en forma oral o escrita, y versar sobre toda la materia de defensa, con excepción de la impugnación por recusación o impedimento del juez. El acusado puede, en la contestación, formular una petición a su favor siempre y cuando se base en los mismos hechos objeto de la controversia.

En los juzgados especiales civiles se permiten todos los medios de prueba "moralmente legítimos" (excepto la prueba pericial, por acarrear necesariamente atrasos en el proceso), por eso se privilegian las reglas de la experiencia común o técnica. El juez puede escuchar hasta tres testimonios por cada parte, correspondiendo a la parte que los enumeró presentarlos. La prueba oral no está reducida a lo escrito, ya que la sentencia se debe referir a los datos recogidos en las declaraciones. La instrucción pue-

de ser dirigida por un juez lego bajo la supervisión de un juez togado. Dentro de la sentencia constan los elementos de convicción del juez, y se resumen los hechos relevantes ocurridos durante la audiencia. No se admite la sentencia condenatoria por cuantía sin liquidar ni que la pretensión sea genérica. La sentencia es ineficaz en la parte que exceda la competencia establecida para los juzgados. El derecho al recurso está asegurado después de la sentencia, el cual será conocido por el Turma Recursal dos Juizados Especiais, un consejo de jueces de la comarca. La ejecución de la sentencia se realiza en el mismo juzgado, siendo aplicado subsidiariamente lo que dispone el Código de Procedimiento Civil.

André Faisting (1999) analizó el funcionamiento de un juzgado especial de pequeñas causas, en São Carlos, que funciona desde 1993. El análisis de los datos disponibles de 1993 a 1995 permite constatar que el juzgado atendía cada vez más personas, cumpliendo, por tanto, el objetivo de ampliar el acceso a la justicia. Con todo, los profesionales del juzgado alertaban que si no se ampliaba la capacidad de éste se corría el riesgo de importar los problemas de la justicia formal, es decir, la morosidad en la resolución de los litigios.

El autor constata, por medio del análisis de los datos, que cuanto más se avanza en las etapas del juicio, menos se llega a un acuerdo. De los litigios sometidos al juzgado, el 46,3% terminaron con un acuerdo entre las partes. En los casos en que no hubo acuerdo y la acción siguió hasta la audiencia de instrucción y juzgamiento el proceso fue más prolongado, siendo sometido a procedimientos formales y burocráticos idénticos a los de la justicia común, en contravía de los principios de oralidad, simplicidad, informalidad y economía procesal que orientan a los juzgados. Vale la pena resaltar que en las audiencias en las que no hay representación de abogado se muestra más confianza y libertad en las partes y, principalmente en los conciliadores, ejerciendo de este modo una mayor presión simbólica frente a los litigantes para llegar a un acuerdo (Faisting, 1999).

Los juzgados especiales criminales: el modelo consensual de justicia penal

Desde hace bastante tiempo los juristas brasileños reclamaban la existencia de un proceso penal más completo y actual, que permitiera tutelar todos los derechos y garantizara la utilidad de las decisiones, en síntesis, un “proceso de resultados”. Apelaban a las ventajas de un procedimiento oral, que implica una mejor apreciación de la prueba y “un convencimiento efectivamente basado en el material probatorio recaudado y en los argumentos de las partes. Se percibe también que la celeridad acompaña a la oralidad, lo que conduce a la desburocratización y simplificación de la justicia” (Pellegrini et al., 1996: 9).

Cuando por fin surgió la Ley 9.099/95, del 26 de septiembre, relativa a la creación de los juzgados especiales civiles y criminales, ésta fue

recibida con sorpresa, pues produjo “una verdadera revolución (jurídica y de mentalidad) que quiebra la inflexibilidad del clásico principio de la obligatoriedad de la acción penal” (Pellegrini et al., 1996: 18). Los operadores jurídicos tuvieron que aprender a convivir también con el principio de la discrecionalidad en la acción penal pública y a abrir espacio para el consenso. Junto al principio de la verdad material pasó a existir también, después de 1995, “la verdad consensual” (18). Lo que se pretende es probar un nuevo paradigma de la justicia penal basado en el consenso, que tiene como preocupación no sólo la decisión del caso sino también la solución del conflicto.

Una innovación de la ley brasileña, que se debe a la experiencia positiva de la participación popular en las pequeñas causas civiles, es la actuación de conciliadores legos en la transacción penal y, en el caso de que las leyes estatales así lo dispongan, la intervención del juez lego en ciertas funciones jurisdiccionales. Además, resulta sobresaliente en esta ley la preocupación por la víctima. Se asegura, incluso, que la víctima fue redescubierta, pues este sistema se preocupa por la reparación de los daños: cuando se trata de infracciones penales de competencia de los juzgados criminales, la composición civil puede igualmente implicar la extinción de la punibilidad.

Los juzgados especiales criminales están compuestos por jueces togados o togados y legos, con competencia para la conciliación, el juzgamiento y la ejecución de las infracciones penales de menor potencial ofensivo, entendiéndose por tales aquellas contravenciones penales y los crímenes a los que la ley consagre una pena máxima no superior a un año, excepto los casos en que la ley prevea un procedimiento especial. El proceso se desarrolla de acuerdo con los principios de oralidad, informalidad, economía procesal y celeridad siendo, siempre que sea posible, reparados los daños sufridos por la víctima y aplicada una pena no privativa de la libertad.

La autoridad policial que asume el asunto redacta una declaración detallada y la dirige de inmediato ante el juzgado, con el autor del hecho y con la víctima, y solicita los exámenes periciales necesarios. Al autor del hecho que, tras ser redactada la declaración, fuera inmediatamente encaminado al juzgado o asumiera el compromiso de comparecer ante él, no se le impone la prisión por delito flagrante ni se le exige fianza. Si el autor del hecho y la víctima comparecen y no es posible la realización inmediata de la audiencia preliminar, se establece el día y la hora, con la mayor brevedad posible. En el caso de que cualquiera de los implicados no comparezca, la secretaría ordena su citación y la del responsable civil si fuera el caso. En la audiencia preliminar están presentes el Ministerio Público, el autor del hecho y la víctima, además, si es posible, el responsable civil, acompañados por sus abogados. El juez ilustra a los presentes sobre la posibilidad de la composición de los daños y de aceptar la pro-

puesta de aplicación inmediata de una pena no privativa de la libertad. La conciliación es conducida por el juez o por conciliación bajo su orientación. La composición de los daños civiles es redactada y homologada por el juez por medio de una sentencia frente a la cual no proceden recursos, con eficacia de título ejecutivo, el cual puede ser ejecutado ante el juez competente. Cuando está en causa una acción penal de iniciativa privada o una acción penal pública condicionada a la representación, el acuerdo homologado acarrea la renuncia al derecho de queja o de representación. Cuando no se logra la composición de los daños civiles, al ofendido se le concede de inmediato la oportunidad de ejercer el derecho de representación verbal, el cual constará como declaración.

En el caso de que haya representación, o si estuviera en causa un crimen de acción penal pública incondicionada, no siendo objeto de archivo, el Ministerio Público puede proponer la aplicación inmediata de la pena restrictiva de derechos o de multa, que será especificada en la propuesta. Si la pena de multa fuera la única a ser aplicada, el juez puede reducirla hasta la mitad. No será admitida la propuesta si se comprueba que el autor de la infracción sería condenado, por la comisión del crimen, a la pena privativa de libertad, por sentencia tramitada en el juzgado; si el actor se beneficia, en el plazo de cinco años, de la aplicación de la pena restrictiva o de multa; o si no fueran señalados los antecedentes, la conducta social y la personalidad del agente y los motivos o las circunstancias necesarias y suficientes para la adopción de la medida. Aceptada la propuesta por el autor de la infracción y por su defensor, será sometida a la apreciación del juez que, en el caso de acogerla, aplicará la pena restrictiva de derechos o la multa.

En la acción penal de iniciativa pública, cuando no haya aplicación de pena, por la ausencia del autor del hecho o por la ocurrencia de representación, el Ministerio Público pronuncia denuncia oral, en caso de que no haya necesidad de efectuar diligencias consideradas imprescindibles. La denuncia será elaborada con base en la declaración de los hechos, con exención de la pesquisa policial, prescindiéndose del examen del cuerpo del delito cuando la materialidad del crimen esté acreditada por dictamen médico o por una prueba equivalente. Cuando la complejidad del caso no permita la formulación de la denuncia, el Ministerio Público puede solicitar al juez la remisión de las piezas existentes. En la acción penal de iniciativa del ofendido es posible presentar queja oral. Interpuesta la denuncia o queja, se redacta un acta, y se entrega una copia al acusado, quien de ese modo queda citado e informado de la fecha y hora para la audiencia de instrucción y juzgamiento, de lo que también serán informados el Ministerio Público, el ofendido, el responsable civil y sus abogados.

En el día y la hora señalados para la audiencia, si en la fase preliminar no ha existido la posibilidad de intentar la conciliación y de presentar una propuesta por parte del Ministerio Público, se procede de la misma forma que en la fase preliminar. En los juzgados especiales criminales nin-

guna actuación es aplazada. Cuando se considera que es imprescindible, el juez puede determinar que se proceda a la conducción coactiva de quien deba estar presente. Abierta la audiencia, se da la palabra al defensor, para que responda a la acusación, tras lo cual el juez aceptará o no la denuncia o la queja. Si hubiera aceptación, se escucha a la víctima y los testimonios de la acusación y la defensa, y se interroga al acusado, si está presente. Luego se pasa a los debates orales y a la enunciación de la sentencia. Las pruebas son producidas en la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la cual el juez puede limitar o excluir las que considere excesivas o impertinentes. Se redacta un acta, firmada por el juez y por las partes, de todo lo que ocurre en la audiencia. En el acta se resumen los hechos relevantes ocurridos durante la audiencia y la sentencia, que exceptúa la relación de información, además de mencionar los elementos de convicción del juez.

La ley, en la parte relativa a los juzgados especiales criminales, termina con unas disposiciones finales de acuerdo con las cuales en aquellos crímenes en los que la pena mínima conminada sea igual o inferior a un año, estando o no comprendidos por esta ley, el Ministerio Público, al pronunciar la denuncia, puede proponer la suspensión del proceso por un término de dos a cuatro años, “siempre y cuando el acusado no esté siendo procesado o no haya sido condenado por otro crimen, estando presentes los demás requisitos que autorizan la suspensión condicional de la pena”. Una vez aceptada la propuesta por el acusado y su defensor, en presencia del juez, y después de recibida la denuncia, éste puede suspender el proceso y someter al acusado a un periodo de prueba, con la conminación de ciertas imposiciones: reparación del daño (si fuera posible); prohibición de frecuentar ciertos lugares; prohibición de ausentarse de la comarca donde reside sin autorización del juez; comparecer personalmente al juzgado, mensualmente, para dar cuenta de sus actividades, además de otras condiciones adecuadas al hecho y a la situación personal del acusado, que el juez puede especificar. La suspensión será revocada si, en el transcurso del término estipulado, el acusado fuera denunciado por otro crimen o si no repara el daño, sin motivo justificado. Expirado el plazo sin revocación, el juez declara extinguida la punibilidad. Durante el plazo de suspensión del proceso no corren términos de prescripción. Si el acusado no acepta esta propuesta de suspensión, el proceso sigue sus términos.

Este procedimiento es uno de los mecanismos de la desburocratización de la justicia criminal de Brasil, teniendo en cuenta que permite reducir gran parte del movimiento procesal criminal, la lenta respuesta del Estado al delito, la rápida reparación de los daños a la víctima, el fin de las prescripciones y la resocialización del autor. Además de todas estas razones, la suspensión condicional del proceso no implica, obviamente, ninguna estructura propia y fue de inmediato aplicada por los jueces, lo que les permite prestar más atención a la criminalidad grave.

El funcionamiento del juzgado central criminal, en Brasilia, es un modelo de la justicia alternativa para pequeñas causas criminales, está abierto de las 6:00 a las 24:00 horas, durante todos los días, incluyendo fines de semana, festivos y vacaciones judiciales, y tiene como finalidad que los infractores sepan en el mismo día la sanción (acordada o impuesta) que les cabe por la violación del tipo penal en que incurrieron (Público de 09/04/2001).

Los juzgados de paz en Portugal

A partir de la reforma de 1989, la CRP pasó a prever, en el artículo 205, N° 4, la institucionalización de “instrumentos y formas de composición no jurisdiccional de conflictos”. Fuera de la esfera de la jurisdicción reservada a los tribunales, sus decisiones y recomendaciones no podían ser impuestas a quienes a ellos acudiesen, y estos ciudadanos tenían, obviamente, el derecho de recurrir ante los tribunales. Tras la reforma constitucional de 1997, esta disposición pasó a estar incluida en el artículo 202, N° 4, consagrando expresamente en el artículo 209, N° 2 la existencia de juzgados de paz.

En los términos del artículo 2, N° 1, de la Ley 78/2001, del 13 de julio, ley marco que regula la organización, competencia y el funcionamiento de los juzgados de paz, su misión es “permitir la participación cívica de los interesados” y “estimular la justa composición de los litigios por acuerdo entre las partes”, es decir, “pueden y deben tener una acción *pedagógica y de solución* de disputas entre los ciudadanos, pero eso dependerá de la sensibilización ya sea de los usuarios, o de los servidores” (Ferreira, 2001: 19). El numeral 2 del artículo 2 establece los principios que orientan su actuación, afirmando que los juzgados de paz se deben guiar por los “principios de simplicidad, adecuación, informalidad, oralidad y absoluta economía procesal”.

La competencia territorial de los juzgados de paz podrá ser por agrupamientos de consejos contiguos, por parroquias o agrupaciones de parroquias contiguas del mismo consejo (artículo 4, N° 1). En los juzgados de paz habrá lugar al pago de costas, pues su actividad no es, en principio, gratuita. Vale la pena mencionar, a propósito, que a los juzgados de paz también les es aplicable el régimen general del apoyo judicial a los ciudadanos (artículo 40).

Los juzgados de paz tienen competencia para conocer acciones declarativas cuyo valor no exceda el de aquellas de competencia del tribunal de primera instancia, es decir, hasta € 3.740,98. En razón de la materia, en los términos del artículo 9, son competentes para conocer y decidir acciones destinadas a hacer efectivo el cumplimiento de obligaciones, excepto aquellas que tengan por objeto una prestación pecuniaria y de la

cual sea o haya sido acreedora originaria una persona colectiva⁷; las acciones de entrega de cosas muebles; las acciones que se desprendan de derechos y deberes de condominios, en el caso de que la asamblea de condominios no haya decidido la obligatoriedad de resolver los litigios por medio de un compromiso arbitral; las acciones relacionadas con los derechos reales o personales de goce sobre inmuebles, y las acciones posesorias, de usurpación y accesión; las acciones relativas al derecho de uso y administración de la propiedad común, superficie, usufructo, uso y habitación, y el derecho real de habitación periódica; las acciones relacionadas con el arrendamiento urbano, con excepción de las de desalojo; las acciones relativas a la responsabilidad civil contractual y extracontractual; las acciones sobre el incumplimiento contractual, excepto el contrato de trabajo y arrendamiento rural; y las acciones relativas a la garantía general de las obligaciones.

Los juzgados de paz son además competentes para conocer las demandas de indemnización civil que sean el resultado de crímenes de ofensas corporales simples; ofensa a la integridad física por negligencia, difamación, injurias, hurto simple, daño simple, alteración de linderos, y fraude para la obtención de alimentos, bebidas o servicios, siempre y cuando no haya sido presentada la participación criminal o después del desistimiento de la misma. El conocimiento de una solicitud de indemnización civil, en los anteriores términos, precluye la posibilidad de instaurar el respectivo procedimiento criminal.

Cada juzgado de paz deberá disponer de un servicio de atención, de un servicio de apoyo administrativo y podrá llegar a disponer de más de una sección, siendo cada sección dirigida por un juez de paz. En sus instalaciones funcionará además un servicio de mediación con competencia para mediar cualquier litigio, al igual que lo excluido de la competencia del juzgado de paz (con excepción de los que tengan por objeto derechos indisponibles), para conseguir su resolución por medio de un acuerdo entre las partes. Según Diogo Lacerda, secretario de Estado de la justicia, la mediación funciona en los juzgados de paz como “una cámara parajudicial”, es decir, en caso de que el problema se resuelva de esta forma, éste no transita ante el juez de paz (Público de 14/02/2001).

Los mediadores podrán tener otras ocupaciones, además del servicio que desempeñan en los juzgados de paz. Éstos tendrán que poseer una licenciatura (no necesariamente en derecho), más de 25 años, un curso de mediación reconocido por el Ministerio de Justicia y, preferiblemente, tener residencia en el área territorial abarcada por el respectivo juzgado de paz. Los mediadores prestan servicio en los juzgados de paz, pero no hacen parte de ellos.

⁷ De acuerdo con la opinión de Cardona Ferreira, el artículo 9, N° 1, a), no impide que los colectivos puedan ser partes en los juzgados de paz, sino que más bien significa que no podrán inundarlos con cuestiones pecuniarias.

El juez de paz deberá reunir los siguientes requisitos: tener nacionalidad portuguesa, ser licenciado en derecho, tener una edad superior a 30 años, estar en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos, no haber sufrido condenas ni estar acusado por crimen doloso y haber terminado, o terminar inmediatamente antes de asumir sus funciones como juez de paz, la práctica de cualquier otra actividad pública o privada. El reclutamiento y la selección de los jueces de paz son realizados por concurso público, mediante una evaluación curricular y pruebas públicas. Los jueces de paz son probados por un periodo de tres años y nombrados por el Consejo de Acompañamiento de la Creación e Instalación de los Juzgados de Paz, que funciona en las instalaciones de la Asamblea de la República.

De acuerdo con la ley o la equidad, las funciones del juez de paz consisten en proferir las decisiones relativas a cuestiones que sean sometidas al juzgado debiendo, previamente, intentar la conciliación entre las partes; asimismo, en el caso de que los intentos de premediación y de mediación no hayan tenido éxito. El juez de paz no está sometido a criterios de legalidad estricta, pudiendo, si las partes así lo acuerdan, decidir siguiendo juicios de equidad cuando el valor de la acción no exceda la mitad del valor de los juicios de competencia del tribunal de primera instancia.

La Ley 78/2001, del 13 de julio, establece que los jueces de paz están sujetos a las incompatibilidades e impedimentos que rigen para los magistrados judiciales, incluyendo la imposibilidad de desempeñar cualquier otra función pública o privada de naturaleza profesional. Pueden, en todo caso, y de manera similar al Estatuto de los Magistrados Judiciales, desempeñar funciones de docencia o de investigación científica no remuneradas, si son autorizados por el Consejo de Acompañamiento, y si no supone un perjuicio para el servicio. La remuneración del juez de paz es la equivalente a la del escalafón más elevado de la categoría de asesor principal de la carrera técnica superior del régimen general de la Administración Pública.

El proceso se inicia en los juzgados de paz por medio de una petición –escrita u oral– presentada ante los servicios de atención. La contestación, que debe ser presentada en los 10 días después de la citación, puede ser verbal. La audiencia de juzgamiento consta de tres etapas: audiencia de las partes, producción de la prueba y sentencia. Las decisiones proferidas por los juzgados de paz después del juzgamiento, así sean homologatorias de acuerdos, tienen el valor de una sentencia equivalente a la sentencia de los tribunales de primera instancia además de constituir títulos ejecutivos, si tienen sentido condenatorio.

Las sentencias proferidas en los procesos cuyo valor exceda la mitad del valor de los juicios de competencia del tribunal de primera instancia pueden ser impugnadas por medio de un recurso que debe ser interpuesto ante el tribunal de la comarca o ante el tribunal de competencia específica en que esté localizado el juzgado de paz. En los juzgados de paz,

en principio, no es obligatoria la representación judicial, a pesar de que cualquiera de las partes puede hacerse acompañar por un abogado, un practicante o por un solicitador.

Los juzgados de paz fueron implementados como proyectos experimentales a principio del año 2002, en cuatro municipios: Lisboa, Oliveira do Bairro, Seixal y Vila Nova de Gaia.

El Consejo de Acompañamiento de la Creación e Instalación de los Juzgados de Paz fue creado, dentro del ámbito de la Asamblea de la República. Después de los primeros cinco meses de funcionamiento, el Consejo de Acompañamiento realizó una evaluación de su desempeño, en donde reflexionó sobre el funcionamiento de los juzgados de paz y enumeró los principales problemas detectados, a saber: el escaso número de juzgados de paz, las limitadas áreas territoriales, y las competencias demasiado limitadas (penal, ejecuciones). La conclusión general del Consejo de Acompañamiento fue que, a pesar de las limitaciones y las dudas legales y reglamentarias verificadas, la recepción por parte de los ciudadanos es francamente positiva, siendo el tiempo de duración promedio de un proceso de un mes.

CONCLUSIONES

El origen de los juzgados de paz es incierto, se remonta a los tiempos en que el juez y el juez de paz eran elegidos, entre sí, por los buenos hombres del concejo. Desde su creación, y a lo largo de su historia, tuvieron como finalidad principal dotar a la comunidad de una alternativa para la resolución pacífica de los conflictos de menor complejidad. A continuación realizaremos un breve análisis de la experiencia de los juzgados de paz existentes en España, Italia y Brasil, dentro del contexto del análisis del proceso de (re)nacimiento de estos juzgados de paz en Portugal.

En España, en 1985, con la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 6/1985 (LOPJ), se realizó una reestructuración total de los órganos judiciales en el ámbito nacional y municipal, dentro de la cual se realizó la transferencia de diversas competencias a los juzgados de primera instancia y a los juzgados de paz, que pasaron así a constituir el primer grado de la jurisdicción. Los jueces de paz son jueces legos, no profesionales, que desempeñan funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la carrera judicial, a pesar de que mientras ejercen su cargo están sujetos al régimen de incompatibilidades y prohibiciones de la carrera judicial.

De este modo, en cuanto al objetivo de crear mayor celeridad en la justicia, la práctica demuestra que en materia de conciliaciones, su actividad fue muy reducida. Lo mismo sucede con las acciones civiles pues las que son de competencia del juzgado de paz sólo comprenden causas que tienen un valor irrisorio. En lo que se refiere a las acciones penales, pocas son las que llegan efectivamente a los estrados de los jueces de paz. En efecto, antes de recibir una acción penal, ésta pasa por el filtro del juez de

instrucción, quien después de calificarla como tal, debe remitirla al juez de paz. Pero la práctica es otra y muestra que lo que existe en realidad es un “pacto” entre el juez de instrucción y el juez de paz en el sentido de que éste no remite acciones de este tipo, pero sí envía las diligencias de simple expediente, que corresponderían al juez de instrucción.

En España, los juzgados de paz necesitan, de esta manera, modificaciones urgentes. Son muchas las opiniones sobre el ámbito de dichas modificaciones, que van desde la supresión de la institución hasta su profesionalización y ampliación de competencias, pasando por la elección popular del juez. Es necesario, de acuerdo con el *Libro blanco de la justicia*, publicado en 1997, establecer un nuevo estatuto del juez de paz que tenga en cuenta las características profesionales y la capacidad exigida, y que se regule de forma adecuada el proceso de nombramiento, remuneración (que debería corresponder a las circunstancias y exigencias del cargo), dedicación y responsabilidades.

En Italia, la figura del juez de paz fue creada en 1991, y comenzó a funcionar en enero de 1993, para ofrecer al ciudadano la posibilidad de resolver en un corto espacio de tiempo conflictos civiles y penales de menor complejidad, en un intento por alcanzar una justicia más inmediata y concreta. En la base de su creación está la intención de descongestionar los tribunales por medio de un proceso simple, rápido, poco dispendioso, de tal modo que facilite y permita el acceso de los ciudadanos a una justicia que, a pesar de simplificada, no es menos rigurosa que la practicada en los tribunales clásicos. En 1999 se aumenta su competencia penal. El ordenamiento italiano asistió, así, en el año 2000, al crecimiento progresivo del número de magistrados no profesionales (cerca de 9.000).

Las funciones del juez de paz representan un instrumento para la realización de la justicia de lo cotidiano y de los intereses difusos. El juez de paz tiene funciones en materia civil y penal, y ejerce una función que está imbuida del espíritu conciliatorio. En materia civil tiene competencia para conocer todas las causas que le sean presentadas por las partes interesadas, sin ningún límite de valor ni de materias, siempre y cuando no sean de competencia exclusiva de otros jueces, principalmente las relacionadas con el derecho del trabajo y de familia, entre otras. En el ámbito penal tienen competencia para juzgar algunos crímenes, principalmente hurtos, amenazas e injurias.

Siguiendo las orientaciones de política legislativa general del Consejo de la Unión Europea del 15 de marzo de 2001 –que incentivan acudir a la mediación–, y el reconocimiento del derecho de las víctimas a ser informadas sobre los procedimientos criminales, el 2 de enero de 2002 entró en vigor en Italia una ley que aumenta las competencias de los juzgados de paz en materia penal, que comprende, por primera vez, una referencia expresa a la mediación. Esta ley legitima un modelo penal abierto a la justicia de reparación, permitiendo la posibilidad de acudir a la mediación entre víctima-agresor.

En Brasil, a partir de los años 80 empezaron a ser discutidas medidas para atenuar la denominada crisis de lo judicial. Los juzgados de pequeñas causas creados en Brasil en noviembre de 1984 darían lugar a los juzgados especiales civiles y criminales en 1995 (Ley 9.099, del 26 de septiembre de 1995). De acuerdo con la ley, los juzgados deben guiar su actuación por la oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad, intentando, siempre que sea posible, la conciliación o la transacción. Cada juzgado dispone de un servicio de asistencia judicial para prestar atención a la población en general y funcionar como un abogado en ciertas situaciones. El legislador pretendió garantizar el principio de accesibilidad a través de la regionalización de la justicia, pues con la descentralización ésta se hizo más cercana, menos misteriosa y, como tal, más humana. El objetivo perseguido en los juzgados especiales es acercar la justicia a los ciudadanos. Para tal efecto, algunos de los juzgados funcionan en centros comerciales e incluso en autobuses. Corresponde a la ley estatal regular la organización, competencia y composición de los juzgados de pequeñas causas, que son de dos tipos: juzgados especiales civiles y juzgados especiales criminales.

Los juzgados especiales civiles tienen, según lo dispuesto por la Ley 9.099/95, competencia para la conciliación, el procesamiento y juzgamiento de las causas civiles que presentan menor complejidad, a saber: las causas que no superen 40 veces el salario mínimo, la acción de desalojo para uso propio, las acciones posesorias sobre bienes inmuebles por un valor hasta de 40 salarios mínimos, así como otras, enumeradas en el Código de Procedimiento Civil. Para proponer una acción ante los juzgados especiales basta presentar una petición, por escrito u oralmente, en la secretaría del juzgado.

La creación de los juzgados especiales criminales fue recibida con sorpresa, pues produjo una revolución –jurídica y de mentalidad– que quebró la inflexibilidad del clásico principio de la obligatoriedad de la acción penal. Los operadores jurídicos tuvieron que aprender a convivir también con el principio de la discrecionalidad en la acción penal pública y a abrir un espacio para el consenso. Junto al principio de la verdad material pasó a existir también, después de 1995, “la verdad consensual”. Se intentó probar un nuevo paradigma de la justicia criminal, basado en el consenso, que se preocupa no sólo por la decisión del caso sino también por la solución del conflicto. Así, por ejemplo, los crímenes cuya pena mínima de prisión no sea superior a un año permiten la suspensión condicional del proceso y al acusado que comete un crimen y sea llevado de inmediato al juzgado (o asuma el compromiso de dirigirse a él) no le será exigida fianza, ni será detenido por flagrancia.

En Portugal, con la última reforma constitucional de 1997, los juzgados de paz volvieron a aparecer en el texto fundamental. El objetivo que se encuentra en la base de la creación de los juzgados de paz no es sólo

la disminución de la pendencia procesal, “sino la vocación para permitir la participación cívica de los interesados y para estimular la justa composición de los litigios por acuerdo entre las partes”.

Las experiencias analizadas nos permiten concluir que la justicia de paz asume formas diversas, que varían entre la creación de una justicia para causas menos complejas, descongestionando, por un lado, los tribunales, pero también, por otro lado, haciendo que la justicia sea más cercana y accesible a los ciudadanos. El futuro de la justicia de paz dependerá siempre del desarrollo significativo de esta vertiente democrática.

BIBLIOGRAFÍA

CARNEIRO, Paulo y Cezar PINHEIRO (2000), *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação pública. Uma nova sistematização da teoria geral do processo*, 2.ª Edición, Rio de Janeiro, Editora Forense.

Città di Desenzano del Garda. *Il giudice di pace*, disponible en:

www.onde.net/desenzano/comune/servizi/giudice.htm, abril de 2001.

Democratici di Sinistra (1998), *La professione forense*, disponible en:

www.democraticidisinistra.it/par.../aequa/documenti/la_professione_forense.htm, abril de 2001.

Democratici di Sinistra. *Il giudice di pace*, disponible en:

www.democraticidisinistra.it/par.../aequa/documenti/il_giudice_di_pace.htm, abril de 2001.

FAISTING, André Luiz, (1999), “O dilema da dupla institucionalização do poder judiciário: o caso do juizado especial de pequenas causas”, Maria Teresa Sadek, (org.), *O sistema de justiça*, Série Justiça, Fundação Ford, São Paulo, Editora Sumaré.

FERREIRA, J. y O. CARDONA (2001), *Julgados de Paz: organização, competência e funcionamento*, Coimbra, Coimbra Editora.

GIRALDO, López Alejandro (1998), *Los jueces de paz en el país vasco. Fines y medios*. Tesina de Master de Oñati, Oñati, Instituto Internacional de Sociología Jurídica.

Giudice di Pace di Alba, www.comune.alba.cn.it/inter/giudpax.html, abril de 2001.

Giudice di Pace di Mondavio, disponible en: <http://www.lanostravalle.it/numero2/pagina8.htm>, abril de 2001.

GOMES, Catarina (2001), Dois Julgados de paz começam a funcionar em Setembro, *Jornal Público*, 9 de abril.

GOMES, Catarina (2001), Juizados especiais do Brasil inspiram justiça portuguesa, *Jornal Público*, 14 de fevereiro.

GOMES, Catarina (2001), Quatro Julgados de paz começam a funcionar em Setembro, *Jornal Público*, 20 de março.

MANNOZZI, Grazia (2001), *O enquadramento da mediação no sistema da justiça criminal. A rede italiana dos julgados de paz. Enquadramento da mediação: um modelo teórico*. NewsLetterDGAE. Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, Lisboa, Ministério da Justiça.

- PANTALEONI, Ilario (1999), *Ufficio giudice di pace: un nuovo magistrato al servizio del cittadino*. Pedroso, João (2000), *A Arbitragem Institucional: um novo modelo de administração de justiça - O caso dos conflitos de consumo*, Coimbra, CES/OPJ.
- PEDROSO, João, Catarina TRINCÃO, João Paulo DIAS (2002), *O Acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*, Coimbra, CES/OPJ.
- PELLEGRINI, Grinover Ada, et al. (1996), *Juizados Especiais Criminais - comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.
- Rete Civica (1998), *Disposizione per la copertura di posti di giudice di pace*, disponible en: www.comune.jesi.an.it/informagiovani/lavoro/disp_pace_htm, abril de 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1982), "O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados", *Revista Crítica de Ciências Sociais* 10, Coimbra, Centro de Estudos Sociais.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, João PEDROSO, Maria MARQUES, Manuel LEITÃO, Pedro FERREIRA, (1996), *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Porto, Afrontamento/CES/CEJ.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1999), "The Gatt of law and democracy: (Mis)trusting the global reforms of courts", *Oñati Papers*, 7, 49-86.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, Mauricio GARCÍA VILLEGAS (2001), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, João Carlos TRINDADE (2003), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Porto, Afrontamento.
- VALLINI, Barbara (1996), *Il giudice di pace: per le piccole controversie si può avere una giustizia più veloce e meno costosa*, disponible en: www.aduc.it/Avvertenze/Schedearchivi/scheda3.html, abril de 2001.