

VARIACIONES SOBRE LA JUSTICIA COMUNITARIA



Los editores de esta revista agradecen el apoyo
de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional

CONTENIDO

Presentación	7
Hacia un nuevo enfoque del Derecho a través de sus prácticas Algunas implicaciones de los enfoques alternativos	13
CHRISTOPH EBERHARD	
Una clasificación de la Justicia Popular	39
SALLY ENGLE MERRY	
Justicia comunitaria como realidad contemporánea Claves para el estudio de las políticas en justicia comunitaria	75
EDGAR ARDILA AMAYA	
Las autoridades tradicionales en el contexto del pluralismo jurídico	103
MARIA PAULA MENESES	
Derecho, desplazamiento forzado interno y construcción del Estado	135
JOHN LARRY ROJAS CASTILLO	
Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos	171
RAQUEL YRIGROYEN FAJARDO	
El (re)nacimiento de la justicia de paz: ¿Una reforma democrática o tecnocrática de la justicia? Las experiencias de Italia, España, Brasil y Portugal	197
JOÃO PEDROSO CATARINA TRINCÃO	

© ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia
Tels.: 2455955, 2884772, 2884437
Fax: 2884854
Correo electrónico: ilsa@etb.net.co
Página web: www.ilsa.org.co

Edición: Edgar Ardila y Olga Lucía Pérez
Corrección de textos: María José Díaz Granados
Preparación editorial: Marta Rojas
Impresión: Ediciones Antropos
Bogotá, diciembre de 2003

PRESENTACIÓN

Los desarrollos en el tema de la justicia comunitaria y sus aportes en el campo del derecho alternativo y el pluralismo jurídico son decisivos para la reconceptualización de la justicia y la renovación de las prácticas jurídicas y sociales. Sin embargo, tradicionalmente las decisiones sobre política judicial han subestimado la complejidad de esta figura, y la investigación que sobre ella se adelanta es fragmentada o bien se limita a los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tan en boga en las propuestas de reforma a la administración de justicia en la región. En este contexto, ILSA aporta con este número de *El otro derecho* un conjunto de artículos que permiten profundizar el análisis del fenómeno jurídico que da lugar a dichas experiencias de justicia. El propósito es comprender sus dinámicas, procedimientos, valores, condiciones y reconocer su impacto renovador y positivo en la construcción de una democracia más equitativa y pluralista.

La justicia comunitaria es una figura que se dibuja en prácticas jurídicas concretas –es decir, heterogéneas y particulares– que permiten la reproducción de la vida en sociedad. Por lo mismo, cabría preguntarse qué es lo que hace de su diversidad un conjunto. Una primera respuesta puede ser el hecho de estar por fuera del derecho estatal. Sin embargo, hoy la administración de justicia tiende a incorporar modelos de justicia comunitaria ubicados en la frontera en virtud del carácter informal que se les asigna. De otra parte, podría responderse que se refiere a aquellas justicias tradicionales vinculadas a comunidades indígenas o ancestrales que tienen en su quehacer social maneras propias de organización y resolución de los conflictos. Aunque también las colectividades apremiadas por un contexto hostil o excluyente generan formas de relacionamiento dentro de ellas y en relación con actores externos, como argumento para el respeto y ejercicio de sus derechos.

Quizá por esta polisemia, nombrar las justicias comunitarias es como hablar de *Aglaura*, la ciudad real e imaginada que refiere Italo Calvino en su relato “Las ciudades y el nombre”¹:

Poco sabría decirles de Aglaura fuera de las cosas que los propios habitantes de la ciudad repiten desde siempre: una serie de virtudes proverbiales, otros tantos proverbiales defectos, alguna rareza, cierto respeto puntilloso por las normas. Antiguos observadores, que no hay razón para no suponer veraces, atribuyeron a Aglaura su durable surtido de cualidades, confrontándolas con las de otras ciudades de su tiempo. Tal vez ni la Aglaura que se dice ni la Aglaura que se ve hayan cambiado mucho desde entonces, pero lo que era excéntrico se ha vuelto usual, extrañeza lo que pasaba por norma, y las virtudes y los defectos han perdido excelencia o desdoro en un concierto de virtudes y defectos distribuidos de otra manera.

Como *Aglaura*, ciudad imaginada y real, las variaciones sobre el tema de la justicia comunitaria que recoge este número de *El otro derecho* buscan señalar algunos de los nombres que la nombran, con abordajes interdisciplinarios y en diferentes contextos geográficos y normativos. Con el esfuerzo conjunto de los autores y de la revista que los convoca, se articulan las voces de los protagonistas con los alcances y atributos que los analistas asignan a sus experiencias; se contrastan las prácticas para extraer generalizaciones en torno al tema; se vislumbran alternativas al derecho restringido, abstracto e impersonal que se guarda en los códigos; se recrean los modelos que de justicia comunitaria se han desarrollado en el ámbito estatal; en fin, se problematiza el tema para generar un debate riguroso y propositivo.

Orientada por estos propósitos, la revista inicia con el artículo de Christoph Eberhad, “Hacia un nuevo enfoque del derecho a través de sus prácticas. Algunas implicaciones de los enfoques alternativos”. El autor, investigador del Laboratorio de Antropología Jurídica de París 1, se pregunta por las implicaciones de tomar en serio las llamadas prácticas alternativas del derecho y señala cómo la reflexión sobre estas prácticas no conduce necesariamente a la periferia de los sistemas jurídicos, sino al corazón del misterio de la producción de nuestras vidas en sociedad, con implicaciones teóricas y políticas en relación con los proyectos de sociedad del siglo XXI. Permite bosquejar un cuadro de alternativas al derecho moderno (antropocentrista) para abrirse al mito emergente del interculturalismo y de la pluralidad de la realidad. Da lugar entonces a una transición paradigmática que sustituye una epistemología de la simplicidad por una epistemología de la complejidad, que implica abrirse a la totalidad social. Desde una mirada antropológica propone una reflexión sobre los “estados de derecho” entendidos como situaciones construidas sobre

Italo Calvino, *Las ciudades invisibles*, Colección Millenium, Unidad Editorial S.A, 1999.

las prácticas y representaciones de los actores. Esto implica complejizar el fenómeno del derecho.

Por su parte, Sally Merry, antropóloga y codirectora del Programa Paz y Justicia del Wellesley College de Estados Unidos, con su artículo “Una clasificación de la justicia popular”, se adentra en esa frontera borrosa entre el derecho estatal, los ordenamientos indígenas y la justicia popular, para mostrar cómo esta última es un espacio en disputa, lo que explica su tendencia a cambiar de forma y significado con el tiempo. A partir de una extensa y juiciosa exposición de diferentes formas de justicia popular en diversas partes del mundo, señala cuatro tradiciones culturales del siglo XX: la reformista, la anarquista, la socialista y la comunista, cada una con su propia visión sobre la contribución de la justicia popular a la transformación de la sociedad. Concluye la autora que aunque la justicia popular tiende más a reforzar las relaciones de poder que a transformarlas, introduce una nueva ideología de resolución de conflictos basada en la no violencia y en la oposición a la violencia del derecho, y que es allí donde reside su poder ideológico.

El análisis del escenario en el que se inscriben las prácticas jurídicas y las justicias comunitarias en la época contemporánea lo realiza Edgar Ardila, abogado e investigador de la Red de Justicia Comunitaria en Colombia, en su artículo “Justicia comunitaria como realidad contemporánea. Fundamentos para el análisis de las políticas públicas”. Cada vez es más evidente el reposicionamiento y una nueva interacción entre los principios de Estado, mercado y comunidad que configuran el eje de regulación actual. Esto se expresa en los cambios de la administración de justicia. En este contexto, el nuevo mapa se traza a partir de la actuación competitiva o articulada de los principios y, en consecuencia, surgen las apuestas políticas que entrañan uno u otro mecanismo de justicia comunitaria. Así, se puede reconocer el principio de Estado en políticas que impulsan los mecanismos de justicia comunitaria como medio para fortalecer la capacidad ordenadora del Estado sobre la realidad social; o el principio de mercado, cuando el eje de la política se centra en la satisfacción de la demanda a través del impulso de mecanismos comunitarios que mejoren en calidad y diversidad las ofertas de justicia existentes; y se reconoce el principio de comunidad en las políticas que ubican su foco de atención en el fortalecimiento de la institucionalidad propia y en los procesos autorregulativos. A partir de este análisis, el autor plantea alternativas al papel que pueden cumplir los mecanismos de justicia comunitaria en la transformación de la sociedad.

Un segundo conjunto de artículos presenta experiencias de prácticas jurídicas y justicias comunitarias que combinan metodologías de investigación y propuestas teóricas dirigidas a describir y comprender estos fenómenos. Paula Meneses desarrolla desde una perspectiva antropológica, el tema de “Las autoridades tradicionales en el contexto del pluralismo”, a

partir del análisis de la relación entre el derecho y las justicias tradicionales en Mozambique a lo largo del siglo XX; en particular, la naturaleza de la relación entre las instituciones de base heredadas del periodo colonial y las establecidas durante la posindependencia que intenta construir un orden socialista basado en el crecimiento y la consolidación del poder popular.

John Larry Rojas, abogado, nos acerca a la comprensión de cómo se configura el derecho en medio del fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia, con su artículo “Derecho, desplazamiento forzado interno y construcción del Estado”. Con la reconstrucción del caso de Pavarandó, el autor muestra la disputa de órdenes normativos que se da en un contexto de guerra y el desplazamiento como estrategia político-militar de posicionamiento de los actores armados por el control del territorio y de la población. En este escenario surge la figura de la comunidad de paz, en cuyo seno se producen normas a partir de las cuales las comunidades ganan capacidad de negociación y reconocimiento con el Estado y los actores armados, y logran la propiedad de sus territorios y el respeto a su autonomía. En este sentido, el derecho se convierte en un elemento nuclear tanto para el desarrollo de la lucha que genera el desplazamiento, como para los procesos de organización comunitaria pacífica que lo enfrentan.

Finalmente, se presentan dos mecanismos de justicia comunitaria que se han incorporado en la administración de justicia: los jueces de paz y la jurisdicción especial indígena. Los portugueses e investigadores del Centro de Estudios Sociales de Coimbra, João Pedroso y Catarina Trincão, en su artículo “El (re)nacimiento de la justicia de paz: ¿una reforma democrática o tecnocrática de la justicia? Las experiencias de Italia, España, Brasil y Portugal”, analizan la génesis y la reglamentación de la figura y sus eventuales virtudes democráticas. Y Raquel Irigoyen, investigadora y abogada peruana, en “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países Andinos”, a partir de las reformas constitucionales emprendidas en las dos últimas décadas del siglo XX en Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, expone el marco jurídico en el que se reconoce el carácter pluricultural de estos Estados-nación y las características semejantes de la figura de la jurisdicción especial indígena que, aunque no exenta de contradicciones y limitaciones, cabría interpretarlas como elementos importantes para la construcción de las bases de un Estado pluricultural.

Los diferentes nombres que se van dando a la justicia comunitaria articulan una imagen sólida de esta figura, enuncian sus cualidades y animan a los lectores a recorrerla...

En este sentido no hay nada cierto en cuanto se dice de Aglaura, y sin embargo de ello surge una imagen de ciudad sólida y compacta, mientras que los juicios dispersos que se pueden enunciar viviendo en ella no llegan a tener igual consistencia. El resultado es éste: la ciudad de que se

habla tiene mucho de lo que se necesita para existir, mientras que la ciudad que existe en su lugar existe menos.

Por último, sólo resta agradecer a los autores y las autoras que se interesaron en la publicación y escribieron para ella; a la Universidad de Chicago y a la Revista Interdisciplinaria de Estudios Jurídicos de las Facultades Universitarias de Saint Louis (Bélgica), que gentilmente facilitaron el material de los artículos de Sally Merry y Christoph Eberhad, y a Edgar Ardila, profesor de la Universidad Nacional de Colombia, que como editor de este número de *El otro derecho*, aportó en la definición de los contenidos y los contactos con los autores.

Algunas implicaciones de los enfoques alternativos*

CHRISTOPH EBERHARD**



El documento preparatorio del encuentro “Los usos alternativos del derecho”, que lleva a cabo una descripción del estado de las prácticas alternativas del Derecho, recopiladas por la asociación Juristes-Solidarités en esta última década (Huyghebaert, 2000), nos hace tomar conciencia de la diversidad semántica de esta expresión y de las situaciones a las que remite. Efectivamente, las prácticas alternativas del Derecho remiten a unas realidades tan diversas que comprenden desde acciones de sensibilización, de introducción al derecho y de popularización del derecho, hasta acciones que promueven el acceso de las poblaciones al derecho, acciones de formación de para-juristas, acciones jurídicas destinadas a aplicar, neutralizar o crear derechos de acuerdo con las expectativas de la población, acciones judiciales destinadas a hacer evolucionar el derecho formal a favor de los más desfavorecidos y, finalmente, acciones de resolución extrajudicial de conflictos. Sus campos de acción, las apuestas que ellas persiguen, cubren todo un abanico que va desde los conflictos vinculados con la familia y la mujer, a las iniciativas populares que aspiran a ser reconocidas, en el medio urbano, como espacios vitales, pasando por los conflictos asociados a la ganadería, a la agricultura y a las relaciones entre ganaderos y agricultores, las reacciones frente a las reformas agrarias, las expropiaciones y los desplazamientos forzados, etc. A esta heterogeneidad se añade la diversidad de situaciones y la especificidad de las prácticas alternativas del Derecho en las diversas zonas geográficas, ilustradas

* Contribución para el taller “Los usos alternativos del Derecho”, organizado por la asociación Juristes-Solidarités en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 16-18 de mayo de 2001. Juristes-Solidarités redactó un breve informe de este encuentro (ver Juristes-Solidarités, 2001). Versión original titulada “Vers une nouvelle approche du Droit a travers ses pratiques alternatives”, publicada en 2001, en Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, Nº 48. Traducción de Irene Hernández Andrés.

** Investigador y profesor de antropología del derecho. Laboratorio de Antropología Jurídica París 1. c.eberhard@free.fr

en el documento por las experiencias de África occidental y África central, el Magreb, América Latina, Asia del sur y del sudeste y Europa, sobre todo Francia (para todo lo que precede ver Huyghebaert, 2000:105-107).



Toward a New Perspective of the Law through Practice Some Implications of the Alternative Focuses

The heterogeneity, diversity and specificity of alternative practices of law lead to the question of whether one is in the presence of a coherent set of phenomena or if speaking of alternative practices of law implies a negative definition which impedes the appearance of renovating paradigms vis-à-vis the dominant system of law. This article addresses this problem from the perspective of legal anthropology and illustrates the implications of taking these practices seriously, based on the experiences of Black Francophone Africa. The analysis begins with a detailing of some epistemological bases in relation to the definitions of law; to this end, it refers to the law of jurists as the law in its strictest sense, as general and impersonal norms founded on the myth of Western modernity and, on the other hand, it refers to the law of anthropologists, viewed as a legal phenomenon that recalls other basic myths in order to address “co-existence.” This opening makes it necessary to think in a multi-legal way and to conceive law as a “set of laws” which combines the three poles and that constitutes the legal phenomenon: general and impersonal norms, models of behavior and *habitus* or systems of lasting disposition. As a consequence, this perspective allows the generation of an “alternative form of reasoning” based on the emerging myths of pluralism and interculturalism, and evidences the need of a new method which includes cultural disarmament when addressing the “other;” the existence of several centers of intelligibility, among them the logos, the myth, the world of concepts and objects, the world of subjects and of people; makes relative the need and convenience of universality and signals that reality is not necessarily an intelligible being. Finally, the article puts forth the challenges derived from this form of reasoning: the dynamic and emancipating search within positive law, the practice and thought of an alternative law which integrates anthropological realities of the legal phenomenon, and the consideration and recognition of the alternative practices of law.

Nos podemos preguntar si estamos en presencia de un conjunto coherente de fenómenos, o si hablar de “prácticas alternativas del derecho” es de nuevo caer en lo que Louis Dumont (1991: 140-141) llamaba la trampa del “englobamiento del contrario” (“*englobement du contraire*”)¹. En lugar de tomar la diversidad de las situaciones en su originalidad, éstas se engloban en una categoría general y, entonces, se construyen en relación

¹ Para desarrollos posteriores sobre las trampas epistemológicas inherentes al principio del englobamiento del contrario en el campo de las ciencias humanas, ver Eberhard (2000a: 121ss).

con un referente implícito de esta categoría, percibido como jerárquicamente superior. En lo que a nosotros respecta, partimos del derecho (sobrentendido el “derecho estatal”) como categoría englobante y, a continuación, se construyen las prácticas alternativas de este derecho que se definen, ante todo, en relación con su desviación del modelo general, de manera parecida a cuando se habla, en el campo económico, del sector informal que, sin embargo, en determinados contextos resulta mucho más rico que el sector formal. Así pues, es necesario plantearse la siguiente cuestión: ¿hablar de prácticas alternativas del derecho no nos encajona en una definición negativa que puede, en definitiva, impedir el surgimiento de enfoques verdaderamente alternativos (en el sentido fuerte del término) al modelo del derecho dominante, estatal y moderno? Porque, por mucho que se hable de prácticas alternativas del derecho, ¿no subsiste el mito de la “supremacía del derecho”, al menos en el sentido que se acepta implícitamente que el derecho es el que regula en definitiva nuestro vivir juntos (*vivre ensemble*)²? Si hay que profundizar por este camino, el asunto es, sin embargo, más complejo. Efectivamente, las prácticas alternativas del derecho no se construyen solamente de manera negativa, como parece sugerir el análisis semántico del término, sino que tienen un contenido positivo que permite identificarlas y, por tanto, una de sus características es justamente la de cuestionar el monopolio jurídico del derecho, entendido en el sentido formal o como derecho estatal, e incluso, en este campo limitado, el monopolio que tendría una categoría particular de ciudadanos: los juristas.

Las prácticas alternativas del derecho, como nos revela la experiencia de Juristes-Solidarités, parecen compartir la búsqueda por provocar y contribuir, de manera más o menos deliberada, a “un cambio de actitud de los más desfavorecidos con respecto a la ley, para que éstos últimos transformen una actitud legalista pasiva (el individuo, considerado y considerándose a sí mismo incompetente, padece el derecho elaborado por fuera de él) en una actitud legitimista activa (la persona aprende a conocer el derecho, lo lleva a su vida cotidiana, lo utiliza y participa en su evolución: se apropia de él)” (Huyghebaert, 2000: 105-107)³. Puede ser útil recordar aquí que los desfavorecidos, desde una perspectiva global, no son la excepción sino, más bien, la norma en nuestro mundo contemporáneo⁴.

² Puede ser pertinente precisar que, como antropólogo del Derecho, las numerosas experiencias no occidentales influyen en gran medida en nuestras reflexiones sobre el derecho. En estas experiencias no occidentales, a pesar de los discursos dominantes, el derecho moderno desempeñó un rol mucho menos central que en las sociedades occidentales “desarrolladas”.

³ Ver también la entrada a “Alternatif (Usage – du droit)” en el Dictionnaire Encyclopédique de Sociologie et de Théorie du Droit, Paris, LGDJ.

⁴ Y de esta forma, hoy puede parecer importante adentrarnos en una “heterotopía”, como la denomina Sousa Santos (1995: 479 ss), un descentramiento epistemológico de los “centros” hacia las “periferias”. Ver también en este sentido Esteva (1993), Esteva y Prakash (1998) y Vachon (1990a.) Para la problemática de los derechos del hombre, si se toma en cuenta el problema de la pobreza, Poppovic

La reflexión sobre las prácticas alternativas del Derecho no nos conduce simplemente a la “periferia de nuestros sistemas jurídicos”, sino más bien al corazón del misterio de la reproducción de nuestras vidas en sociedad, lo que, además de las implicaciones teóricas, tiene también importantes implicaciones políticas en relación con la elección de los “proyectos de sociedad”⁵ para este siglo XXI⁶.

Se tratará, por tanto, de que reflexionemos sobre las implicaciones de tomar en serio las llamadas prácticas alternativas del derecho. Para esto, en primer lugar, será esencial distinguir las diversas formas de práctica del derecho de manera alternativa. Efectivamente, se puede practicar el derecho, entendido como derecho formal o estatal de manera alternativa, es decir, intentando hacerlo receptivo a las expectativas de quienes tiende a menudo a ignorar, e incluso utilizarlo para fomentar determinadas luchas emancipatorias. Sin embargo, la referencia a las prácticas alternativas al Derecho remite, también, a otros modos de resolución de conflictos y de reproducción de la sociedad, tales como el derecho estatal moderno, los derechos tradicionales o los derechos de la práctica. Por tanto, será útil comenzar clarificando la distinción entre el derecho como normas generales e impersonales de los juristas y el Derecho como fenómeno jurídico de los antropólogos. Una vez realizadas estas aclaraciones, podremos ir más allá en las dos pistas de reflexión que abren las prácticas alternativas del Derecho, en cuanto a las modalidades y las formas que toma nuestro “vivir juntos”, y el rol que desempeña o puede desempeñar el derecho, entendido en sentido estricto, así como el Derecho, entendido en sentido amplio, como el que “configura y da forma a la reproducción de las sociedades en los campos que ellas consideran vitales”.

Malak El Chichini y Pinheiro (1996).

⁵ Para leer más sobre las reservas en cuanto a la utilización de la expresión “proyectos de sociedad”, ver Eberhard (1999a: 16-17).

⁶ Como lo expresa Jean Designe (1992: 67, 71-72), fundador de Juristes-Solidarités: “(Las) prácticas alternativas que provienen de las personas concernidas (asociaciones barriales en medio urbano, comunidades en zonas rurales) y de sus preocupaciones comprenden, en primer lugar, la información, la formación, la desmitificación del derecho, de sus aparatos y de sus profesionales; para desembocar en la utilización del derecho cuando es positivo, en su neutralización cuando es negativo e incluso en la producción de derecho(s). Estas prácticas que se desarrollan cada vez más en las numerosas asociaciones emanadas de los sectores populares, tanto urbanos como rurales, en los países del Sur y también en los países del Norte, aspiran a hacer de las personas concernidas actrices y productoras de derecho(s). (...) El acceso al derecho y a su producción, como participación en la vida de la ciudad y en la construcción de la democracia, es el ejercicio de la ciudadanía. Y si la mayoría de los países no consigue crear el marco estructural adecuado para movilizar las energías, es, tal vez, porque la gran mayoría de la población no está vinculada a la elaboración y al quehacer institucional y jurídico del país, que están reservados a los profesionales de la legalidad: el parlamentario que hace la ley en nombre de la soberanía del país, el magistrado que juzga en nombre del pueblo, el abogado en nombre del cliente, pero jamás (o muy raramente...) el individuo o el grupo concernido”. Ver también Jacques (1990, 1992), Le Roy (1991), Revet (2001: 56 ss).

Por una parte, las prácticas alternativas nos hacen tomar conciencia de que el fenómeno jurídico desborda los sistemas, las normas jurídicas y los discursos científicos o, si invertimos la perspectiva, de que el derecho oficial y científico no constituye más que una punta del iceberg de la reproducción de nuestras vidas en sociedad y de la resolución de nuestros conflictos (Le Roy, 1997)⁷. Por otra parte, las prácticas alternativas nos recuerdan que existen otros mitos fundamentales para pensar nuestro vivir juntos, alternativos al nuestro, al del Derecho; somos por tanto invitados, mediante una inmersión plena en las prácticas alternativas del derecho, a ir más allá de un simple derecho alternativo que estaría en los márgenes o en los confines del derecho (Rouland, 1993), para repensar el Derecho como fenómeno jurídico que hace parte y contribuye al mismo tiempo a la regulación de nuestros “grandes juegos en sociedad”. La complejidad del asunto aparece y nos llevará a orientar nuestras inquietudes sobre la búsqueda de la realización de Estados de Derecho (entendida únicamente, de manera institucional, como la implantación por todo el mundo de este modelo moderno de organización de la vida en sociedad) hacia una realización de estados (situaciones) de Derecho, pluralistas y anclados en las prácticas y representaciones de los actores sociales. Sin embargo, por otro lado, trataremos de bosquejar un cuadro impresionista de alternativas posibles a nuestro mito actual legicentrista, logocentrista y antropocentrista, mientras que nos abrimos al mito emergente del interculturalismo y del pluralismo de la realidad (Vachon, 1997; 1998). Además hay que señalar que, en el transcurso de nuestro proceso de razonamiento, los conceptos de “derecho” tanto como de “Derecho” corren el riesgo de ser cuestionados por la perspectiva emancipadora inherente al enfoque alternativo. Volveremos sobre esta cuestión más adelante. Sin embargo, subrayemos desde ahora que en este artículo sólo podremos plantear un determinado número de preguntas que, esperamos, sean enriquecidas por nuestro trabajo colectivo y profundizadas en futuros trabajos. Sin embargo, es impensable por el momento responder a esta cuestión, cuyas implicaciones profundas sólo ahora, medianamente, se están comenzando a percibir.

EL DERECHO DE LOS JURISTAS Y EL DERECHO DE LOS ANTROPÓLOGOS. FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS PARA ABORDAR UN ENFOQUE ALTERNATIVO DEL DERECHO

Es muy útil clarificar bien nuestras premisas epistemológicas si queremos profundizar en las implicaciones de las comúnmente llamadas

En este contexto, ver también la presentación de los vínculos entre “pluralismo, alternativo e informal” en Arnaud y Fariñas (1998: 297-313).

prácticas alternativas del Derecho. Efectivamente, parece que se tiende a confundir dos acepciones muy diferentes del término "Derecho" cuando se aborda el estudio de las prácticas alternativas, incluso tal vez aún más, en el marco específico de las acciones llevadas a cabo por Juristes-Solidarités. Esta asociación mantiene, desde su creación, relaciones estrechas con el Laboratorio de Antropología Jurídica de París (LAJP) y está abierta a un enfoque antropológico de su actividad y del fenómeno jurídico (Martin, 1998). Ahora bien, el derecho de los juristas y el de los antropólogos no es el mismo; los distinguiremos de ahora en adelante identificando el primero con una "d" minúscula y el segundo con una "D" mayúscula. Se podría hacer una primera distinción diciendo que el derecho de los juristas es más bien el derecho de los manuales (Alliot, 1985), de los códigos y, en el sentido más amplio, de los textos, mientras que el Derecho de los antropólogos es más bien el derecho vivo o el de las prácticas, incluso el fenómeno jurídico, que se podría definir como el que configura y da forma a la reproducción de nuestra humanidad en los campos que nuestras sociedades consideran vitales. Esta primera distinción es útil para tomar conciencia de dos formas diferentes de ser alternativo en el campo de lo jurídico.

Comencemos por el enfoque alternativo del derecho en el sentido primero, el que constituye una práctica alternativa del derecho (con la "d" en minúscula). Los ejemplos que nos ofrece *Juristes-Solidarités* de este enfoque remiten a una interpretación hecha por juristas o a una movilización de los recursos del derecho existente, llevada a cabo por grupos particulares para que se acepten sus reivindicaciones. Se podría hablar aquí de un enfoque y de una utilización emancipadora del derecho (ver también, en este sentido, para una ilustración en el campo de los derechos del hombre, a Santos, 1995: 347ss; 1997). Este tipo de acción o de activismo nos hace tomar conciencia del carácter altamente político del derecho (ver por ejemplo Le Roy, 1991, 1993). Contrariamente a lo que se enseña en las facultades de derecho, donde se afirma que uno de los signos diacríticos de este último es su neutralidad, tomamos conciencia aquí de que el derecho expresa y reafirma unos intereses específicos. Comenzamos a encaminarnos hacia una visión más antropológica, en la que el derecho ya no aparece más como un corpus de textos flotantes por encima de la sociedad, que se suponen se aplican con mayor o menor éxito, sino como parte saliente del iceberg del Derecho, fenómeno jurídico, que Michel Alliot (1983: 85-86) definía como "lucha y consenso sobre el resultado de las luchas en los campos que una sociedad considera vitales". Luego, nos damos cuenta del carácter político no solamente del derecho positivo sino también de su interpretación y de su aplicación por los jueces. El juez no es el simple portavoz de la Ley. Aunque, frente al marco preestablecido del derecho positivo, él tiene, a través de su poder de interpretación, un gran margen de maniobra en su manera de dictar el derecho (Ost y Van de Kerchove, 1989), y, como lo señala el documento de Juristes-Solidarités (Huyghebaert,

2000), los jueces comprometidos no dudan en utilizar este margen para llevar adelante las causas a las que son sensibles. Finalmente, nos damos cuenta de que una actitud activa frente al derecho, una apropiación del derecho por parte de los actores concernidos en lugar de una delegación de responsabilidad a los "profesionales del derecho" y, en primer lugar, a los abogados, permite influir notablemente sobre la práctica del derecho y sobre las decisiones de justicia producidas. El ejemplo de los agricultores de la Drôme en Francia, agrupados en asociación para defender su posición frente a la justicia, habla por sí solo, al igual que la experiencia de los trabajadores indios en Baroda, pequeño pueblo al norte de Bombay, quienes recibían formación para defender y, de hecho, defendían ellos mismos su causa ante sus empleadores⁸.

Patricia Huyghebaert (2000: 90-91) resume la dinámica de los agricultores de la Drôme como sigue: "En un comienzo se llevó a cabo una actividad de información masiva (sobre la justicia, sus mecanismos, la ley y su elaboración, el estatuto jurídico de los arrendatarios de granjas y aparcerías) en el transcurso de reuniones locales para los agricultores y los aparceros. En una etapa posterior, se desarrolló una acción de formación para un cierto número de ellos, los más motivados, con el fin de capacitarlos para que pudieran responder a las cuestiones jurídicas planteadas por sus colegas y estuvieran preparados para atender y participar, unos en las estructuras reglamentarias (comisiones consultativas de arrendamientos locales), otros en las instancias judiciales (tribunales paritarios como los tribunales de arrendamientos locales). Al mismo tiempo, se realiza un trabajo de autoformación recíproca, entre magistrados profesionales y delegados agricultores y aparceros, permitiendo a unos (los campesinos) desmitificar la figura del juez, y a los otros (los jueces) conocer la realidad de quienes tienen que juzgar. (...) Globalmente, en los cinco tribunales de arrendamientos rurales (tribunalux de baux ruraux) de la Drôme, un estudio efectuado a comienzos de los años 80 muestra que los agricultores y los aparceros en conflictos con sus propietarios, la mayor parte de las veces defendidos por la Asociación de Agricultores de la Drôme (Association des fermiers drômois), ganan sus procesos en una proporción de 70 a 90%, mientras que los otros departamentos donde este trabajo todavía no se ha desarrollado, defendidos normalmente por abogados, pierden sus procesos en la misma proporción. Sin embargo, la ley (más favorable para los propietarios que para los arrendatarios agricultores o aparceros) no ha cambiado, ni la naturaleza del aparato judicial tampoco. Esta evolución en las decisiones judiciales es el resultado de la reapropiación por los campesinos concernidos de sus problemas y de su capacidad para hacer irrupción en los tribunales de justicia con su realidad, creando una dinámica denominada por algunos como una relación de fuerza favorable. Sin embargo esta experiencia es frágil". En cuanto a la dinámica del sindicato Parivartan en Baroda, ella también ilustra un empoderamiento de los actores que se apropian del Derecho, y por tanto, de la gestión de sus problemas. Huyghebaert (2000: 74) bosqueja como sigue el contexto donde emergen estas iniciativas: "Cuando la educación y las acciones jurídicas son medios que permiten organizar a las poblaciones marginadas y oprimidas, de hacerles tomar conciencia de su lugar en la sociedad así como de su derecho a tener derechos, el papel de los abogados tiene que ser diferente. Porque para promover que los más pobres, los marginados, los sin derechos, justamente defiendan sus derechos, el recurso a abogados clásicos presenta riesgos e inconvenientes: por supuesto, el costo...Pero, sobre todo, al asumir la defensa de sus clientes, los privan de la capacidad de movilización, los desposeen de su propia defensa, los hacen dependientes de ellos... y desde una lógica jurídica muy a menudo sus derechos no tienen su lugar. Además, raros son los abogados dispuestos a defender causas difíciles (...) Sin embargo, es bien difícil no recurrir a ellos cuando nos encontramos enfrente de sistemas jurídicos no solo abstractos y complejos, como lo son todos, sino además que se expresan en casi todos estos países de Asia, en una lengua de los más pobres no dominan: el inglés".

Esta primera categoría de prácticas alternativas del derecho, inscrita en el marco del derecho positivo y del derecho de juristas, supone un primer desafío para los enfoques positivistas del derecho: nada obliga a abordar el derecho como un simple instrumento de gestión racional de las sociedades en manos de profesionales y especialistas (ver Eberhard, 1999a). En primer lugar, esta imagen no se corresponde con la práctica efectiva del derecho, tal como se manifiesta desde el momento en que se integra un punto de vista más sociológico o antropológico al enfoque puramente jurídico. En segundo lugar, nos damos cuenta del carácter responsable y ciudadano que puede revestir una práctica del derecho a todos los niveles, si aceptamos hacer del derecho cosa nuestra y no delegar nuestras responsabilidades en otros, sean los profesionales por cuanto concierne a los usuarios, el Estado o los textos en lo que atañe a abogados y jueces, y la *Grundnorm* o la constitución y sus principios trascendentes en lo que al legislador respecta. Se podría decir que, si todos se tomaran en serio el derecho, podríamos encaminarnos hacia un “juego del derecho” en el que todos, creadores (legislador), aplicadores (magistrados y abogados) y “usuarios” del derecho, podrían desempeñar un rol importante, negociando en conjunto las modalidades de nuestro vivir juntos⁹.

Luego, se plantea la cuestión de un enfoque alternativo del Derecho, en el sentido más fuerte del fenómeno jurídico. El interés de los antropólogos por las prácticas de los actores nos sumerge, ante todo, en los desafíos del pluralismo jurídico, que ponen en tela de juicio las construcciones monistas del Derecho. El Derecho no se reduce al derecho estatal. Existen otros órdenes normativos que completan o, a veces, contradicen este orden. Así, el pluralismo jurídico nos plantea el desafío de repensar el Derecho de una forma que no sea a través del *topos*, exclusivo del derecho estatal. Esto nos obliga a abrirnos a otros *topoi* y, por consiguiente, a un razonamiento diatópico y dialogal (Vachon, 1990b). Además, es primordial señalar que en numerosos contextos no occidentales esos otros *topoi* son más centrales en la regulación social que el *topos* estatal. Se puede incluso constatar una revalorización de estos *topoi* tras la amarga experiencia de las promesas no cumplidas de la modernidad, que ha revelado su carácter mítico (ver por ejemplo Sall, 1996). Además, aún más importante, desde que accedemos a las experiencias de otras culturas, nos vemos obligados a constatar la “no universalidad del derecho” (Sinha, 1995). Numerosas sociedades no poseen en su cultura, en su lengua, conceptos equivalentes al

Señalemos además que, según nuestra exposición, la división en creadores, aplicadores y usuarios del derecho parece, en cierta medida, no ser adecuada. De ella se desprende una visión piramidal del derecho que conduce del creador al usuario, mientras que la imagen que parece surgir es mucho más la de jerarquías enredadas, donde los diferentes niveles interactúan, incluso redes donde la pertinencia de distinción en niveles jerárquicos es cuestionada (ver Ost y Van de Kerchove, 2000), incluso como lo veremos más adelante, profundizando la perspectiva antropológica, de un gran “juego de leyes” (Le Roy, 1999).

de “derecho”. Pero dejaremos por un instante de lado esta cuestión a la que volveremos en la parte final, donde intentaremos despejar las pistas para las alternativas fundamentales al derecho moderno, por medio del diálogo intercultural, y donde profundizaremos en lo que significa tomarse en serio las diversas “culturas jurídicas homeomorfas” de nuestro mundo (Vachon, 1990). Sin embargo, el reconocimiento de una multitud de órdenes normativos no es suficiente. Parece que, además, somos invitados a repensar de manera multijurídica (Le Roy, 1998) la reproducción de nuestras vidas contemporáneas y a abordar el derecho y el Derecho a través del gran juego de leyes de nuestro vivir juntos (Le Roy, 1999), lo que permitirá abordar las alternativas al modelo moderno del Estado de Derecho.

EL DERECHO EN EL GRAN JUEGO DE LA REPRODUCCIÓN DE NUESTRAS SOCIEDADES. PARA UN ENFOQUE COMPLEJO Y DINÁMICO DEL ESTADO DE DERECHO

Abordar el Derecho no sólo como un sistema normativo, distinto del resto de la realidad social, incluso autopoietico, y que organiza a esta última por su exterioridad, sino como “Derecho-como-regla-del-juego” (Le Roy, 1999: 36) de la reproducción de nuestras vidas en sociedad, parece constituir una ruptura epistemológica fundamental inevitable para señalar los desafíos que emergen en lo que André-Jean Arnaud llama la posmodernidad. Estos desafíos son (más específicamente para el jurista) aquellos del pragmatismo, del descentramiento del sujeto, del relativismo, de la pluralidad de racionalidades, de las lógicas fragmentadas, de la complejidad, del retorno de la sociedad civil y del riesgo, por no tomar más que los elementos apuntados por André-Jean Arnaud (1998: 153). A éstos nosotros añadiríamos el del pluralismo y el del interculturalismo (ver por ejemplo Eberhard, 1999b).

Abordar el Derecho como regla del juego social que permite la reproducción de nuestras sociedades nos invita a un cambio de perspectiva radial. Se trata de emanciparse de una epistemología de la simplicidad, por la que permanecíamos anclados en unas visiones en las que, en último análisis, el derecho o lo jurídico, en sentido moderno, seguían sobreterminando el resto de lo social, para comprometernos con una epistemología de la complejidad (Le Roy, 1999: 45ss, 177ss), que nos exige abrirnos a la totalidad social, a sus diversos componentes y a sus múltiples interacciones dinámicas. Pasamos así, por una parte, de una epistemología de la transparencia a una de la opacidad (388) y, por otra parte, de una epistemología estructural a una procesual y dinámica (29ss). Para concretar esta transición paradigmática, en la que se tratará de reflexionar no más sobre el derecho o sobre la reproducción social a partir del *topos* del derecho, sino sobre el Derecho, fenómeno jurídico, a partir de la totalidad social en la que, por un lado, se inscribe y, por otro, contribuye a configurar, Étienne Le Roy propone un enfoque en términos de “juego de las leyes”

(*jeu des lois*) (1999), que nos parece útil profundizar aquí, porque ilustra cómo unas alternativas, comúnmente denominadas “prácticas alternativas del Derecho”, se convierten en centrales y aparecen, de repente, en el corazón del misterio del Derecho. Lo que nos exige adentrarnos en enfoques alternativos para repensar nuestros Derechos en las sociedades contemporáneas.

Partiendo de las prácticas de los actores y tomándolas en serio, nos vemos obligados finalmente a repensar de otra forma nuestras teorías del Derecho. Recordemos que el papel del investigador es rendir cuentas de la realidad y proponer modelos que permitan hacerla inteligible: hace falta, por tanto, que estos modelos se ajusten a la realidad y hay que protegerse de la gran tentación de querer ajustar la realidad a sus teorías, por bellas y perfectas que puedan parecer. Sin embargo, hemos aquí, de nuevo, remitidos de manera fundamental a la dimensión alternativa de dicho enfoque. El antropólogo del Derecho tiene, una doble adscripción. Si su adscripción antropológica le impone las limitaciones del cientifismo, su adscripción jurídica le impone reflexionar sobre la utilización de sus hallazgos, con respecto a la organización de lo social: “¿para quién sirve, para qué sirve?”, por retomar la consigna principal que Étienne Le Roy da a cualquier investigador en antropología del Derecho, al final de la introducción de su manual (1999: 34). Reflexionar sobre el Derecho, a partir de la totalidad social, implica una perspectiva particular, que consiste en considerar como importante lo que los diversos actores sociales hacen y lo que a ellos les parece valioso y legítimo. Es también aceptar repensar nuestros derechos estatales a la luz de esta exigencia dialogal, con miras a tomar en serio las diversas perspectivas. Y eso se hace tanto más urgente cuando nos situamos en contextos donde el Estado es una realidad lejana para la mayor parte de la población, tal como es el caso, por ejemplo, del contexto africano. En esta perspectiva, que conviene repensar de manera fundamental nuestros enfoques del Estado de Derecho, primero, en los contextos donde lo hemos exportado y donde sigue obstinado en no funcionar y, segundo, en nuestros propios contextos.

El Estado de Derecho descansa sobre tres pilares. Está basado, primero, en normas generales e impersonales, inscritas en la jerarquía del sistema jurídico, supuestamente conocidas por todos y preexistentes en los litigios; segundo, en la obligación de la autoridad instituyente (el Estado) de respetar las reglas que ella misma ha formulado y, finalmente, en la “exigencia de conformidad del Derecho con unos valores de la sociedad, correspondientes con una ética común a la mayor cantidad de personas” (Le Roy, 1999: 266). Sobre este último fundamento tendremos que basarnos para pasar de una reflexión, en términos de “transplante del modelo moderno del Estado de derecho” a todo el planeta, a una reflexión, en términos de realización de “Estados de Derecho”, entendidos como situaciones de Derecho (Le Roy, 1999: 264), construyéndose sobre las representacio-

nes y las prácticas de los actores concernidos. Esta exigencia no es únicamente ética, para hacer justicia a las exigencias del dialoguismo y del interculturalismo, sino también altamente pragmática: sin entrar en otras consideraciones, es un hecho que el Estado de Derecho moderno necesita de una infraestructura extremadamente pesada y costosa, que no se pueden permitir numerosos Estados (funcionarios, publicación de boletines, catastros, etc.). El Estado no puede, por tanto, administrar toda la sociedad en un monopolio, es importante que algunos poderes sean delegados, que se encuentren articulaciones entre derecho moderno y derechos vivos, para tender hacia el ideal de un aseguramiento de todos los actores que intervienen en el juego social, por medio de la participación de todos¹⁰.

Para ilustrar nuestro propósito –con el fin de concretizar nuestra exposición–, es útil remitirse a la obra colectiva de Étienne Le Roy, Alain Karsenty y Alain Bertrand sobre el aseguramiento territorial en África (1996), que trata dicha problemática. Étienne Le Roy (1996: 185-186) insiste, en los prolegómenos de un análisis dinámico de la gestión territorial –que será desarrollada a continuación, siguiendo el razonamiento del “juego de las leyes/juego de la gansa” (*jeu des lois/jeu de l’oie*)–, sobre el hecho de que “No volveremos atrás sobre un análisis de lo que implica la referencia a la exigencia del Estado de Derecho. Ya hemos indicado, por otra parte, que no se trata solamente de obligar al legislador, y de forma más general al Estado africano, a basar su política en normas generales e impersonales, preexistentes a los conflictos (primera condición), o a aceptar atenerse a normas que él mismo enuncia (segunda condición). Además, es conveniente que las normas y las sanciones reposen sobre valores y representaciones compartidas por el mayor número de personas (tercera condición, normalmente ignorada). Esto implica renunciar a los dispositivos del derecho “científico”, el de las elites, más o menos directamente transpuesto de legislaciones occidentales, para promover un marco de regulación inspirado en el derecho vivo, práctico, tal como es vivido por las poblaciones rurales africanas. Sólo así se podrá hacer justicia a la contemporaneidad africana, que no se sitúa ni en la tradición ni en la modernidad, sino en un espacio intermedio, que tratará de conservar o de volver creativo y que es eminentemente complejo. Para abordar esta complejidad se ha propuesto el modelo del juego de leyes (*modèle du jeu des lois*). Se trata de entrar en

¹⁰ Además se puede, desde un punto de vista más fundamental, plantearse la cuestión de si es deseable que una instancia (sea el Estado moderno u otra construcción) monopolice el derecho y de esta forma libere de tal responsabilidad a otros actores sociales. Desde nuestro punto de vista, la respuesta es un no rotundo. Esta óptica se une a la preocupación de Juristes-Solidarité y de las prácticas alternativas del Derecho para los que un “enfoque ciudadano” del Derecho se convierte en el centro de sus acciones, aunque probablemente sería mejor utilizar un término diferente al de “ciudadano”, que está muy ligado al imaginario francés, por una parte, y estatal, por otra. Esta óptica también coincide con las preocupaciones contemporáneas más generales sobre la tecnocracia y el déficit democrático de nuestras instituciones.

la reflexión sobre el Derecho y el aseguramiento territorial y de los recursos naturales (*sécurisation foncière*), no desde el punto de vista del sistema jurídico, que puede conducirnos a un enfoque desconectado de las realidades del país, sino desde el punto de vista de los actores que participan en el juego social, alrededor de esta problemática. Entraremos así en el juego en torno a la tierra y los recursos naturales por el estatus de los actores, puesto que éstos forman parte de unos colectivos diversos y no se reducen a individuos generales y abstractos (caso 1). Proseguiremos con los recursos (2), tanto materiales como humanos o ideales, que los actores pueden movilizar en sus conductas (3), más reactivas (tácticas) o más estratégicas, que se inscriben en unas lógicas (4) más institucionales o más funcionales, en unos espacios (5) y unas temporalidades (6) más o menos grandes, y que se expresan en unos escenarios diversos (7), que pueden ser tradicionales o modernos, más de negociación o de confrontación en función de lo que la parte ponga en juego (8), de lo que pueda ganarse o perderse, y que se cristalizarán en unos mandatos (9), en el sentido de configuración de lo social, más bien impuestos, negociados, aceptados, que incluso pueden conducir a una contestación del orden establecido. A través de estos casos se llega finalmente a las reglas del juego (10), en el campo de la tierra y los recursos naturales, constituidas tanto por *normas generales e impersonales* como por *modelos de conducta y de comportamiento* y *hábitos o sistemas de disposiciones duraderas*, según Bourdieu. Porque, como lo muestran los análisis contemporáneos de la antropología del Derecho, éste no reposa sobre un único fundamento –las normas generales e impersonales a las que tendemos a reducirlo en las tradiciones civilistas–, sino que está formado por un trípode: el fenómeno jurídico es un proceso continuo que se analiza a través del juego de los tres polos que lo constituyen, enumerados anteriormente (Le Roy, 1998; 1999: 189ss). En este razonamiento es primordial tomar en cuenta las prácticas alternativas. De esta forma, en el juego territorial y de la gestión de los recursos naturales en África, se pueden identificar tres polos de actores: el Estado africano, las organizaciones locales de productores y los prestamistas de fondos internacionales (1996: 215ss). El juego se lleva a cabo entre estos tres actores y, aunque ellos se inscriben en unas lógicas diferentes y persiguen objetivos particulares, no pueden ignorar a ninguno de ellos o considerar a alguno de ellos a priori como “mal jugador”, tal como a menudo se hace con el Estado o los prestamistas de fondos, desde los enfoques alternativos¹¹. En nuestros días, parece que la cuestión tiene que ver más

¹¹ Alain Karsenty en Le Roy, Karsenty y Bertrand, (1996: 228) señala: “Ante ciertos discursos encaminados a poner al Estado fuera de juego, tal vez sea necesario recordar que también el Estado puede tener unos objetivos legítimos: sea la preservación de determinados recursos naturales, el aumento de la producción agrícola para aprovisionar las ciudades, la búsqueda de un equilibrio en la gestión del territorio o simplemente la rentabilización de sus inversiones (pensamos especialmente en los perímetros irrigados). Por otra parte, es ilusorio querer definir los ejes de una política eficaz en materia terri-

con pensar el “Y” en toda su complejidad, que con oponer unas realidades, postulando que una de ellas detenta toda la verdad. Así, se constata que, si numerosos juristas o desarrollistas sobrevaloran e idealizan el rol del derecho y de la justicia estatal, numerosos pensadores alternativos sobrevaloran las *grassroots* o la base, y hacen de ella una presentación idílica, que se abstrae, por una parte, de los contextos modernos que están presentes y tienen efectos reales y, por otra parte, de su complejidad interna. Por un lado, se piense lo que se piense, el Estado existe, el mercado internacional existe, las firmas multinacionales existen. Por consiguiente, es necesario aceptar la existencia de estas realidades para integrarlas en nuestra reflexión, de la misma manera que hace falta integrar las realidades de las visiones del mundo, las lógicas y prácticas alternativas. Por otro lado, las realidades en las *grassroots* no son siempre tan idílicas como se presentan, esto sería, tal vez, un efecto de englobamiento del contrario a la inversa, que niega la complejidad de las situaciones existenciales de los otros, en la que también existen fenómenos de explotación, de dominación, etc. (ver Mahajan, 1998: 26). Quienes han quedado decepcionados por la modernidad, creen encontrar en los otros formas de vida auténticas, más armoniosas, más cercanas a una sabiduría primordial, etc. No negamos que podamos encontrar aspectos valiosos y muy preciosos en nuestras diversas tradiciones humanas, y que el diálogo intercultural sobre nuestros problemas fundamentales nos parece no sólo deseable, sino indispensable; sin embargo, es problemático construir siempre al Otro, ante todo, en relación con nuestra propia experiencia y como nuestra imagen invertida. En este caso, la imagen que tenemos sobre nosotros es negativa y, desde ahí, proyectamos una imagen positiva sobre el otro, que lo atrapa en una que no se corresponde con lo que realmente es.

Hay, por tanto, un juego complejo que se entabla entre los diferentes actores de la tierra y la gestión de los recursos naturales. Invitando a nuestro lector a reportarse directamente a la obra colectiva de Étienne Le Roy, Alain Karsenty y Alain Bertrand (1996), nos contentaremos con relevar la importancia de tener en cuenta a los actores que hay en la base, en las reflexiones de las “prácticas alternativas”, para un enfoque renovado del aseguramiento territorial y de los recursos naturales (*sécurisation foncière*) y del Estado de Derecho en África. Para Étienne Le Roy (Le Roy, Karsenty y Bertrand, 1996: 240-241, 243):

(...) no habrá, en los Estados del África francófona, una buena gestión de la tierra y de sus recursos sin una profunda reforma de las concepciones y de los fundamentos del Derecho y del Estado (...). Es necesario fundamentar la legitimidad de nuevos órganos de gestión sobre una autonomía institucional y sobre su capacidad para responder a la necesidad de ase-

torial o de gestión de los recursos naturales, sin considerar al Estado como un actor, con sus objetivos específicos, su punto de vista tan legítimo a priori como el de cualquier otro actor que participe de un sistema de representación diferente, incluso competitivo”.

guramiento patrimonial. (...) Conviene (...) que este dispositivo sea concebido más bien como la expresión de un consenso negociado por las partes demandantes, que como la afirmación de principios de esencia universal y de naturaleza abstracta, que provienen del exterior de la sociedad y que se imponen indiscutiblemente a sus miembros. (...) es la autoridad quien hace la patrimonialidad (...) Más que a una definición abstracta y mimética del interés general, una autoridad territorial o de gestión de recursos naturales debe responder a las preocupaciones de los usuarios y responderlas prioritariamente, sobre todo cuando se trata de protección de los suelos y bajada de la fertilidad, mediante acciones visibles y comunes, que vayan más allá de los intereses locales, individuales o tecnocráticos.

Sin embargo, para llegar a esta situación, es primordial ampliar su concepción del Derecho, por medio de una perspectiva antropológica que haga parecer este último como “lucha y consenso” sobre el resultado de las luchas, en los campos que una sociedad considera vitales” (Alliot) y, para citar al decano Hauriou (Le Roy, Karsenty y Bertrand, 1996: 267), como el que “constata unos armisticios sociales”. En efecto, en el contexto africano, existen numerosos armisticios, aunque no sean reconocidos sobre la escena oficial y no sean canonizados en las formas del derecho estatal.

En la medida en que los Estados y los prestamistas de fondos han sido conducidos, por oportunidad o sentido táctico, a aceptar la informalidad en sus relaciones económicas, la irregularidad o la falta de docilidad en el funcionamiento del sistema político y la ilegalidad en la vida jurídica, ellos han manifestado formas de convivencia o de gestión participativa que expresan tanto su propia “domesticación” como una adhesión mínima de las poblaciones. Para explicar este encadenamiento de los actores, de sus recursos, de sus conductas, de lo que ponen en juego, hace falta una concepción renovada de lo jurídico. Por la expresión “derecho de la práctica” hemos comenzado (...) a descifrar sus cimientos (Hesseling y Le Roy, 1990). La práctica no es solamente la *praxis*, opuesta al *logos* del Derecho oficial estatal. Es también la clientela del técnico experto, en este caso, la de los corredores del desarrollo¹², quienes organizan o estimulan las empresas filiales, animan las agrupaciones de empresas (*clusters*), coordinan las donaciones y los recursos. Expresión de estas “culturas comunes” en emergencia en diversos países (Le Roy, 1990), las prácticas articulan sobre un modo, a menudo endógeno, una lectura exógena de la ley y del código. A la manera de un *pidgin*, estas nuevas formulaciones “articulan” los diversos componentes de la sociedad, para reducir la brecha entre tradición y modernidad y hacer, en este “espacio intermedio”, siempre tensional, de sus prácticas las palancas de su desarrollo. El Derecho de la práctica no se opone ni al Derecho oficial ni a las regulaciones consuetudinarias que, interviniendo a escalas diferentes, expresan unas necesidades (por tanto unas lógicas) que no son necesariamente competitivas. Por su función de articulación, permiten responder a la necesidad de hacer

¹² Los corredores del desarrollo en África son intermediarios hábiles en la captación y difusión de conceptos susceptibles de facilitar la movilización de la ayuda para el desarrollo. (N. del T.)

emerger una unidad jurídica que no sea fundada sobre la uniformidad sino sobre la complementariedad de las diferencias (que sigue siendo un ideal dominante en las sociedades africanas). Responde también al deseo de disponer de un Derecho “de geometría variable”, un Derecho susceptible de adaptarse a los diversos escenarios y por tanto, de movilizar unos dispositivos de regulación propios a los estatutos de los actores o al funcionamiento de los escenarios, de manera procesal o dinámica pero también funcional. (...) Sin embargo, estas fórmulas institucionales no pueden ser concretizadas en contra de la exigencia del Estado de Derecho, que de la misma manera necesita ser repensado (Le Roy, Karsenty y Bertrand 1996: 267-269).

Falta señalar que, frente a la necesidad de repensar el estado/Estado de Derecho teniendo en cuenta las prácticas alternativas del Derecho, hay que permanecer extremadamente vigilantes. La experiencia ha demostrado que, a menudo, la puesta en marcha de lo informal por el Estado ha resultado, por una parte, más en un control mayor del Estado sobre las diversas colectividades que en la garantía de una cierta autonomía para éstas¹³ y que, por otra parte, la experiencia ha conducido a desarticular las dinámicas emancipatorias de estas prácticas, reemplazando los movimientos de movilización que aspiraban a un cambio verdadero, por un señuelo que, en apariencia, toma en cuenta unas reivindicaciones pero que, en últimas, las vuelve ineficaces y, de esta forma, las reprime¹⁴.

¹³ Como lo señala Richard Abel (1981: 41, citado en Capeller, 1992: 371) “si las instituciones formales permiten a los desfavorecidos tener más fácilmente acceso a la justicia, puede ser todavía más significativo que ellas permitan a la administración pública tener acceso a los desfavorecidos”. Y Fernando Rojas (1992: 426-427) señala que: “Los servicios jurídicos, especialmente los nuevos, tienen tendencia a canalizar todo conflicto a través del sistema jurídico (de ahí la importancia para nuestros ojos de enfoques en términos de multijuridismo como los desarrollados por Étienne Le Roy), a reforzar la sumisión de las clases subordinadas a unas reglas que, aunque igualitarias e impersonales por naturaleza, oprimen sin parecerlo a quienes no ejercen el control sobre los recursos económicos y políticos (...) haciendo jurídicos los conflictos sociales, los nuevos servicios jurídicos contribuyen involuntariamente, y a menudo inconscientemente, a la constitución y a la reproducción de las clases subordinadas”.

¹⁴ Patricia Kuyghebaert (2000: 34) señala que “los Estados de la región (América del Sur), en el marco de su nueva estrategia de intervención social, han comenzado a utilizar el discurso insurreccional de la izquierda, especialmente el discurso sobre el acceso al derecho, a la justicia, haciendo referencia a unas prácticas sociales, desarrolladas antiguamente por las organizaciones no gubernamentales en diversas comunidades, para convertirlo al servicio de la ideología reinante, y para funcionalizar los cuadros de la ONG y los militantes progresistas para legitimar las políticas del sistema dominante, lo jurídico haciendo parte integrante de este proceso. Hoy se dice que el Estado se ha apropiado del lenguaje, los métodos y los objetivos de los servicios jurídicos populares. La preocupación oficial de los Estados de la región por unas reformas de la justicia, anunciadas por un número de gobiernos latinoamericanos (Chile, Argentina...) ha revelado, en realidad, su capacidad de no adoptar más que virtualmente estas reformas. Como lo señala Germán Burgos, “los Estados latinoamericanos no han hecho prácticamente nada por garantizar los derechos sociales de sus poblaciones. Así, las reformas constitucionales iniciadas no han incluido más que de una forma vaga y prolija los derechos económicos y sociales, en un contexto de compresión obligatoria de los gastos públicos, de privatización de los servicios nacionales, de flexibilidad de la legislación del trabajo... La consagración de los derechos sociales ha tenido por

Finalmente, hay que señalar que aquí hemos llevado a cabo un recorrido antropológico por el África negra francófona y por una problemática particular, que nos ha permitido ilustrar lo que puede significar “tomar las prácticas alternativas del Derecho seriamente” en este contexto, y suscitar, tal vez, algunas reflexiones de alcance más general que pueden resultar interesantes para otros contextos. Sin embargo, tenemos en cuenta la diversidad de las situaciones y los usos alternativos específicos que se encuentran en este recorrido, como tan bien queda reflejado en el documento de Juristes-Solidarités (Huyghebaert, 2000; ver también Capeller, 1992: 372ss; Rojas, 1992: 411ss). Pasemos ahora a sumergirnos en otra forma de lo alternativo, fundamental si tomamos en serio a los actores, sus prácticas, sus lógicas y sus representaciones del mundo: el interculturalismo y el pluralismo de la realidad.

ALTERNATIVAS A LOS ENFOQUES MODERNOS DEL DERECHO: EL MITO EMERGENTE DEL PLURALISMO Y DEL INTERCULTURALISMO DE LA REALIDAD

Para el razonamiento que sigue a continuación nos basaremos en el enfoque intercultural de Raimon Panikkar, y en la manera en que éste ha sido ilustrado y profundizado por el Instituto Intercultural de Montreal (*Institut Interculturel de Montréal*) (IIM)¹⁵, y más concretamente, por uno de sus antiguos directores, Robert Vachon. Para nuestra reflexión, nos puede servir como punto de partida la contribución de este último (2000) a un número reciente del *Bulletin de Liason du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, sobre los Derechos del hombre y las culturas de la paz, titulado “Au-delà de l'universalisation et de l'interculturalisation des droits de l'homme, du droit et de l'ordre négocié” (Más allá de la universalización y de la interculturalización de los derechos del hombre, del derecho y del orden negociado). En este texto, el autor señala que sólo si partimos de nuestra ventana cultural, todas las reflexiones del Laboratorio sobre el derecho, los ordenamientos sociales y el universalismo, aparecen como un problema común a todas las civilizaciones: “El punto de referencia es universal si se contempla desde la posición en que se establece la cultura que lo afirma, sin embargo, no es universal si la mirada que se le da viene de afuera. Desde el interior, se toma el marco para el todo, pero desde el exterior, existe un marco propio, una ventana propia” (Vachon, 2000: 10). Aho-

doble consecuencia el apaciguamiento de las tensiones y la saturación del sistema judicial y esto, sin permitir a las poblaciones concernidas disfrutar realmente sus derechos. En este contexto, ¿cómo entender la contradicción entre la pretendida preocupación del Estado por el acceso a la justicia y su falta de interés real por una efectividad de los derechos sociales, motor de este acceso?”.

¹⁵ Para una primera aproximación, ver la revista *Interculture* No. 135, que recoge el balance de los treinta y cinco años de vida de este Instituto, y de una forma más particular, el artículo introductorio de Robert Vachon (1998).

ra bien, es bueno reconocer la pluralidad de las ventanas en cuanto a la manera de plantear nuestras cuestiones fundamentales y, de ahí, plantear una visión radicalmente pluralista de la realidad (Panikkar, 1990; Vachon, 1997), que sostiene todo el enfoque del IIM. No se trata sólo de abrirse a un pluralismo jurídico, reconociendo las diversas prácticas de los actores, sino de reconocer que el horizonte último de nuestro vivir juntos no debe lógicamente estar constituido por el Derecho, con una “D” mayúscula, sino que existen otros equivalentes homeomorfos¹⁶, que pueden ser menos antropocentristas y más cosmo o teocentristas (Panikkar, 1993), tales como el *dharma indio*, el *li chino*, etc. (Eberhard, 2000a: 130ss).

¿Qué significa esto en relación con los enfoques alternativos del Derecho? Significa que puede ser necesario completar los enfoques alternativos del Derecho (con minúscula y mayúscula), tal como los hemos desarrollado anteriormente, con enfoques alternativos al Derecho, como referente último de nuestro “vivir juntos”¹⁷. Robert Vachon (1995a, 1995b, 1995c) ha ilustrado muy bien este tipo de razonamiento en un trabajo titulado “Guswenta ou l'imperatif interculturel” (Guswenta o el imperativo intercultural), en donde ha intentado extraer los fundamentos interculturales que pueden conducir hacia un acuerdo de paz entre la nación canadiense y las naciones mohawks. No se puede retomar aquí el desarrollo de todos sus trabajos. Sin embargo, es importante señalar la originalidad de su enfoque: no se trata únicamente de desembocar en el reconocimiento de los derechos autóctonos y de llegar así a una integración armoniosa de los mohawks en el marco del Estado-nación canadiense, este último suponiéndose no cuestionable y, desde el punto de vista moderno, considerándose como el horizonte último de cualquier negociación. Se trata, más bien, de situarse en el creativo punto intermedio del encuentro entre dos tradiciones y dos visiones del mundo, y de apoyar la emergencia de un acuerdo, de un consenso entre ambos (Vachon, 1995a:10). Para esto hay que tomar conciencia de que nuestros respectivos presu-

¹⁶ Raimon Panikkar explicita este término en su célebre artículo sobre la cuestión de la universalidad de los derechos del hombre (1984:4-5): “Es mal método comenzar preguntándose: ¿otras culturas poseen también la noción de derechos del hombre?”, partiendo del principio de que tal noción es absolutamente indispensable para garantizar la dignidad humana. Ninguna cuestión es neutra porque cualquier cuestión condiciona las respuestas que pueden serle dadas (...) Las operaciones de traducción son más delicadas que los trasplantes cardiacos. Entonces, ¿qué debemos hacer? Debemos cavar en profundidad hasta que aparezca un suelo homogéneo o una problemática similar: debemos actualizar el equivalente homeomorfo (...) La homeomorfía no es idéntica a la analogía; representa una equivalencia funcional particular descubierta por medio de una transformación topológica. Es un tipo de analogía funcional existencial”. Ver también Vachon (1990b: 164-165).

¹⁷ Para poner en perspectiva la diferencia entre estos dos enfoques, ver la distinción entre teorización intercultural del Derecho y enfoque intercultural del Derecho (Eberhard 2000: 130ss; Eberhard, 2001). En la red International Network of Cultural Alternatives to Development, (Incad), coordinada por el Institut Interculturel de Montreal, se ha venido y se sigue trabajando con este mismo enfoque, en lo que tiene que ver con la problemática del desarrollo (ver Vachon, 1990a y <http://www.iim.qc.ca>).

puestos no son los mismos, y de que integrar una visión del mundo en otra equivale, de hecho, principalmente a transformarla. Para calibrar lo que está en juego, desde el momento en que nos disponemos, verdaderamente, a una escucha de los diversos actores y a sus visiones del mundo, que pueden ser alternativas a las nuestras, nos parece útil ilustrar nuestro propósito con algunos ejemplos concretos que ofrece Robert Vachon en relación con el diálogo entre las naciones canadiense y mohawk, en su búsqueda de un acuerdo de Paz¹⁸:

Los gobiernos occidentales hablarán de reivindicaciones territoriales y de negociación (mito de la territorialidad y la racionalidad), mientras que los mohawks hablarán más bien de reparación de daños y de reconfirmación de la alianza fraternal, permanente y eterna, establecida a comienzos de la colonia: la Guswenta (basada en el mito de *Kayanerekowa*, "la gran paz").

Para el ministro moderno, lo importante y lo concreto es el desarrollo económico y la autonomía gubernamental de los autóctonos (fundamentados sobre el mito antropocentrista por el que todo debe ser desarrollado y controlado por el ser humano, un gobierno, una constitución escrita). Mientras que para el mohawk tradicionalista (cuyo mito es más bien cosmo-centrista), la cuestión primordial y concreta no es el desarrollo de la tierra-madre y su control, sino la armonía con ella. Para este último, lo importante no es tener un gobierno, incluso autónomo, sino ser miembro de la comunidad (sin jefes que manden y sin sujetos que le obedezcan) del gran círculo de los mohawks, de los *Haudenosaunee* y de los seres vivos.

Los gobiernos occidentales modernos, partiendo siempre de su mito antropocentrista, hablarán de "construir juntos nuestro futuro", mientras que los mohawks tradicionalistas se interesarán más bien por vivir el presente, en continuidad con la tradición ancestral (según su mito cosmo-centrista). Los primeros verán la vida sobre todo como un problema que debe ser resuelto o como alguna cosa que debe conseguirse, mientras que los segundos verán la vida más como un misterio de plenitud por descubrir, con la que es necesario vivir en armonía. Los primeros hablarán de mecanismos de prevención y de resolución de conflictos, mientras que los segundos hablarán de curación (*healing*), siendo fieles a las ceremonias tradicionales mohawks.

Un último ejemplo: los gobiernos y los especialistas modernos hablarán de la necesidad de un marco de referencia, entendiéndolo como el conjunto de leyes, límites, definiciones, creadas por la mano del hombre y basadas en principios coherentes, claros, bien definidos, controlables y eficaces. Los mohawks tradicionalistas hablarán más bien del contexto que constituyen "las disposiciones inscritas en la naturaleza de las cosas", "el círculo de la vida", que finalmente escapan a la racionalidad y al pensamiento humano, así como a su control, y que tienen su propia eficacia (1995a: 15).

¹⁸ Será interesante para el lector remitirse también a la comparación y contrastación que efectúa Robert Vachon entre las culturas políticas occidentales y mohawks (Vachon, 1992).

Para emprender verdaderos diálogos que tomen en serio estas diferentes perspectivas, es clara la necesidad de un nuevo método (Vachon, 1995c), el del diálogo dialogal (Panikkar, 1984b), así como un desarme cultural fundamental (Eberhard, 2000a; 2000c; Panikkar, 1995; Vachon, 2000: 18ss) que nos permita abordar al otro sin caer en el síndrome del "rodillo compresor occidental" (Latouche, 1991: 8), sea de manera consciente o inconsciente. Esto implica, también, dejarse permear por lo que Robert Vachon (1997) llama el "mito emergente del pluralismo y del interculturalismo de la realidad", que nos lleva a reconocer que:

Si el desafío de la pluralidad es elaborar y establecer la unidad, a pesar de las diferencias, imaginar una sociedad coherente, etc., también, el desafío del pluralismo es vivir la armonía en y a causa de las diferencias y mantener la cohesión y el equilibrio orgánico, sin exigir que haya siempre para esto coherencia y unidad. Es el esfuerzo supremo por construir con la diversidad sin abandonar la identidad, teniendo cuidado de abordar esta última no necesariamente y siempre como la unidad inteligible de los elementos o factores plurales que constituyen, sea mi ser, sea mi persona o comunidad o cultura (la identificación), sino como la conciencia de que estos elementos o factores me pertenecen juntos. La identidad, sea cual sea, no podría ser reducida a las interpretaciones que tengamos o podamos tener de ella. (...) El pluralismo nos lleva a reconocer que puede haber varios centros de inteligibilidad, v.g. que el logos no es el único sino que existe también el mitos; que aparte del mundo de los conceptos y de los objetos también está el mundo de los sujetos y de las personas. Además, nos lleva a reconocer que no hay necesidad o incluso conveniencia de que la realidad sea reducida a un solo centro de inteligibilidad de valor universal. Incluso, sirve también para ayudarnos a reconocer que la realidad no es necesariamente un ser inteligible. Esto equivale a una llamada a la confianza cósmica, es decir, a la convicción, creencia, mito (a la aceptación, a la experiencia, al postulado) de que la realidad es el último terreno que tenemos para encontrar sentido a lo que sea" (Vachon, 1997: 9-10).

De esta forma, nuestra inmersión en las prácticas alternativas del derecho nos ha permitido el acceso, en primer lugar, a una manera de considerar y de practicar el derecho (con "d" minúscula), antes de abrirnos a una primera visión alternativa del derecho, correspondiente a la perspectiva antropológica del Derecho como fenómeno jurídico (con "D" mayúscula). Esta segunda apertura nos ha llevado a desplazar nuestras reflexiones sobre el Estado de Derecho, completándolas con reflexiones sobre el estado de Derecho, y nos ha invitado, por tanto, a repensar nuestro derecho de manera diferente. Finalmente, por tomar en serio las prácticas y representaciones de quienes no comparten nuestro mito moderno de derecho/Derecho, y que nosotros consideramos que se encuentran al margen, pero quienes, a la inversa, pueden considerar nuestra modernidad al margen de sus experiencias esenciales de vida, nos hemos visto abocados a abrirnos a la idea de buscar alternativas posibles a nuestra

cultura moderna (Panikkar, 1982). Porque “no hay pluralismo cultural sin pluralismo jurídico. Si las diversas culturas son compelidas a adoptar una única forma de política, se reduce (...) la cultura al folclore” (Panikkar, 1999: 38).

Puede ser que nos veamos un poco abrumados ante las perspectivas que se delinearán ante nosotros. Además, el trabajo para comprender todas las implicaciones de las pistas descritas arriba parece considerable. Tal vez pudiéramos, en una primera aproximación –si tomamos en serio la idea del “razonamiento alternativo” en el campo del Derecho–, distinguir tres desafíos que coinciden con los tres puntos que comenzamos a desarrollar. En primer lugar, se trata del desafío de las prácticas alternativas del derecho, en el sentido de una búsqueda de dinámicas emancipatorias, en el marco del derecho positivo existente, desafío que parece quedar bien ilustrado por el ejemplo que nos ofrece la dinámica de los agricultores de la Drôme. En segundo lugar está el desafío de una práctica y un pensamiento del Derecho alternativo y, más concretamente, desde nuestra perspectiva de antropólogos del Derecho, de un enfoque que integra las realidades antropológicas del fenómeno jurídico y no reduce el Derecho al derecho (en el sentido de los juristas, el derecho estatal, el derecho como normas). Es en este segundo contexto en el que, de una forma más particular, somos invitados a reflexionar sobre nuevas formas del Estado de Derecho, lo que implica abrir nuestras concepciones modernas del derecho a otras realidades que, hasta ahora, habían permanecido en gran medida ocultas pero que, sin embargo, tendremos que integrar en nuestros razonamientos si queremos hacer frente a los desafíos contemporáneos, tales como el desafío del aseguramiento territorial y de los recursos naturales (*sécurisation foncière*) en África. En definitiva, tendremos que abrirnos poco a poco a la posibilidad de considerar y de reconocer las prácticas alternativas al Derecho, sobre todo, en lo que concierne a nuestras relaciones con las otras culturas jurídicas homeomorfas de la humanidad (Vachon, 1990b), tales como los pueblos autóctonos, para quienes las cuestiones no se plantean, por fuerza, en términos de derecho, concepto que para ellos es incluso inexistente, sino, por ejemplo, en términos de “círculo de la vida” o “círculo sagrado”, para retomar un equivalente mohawk, con el que ya nos hemos encontrado más arriba (Vachon, 1992: 13ss; Newberry, 1982: 29). Por último, nos parece que, aunque diferentes, estos tres desafíos están vinculados entre sí, y aunque aparentemente exigen un grado creciente de replanteamiento existencial en su orden de exposición, las prácticas alternativas, a un nivel menos fundamental, sólo adquieren todo su sentido en el horizonte más amplio que suponen los replanteamientos en profundidad, de la misma forma que estos horizontes más amplios sólo adquieren sentido, en la medida en que también se encarnan en nuestras prácticas más superficiales.

Si bien es cierto que todavía queda mucho trabajo por hacer, con este artículo esperamos haber conseguido resaltar la importancia y la pertinencia de llevar a cabo investigaciones más profundas en el campo de las prácticas alternativas del derecho, para así poder reinventar, mediante un enfoque dialogal, las modalidades de nuestro vivir juntos contemporáneo.

BIBLIOGRAFÍA*

- ABEL, Richard (1981), “Règlement formel et informel des conflits: analyse d'une alternative”, *Sociologie et Justice*, Paris, Seuil.
- ALLIOT, Michel (1983), “Anthropologie et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit”, *Bulletin de Liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, N° 6.
- ____ (1985), “L'anthropologie juridique et le droit des manuels”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.
- ARNAUD, André-Jean (1998), “De la globalisation au postmodernisme en droit” *Entre modernité et mondialisation - Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, France, L.G.D.J., Col. Droit et Société N° 20. Existe versión española: Arnaud, André-Jean (2000), “De la globalización al postmodernismo en derecho”, *Entre modernidad y globalización: siete lecciones de historia de la filosofía del derecho y del Estado*, Trad. Natalie González, Universidad Externado de Colombia.
- ARNAUD, André-Jean y María José FARIÑAS (1998), *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant. Existe versión española: Arnaud, André y Ma. José Fariñas (1996), *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson.
- BAUMAN, Zygmunt (1987), *Legislators and Interpreters - On Modernity, Post-modernity and Intellectuals*, Great Britain, Polity Press.
- ____ (1998), *Globalization. The Human Consequences*, Great Britain, Polity Press.
- BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre (1987), “La part et le rôle joués par des modes informels de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire (étude comparative France-USA)”, *Droit et Société*, N° 6
- BOURDIEU, Pierre (1986), “La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, N° 64, septembre.
- CAPELLER, Wanda de Lemos (1992), “Un regard différent: l'Amérique Latine, les juristes et la sociologie”, *Droit et Société*, N° 22.
- DESIGNE, Jean (1992), “Au-delà de nos frontières”, *Informations sociales*, N° 22.
- ____ (1997), “Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme”, *Droit et société*, N° 35.

De manera excepcional, esta bibliografía no se limita a las obras y a los artículos citados en el texto, sino que incluye también los trabajos que permitirán al lector situar la exposición presentada en un marco teórico más amplio, que el autor profundizará en trabajos posteriores. Nos remitiremos también a la bibliografía del trabajo de Sandrine Revet (2001), que se puede consultar en <http://www.dhdi.org>.

- DUMONT, Louis (1991) (1983), *Essais sur l'individualisme - Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, 3^e ed., Saint Amand (Cher), Seuil, Col. Points, Série Essais.
- EBERHARD, Christoph (1999a), "Les politiques juridiques à l'âge de la globalisation. Entre archétypes, logiques, pratiques et 'projets de société'", *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, N° 24.
- _____ (1999b), "Pluralisme et dialogisme. Les droits de l'homme dans une mondialisation qui ne soit pas uniquement une occidentalisation", *Revue du MAUSS semestrielle*, N° 13, 1^{er} semestre.
- _____ (2000a), *Droits de l'homme et dialogue interculturel. Vers un désarmement culturel pour un Droit de Paix*. Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 464 p (synthèse consultable sur <http://www.dhdi.org>).
- _____ (2000b), "Justice, Droits de l'Homme et globalisation dans le miroir africain: l'image communautaire", *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, N° 45.
- _____ (2000c), "Ouvertures pour la Paix. Une approche dialogale et transmoderne", *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, No. 25.
- _____ (2001), "Towards an Intercultural Legal Theory - The Dialogical Challenge", *Social & Legal Studies. An International Journal*, N° 10 (2).
- ESTEVA Gustavo (1993), *La nouvelle source d'espoir: "les marginaux"*, *Interculture*, N° 119.
- ESTEVA Gustavo, Madhu SURI, PRAKASH (1998), *Grassroots Post-Modernism - Remaking the Soil of Cultures*, United Kingdom, Zed Books.
- HESSELING, Gerti, Étienne LE ROY (1990), "Le Droit et ses pratiques", *Politique Africaine*, Décembre, N° 40.
- HUYGHEBAERT, Patricia (2000), *1989-1999: Capitalisation de 10 années d'expériences. Un état des lieux des pratiques alternatives de droit (Afrique, Amérique Latine, Asie, Europe, Maghreb)*, Juristes-Solidarités, Paris.
- JACQUES, Manuel (1990), "Une conception méthodologique vers un usage alternatif du droit", *Portavoz, Documentos ILSA*, N° 4.
- _____ (1992), "Les pratiques alternatives de droit", *Rencontres africaines*, Cotonou, Bénin, FPH, Juristes Solidarités, Assodiv.
- Juristes-Solidarités (2001), *Les usages alternatifs du droit*, Compte rendu de l'atelier "Les usages alternatifs du Droit", organisé par Juristes-Solidarités à l'Institut International de Sociologie Juridique à Oñati, 16-18 mai 2001, Juristes-Solidarités, Paris.
- KOTHARI, Rajni (1990), *State against Democracy. In search of Humane Governance*, India, Aspect Publications Ltd.
- LATOUCHE, Serge (1991), *La planète des naufragés - Essai sur l'après-développement*, Saint-Amand (Cher), La Découverte, Col. Essais.
- LE ROY, Étienne, (1990), "Le justiciable africain et la redécouverte d'une voie négociée de règlement des conflits", *Afrique Contemporaine*, 4^e trimestre, N° 156 (spécial).

- _____ (1991), "Les usages politiques du droit", Christian Coulon, Denis-Constant Martin (éds.), *Les afriques politiques*, Saint-Amand (Cher), La Découverte, Col. Textes à l'appui, Série Histoire contemporaine.
- _____ (1992), "Un droit peut en cacher un autre", *Informations sociales*, Mars, N° 22.
- _____ (1993), "De la norme à la pratique du droit, construire le droit", *Bulletin de Liaison du LAJP*, N° 18.
- _____ (1997), "La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone", Philippe, Robert, Francine, Soubiran-Paillet, Michel van de Kerchove (éds.), *Normes, Normes juridiques, Normes pénales - Pour une sociologie des frontières - Tome I*, CEE, L'Harmattan, Col. Logiques Sociales, Série Déviance/GERN.
- _____ (1998), "L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité", André, Lajoie, Roderick A., Macdonald, Richard, Janda, Guy Rocher (éds.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles, Bruylant/Thémis.
- _____ (1999), *Le jeu des lois. Une anthropologie "dynamique" du Droit*, France, LGDJ, Col. Droit et Société, Série anthropologique.
- LE ROY, Étienne, Alain KARSENTY, Alain BERTRAND (éds.) (1996), *La sécurisation foncière en Afrique - Pour une Gestion viable des ressources renouvelables*, Clamecy, Karthala.
- LUMMIS C. Douglas (1996), *Radical Democracy*, Ithaca and London, Cornell University Press.
- MAHAJAN, Gurpreet (1998), *Identities and Rights. Aspects of Liberal Democracy in India*, India, Oxford University Press.
- MARTIN, Boris (1998), "Lorsque recherche et pratique se rejoignent: l'exemple du Laboratoire d'Anthropologie Juridique et de l'Association Juristes-Solidarités", *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, N° 23.
- NEWBERRY, Edward (1982), "Loi et ordre social selon les cultures autochtones", *Interculture*, N° 75-76.
- OST, François y Michel van de KERCHOVE (1989), *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en Droit*, Bruxelles, Bruylant.
- _____ (2000), "De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?", *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, N° 44.
- PANIKKAR, Raimundo (1982), "Alternatives à la culture moderne", *Interculture*, Vol. XV, N° 4, Cahier 77.
- _____ (1984) (1982), "La notion des droits de l'homme est-elle un concept occidental?", *Interculture*, Vol. XVII, N° 1, Cahier 82.
- _____ (1984b), "The Dialogical Dialogue", F. Whaling (éd.), *The World's Religious Traditions*, Edinburgh, T. & T. Clark.
- _____ (1990), "The Pluralism of Truth", Harry James Carger (éd.), *Invisible Harmony. Essays on Contemplation and Responsibility*, USA, Fortress Press.
- _____ (1993), *The Cosmotheandric Experience - Emerging Religious Consciousness*, New York, Orbis Books.

- _____ (1995), *Cultural Disarmament - The Way to Peace*, USA, Westminster John Knox Press.
- _____ (1999), "La découverte du métapolitique", *Interculture*, N° 136.
- POPPOVIC Malak El-Chichini, Paulo Sérgio PINHEIRO (1996) "Pauvreté, droits de l'homme et processus démocratique", *Droit et Société*, N° 34.
- REVET, Sandrine, (2001), *Usage alternatif du droit et transformation sociale. Appropriation, utilisation et élargissement de la notion de droit au Chili sous le régime militaire puis en période de transition démocratique*, mémoire de Diplôme d'Études Spécialisées sur l'Amérique Latine, Université Paris 3 - Sorbonne nouvelle (consultable sur <http://www.dhdi.org>).
- ROJAS HURTADO, Fernando (1992), "Les services juridiques alternatifs en Amérique Latine. Réflexions à propos des résultats d'une recherche", *Droit et Société*.
- ROULAND, Norbert (1988), *Anthropologie juridique*, France, PUF, Col. Droit fondamental Droit politique et théorique.
- _____ (1993), *Aux confins du droit*, Mayenne, Odiïe Jacob.
- SALL, Babacar (1996), "Anétatisme et modes sociaux de recours", *Cahier du GEMDEV*, N° 24.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1995), *Toward a New Common Sense - Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York-London, Routledge, After the Law Series.
- SINHA, Surya Prakash (1995), "Legal Polycentricity", H., Petersen, H., Zahle (eds.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, UK, Dartmouth.
- VACHON, Robert (éd.) (1990a), *Alternatives au développement. Approches interculturelles à la bonne vie et à la coopération internationale*, Victoriaville (Québec), Institut Interculturel de Montréal - Éditions du Fleuve, Col. Alternatives.
- _____ (1990b), "L'étude du pluralisme juridique - une approche diatopique et dialogale", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, N° 29.
- _____ (1992), *La nation Mohawk et ses communautés. Chapitre 2, Cultures politiques: occidentale et Mohawk. Une mise en contraste*, *Interculture*, N° 114.
- _____ (1995a), *Guswenta ou l'impératif interculturel - Première partie: Les fondements interculturels de la paix*, *Interculture*, Vol. XXVIII, N° 2, Cahier N° 127.
- _____ (1995b), *Guswenta ou l'impératif interculturel - Partie 1, Volet II: Un horizon commun*, *Interculture*, Vol. XXVIII, N° 3, Cahier N° 128.
- _____ (1995c), *Guswenta ou l'impératif interculturel - Volet III: Une nouvelle méthode*, *Interculture*, Vol. XXVIII, N° 4, Cahier N° 129.
- _____ (1997), "Le mythe émergent du pluralisme et de l'interculturalisme de la réalité", Conférence donnée au séminaire Pluralisme et Société, Discours alternatifs à la culture dominante, organisé par l'Institut Interculturel de Montréal, le 15 Février 1997. (consultable sur <http://www.dhdi.org>).
- _____ (1998), "L'IIM et sa revue: Une alternative interculturelle et un interculturel alternatif", *Interculture*, N° 135.
- _____ (2000), "Au-delà de l'universalisation et de l'interculturalisation des droits de l'homme, du droit et de l'ordre négocié", *Bulletin de liaison du Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris*, N° 25.

- VANDERLINDEN, Jacques, (1993), "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, Vol. XVIII, 2.
- _____ (1996), "Rendre la production du droit aux 'peuples'", *Politique Africaine*, N° 62.
- _____ (1998), "L'utopie pluraliste, Solution de demain au problème de certaines minorités?", *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, Bruylant.

Una clasificación de la Justicia Popular*

SALLY ENGLE MERRY**



Este artículo ofrece ejemplos de interconexiones entre diversas formas de justicia popular. También desarrolla un modelo de justicia popular como institución judicial situada en la frontera entre el derecho estatal y los ordenamientos no estatales. Se puede pensar en la justicia popular como una institución intermedia, distinta del derecho estatal y de los ordenamientos no estatales pero ligada a cada uno de ellos. Las fronteras son borrosas tanto entre el derecho estatal y la justicia popular como entre el derecho indígena y la justicia popular. El lenguaje, el simbolismo y la arquitectura de este tipo de justicia transmiten mensajes contradictorios sobre el grado en el que incorpora elementos del derecho estatal o del derecho local. Culturalmente, se construye y es modelada según el derecho indígena, sin embargo, en términos de estructura de poder y autoridad, a menudo forma parte del derecho estatal.

Después de desarrollar ese modelo, este artículo considera hasta dónde la justicia popular logra conseguir las formas de transformación social y cambio político presentes en sus ideologías, tomando como ejemplo experiencias de justicia popular en Asia y de mediación comunitaria en Estados Unidos. En la conclusión postula cómo la justicia popular difiere en las sociedades del centro y en las de la periferia.



A Classification of Popular Justice

This article offers examples of interconnections among different forms of popular justice. It also develops a model of popular justice as a judicial institution located on the frontier between state law and non-state orders. Popular justice may be

Título Original del artículo: "Sorting Out Popular Justice". Publicado en 1993 en la Universidad de Michigan, en la recopilación *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, cuyos editores fueron Sally Engle Merry & Neal Milner. Milner.

Traducción de Irene Hernández Andrés

** Profesora de antropología y codirectora del Programa de Estudios Paz y Justicia del Wellesley College. smerry@wellesley.edu

viewed as an intermediate institution, distinct from state law and the non-state orders, but tied to each one of them. The frontiers both between state law and popular justice and between indigenous law and popular justice are blurry. The language, symbolism and architecture of this type of justice transmit contradictory messages over the degree to which elements of state law or local law are incorporated. Culturally popular justice is constructed and molded according to indigenous law; however, in terms of power structure and authority it is often a part of state law.

After developing the model, this article considers to what extent popular justice is able to reach the forms of social transformation and political change that are present in its ideology, taking as an example experiences of popular justice in Asia and community mediation in the United States. The conclusion postulates how popular justice differs in societies of the center from those in the periphery.

La justicia popular se ha manifestado en un amplio abanico de formas y lugares en el mundo: en Estados socialistas revolucionarios, en Estados fascistas, en Estados capitalistas del bienestar y en Estados socialistas poscoloniales. En ocasiones, la justicia popular forma parte de una estrategia gubernamental para la promoción de la "ley y el orden", que hace llegar la autoridad estatal a regiones y sectores sociales anteriormente no regulados por el derecho estatal. El desarrollo de esta estrategia permite a los gobiernos crear tribunales atractivos y accesibles, para promover que sus ciudadanos participen de una forma más plena en las instituciones estatales así como para controlar las luchas y disputas locales. Por otra parte, en ocasiones, hace parte de una protesta de grupos subordinados, desaventajados o marginalizados contra el Estado y su sistema jurídico. Estos grupos pueden construir un ordenamiento contrario al sistema jurídico estatal o participar en actos espontáneos de enjuiciamiento y violencia colectivos.

La justicia popular es temporal, se forma y cambia históricamente. A este respecto, se diferencia del sistema jurídico formal, caracterizado por una mayor continuidad y estabilidad. Aunque una manifestación particular de justicia popular pueda ser de corta duración, continuamente están surgiendo otras nuevas formas. El Estado, grupos sociales más o menos diversos empeñados en afirmar alguna autonomía frente al Estado y grupos disidentes que se oponen al poder estatal son los responsables del nacimiento de algunas de esas formas de justicia popular. La justicia popular establecida en oposición al Estado tiende a desaparecer o a ser colonizada por el derecho estatal, mientras que la justicia popular establecida por el mismo Estado gradualmente se formaliza e incorpora al derecho estatal.

Con el fin de estudiar la diversidad cultural y la temporalidad de la justicia popular, se analizará como una institución judicial, situada en

la frontera entre el ordenamiento local y el derecho estatal, con los que se relaciona de forma ambigua y cambiante. Tras una descripción del marco analítico, este artículo presenta las cuatro tradiciones de justicia popular que emergieron durante el siglo pasado, enmarcando las San Francisco Community Boards (SFCB) dentro de una de ellas, para posteriormente analizar la dimensión temporal de la justicia popular.

Es imposible definir la justicia informal con precisión, sin embargo, hay determinados rasgos que son característicos de las instituciones jurídicas catalogadas como justicia popular¹. La justicia popular es un proceso relativamente informal en cuanto al ritual y el decoro utilizados, no profesional en el lenguaje y personal empleados, local en el alcance y limitado en la jurisdicción², para adoptar decisiones y hacer obligatorio el cumplimiento de una serie de normas. Usualmente, más que derecho estatal, la justicia popular aplica preceptos y normas locales así como formas de razonamiento de sentido común. El atuendo, las formas de actuar, el lugar físico y los modos de expresión son similares a los empleados por la comunidad cercana. Los procedimientos se celebran en la lengua local. Los escenarios son locales en la orientación y organización, y no burocráticos en la forma de aceptación y consideración de los casos, manejo de los expedientes y utilización de las formalidades. Hasta cierto punto no se establecen jerarquías ni especializaciones entre el personal. Por regla general, los terceros son personas no profesionales que, normalmente, disponen de una formación mínima, pero no de largos periodos de educación superior. La mayor parte de las veces su trabajo no es remunerado. Frente a las formas impuestas, para la adopción de decisiones se prefiere, hasta un cierto grado, la conciliación y el consenso. El común de la gente puede tener acceso a los procedimientos. En general, no existen tarifas altas para los usuarios ni necesidad de que éstos contraten los servicios de un especialista, como puede ser un abogado. Los tribunales de justicia popular usualmente están cerca de casa y el común de la gente puede recurrir a ellos sin grandes costos. Los horarios y la duración de los casos se fijan de

En su estudio de dos volúmenes sobre justicia informal, Richard Abel señala que las fronteras del fenómeno de la justicia informal deben permanecer fluidas pero define sus tendencias generales como sigue: "Aquí estamos tratando con fenómenos *legales*, es decir, con instituciones que declaran, modifican y aplican normas en el proceso de control de la conducta y manejo de conflictos. Tales instituciones son informales, hasta el punto de que su estructura no es burocrática, relativamente no se distinguen de la sociedad más amplia, minimizan el uso de profesionales y prefieren las normas sustantivas y procedimentales caracterizadas por la vaguedad, no escritas, de sentido común, flexibles, ad hoc y adaptadas a cada caso en particular. Hasta cierto grado cada instancia de la justicia informal hará gala de alguna de estas características, aunque nunca desarrollará todas por completo" (1982b: 2).

Para Santos, la justicia popular se define en función de unas características: la soberanía popular, el gobierno directo de la gente, la capacidad de los jueces para ejercer poder social autónomamente, un nivel mínimo de institucionalización y burocratización, la justicia no profesionalizada y la poca especialización (Santos, 1982: 253-254).

manera tal que se adapten a los ritmos de trabajo y la vida familiar de los clientes y del personal que trabaja en estos espacios³.

Por regla general, los escenarios de justicia popular manejan problemas que implican pequeñas cantidades de dinero, daños interpersonales –exceptuando homicidios–, y casi todo lo que tiene que ver con las relaciones entre cónyuges y familiares. La población urbana pobre, los campesinos rurales, la clase trabajadora, las minorías y las mujeres, es decir, los estratos más bajos y los menos poderosos de la sociedad son quienes normalmente hacen uso de estos escenarios. Raramente la justicia popular es utilizada por las elites, quienes, en su lugar, tienden a hacer uso del sistema jurídico formal⁴. En los tribunales de justicia popular, por regla general, el estatus social de los magistrados o los terceros suele ser mayor que el de las personas que acuden a los tribunales. Los magistrados o los terceros en los tribunales de justicia populares tienden a ser de un estatus social más alto que aquellos que acuden a los tribunales. A menudo, son líderes locales que, en general, poseen mayores niveles de educación y son más ricos, de mayor edad y mejor conectados con el sistema político que el común de la gente de la comunidad local. Normalmente hay más hombres que mujeres. Los magistrados y los terceros pertenecen a las elites locales, no a las elites nacionales. Como Abel (1982b:6) señala, dado que la asistencia va de arriba hacia abajo y el personal de las instituciones informales tiene un estatus relativamente bajo, éstos ayudan a quienes están por debajo de ellos en la escala social. La justicia popular funciona como la capa de fondo del derecho estatal, sin embargo, aunque algunos estudiosos de justicia popular restringen su significado a tribunales promovidos estatalmente, la mayoría la definen de forma más amplia⁵. Dada esta defi-

Maureen Cain (1985) resalta la importancia de un punto de vista de clase cuando elabora una tipología de la justicia informal. Ella define la justicia colectiva como la justicia que sirve a los intereses de la clase trabajadora como una colectividad, gracias a la identificación explícita de sus intereses de clase, a la consideración de sus clientes como sujetos colectivos con problemas compartidos, a centrarse en los intereses a largo plazo de la clase trabajadora, y a los esfuerzos para hacer el proceso entendible para esta clase (1985: 342-48). La autora hace un contraste entre este tipo con los otros dos: la justicia profesionalizada, basada en los intereses y el poder de las clases profesionales, y la justicia corporativa, una forma de justicia controlada por una agencia del capital o por una agencia estatal y basada en su poder (348-60). Un cuarto tipo, la justicia populista, se desarrolla en los estados fascistas. Ésta es una forma de justicia no basada en ninguna clase en particular, dado que no hay separación en estas sociedades entre el monopolio del capital y sus funcionarios (361). Me he limitado a hacer un breve resumen de lo que es un argumento complejo y detallado. No obstante, el punto fundamental de este argumento es el siguiente: las formas de justicia informal deberían clasificarse de acuerdo con las clases cuyos intereses representan y que constituyen la base de su poder.

Richard Abel argumenta que la justicia informal normalmente asiste a este tipo de clientela porque es un mecanismo por el que el Estado extiende su control, con el fin de promover la acumulación de capital y enfrentar la resistencia que este proceso genera (1982b: 6).

Tiruchelvam, por ejemplo, define los tribunales populares como mecanismos institucionalizados del Estado para la resolución de conflictos y el cumplimiento de leyes, en donde trabajan principalmente

nición, la mayor parte de las experiencias de mediación comunitaria norteamericana puede entrar en la categoría de justicia popular (ver más en Abel, 1982b).

Cada manifestación de la justicia popular encarna y expresa una ideología característica, una visión de las relaciones justas entre individuos, comunidad y Estado. Estas ideologías hacen parte de tradiciones políticas de revolución y reforma de mayor espectro. Los líderes políticos a nivel nacional, a menudo utilizan los tribunales de justicia popular para reformar la sociedad. Los programas de mediación vecinal en China fueron una parte esencial de la estrategia de socialización, por medio de la cual la revolución china se llevó a cabo y tuvo lugar la reeducación del pueblo (Li, 1978; Leng, 1977). De forma similar, Salas (1983) describe los beneficios políticos que para el gobierno cubano, en los primeros años posrevolucionarios, significó un teatro público de justicia local, representado en las calles con una clara articulación del nuevo orden moral. Santos (1982) describe la importancia de la justicia popular en el avance de la transformación social en Portugal después de la revolución de 1974. Los Tribunales de Camaradas Soviéticos también fueron lugares para la reeducación del público en la legalidad y el orden social socialistas (Henry, 1983).

Así, las relaciones entre la justicia popular y el Estado son complejas y sutiles, abarcando un abanico que va desde aquellas instituciones de justicia popular que tienen vínculos estrechos de remisión y supervisión por el derecho estatal, a aquellas con vínculos más tenues, en las que el Estado inicia el programa para luego desaparecer virtualmente, aportando fondos mínimos y muy poca supervisión sobre los procedimientos y los resultados. Algunas instituciones de justicia popular se oponen, incluso, a la autoridad del Estado pero, aún así, retoman los símbolos, el ritual y el lenguaje de la justicia estatal, tal como los *Knights of Labor Courts* en Estados Unidos a finales del siglo XIX (Garlock, 1982) o la justicia de los barrios de invasión de Brasil (Santos, 1977). Hasta las formas de justicia popular que expresan ideologías de resistencia y autogobierno, a menudo, toman prestadas las formas de la justicia estatal, como los juzgados vecinales en Chile durante el periodo de Allende (Spence, 1978) y las cooperativas inglesas de las que Henry (1983) hace una descripción (ver también Collier, 1977).

LA ESTRUCTURA DE LA JUSTICIA POPULAR

La justicia popular se entiende mejor como una institución legal, situada en la frontera entre la jurisdicción estatal y la justicia indígena o

personas que carecen de una formación especializada en derecho (1984:1). Excluye los procesos informales que el Estado no establece. También restringe el término a sociedades que se perciben a sí mismas como socialistas, en el proceso de una estrategia de desarrollo o ideología política.

local. Se puede pensar en ella como una institución intermedia, diferente de ambos extremos pero vinculada con cada uno de ellos. En términos culturales, se conceptualiza como similar al derecho indígena y opuesta al derecho estatal. En la práctica, sus procedimientos y fuentes de autoridad son similares a los empleados por el derecho estatal y diferentes del derecho indígena. Peter Fitzpatrick (1993) sugiere que la justicia popular y el derecho estatal no se oponen sino que, en algunos sentidos, se asemejan. Retomamos sus argumentos para desarrollar aquí un marco analítico con el fin de examinar las tradiciones culturales de la justicia popular y su variabilidad temporal.

La justicia popular cruza, por un lado, el sistema jurídico estatal y, por otro, los sistemas jurídicos indígenas o locales. La intersección con el derecho estatal se da por la supervisión de funcionarios estatales, algunos pequeños aportes económicos del Estado, el derecho de la justicia popular de imponer multas o prisión (aunque por regla general de forma muy limitada), la participación estatal en el nombramiento de jueces y los derechos de apelación de los escenarios de justicia popular a tribunales superiores. Las intersecciones con las formas no estatales de regulación de la vida social incluyen la influencia de mecanismos de control social y manejo de conflictos en la familia, el pueblo y los vecindarios, y la influencia reinterpretativa de las categorías culturales locales. A estos modos de ordenamiento jurídico les damos el apelativo de *locales* o *indígenas* pero reconociendo que los sistemas indígenas no son estáticos ni son ajenos a la influencia de la justicia estatal (Wolf, 1982).

Dado que el derecho estatal, la justicia popular y el ordenamiento indígena coexisten en cualquier sociedad, constituyen un espacio social con entidad propia. Problemas, personas y reglas atraviesan sus fronteras, al igual que pueden hacerlo apelaciones, redes informales de influencia e identidades e historias de personas y problemas. Cada una de las partes de este espacio social ejerce alguna influencia sobre las otras, aunque su poder sea desigual. Las partes que forman el conjunto del espacio social coexisten y se determinan mutuamente.

La concepción que tiene la gente de la justicia popular, tal como es presentada en la retórica de quienes la proponen, difiere de este esquema tripartito. Culturalmente, la justicia popular se construye similar al ordenamiento jurídico indígena y opuesta al derecho estatal. Se sitúa entre el derecho estatal, culturalmente definido como su opuesto, y el ordenamiento indígena, culturalmente definido como su gemelo. Sus defensores describen las instituciones de justicia popular como genuinas, colaboradoras y personales, en contraste con el derecho estatal, artificial, hostil e impersonal. Se considera que la justicia popular es más "natural" que la justicia estatal. Las reformas de justicia popular se han descrito como una recreación del derecho indígena más que como una creación de nuevas instituciones de derecho estatal. A menudo se dan nombres a los tribuna-

les siguiendo sistemas indígenas, enfatizándose así las continuidades culturales con instituciones del pasado. Aunque muchas de estas instituciones del pasado se han extinguido o no funcionan más de la misma manera, las florituras retóricas de su nombre contribuyen a construir una narrativa legitimadora, que vincula las instituciones de justicia popular contemporáneas con un pasado indígena.

En Estados Unidos, por ejemplo, la mediación se justifica en la medida en que proporciona una forma más personal y amistosa de manejo de conflictos que la ofrecida por el derecho. En esta distinción hay también un componente de género. Culturalmente, hablar sobre problemas y alcanzar acuerdos consensuales se asocia a formas "suaves", más femeninas, de manejo de conflictos, mientras que discutir, pelear y recurrir a los tribunales son modos de resolución de conflictos más competitivos y culturalmente masculinos. De esta forma, muchos de los líderes y participantes en el movimiento de mediación comunitaria en Estados Unidos han sido mujeres, mientras que la profesión de jurista ha sido definida históricamente como masculina y ha persistido en favorecer y recompensar a los varones de forma diferencial. Estas diferencias no se refieren a las prácticas de justicia popular, por supuesto, sino a las categorías culturales que permiten entender la justicia popular. Como formas de conceptualización, ambas categorías ofrecen una imagen romántica de la justicia popular al situarla cerca de la comunidad natural de emociones y relaciones pero, a la vez, la desechan por su relativa distancia del ejercicio de poder y autoridad públicos.

Las descripciones de los escenarios de justicia popular los presentan más alejados del poder estatal de lo que realmente están. A pesar del lenguaje de control y soberanía local, ofrecen una forma de derecho que reproduce el derecho del Estado más que el de la comunidad. Incluso, los tribunales ideológicamente opuestos al derecho estatal y contruidos sobre una crítica a sus fallas, toman prestados las formas y los símbolos del derecho estatal: la mesa, el código de normas y el juez. Sus procedimientos reproducen el modelo de un juzgado, con terceros que ocupan un lugar por encima y por fuera del conflicto, y que representan un conjunto más amplio de intereses, más allá de las partes enfrentadas.

Al considerar a la justicia popular como la antítesis del derecho estatal, su definición cultural varía en función de la naturaleza del derecho estatal al que se opone⁶. En países con sistemas jurídicos anglo-americanos, la justicia popular se describe como antagónica a un sistema jurídico adversarial, construido sobre la base de derechos y que juzga los actos de las personas. En sociedades con derecho socialista, la justicia popular se presenta como la expresión de una conciencia y autoridad po-

Agradezco a Horda Halperin por analizar este punto en su trabajo sobre economías informales. Ella sugiere que la naturaleza de una economía informal cambia dependiendo de la economía formal en la que esté inserta, sean capitalistas o socialistas, por ejemplo (Halperin y Sturdevant, 1989).

pulares, opuesta al control de la elite central. Muchos países del Tercer Mundo, que cuentan con sistemas jurídicos anglo-americanos coloniales, están desarrollando formas de derecho consuetudinario de justicia popular, para reivindicar el derecho derogado durante la época colonial. Se prefieren los procedimientos conciliatorios a los adversariales, característicos del sistema jurídico anglo-americano⁷.

Durante sus primeros años, las Juntas Comunitarias de San Francisco (JCSF) funcionaron sobre la base de la vinculación entre la mediación comunitaria y los ordenamientos vecinales indígenas. Shonholtz (1987) afirmaba que las JCSF revivirían el sistema de responsabilidad cívica y de autogobierno local, característico de una época anterior en Estados Unidos. Él subrayó el papel desempeñado por la comunidad en la provisión de servicios de resolución de disputas, distinto al de la autoridad estatal, describiendo el proceso de las JCSF como antagónico al derecho estatal. Deliberadamente, este autor se alimentó del rechazo expresado por muchos norteamericanos al derecho estatal para proponer un sistema de justicia ligado a una visión histórica de la comunidad. Otras formas de mediación comunitaria norteamericanas hicieron un menor número de referencias explícitas a la reconstrucción de la comunidad y a la implementación del autogobierno. Como argumentáramos con Christine Harrington, las JCSF lograron con éxito vincular consenso y comunidad y asociar el poderoso símbolo de la comunidad del pasado, recordada con romanticismo, a formas consensuales de arreglo de disputas (Harrington y Merry, 1989). Sin embargo, en la mayoría de sus manifestaciones, la mediación comunitaria presenta vínculos más estrechos con la justicia estatal que con el ordenamiento indígena. Mientras que el movimiento de mediación comunitaria norteamericano se ha desarrollando, la financiación, la supervisión y la capacidad de remisión de casos por parte del Estado se han ido fortaleciendo.

En otros países también se reivindica la justicia popular como una derivación o recreación de ordenamientos indígenas. Por ejemplo, el sistema filipino de justicia *barangay*, puesto en marcha en 1978, se defiende argumentando que la nueva reforma se construye sobre la base de tradiciones precoloniales de arreglo amistoso de disputas (Pe y Tadiar, 1979)⁸. De igual forma, las reformas de justicia popular en Sri Lanka,

La noción de justicia popular como una forma de justicia opuesta a la estatal puede ser tan antigua como esta última. Por ejemplo, una colección de ensayos sobre arreglo de disputas, a comienzos de la época moderna en Europa, señala que ha habido un patrón histórico de promoción de otras formas de arreglo de problemas familiares y vecinales, basado en el afecto más que en la ley (Bossy, 1983). Auerbach describe un patrón similar, que data del periodo colonial en Estados Unidos (1983).

Cuando el presidente de la Corte Suprema, Fred Ruiz Castro, defendió por primera vez la creación de estos "comités vecinales paralegales" en 1976, describió las razones para la elección de este foro como un "salto intencionado a épocas prehispánicas... inspirado en la constatación de que, a pesar de las

iniciadas en 1949, fueron diseñadas tomando el ejemplo de los consejos populares, que habían existido antes del periodo colonial (Tiruchelvam, 1984:76-77). Y en China, las nuevas formas de legalidad socialista decían basarse en sistemas de mediación que existían desde hacía mucho tiempo.

Tradiciones culturales de justicia popular

Al menos desde la emergencia del sistema económico mundial han surgido diversas formas de justicia popular y se han diseminado de un lugar a otro, desde el centro a la periferia y, a veces, desde la periferia de vuelta al centro. Por ejemplo, los líderes cubanos se inspiraron en los Tribunales de Camaradas Soviéticos tras la revolución de 1959; los chinos adoptaron el mismo modelo a comienzos de la década de los 50. Sri Lanka implantó juzgados de conciliación locales siguiendo el modelo indio de consejos populares (Tiruchelvam, 1984). El movimiento de mediación comunitaria norteamericano se inspiró, en parte, en las experiencias de mediación china, los Tribunales de Camaradas Soviéticos y las asambleas de Ghana, mientras que representantes de Asia y África visitaron recientemente Estados Unidos para pedir asesoramiento sobre el establecimiento de programas de mediación⁹. Pareciera que en estos momentos se está produciendo una globalización de la resolución alternativa de conflictos, expandiéndose desde Estados Unidos a Europa, Australia y de allí a algunas partes de Asia y África¹⁰.

intrusiones en la *psique* filipina del sistema de la civilización extranjera, el filipino ha conservado un grado superior de honor y respeto por sus ancestros" (citado en Tan y Pulido, 1981:427). Por otra parte, Silliman argumenta que estas nuevas formas de justicia son una extensión del sistema jurídico formal (1981-82; 1965).

El movimiento norteamericano, especialmente en sus comienzos, se basó en los ejemplos de mediación comunitaria consensual de México (Nader, 1969), Africa Occidental (Gibbs, 1963; Lowy, 1978) y China (Lubman, 1967; Cohen, 1966, 1973; Garbus, 1977; Li, 1978; Crockett y Gleicher, 1978) y de tribunales populares en Cuba (Berman, 1969; Cantor, 1974), adaptados al escenario norteamericano (Danzig, 1973; Fisher, 1975; Nader y Singer, 1976; Cratsley, 1978). Esta literatura se centra en imágenes románticas del arreglo comunitario amistoso de disputas y aparece, en primer lugar, en revistas jurídicas, judiciales y de colegios de abogados. A pesar de algunas advertencias de científicos sociales sobre la posibilidad de que en Estados Unidos las cosas no funcionaran igual (Felstiner, 1974; Merry, 1982), esta literatura supuso un importante estímulo intelectual para el movimiento de resolución de disputas alternativo.

¹⁰ Durante una década, estudié el movimiento de resolución de disputas alternativo norteamericano, asumiendo, junto con muchos otros en este campo, que se trataba de una preocupación principalmente norteamericana, que había despertado cierto interés en Europa y Australia, pero no mucho más allá de estas regiones. Sin embargo, en una conferencia en 1987 en la Universidad de Hawai, sobre aspectos culturales de la mediación, pude comprobar que el movimiento se había convertido en un fenómeno global. La mayoría de los participantes eran miembros de la Organización de Mediación del Pacífico Asiático (APOM), un grupo poco compacto de representantes de un puñado de países asiáticos, interesados en la promoción del uso de la mediación en sus países. En esa época, la punta de lanza de APOM eran los representantes de Filipinas, una nación que había desarrollado un amplio sistema de justicia

Se pueden distinguir cuatro tradiciones de justicia popular que se han desarrollado durante el siglo XX, algunas de las cuales tienen raíces que se remontan al siglo XIX. Cada tradición ofrece una visión distinta sobre la contribución de la justicia popular a la transformación social y política de la sociedad. Las primeras dos tradiciones –la reformista y la socialista–, promueven instituciones de justicia popular estrechamente relacionadas y controladas por el derecho estatal. Las dos últimas, la comunitaria y la anarquista, fomentan el desarrollo de instituciones más estrechamente vinculadas y controladas por los ordenamientos indígenas.

Reformista

La tradición reformista se desarrolla en Estados democráticos liberales y economías capitalistas. Este tipo de justicia popular busca incrementar la eficiencia del sistema jurídico formal, haciéndolo más fluido y aumentando su accesibilidad. Su objetivo es mejorar la capacidad del sistema formal para resolver un amplio abanico de problemas. En esta

vecinal o *katarungag pambarangay*, a lo largo de la década pasada. Los miembros de APOM eran normalmente elites judiciales nacionales o investigadores jurídicos. Muchos de los participantes venían de sociedades en las que eran comunes formas indígenas extra-estatales, tales como Bangladesh, Tailandia, Micronesia, Nepal, Papua Nueva Guinea y Japón. En sociedades como éstas, los norteamericanos buscaron sus modelos alternativos al derecho formal.

Sin embargo, estas naciones actualmente dirigen sus miras hacia Estados Unidos en busca de modelos de mediación y justicia vecinal, alegando problemas similares de congestión de los juzgados, sobrecarga, retrasos y una excesiva importancia en los procesos adversariales. En 1984, por ejemplo, el boletín de la *American Bar Association Committee on Dispute Resolution* reportó la visita de dos abogados de Ghana, interesados en conocer más sobre la mediación comunitaria norteamericana. En otro ejemplo, las reformas a la justicia vecinal en Filipinas fueron promovidas por líderes de la judicatura y del gobierno, como solución a los problemas de casos pendientes y retrasos en los juzgados (Pe y Tadiar, 1979; ver también Silliman, 1985). Para explicar las razones de la reforma Alfredo Tadiar, quien colaboró en el borrador de la ley, se refería al trabajo de Lon Fuller y a los debates que habían tenido lugar en la *Harvard School of Law* a finales de la década de 1970, época de fermento y entusiasmo para la resolución alternativa de disputas (Pe y Tadiar, 1979). El representante de Micronesia en la conferencia, Nikontro Johnny, reportó que en su país los líderes judiciales federales están de acuerdo en que las formas no adversariales de justicia son mejores para las personas que habitan en pequeñas islas, que tienen relaciones constantes entre ellos, sin embargo, éstos son incapaces de persuadir y captar el interés de los líderes de los juzgados estatales, quienes manejan los conflictos de tierra y otros problemas locales para los que la resolución alternativa de disputas sería la más adecuada (Johnny, 1987). El señor Johnny, como *ombudsman* de la justicia nacional de la Corte Suprema de los Estados Federados de Micronesia, explicó que, en el sistema federal, él y sus colegas habían llevado a cabo esfuerzos considerables para explicar esta idea, habían celebrado seminarios e incluso habían invitado a una persona de la Universidad de Hawai para que explicara los procedimientos; sin embargo, los juzgados estatales no habían adoptado la idea. El representante de Sri Lanka se interesó en la formación norteamericana, con el fin de volver a instaurar el sistema de justicia popular que había funcionado en su país durante dos décadas, antes de quedar atrapado en las políticas locales y caer en desgracia. La resolución alternativa de disputas parece ser otra parte de la cultura norteamericana que está alcanzando popularidad en el Tercer Mundo. Preguntarse sobre el grado en el que Estados Unidos promueve esta difusión y por qué lo hace, está fuera del alcance de este artículo.

tradición, la justicia popular pretende mejorar el funcionamiento del sistema, no cambiar sus principios. Tampoco critica la organización básica del orden jurídico ni busca transformar las relaciones de poder. Culturalmente, la justicia popular reformista se construye desde la oposición a un sistema de derecho estatal ineficiente, más que injusto. Los errores del sistema judicial se atribuyen más a los lastres que arrastra el sistema jurídico que a las estructuras sobre las que el capitalismo o el derecho se fundamentan. La justicia estatal es criticada por la dificultad en su acceso para las personas que presentan una variedad de problemas, tales como quejas del consumidor (Nader, 1980) y problemas interpersonales. La tradición reformista busca una transformación en la sociedad, mediante un aumento de la participación en las instituciones jurídicas modernas y una revisión de los procedimientos.

En la tradición reformista, la justicia popular busca el desarrollo de procedimientos apropiados para los diversos problemas que el sistema jurídico maneja. Gracias a esta tradición, se crean escenarios especializados, diseñados específicamente para cada tipo de problema. Algunos de los defensores norteamericanos más destacados de resolución alternativa de conflictos describen este enfoque con la expresión “tratamientos a la medida de cada problema”¹¹ (Goldberg, Green y Sander 1985). Dado que se considera que determinados problemas son apropiados para determinados escenarios, la justicia popular reformista introduce nuevos procesos para cada problema concreto.

Esta tradición de justicia popular reformista se remonta, en Estados Unidos, por lo menos a finales del siglo XIX. Christine Harrington (1985) ofrece una descripción del movimiento de reorganización judicial que nace a finales de la década de 1880, periodo durante el cual un nuevo sistema de tribunales, unificado y especializado, reemplazó a las justicias locales descentralizadas (y presumimos descontroladas). En la era progresiva, a principios del siglo XX, las reformas legales se ocuparon, de igual manera, de mejorar el acceso a la justicia y la eficiencia, aplicando al sistema jurídico los conceptos de gestión científica, famosos en el desarrollo de la producción industrial y el montaje en cadena de esa época (Harrington, 1982). Una reforma consistió en la creación del juzgado municipal, con dependencias especiales para asuntos juveniles, pequeñas causas, problemas domésticos y otros tipos de problemas. Los procedimientos informales, característicos de estos juzgados, los hicieron más accesibles para el común de la gente.

En las sociedades poscoloniales la tradición reformista refleja el interés de estas sociedades en la modernización. La justicia popular es

¹¹ En inglés “letting the forum fit the fuss”. Esta frase fue acuñada por un defensor de la resolución alternativa de conflictos para referirse a un enfoque que defiende que no debe existir una sola forma de resolución de conflictos que se adapte a todos ellos sino que deben existir formas variadas de resolución de conflictos que se adapten a cada uno de ellos de forma individual (N. del T.)

promovida como medio para incrementar la participación popular en las instituciones de la sociedad moderna, y para familiarizar a la gente del pueblo con el funcionamiento de un sistema judicial centralizado. Por ejemplo, en la India, aquellos que formaban parte del grupo que propuso las reformas *nyaya panchayat* contaban con que éstas incrementarían la participación del pueblo en el sistema jurídico nacional, incrementarían los conocimientos jurídicos de la población y les enseñaría sobre participación en las instituciones de la sociedad moderna (Meschievitz y Galanter, 1982). De igual manera, el entusiasmo inicial por las reformas de justicia popular en Sri Lanka provenía de un ministro de justicia empeñado en acercar el sistema jurídico a la población e incrementar su participación en el Estado-nación (Tiruchelvam, 1984).

Las personas partidarias de esta visión de justicia popular dirigen sus esfuerzos al desarrollo de juzgados, similares en forma y lenguaje a las comunidades locales, y fáciles de acceder y usar por el común de la gente. Sin embargo, a menudo estos juzgados se van formalizando, en un esfuerzo por aumentar su legitimidad y poder. Con el tiempo, empiezan a adoptar el lenguaje, los rituales y las reglas del sistema jurídico formal. Los nuevos juzgados pueden llegar a formalizarse tanto que aparezca la demanda por un sistema nuevo, más informal y accesible, alternativo a las instituciones existentes. Jerold Auerbach (1983) investiga este proceso en Estados Unidos, desde sus orígenes, y constata la legalización gradual de las alternativas al derecho y la emergencia de nuevas alternativas. En el estudio histórico de Auerbach, el sistema jurídico formal continuamente absorbe sistemas jurídicos diferentes, no en el sentido de una directa y obvia asunción del control, sino a través de la introducción de códigos, normas, procedimientos formales y el manejo de los casos por parte de abogados y jueces. El arbitraje comercial, por ejemplo, fue originariamente fruto de una reforma informal, sin embargo, poco a poco fue controlado por jueces y abogados, y absorbido en las categorías jurídicas dominantes de la sociedad norteamericana (Auerbach, 1983:95-115). De la misma manera, los juzgados juveniles que, a comienzos del siglo XX, fueron resultado de reformas informales, pensadas para facilitar el acceso y la pertinencia de estos escenarios a los casos tratados, en la actualidad están siendo reemplazados por mediación, para algunos casos juveniles. La mediación ofrece hoy en día una alternativa informal a los tribunales juveniles, que los reformistas critican por ser demasiado formales y legalistas (Merry y Rocheleau, 1985).

Parece que la mediación comunitaria norteamericana se está haciendo cada vez más legalista. Con Susan Silbey (1986) observamos como a finales de la década de los 80 los mediadores comunitarios norteamericanos que trabajaban en programas de mediación de juzgados, tendían a enfatizar sus vínculos con el juzgado y su autoridad. Tal vez, como Spitzer (1982) sugiere, las formas informales tienden gradualmente a formalizar-

se, por lo que existiría una movilidad a largo plazo entre la formalidad y la informalidad. Westermarck (1986), Paliwala (1982) y Gordon y Meggitt (1985) describen la creciente formalidad de los juzgados populares en varias regiones de Papua Nueva Guinea, reflejada en la petición de los jueces populares de uniformes, esposas e incluso prisión, para reforzar su autoridad. En suma, la justicia popular reformista aparece en países con órdenes jurídicos liberales y busca la transformación social, a través de mejoras en los procedimientos, en la accesibilidad y en la pertinencia de los escenarios. El control sobre estos escenarios recae directamente en el derecho estatal.

Socialista

La tradición socialista de justicia popular dimana de las teorías marxista-leninistas sobre el potencial de los tribunales populares para el empoderamiento de las masas en el tratamiento del quebrantamiento de las normas y para su educación en las formas de una nueva sociedad socialista. Los tribunales populares se inspiraron, inicialmente, en la filosofía de Lenin, expresada en 1919, de que los trabajadores deberían participar en la gestión de todo el Estado y en los asuntos comunales, incluyendo la administración de justicia (Henry, 1983). La justicia popular socialista promete una transformación de las relaciones de poder, que sustituya la dominación burguesa por el poder del proletariado. Busca conseguir que nuevos grupos estén en posición de dictar justicia y expresa el deseo naciente de las masas (Santos, 1979). Con el fin de eliminar a la clase poseedora de los medios de producción a quien el derecho le sirve para justificar la plusvalía, la justicia popular socialista busca reemplazarla por un gobierno de trabajadores.

Los Tribunales de Camaradas Soviéticos, los Tribunales Laborales Yugoslavos (Hayden, 1984) y los *Konfliktskommissionen* de la Alemania del este son ejemplos de experiencias de justicia popular socialista en países europeos. La tradición socialista de justicia popular se ha extendido también a muchos países del Tercer Mundo, concretamente a Cuba, Chile y China. En estos países, la justicia popular fue enjaezada para cumplir con la tarea de reformar la sociedad, según una nueva visión revolucionaria. Tras la revolución china de 1949, Mao Ze-dong se inspiró en los Tribunales de Camaradas Soviéticos. Después de un periodo bastante legalista durante la década de los 50, dismanteló los primeros juzgados para instaurar una forma de justicia más radical y popular, construida sobre la mediación vecinal y en las fábricas. La concepción maoísta de justicia popular combina la visión leninista de justicia popular revolucionaria con la visión de la mediación tradicional china, produciendo una versión diferente de justicia popular, en la que los escenarios locales sirven para reeducar a las masas en el nuevo orden social, eliminar el pensamiento "feudal" y fortalecer a las masas (Leng, 1977; Garbus, 1977; Cohen, 1977; Hsia, 1978).

En el periodo del gobierno de Allende en Chile, años de gran agitación y carga política, la justicia popular también se utilizó para incrementar la justicia social. Spence ofrece una descripción de una propuesta presentada por el partido recién elegido de Allende, que establecía un sistema nacional de juzgados vecinales, elegidos y dotados de personal no profesional (Spence, 1978:143). Los proponentes argumentaban que, bajo el anterior sistema, los pobres no tenían acceso al sistema jurídico, estructurado para discriminarlos (143). La oposición luchó contra el proyecto de ley y desarrolló una reforma judicial alternativa: jueces regulares celebrarían sesiones de juzgado –sin la presencia de abogados– en los vecindarios pobres y de clase trabajadora, para resolver conflictos de familia, de vecindad y de propiedad. Estos juzgados empleaban a los mismos jueces profesionales, sin embargo, los hacían más accesibles. Los juzgados implantados por el partido de Allende hacían parte de un sentido diferente de la legalidad, “una legalidad distinta de y parcialmente independiente de la legalidad dominante y oficial del Estado” (178). Estos juzgados tuvieron que tomar una decisión sobre la permisión o no en la comunidad del funcionamiento de tabernas clandestinas, aun si estas fueran ilegales para el derecho estatal. De esta forma, el partido de Allende defendió la justicia popular socialista, esperando fomentar la formación en participación política, el empoderamiento de la población para formular demandas y la responsabilidad pública. El partido de la oposición abogó por la justicia popular reformista para ofrecer un mayor acceso al sistema jurídico formal.

En Cuba, Castro implantó tribunales populares en 1962, como una herramienta de aleccionamiento y de incorporación de la población rural a la nueva sociedad revolucionaria (Berman, 1969; Salas, 1983). En un comienzo, los tribunales populares funcionaban con jueces legos –con gran discrecionalidad– elegidos popularmente, discusión pública y crítica de ofensores. Los magistrados se guiaban por un pequeño manual de principios y por su propio juicio. Para promover una participación amplia, los tribunales se reunían por la noche. Los objetivos de estos tribunales se encaminaban a la reconciliación de las partes o la rehabilitación de los ofensores, prefiriendo la reconciliación y la rehabilitación al castigo. Estos tribunales pretendían promover la educación del público en un nuevo orden social (Berman, 1969; Salas, 1983). Sin embargo, para 1977, al tiempo que el fervor revolucionario se vio reemplazado por una preocupación por la planeación y el orden, los tribunales del viejo molde desaparecieron. Fueron sustituidos por tribunales más formales, profesionalizados y burocratizados, que preferían celebrar las visitas en salas de justicia durante el día, a hacerlo a la calle en la tarde-noche, y que eran supervisados por jueces vestidos con atuendos judiciales y no con ropa de trabajo (Salas, 1983: 596, 610). De forma gradual, los tribunales populares cayeron en desuso, debido a que la profesión jurídica se oponía a la existencia de jueces legos y a que los demandantes preferían enfrentarse ante juzgados

tradicionales. Sin embargo, incluso estos juzgados más tradicionales se vieron influidos por los juzgados populares. En ellos todavía trabajaban algunos jueces legos y entre sus aspiraciones estaba el lograr muchos de los objetivos de los tribunales populares, tales como la educación jurídica del pueblo (610).

También en la Unión Soviética, los tribunales populares gradualmente asumieron un rol más conservador que revolucionario y llegaron a vincularse estrechamente con el derecho estatal. Después de la reimplantación de estos tribunales entre 1959 y 1962, se convirtieron en una parte integral del sistema estatal de control social, pensados para educar al público en las reglas de la sociedad socialista, fomentar la participación pública en el orden social a través de la participación generalizada, y ofrecer un camino para la rehabilitación de los ofensores y reintegrarlos como miembros útiles a la sociedad (Henry, 1983:42-43). A pesar de que se confiaba en que los tribunales socialistas incrementarían el control de los trabajadores, en la práctica, a menudo fueron anexados a la autoridad estatal y se encargaron de educar a la población en las normas de la sociedad socialista (Henry, 1983:42-43).

De forma similar, en China, los centros de mediación local se convirtieron en lugares para enunciar y aplicar políticas estatales, más que para socavar la autoridad estatal. Para resistir esto y otros desarrollos más conservadores, Mao creó una nueva revolución, la revolución cultural, que de nuevo implementó versiones socialmente más transformadoras de la justicia popular. Mientras las reformas modernizadoras posteriores a 1978 seguían adelante, durante la década de los 80 parecía más probable que la justicia popular en China volvería a asumir formas menos revolucionarias, al servicio de las masas. Por ello, los esfuerzos gubernamentales se dirigieron a la formación de abogados, la codificación del derecho y el desarrollo de un sistema de juzgados formales.

En suma, la justicia popular socialista tiende a reforzar los sistemas de poder existentes, de la misma manera que la justicia popular reformista. A pesar de sus comienzos revolucionarios, la justicia popular socialista termina por, paulatinamente, vincularse de forma más estrecha al poder estatal y expresar políticas de Estado. Este tipo de justicia tiende a replicar la base de poder de la que forma parte. La tradición socialista, al igual que la tradición reformista de justicia popular, crea tribunales más estrechamente ligados al derecho estatal que al derecho indígena.

Comunitarista

La tradición comunitarista de justicia popular es mucho más cercana al ordenamiento indígena que al derecho estatal. En esta tradición, la justicia popular busca funcionar al margen del Estado y de sus instituciones. La justicia popular comunitarista a veces es parte de un abandono de la sociedad laica, un intento por crear un nuevo orden religioso o un

orden social utópico. Los tribunales de justicia popular aparecen en pequeñas comunidades, explícitamente consagradas a mantener un orden social y un código moral diferentes. Los *amish* representan uno de estos grupos, como también lo hacen los *kibbutzim* estudiados por Schwartz (1954), algunos movimientos utópicos en la historia norteamericana (Auerbach, 1983), los sistemas jurídicos de origen inmigrante, tales como los juzgados de conciliación judíos (Yaffee, 1972), los juzgados de asociación familiar chinos (Loo 1973) y las congregaciones menonitas (Lederach y Kraybill, 1993). Los *Knights of Labor Courts*, una versión no religiosa de la justicia popular comunitarista, fueron creadas como parte de un movimiento de asociaciones de trabajadores a finales del siglo XIX en Estados Unidos (Garlock, 1982). Los líderes de las asociaciones de trabajadores, alegando que la maquinaria jurídica estatal era corrupta y actuaba en función de intereses económicos, promulgaron sus propias reglas de conducta y las pusieron en vigor, sin tener que apelar a los tribunales. El movimiento, atacado por el gobierno, sobrevivió solamente durante veinticinco años. En los Estados Unidos contemporáneos, algunas versiones de justicia popular comunitarista simplemente aspiran a formar asociaciones sociales locales que sean más interdependientes y colaboradoras entre ellas que aquellas características de la Norteamérica urbana moderna.

Esta tradición de justicia popular hace hincapié en la importancia de la descentralización: reemplazo de la burocracia centralizada por pequeños escenarios locales, a una escala más humana. Más que las normas jurídicas del centro, son las normas comunitarias las que gobiernan. Personal lego está a cargo del funcionamiento de estos escenarios. Las personas que se encargan de juzgar no han tenido formación en la ideología jurídica central de la sociedad, pero conocen las normas locales de la comunidad en la que trabajan. La justicia popular comunitarista defiende el derecho indígena como medio de humanización de una sociedad impersonal y de su sistema jurídico alienante y duro. Es posmoderna en su interés por configurar sistemas de ordenamiento a pequeña escala y localmente derivados.

Por regla general, este tipo de justicia popular solamente se mantiene vivo si la comunidad que lo creó continúa existiendo como grupo social más o menos autónomo. Estas comunidades luchan continuamente por conseguir autonomía de la sociedad en la que se insertan y que las invade de maneras diferentes. El derecho estatal generalmente desafía las exigencias de soberanía de estos grupos. Estas comunidades son incapaces de mantener su autonomía y soberanía local, si no es con esfuerzos vigorosos por establecer y mantener sus fronteras, tal como lo han venido haciendo los *amish*.

En países poscoloniales, se puede considerar que los tribunales destinados a reponer el derecho consuetudinario y a recrear las comunidades tradicionales representan justicia popular comunitarista. Estas re-

formas se construyen sobre una crítica al colonialismo y al orden jurídico extranjero impuesto. Algunas de las personas que propusieron la implantación de los Consejos Populares Indios (Meschievitz y Galanter, 1982), las Juntas de Conciliación de Sri Lanka (Tiruchelvam, 1984) y los Juzgados Populares de Papua Nueva Guinea (Paliwala, 1982) concibieron este rol para la justicia popular. Sin embargo, reponer el derecho precolonial es una tarea difícil. El derecho consuetudinario del periodo colonial es una construcción de dicha época, producto de la interacción entre el derecho europeo y las formas indígenas de manejo de diferencias (Zinder, 1981; Fitzpatrick, 1981; Chanock, 1985; Ranger, 1983). Es problemático reintroducir el derecho precolonial en la diversidad de situaciones sociales de los países poscoloniales. Muchos de estos países, atrapados en el modelo de desarrollo dependiente, reciben presiones de los países del centro, económicamente dominantes, para que mantengan los sistemas jurídicos occidentales. Los países poscoloniales difícilmente pueden permitirse un gran compromiso con este esfuerzo, a pesar de la popularidad política que supondría eliminar las formas del execrado derecho extranjero, que a menudo fueron utilizadas para controlar a la población indígena en beneficio del desarrollo económico colonial (Fitzpatrick, 1982; Chanock, 1985).

En Estados Unidos, la justicia popular subraya las continuidades que se dan entre la mediación en las sociedades industrializadas y las asambleas deliberativas para la administración de justicia del Tercer Mundo. La justicia popular comunitarista se ajusta bien a la conciencia terapéutica contemporánea, centrada en los sentimientos y en la expresión individual. Se considera que los terceros son humanos, sensibles y que están más preocupados por los sentimientos que por intereses concretos. Las Juntas Comunitarias de San Francisco encarnan esta tradición.

Anarquista

La justicia popular anarquista toma la forma de levantamientos de masas, en los que grupos ad hoc asumen el poder, para juzgar y castigar al margen del sistema jurídico estatal. En este tipo de justicia popular, el común de la gente emplea las formas y el lenguaje del derecho estatal para oponerse a él. A menudo se describe la justicia popular anarquista como las acciones de las masas contra el enemigo. Maureen Cain (1985) se refiere a esta forma de justicia popular como la "justicia popular salvaje". Nosotros la denominamos anarquista porque supone una amenaza para la jerarquía social establecida y la autoridad estatal. Es completamente diferente del derecho estatal en su autoridad, aunque a menudo imita sus formas. Sin embargo, con frecuencia, en su fuente de poder, la justicia anarquista es más cercana al ordenamiento indígena. A diferencia de las dos primeras tradiciones, la justicia popular anarquista raramente, si nunca, es respaldada por el Estado.

Cuando Foucault define la justicia popular como una acción llevada a cabo por las masas contra su enemigo inmediato, identificado como

tal, en respuesta a algún daño específico (1980:30), él está describiendo lo que denominamos justicia popular anarquista. Foucault argumenta que la justicia popular se produce entre las masas y sus enemigos. Cuando las masas deciden castigar o reeducar a sus enemigos, no cuentan con una idea abstracta de justicia, sino solamente con su propia experiencia y con los daños que ellos han sufrido. La decisión no es de naturaleza autoritaria ni está respaldada por el aparato estatal para hacer cumplir la decisión. En su lugar, las personas simplemente la llevan a cabo por su cuenta.

La justicia popular anarquista se opone, en principio, al sistema judicial al que considera su enemigo. Foucault argumenta que los actos de justicia que el pueblo lleva a cabo no pueden tomar la forma de un juzgado, dado que la función histórica del juzgado hacia la justicia popular consiste en "tenderle un lazo, controlarla y reprimirla, reinscribiéndola en las instituciones típicas de un aparato estatal" (1980:1). Todos los grandes levantamientos desde el siglo XIV en Francia atacaron a los funcionarios judiciales, las prisiones, los jueces y otros que ejercían el poder, tales como los recaudadores de impuestos (1980:6). Sin embargo, Foucault argumenta que cualquier esfuerzo que pretenda el establecimiento de un juzgado para la expresión de justicia popular, está abocado inevitablemente a constreñirla y controlarla. La forma del juzgado en sí, la mesa, el presidente, los magistrados, la exigencia de que los terceros, situados detrás de la mesa, sean neutrales respecto de cada litigante y de que su decisión se tome a partir de lo que declaren las dos partes y no en una decisión apriorística, la pretensión de que este tercero pueda determinar una verdad y producir una idea sobre lo que es justo e injusto, más la implicación de que estos terceros tienen alguna autoridad para hacer cumplir su decisión, son formas extrañas a la propia idea de justicia popular. En su lugar, representan el comienzo del aparato estatal.

La justicia popular anarquista se asocia con levantamientos populares contra el Estado y contra el orden social existente, de los que la Revolución Francesa es un ejemplo de primera clase. Santos describe varios casos de esta forma de justicia popular tras la revolución de Portugal en 1974; en uno de los ejemplos, un juicio de masas absolvió a un hombre acusado de asesinar a su déspota patrón, y en otro, un jurado de masas permitió a una mujer, acusada de ocupar una casa ilegalmente, permanecer en ella (1982:256-62). Algunos argumentan que esta forma de justicia popular acompañó la revolución china de 1949 y fue promovida por Mao Ze-dong durante la revolución cultural desde 1966 a 1969 (Leng, 1977). Por otra parte, en las conversaciones de Foucault con los maoístas en la época más intensa de la revolución cultural, éste se mostraba escéptico ante las afirmaciones de los maoístas franceses de que China había conseguido una justicia popular (tal como él la define arriba), que el Ejército Rojo hacía cumplir y que expresaba los intereses de clase de las masas (1980).

A menudo, la justicia popular anarquista es una expresión efímera de la agitación y cólera del pueblo, desorganizadora y potencialmente peligrosa para el Estado y las clases sociales en el poder. Con frecuencia, estos grupos rápidamente se encargan de reprimirla. En consecuencia, exceptuando los periodos de gran caos y revuelta, esta forma de justicia popular no dura mucho. El Estado la sofoca o el sistema jurídico formal la conduce bajo su control. La justicia popular anarquista no sólo está por fuera del Estado sino que, a menudo, también está por fuera del control de las comunidades locales.

LA TEMPORALIDAD DE LA JUSTICIA POPULAR

La justicia popular no sólo es culturalmente diversa, sino que, también, está sujeta a cambios con el tiempo. Para demostrar la fluidez de manifestaciones particulares de justicia popular, describiremos las experiencias de justicia popular en China, Sri Lanka y Papua Nueva Guinea de las últimas décadas. Partimos del principio de que cada una de estas situaciones es extremadamente compleja y de que no somos especialistas en ninguna de ellas. Para mostrar cómo nuestra tipología puede ayudar a entender la justicia popular y sus cambios en el tiempo, examinaremos brevemente cada experiencia.

China tiene un largo historial de formas conciliatorias de justicia, arraigadas en clanes y pueblos, que han sido la manera predominante de resolución de conflictos durante siglos. Hasta fechas recientes, el sistema jurídico estatal estuvo muy alejado del común de la gente, que raramente lo utilizaba. Después de la revolución de 1949, el gobierno de la República Popular China creó escenarios extrajudiciales para conflictos familiares y vecinales, asuntos civiles menores y delitos criminales menores. Buena parte de los procedimientos y la terminología del sistema tradicional, tales como la mediación y presión social (Li, 1978) fueron utilizados por estos escenarios.

Los líderes de la República Popular de China ven el derecho como un instrumento para la transformación de la sociedad china, de acuerdo con una ideología revolucionaria. Leng observa que esta visión del derecho tiene dos raíces: la teoría marxista-leninista, que considera al derecho un instrumento político para implantar la política del partido, y la idea maoísta de la "revolución ininterrumpida", que exige continuos esfuerzos para reformar la naturaleza humana (1977:366). Los juzgados formales e informales se consideran instrumentos de socialización política, para inculcar la nueva moral socialista e incrementar la participación popular en la imposición de normas y la reforma de los delincuentes. La función educativa de los juzgados es de suprema importancia (Leng, 1977:366).

La concepción maoísta del derecho tiene una fuerte orientación de clase. En su famoso discurso de 1957, "Sobre el manejo correcto de las

contradicciones en el seno del pueblo”, Mao argumenta que todas las contradicciones (disputas) deberían dividirse en dos categorías: las que surgen en el seno del mismo pueblo y las que se dan entre el pueblo y sus enemigos (Garbus, 1977:396; Leng, 1977:364). La primera debería resolverse mediante un proceso democrático que entrañe crítica, autocritica, autoaprendizaje y rehabilitación social y política; la segunda debería resolverse por compulsión y coerciones severas. Para Mao el pueblo, por definición, está formado por quienes apoyan y trabajan para la revolución socialista, mientras que los que se oponen a ella constituyen el enemigo. De esta forma, cualquier procedimiento judicial debe tener en cuenta la situación de clase y los antecedentes políticos de las personas implicadas. A los enemigos del pueblo se les identifica como los “cinco elementos negros”: patronos, campesinos ricos, contrarrevolucionarios, derechistas y otros “elementos negativos”.

La mayoría de las disputas civiles y los delitos menores son manejados por unidades extrajudiciales a nivel popular, tales como los comités de mediación, situados en vecindarios y fábricas, bajo la supervisión de comités revolucionarios de calle en las ciudades y en las comunas populares en el campo, los niveles primarios de gobierno (Leng, 1977:362; Cohen, 1977; Li, 1978). Las unidades extrajudiciales resuelven la abrumadora mayoría de las disputas interpersonales e imponen sanciones a la gente cuyo comportamiento no es tan grave para ser tratado en un juzgado formal (Cohen, 1977:42). El partido asume la dirección global de estos comités; el jefe de cada comité revolucionario de calle también ejerce de primer secretario del partido para la zona (Cohen, 1977:44). Aunque los funcionarios que trabajan en el comité de calle reciben un salario, aquellos de los comités subordinados, tales como los comités de mediación, por regla general, no reciben ninguna remuneración, pero suelen tener otros trabajos o son amo/as de casa o jubilados (Li, 1978:362).

Cuando surge un conflicto, los cuadros del partido, amigos, parientes, vecinos y compañeros de trabajo de las personas implicadas llevan a cabo un proceso de resolución informal. El primer paso del proceso consiste en determinar si el caso en cuestión es un ejemplo del primer o segundo tipo de contradicciones. Si se trata de una disputa entre dos personas del pueblo, el método empleado será la mediación y la persuasión de individuos o de un pequeño grupo, mediante técnicas familiares de presión grupal, crítica y ostracismo social. Sin embargo, el objetivo de este método será adoctrinar al pueblo con las normas jurídicas y morales de la nueva sociedad (Cohen, 1977). Éste es el enfoque que normalmente se utiliza para problemas entre vecinos y esposos. Si la disputa surge con un enemigo del pueblo, entonces se hace necesaria la lucha, la crítica y la autocritica ante un grupo o, en casos más graves, la detención y la imposición de trabajo supervisado y obligatorio, por parte de órganos públicos de seguridad (Leng, 1977:362).

Los vaivenes políticos en China han contribuido a la transformación de la importancia relativa de estos juzgados populares informales, en relación con el sistema jurídico informal (Leng, 1977). Durante la década de los 50, China adoptó los Tribunales de Camaradas, tomando como modelo el sistema soviético. Al mismo tiempo, había cierto interés por desarrollar un derecho codificado. Sin embargo, a finales de esta década, China se apartó de esta tendencia legalista y concedió mayor importancia a las instituciones extrajudiciales que existían en los vecindarios y en las fábricas. Con la revolución cultural, que comienza en 1966, Mao lideró una embestida contra el derecho formal, promoviendo el desorden como camino hacia la justicia y reclamando la abolición de los órganos públicos de seguridad, la procuraduría y los juzgados (Leng, 1977; Hsia, 1978). Incluso después de la decadencia de la revolución cultural en 1969, estos escenarios extrajudiciales y la justicia, entendida desde la perspectiva de clase, siguieron vivos. La constitución de 1975 incluyó las dos formas de contradicción de Mao y la perspectiva de clase en la justicia.

Sin embargo, con la muerte de Mao, la purga de la Banda de los Cuatro y el comienzo de una nueva era de modernización en 1978, China experimentó un renovado interés por la legalidad y los derechos formales, como medio para reforzar el sistema jurídico socialista y promover una sociedad ordenada (Hsia, 1978). Actualmente, el gobierno concentra sus esfuerzos en la formación de abogados, la codificación del derecho y el desarrollo de un sistema de juzgados formales.

Esta breve visión general de la justicia popular socialista en la República Popular China nos lleva a pensar que fue considerada un poderoso instrumento para transformar la sociedad y enseñar la ideología política del Estado revolucionario. Sin embargo, con el tiempo, la justicia popular en China se ha visto atrapada en relaciones de poder. Con el fin de continuar con la transformación social que había concebido, Mao arremetió constantemente contra el sistema jurídico formal y promovió formas judiciales basadas en otras fuentes de poder. Sin esta revolución continuada, hasta la misma justicia popular socialista presenta una mayor tendencia a volver a la situación de reforzamiento del orden social existente que a transformarlo.

La historia de la justicia popular en Sri Lanka sugiere un patrón de desarrollo algo diferente, sin embargo, también en éste, la naturaleza de la justicia popular se transforma con los eventos políticos cambiantes. Para este ejemplo seguimos la completa exposición del desarrollo de las juntas de conciliación que lleva a cabo Neelan Tiruchelvam (1984). Sri Lanka creó las juntas de conciliación en 1949, como parte de un programa de desarrollo rural. Se concibieron para el manejo de conflictos locales, mediante el uso de la conciliación, el compromiso y los procedimientos informales (1984:76-77). Las juntas están formadas por tres o cuatro funcionarios de las sociedades de desarrollo rural, la nueva elite instruida y los jefes del

pueblo. En 1958, bajo el liderazgo de un ministro de justicia preocupado por el acceso limitado de los pobres a la justicia y su necesidad de ayuda jurídica y juzgados más sensibles, se promulgó un estatuto gubernamental que implantó las juntas por toda la nación. En su memorándum al gabinete en 1957, este ministro de justicia, M.W.H. de Silva, defendió "la necesidad de legislación que provea medios baratos y rápidos de promoción de la armonía entre las personas enemistadas por disputas perniciosas y de reparación de los agravios resultantes de estas desavenencias" (citado en Tiruchelvam, 1984:90). Su objetivo consistía en ofrecer una forma rápida y satisfactoria de resolución de diferencias, sin tener que invocar un juzgado de derecho en la primera instancia.

Los ciudadanos tenían que llevar sus conflictos ante las juntas, antes de poder ir a juicio. A las juntas se les había otorgado poder para sancionar a quienes ignoraran sus citaciones para presentarse al interrogatorio y producir documentos, o a quienes, de alguna forma, incurrieran en desacato (Tiruchelvam, 1984:91-92). De esta forma, indirectamente las juntas adquirieron la potestad de multar y sancionar por desobediencia, aunque no podían imponer penas directamente. Además, aunque la utilización de las juntas era voluntaria y su autoridad para producir arreglos dependía del consentimiento de las partes, entre 1963 y 1965, el gobierno reconoció la obligatoriedad de esos arreglos en los juzgados de derecho locales, y se adoptaron procedimientos especiales para procesar a aquellos que incurrieran en desacato a los juzgados.

Mientras tanto, los significados ideológicos de las juntas continuaron transformándose. Durante la década de los 50 y comienzos de los 60, bajo las políticas reformistas, las juntas eran consideradas aún una forma de ofrecer justicia a aquellos que no podían permitirse ir a juicio. Sin embargo, bajo el gobierno conservador de 1965-1970, las juntas fueron vistas como formas de reavivar las costumbres tradicionales. Se resaltaron sus cualidades tradicionales y continuidades con los consejos y juzgados populares precoloniales (1984:108). Con la elección de un gobierno socialista más radical en 1970, las juntas tomaron un nuevo carácter, en tanto sistema para implantar la legalidad socialista. Eran consideradas instrumentos para elevar la conciencia social del pueblo, embarcarse en un programa de desarrollo socialista planificado y acometer transformaciones sociales y económicas fundamentales, mediante el aumento de la participación popular en la organización y gestión de la sociedad. De esta forma, con cada cambio de administración, el significado político de las juntas se transformó (1984:183).

Los magistrados de las juntas de conciliación pertenecían, no a las clases trabajadoras o al campesinado, sino a la elite rural educada. Se trataba de hombres relativamente instruidos y ricos, de mediana edad, superiores a la gente del pueblo en edad, educación, estatus ocupacional y renta (1984:157). En concreto, el presidente era mucho más instruido que

el resto del pueblo, con un nivel educativo sólo compartido por el 20% de la población nacional (1984:137). En su origen las juntas fueron concebidas para dotarse de magistrados popularmente elegidos. Sin embargo, durante la década de los 60, los miembros locales del parlamento desempeñaron un rol cada vez mayor en la elección de los magistrados, nombrando a sus partidarios y simpatizantes. Para 1972, los miembros locales del parlamento nombraban a los magistrados directamente (1984:133). Aquellos litigantes que pertenecían a partidos políticos de la oposición, algunas veces, se quejaban de que no recibían justicia ante la agencia gubernamental encargada de la supervisión de estos juzgados.

De esta forma, en lugar de cumplir con los objetivos socialmente transformadores del socialismo, las juntas se convirtieron en instituciones relativamente conservadoras, que reforzaban las relaciones locales de poder, basadas en el partido y la riqueza. Las juntas representaban los intereses de la elite del pueblo, muy vinculada al partido gobernante. Tendían más a enunciar normas tradicionales que normas socialistas. Tampoco sus procedimientos eran muy conciliatorios. Normalmente, las juntas de conciliación adoptaban decisiones y presionaban a las partes para que las aceptaran, utilizando argumentos referidos a la debilidad del caso, burlas, predicciones sobre la escasa probabilidad de conseguir ayuda de los juzgados y las inevitables largas demoras en los mismos (1984:175-76). Si las partes venían del pueblo, los magistrados de las juntas les sermoneaban sobre la necesidad de vivir juntos en paz. Si se consideraba que una persona había actuado mal, se le censuraba y criticaba por su comportamiento. Tiruchelvam afirma que estos procesos transformaban una decisión adjudicatoria en un arreglo conciliatorio (1984).

Al igual que otras experiencias de justicia popular, las juntas de conciliación, en su funcionamiento, tenían estrechas conexiones con el sistema jurídico formal, aunque culturalmente eran construidas como su opuesto. Más que desafiar las actitudes sociales imperantes y desbaratar las disposiciones sociales existentes, las juntas de conciliación, por regla general, contribuían a apoyarlas y consolidarlas (Tiruchelvam, 1984:186-187). Las juntas llegaron a formar parte del proyecto de modernización del campo, ofreciendo experiencia jurídica y política a las elites ricas e instruidas¹².

La experiencia de justicia popular en Papua Nueva Guinea es similar. En 1975, después de un siglo de gobierno colonial de alemanes, británicos y australianos, Papua Nueva Guinea consiguió la independencia. En esa época existía el interés entre algunos abogados de este país por desarrollar un nuevo sistema jurídico, sobre la base de lo que se llamaba el derecho subyacente, el derecho consuetudinario (Norokobi, 1982). Uno

¹² El estudio de Meschievitz (1987) sobre la historia de los *panchayats* en la India, desde comienzos del siglo XIX hasta el siglo XX, saca a relucir un patrón similar en el que los arreglos de poder tradicionales en los pueblos cooptaban estas formas de justicia, que caían en desuso para el público en general.

de los mecanismos para restablecer el derecho consuetudinario consistió en la creación de un sistema de juzgados locales, gracias a la Ley de Juzgados Populares (*Village Courts Act*) de 1974, que el nuevo gobierno aprobó en vísperas de la independencia, con la aquiescencia del gobierno colonial australiano. Estos juzgados fueron creados para manejar conflictos locales de acuerdo con el derecho consuetudinario y para conciliar y arreglar problemas, mediante procedimientos informales; sin embargo, formaban parte del sistema jurídico estatal (Scaglione, 1981; Paliwala, 1982; Weisbrot, 1982; Ottley y Zorn, 1983). El Constitutional Planning Committee, que funcionaba en las fechas previas a la independencia, reclamó que las “cosas se hicieran a la manera de Papua Nueva Guinea” y, en su informe final de 1973, defendió lo siguiente: “Debemos reconstruir nuestra sociedad, no sobre la tierra desperdigada que las olas de la marea de la colonización han depositado, sino sobre los sólidos cimientos de nuestras tierras ancestrales” (Informe Final 1973, cap. II, par. 98, citado en Paliwala, 1982:195). Aunque directamente no podían mandar a prisión, los juzgados populares podían encarcelar, argumentando desobediencia a la autoridad del juzgado o por incomparecencia (Paliwala, 1982:198).

El fortalecimiento de estos juzgados fue alentado, en parte, por la reanudación de los estallidos de luchas tribales en las regiones montañosas y por la preocupación creciente por los delitos que se cometían en la costa. Estas dos preocupaciones por la “ley y el orden” reforzaron la posición de aquellos que querían juzgados locales fuertes y debilitó la posición de quienes defendían el control local de las instituciones judiciales y la implantación del derecho consuetudinario, partiendo de la suposición de que este derecho permitiría las luchas tribales así como los asesinatos por venganza o brujería (Paliwala, 1982:196-197; Fitzpatrick, 1982:51; Ottley y Zorn, 1983). Algunas personas confiaban en que los nuevos juzgados someterían los mecanismos tradicionales de control social a la autoridad estatal (Paliwala, 1982:196-197).

La Ley de Juzgados Populares (*Village Court Act*) estipulaba tanto el funcionamiento de los magistrados populares como la implementación del derecho y los procedimientos consuetudinarios (Paliwala, 1982). Sin embargo, los juzgados populares hicieron poco por restablecer y reforzar el derecho consuetudinario. Los australianos, extranjeros en Papua Nueva Guinea, situados en los niveles más altos del sistema judicial, revocaban las decisiones adoptadas con base en el derecho consuetudinario, mientras que los intereses económicos extranjeros en el país ofrecían resistencia al retorno de este derecho que aceptaba prácticas tales como los asesinatos por brujería y venganza, en los que un pariente de una persona asesinada podía matar, en represalia, a algún miembro del linaje del asesino, incluso si éste no había cometido el crimen (Fitzpatrick, 1982). Para muchos miembros del gobierno, el sistema jurídico consuetudinario suponía una amenaza a su autoridad y legitimidad (Ottley y Zorn, 1983:254).

Además, en varias regiones del país, los mismos magistrados reclamaron para sí más autoridad y se pusieron a la tarea de retomar los símbolos del derecho estatal: la insignia, el código de la Ley de Juzgados Populares, el uniforme y las esposas (Paliwala, 1982; Westermarck, 1986, Gordon y Meggitt, 1985:230-231). Los magistrados acabaron imponiendo el derecho gubernamental y no el derecho popular. Por regla general, pertenecían a la clase dominante en el campo, miembros del campesinado rico, aunque no se encontraban entre los más ricos del pueblo (Paliwala, 1982; Fitzpatrick, 1982). A menudo “campesinos medios” locales hacían uso de los juzgados, para aumentar su poder en su zona inmediata (Fitzpatrick, 1981, 1982). Los magistrados eran varones entre 35 y 50 años, importantes en el clan local y con vínculos con instituciones fuera del pueblo, tales como consejeros, policías, ordenanzas médicos, funcionarios de cooperativas e incluso oficiantes de la iglesia (Paliwala, 1982:202). Además, en 1978, el control de los juzgados fue asumido por *kiaps* locales, funcionarios del gobierno local, que desde el periodo colonial ejercieron una variedad de funciones policiacas, judiciales y gubernamentales en las zonas locales (Paliwala, 1982:199). De esta forma, la implantación de los juzgados populares se produjo al mismo tiempo que la transformación de las comunidades aisladas –antes más autosuficientes– debido a la expansión en el campo del trabajo asalariado, el cultivo comercial y la migración.

En suma, esta experiencia de justicia popular recubrió formas informales e indígenas de manejo de conflictos con una capa de juzgados estatales. Esto no supuso la eliminación de los juzgados informales, que continuaron funcionando por fuera de los juzgados populares, con la participación, algunas veces pero no siempre, de magistrados, retirados o activos, de los juzgados populares (Gordon y Meggitt, 1985). Sin embargo, el pueblo dio su nombre a estos juzgados, que fueron descritos como una forma de provisión de arreglos similar a la ofrecida por los sistemas indígenas de justicia que funcionaban mediante la adopción de procedimientos conciliatorios y la imposición del derecho consuetudinario que se prefería al derecho colonial (214).

Estos ejemplos sugieren la importancia de la dimensión temporal de la justicia popular que, a menudo, es absorbida por el sistema jurídico formal, a menos que exista un esfuerzo sostenido por recrear las condiciones revolucionarias que condujeron a su desarrollo en un primer lugar. Si bien cada experiencia presenta diferentes características, la justicia popular en China es fundamentalmente socialista, en Sri Lanka es reformista y en Papua Nueva Guinea comunitarista. Gradualmente, cada una de estas formas se va incorporando al derecho estatal, aunque sea parte de una comunidad local e incorpore algo del discurso y de la estructura organizacional de la comunidad a la que pertenece. La justicia popular no es simplemente una expansión del derecho estatal, sino que es, también, un escenario de lucha entre el control estatal y el local.

JUSTICIA COMUNITARIA NORTEAMERICANA

En Estados Unidos, las cuatro tradiciones de justicia popular fueron estudiadas en la década de los 70, aunque la atención se centró en las tres primeras (ver más en Harrington y Merry, 1989; Silbey y Sarat, 1988). Las elites judiciales, jurídicas y políticas desarrollaron modelos reformistas para mejorar el acceso a la justicia (Sander, 1976). Las tradiciones socialistas de la Unión Soviética, Cuba y China fueron ampliamente analizadas en la literatura jurídica y judicial (Lubman, 1967; Cohen, 1966, 1973; Garbus, 1977; Li, 1978; Crockett y Gleicher, 1978; Berman, 1969; Cantor, 1974). Algunas elites jurídicas y activistas comunitarios abogaron por un retorno a las asambleas comunitarias, diseñadas según los prototipos de Ghana, Japón, Corea y la América del siglo XIX, e influenciadas por sentimientos de nostalgia comunitaria (Danzig, 1973; ver más en Abel, 1982a: 175). Algunos organizadores comunitarios propusieron que se reconociera y promocionara la figura de los mediadores de disputas indígenas, quienes trabajaban generalmente por fuera del sistema jurídico (Wahrhafting, 1978, 1982:93-95)¹³.

Las Juntas Comunitarias de San Francisco se erigieron como destacadas y expresivas defensoras de la justicia popular a finales de los 70. Retoman la parte de la tradición comunitarista que no se basa ni en comunidades religiosas ni étnicas. Las JCSF tenían como objetivo la utilización de la participación en escenarios judiciales locales para la construcción de vecindarios, el incremento del autogobierno local y el empoderamiento de la población local. Los paneles de mediación vecinal se concebían separados por completo del derecho estatal: no recibían remisiones del sistema de justicia penal, no imponían penas –en vigor por el derecho estatal– y no recibían apoyo financiero del gobierno.

Las JCSF se situaron más cerca del ordenamiento indígena que del derecho estatal. Raymond Shonholtz describe la misión del programa como una recreación de las comunidades norteamericanas históricas, en las que sus miembros asumían la responsabilidad de sus propios conflictos (1987:46; ver también 1984). Shonholtz señala que el tipo de justicia popular que él defiende exige la construcción de una base de apoyo comunitario y el desarrollo del sistema de arreglo de conflictos en una institución comunitaria. Aunque otorga una importancia fundamental a las capacidades judiciales de las comunidades, Shonholtz concibe el funcionamiento del nuevo sistema de justicia en simbiosis con (pero no dependiente de) el sistema formal de policía y juzgados, mediante el establecimiento de vínculos limitados con el derecho estatal (1987).

¹³ Por ejemplo, Paul Wahrhafting describe un programa de mediación, creado por una mujer negra de clase media en Pittsburg, quien ya ejercía como mediadora en su vecindario. Para arrancar con un programa, reunía a quienes resolvían disputas indígenas y les daba una formación mínima. El programa no conservaba registros ni recibía financiación (1982:93-95).

De alguna forma, los procedimientos de mediación de las JCSF copian las formalidades de los juzgados: el caso, los terceros neutrales, la mesa, el código de reglas (en este caso, un manual con una descripción del proceso de las Juntas Comunitarias), la pretensión de objetividad y la capacidad de los encargados de la audiencia para discernir algún tipo de verdad sobre los problemas de la gente que está enfrente de ellos, delante la mesa.

Sin embargo, los procesos, el lenguaje empleado en el tratamiento del caso y los resultados de las sesiones de mediación son bastante diferentes a los característicos de los juzgados. El proceso fomenta un debate de sentimientos más que de hechos, y promueve –incluso fuerza–, a las partes a mirarse y hablarse. A los miembros del panel y a los encargados del desarrollo del caso se les llama “miembros de la comunidad”.

Los mediadores abren las audiencias describiéndose a sí mismos como vecinos de las partes. A las partes con problemas se les denomina primera y segunda parte como forma de despenalizar el proceso y resaltar la mutualidad del problema. Las sesiones son públicas, de esta forma, otros vecinos concernidos pueden asistir, aunque raramente lo hacen. Simbólicamente, la sesión se define como una audiencia vecinal, no como un proceso judicial. Con todo, el énfasis en su naturaleza pública es análogo al sistema judicial y diferente de la terapia.

Si bien las JCSF dirigen sus esfuerzos a la creación y el fomento de vecindarios autogobernados y al desarrollo de sus sistemas indígenas de ordenamiento jurídico, los vecindarios urbanos de San Francisco no parecen adecuarse bien a estos objetivos. Carecen de ordenamientos jurídicos consolidados. Una investigación en vecindarios similares, en el noroeste de Estados Unidos, reveló que los sistemas de ordenamiento indígenas eran débiles en los vecindarios urbanos de la región en la década de los 80 (Merry, 1990). Tras periodos prolongados de eludir y soportar problemas, la mayoría de las personas recurre, en primer lugar, al derecho estatal (Merry y Silbey, 1984). Aunque en las zonas urbanas de Estados Unidos existen muchas formas de gobierno privado, éstas no parecen tener raíces en los vecindarios, sino en instituciones y organizaciones. De esta forma, las JCSF pretendían la *creación* de tales comunidades vecinales, mediante reformas de justicia popular, pero no estructurarse sobre comunidades ya existentes. Teniendo en cuenta la fuerza de penetración del ordenamiento jurídico, el valor del individualismo, la movilidad y la apropiación de derechos por parte de la población en el vecindario urbano norteamericano medio, la construcción de comunidades por medio de este enfoque es difícil, tal como lo señala DuBow (DuBow, Goodman y Hanawi, 1985; ver también Merry, 1990). La debilidad de los ordenamientos jurídicos indígenas en los vecindarios de las JCSF problematiza la creación de una forma de justicia popular estrechamente ligada a esos ordenamientos.

Por otra parte, las JCSF parecen haber creado una comunidad especializada de mediadores, con un lenguaje, cultura y formas de organización propias. Son los voluntarios y los empleados de estas juntas quienes conforman la nueva comunidad, analizada en la ideología de las JCSF, pero no los vecindarios a quienes estos centros atienden, tal como Ingveson (1993) describe. De esta forma, el programa ha creado una comunidad interna, formada por los voluntarios del programa. Ellos, y no la gente con problemas, son llamados miembros de la comunidad. Los voluntarios de las JCSF participan en un amplio abanico de actividades, tales como formación en habilidades para la resolución de conflictos, celebración de encuentros educativos comunitarios, formación de residentes comunitarios para la construcción de una base de apoyo en torno a la comunidad de la Iglesia, y trabajo con asociaciones locales religiosas, de policía, escolares y de negocios para conseguir apoyo para el sistema de justicia comunitaria (Shonholtz, 1987:49).

Su trabajo hace parte de un sistema elaborado de gobierno, que promueve el énfasis del programa en el autogobierno (Duboh y Thomson, 1993). Aunque el trabajo de resolución de disputas es relativamente poco frecuente, los voluntarios pasan la mayor parte del tiempo asistiendo a cursos de formación, reuniones de gobierno, eventos sociales y sesiones de reciclaje formativo (DuBow, Goodman y Hanawi, 1985). El programa ofrece un lenguaje, una cultura, una misión y una vida social, que facilita la incorporación rápida de los recién llegados. Muchos de los voluntarios son personas solteras, nuevas en la ciudad, carentes de lazos comunitarios extensos (Duboh y McEwen, 1993). Se podría afirmar que la comunidad que las JCSF crean está formada por los voluntarios, más que por la población que habita en los vecindarios.

Al igual que otros tribunales de justicia popular, entre los que se incluyen otros programas de mediación comunitaria norteamericanos, por regla general, los miembros del panel (mediadores) tienen mayores niveles de educación y son más ricos que las partes que llevan sus conflictos a las Juntas Comunitarias (DuBow, Goodman y Hanawi, 1985). En la investigación sobre un programa similar de mediación comunitaria en Cambridge, Mass., inspirado en las Juntas Comunitarias de San Francisco y centrado como ellas en la justicia comunitaria y social, encontramos un patrón parecido de mediadores, relativamente jóvenes, con gran formación, predominantemente blancos, que atendían a una población de litigantes, en su mayoría pobre y racialmente mixta. Sin embargo, la brecha en educación, raza y clase social entre los mediadores de las JCSF y sus clientes es considerablemente menor que la característica de los programas norteamericanos de mediación, más influenciados por la corriente reformista (ver Duboh y McEwen, 1993).

Las JCSF no son típicas del movimiento más amplio de mediación comunitaria en los Estados Unidos. Desde la década de 1970, la tradición

reformista ha sido siempre dominante. Los objetivos expresados por las elites judiciales y políticas que impulsaron los primeros centros de justicia de vecindad eran más reformistas que comunitaristas, socialistas o anarquistas (Sander, 1976). A finales de la década de 1980, la tradición reformista mantuvo su predominancia. Los remanentes de la tradición comunitarista continuaron existiendo en las JCSF, en otros programas que estas inspiraron y en algunos programas de orientación religiosa (Beer, 1986)¹⁴, sin embargo, las voces socialistas y anarquistas se mantuvieron claramente apagadas. La mayoría de los programas de mediación comunitaria fueron destinados a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico formal, mediante la oferta de un servicio más accesible, rápido y eficiente, apropiado para los problemas particulares de cada parte (ver Goldberg, Green y Sander 1985). Esta versión de justicia popular, que Harrington y Merry etiquetaron como el proyecto de prestación de servicios (*service delivery project*) (1989), tiene por objetivo reformar y mejorar el sistema jurídico, pero no transformar las relaciones de poder existentes en la sociedad. Esta justicia, tan sólo preocupada por el grado en el que ha cumplido sus compromisos con proveer acceso equitativo al debido proceso, no supone una crítica a los principios del derecho estatal ni a las relaciones de poder.

CONCLUSIONES

De este análisis sobre justicia popular en el mundo resultan algunas conclusiones generales. El espacio de la justicia popular, entre el derecho estatal y los ordenamientos indígenas, es un espacio en disputa. De acuerdo con nuestro marco analítico, que sitúa la justicia popular en la coyuntura entre el derecho estatal y formas de ordenamiento no estatales, la forma de la justicia popular puede ser vista como el resultado de luchas entre el derecho estatal y los ordenamientos locales. Además, entender la justicia popular en tensión entre dos formas de ordenamiento explica su temporalidad, es decir, su tendencia a cambiar de forma y significado con el tiempo. Aunque a menudo la justicia popular se ve atrapada bajo el control del derecho estatal, continuamente aparecen nuevas formas de este tipo de justicia, con fundamento en ordenamientos locales que suponen un desafío para el derecho estatal.

A menudo, la justicia popular ha tenido fuertes vinculaciones con el derecho estatal y se ha alimentado de su lenguaje, categorías, procedimientos y rituales. Con frecuencia, abogados y jueces se han hecho cargo de la administración de estas instituciones, trayendo consigo el discurso del derecho formal y los códigos de la profesión. A veces, los formalismos y símbolos de la autoridad estatal también son utilizados por los jueces y

¹⁴ Este tipo comprende proyectos tanto de crecimiento personal como ideológicos de transformación social, como aparece en Harrington y Merry (1988).

personal lego que trabajan en escenarios de justicia popular, para reforzar su autoridad y atraer casos a su jurisdicción. Es posible que los usuarios prefieran instituciones más poderosas vinculadas con el Estado, ignorando aquellas basadas en la comunidad y, en apariencia, menos efectivas (Hayden, 1984; Meschievitz y Galanter, 1982). El derecho estatal introduce nuevas formas judiciales, revestidas del lenguaje y las formas del derecho indígena, pero gobernadas por la autoridad del sistema jurídico formal. A pesar de la oposición cultural de la justicia popular al derecho estatal ésta, a menudo, copia y refuerza su lenguaje y formas culturales.

Por otra parte, la población local se opone a esta legalización, reafirmando sus demandas por procedimientos más informales y normas locales. Grupos separatistas o religiosos se esfuerzan por bloquear la intervención del derecho estatal, levantando barreras contra su intrusión. Grupos subordinados, tales como invasores urbanos, crean formas alternativas de justicia, uniéndose contra un Estado hostil. Líderes tradicionales en sociedades poscoloniales adoptan formas "consuetudinarias" de manejo de conflictos, en su lucha por retener una autoridad cada vez más menguante, contra la penetración de relaciones sociales capitalistas y nuevas formas de autoridad jurídica. Organizaciones comunitarias tales como las JCSF, que trabajan en sociedades capitalistas avanzadas, intentan establecer un sistema de justicia opuesto al derecho estatal y por fuera de su jurisdicción y control.

Así, el argumento de que la justicia informal es una expansión del control estatal por medios no estatales es sólo una cara de la historia (Abel, 1982a). En la otra están los esfuerzos de grupos no estatales por captar este espacio para ellos mismos y contrarrestar la expansión del derecho estatal con formas de justicia basadas en fuentes de autoridad por fuera del Estado. La lucha crece y decrece a través de procesos de reforma, contrarreforma, burocratización, descentralización, informalismos, resistencia a mantener actas, a participar, y la preferencia del usuario por el derecho estatal.

En cada una de las tradiciones descritas, la creación de justicia popular se vincula a una agenda política y a la visión de alguna forma de transformación social, y se sostiene por intereses particulares de clase. Las tradiciones socialistas concentran sus esfuerzos en una reestructuración de la sociedad para conformar la visión de una nueva elite, ahondando en los cambios ya logrados a través de la transformación política. Las tradiciones comunitarista y anarquista debilitan el poder central, que es reemplazado por formas más localizadas de poder. La justicia popular reformista busca incrementar la legitimidad del sistema y contener el descontento, al tiempo que sirve a los intereses de los grupos dominantes.

Sin embargo, en general, la justicia popular tiende más a reforzar y ahondar las relaciones de poder que a transformarlas. El hecho de que las JCSF no crearan nuevas formas de ordenamiento vecinal en San Fran-

cisco no es sorprendente. Esta reproducción de las relaciones de poder ocurre porque la justicia popular raramente resulta de una base de poder por fuera del Estado o de las clases dominantes. Normalmente, la justicia popular presenta vinculaciones más estrechas con el derecho estatal que con ordenamientos indígenas. La justicia popular anarquista supone el desafío político más directo a las relaciones de poder existentes y, por norma general, es rápidamente reprimida. La justicia popular que nace de ordenamientos indígenas, o sea, las tradiciones comunitarista y anarquista, presenta una mayor posibilidad de desafiar la hegemonía del lenguaje y la forma ejercidos por el derecho estatal. Paradójicamente, a causa de los procesos de colonización y domesticación de formas más radicales de justicia popular, el potencial para lograr una transformación social es más grande en el caso de la justicia popular reformista, que funciona en el ordenamiento jurídico liberal hegemónico, que en el caso de la justicia popular anarquista, que persigue objetivos más revolucionarios.

Sin embargo, es más importante que la justicia popular introduzca una nueva ideología de resolución de conflictos, basada en la no violencia y en la oposición a la violencia del derecho. La mayoría de las formas de justicia popular aquí analizadas, comparte un compromiso por la resolución consensual y amistosa de conflictos. Sin importar cuál sea el impacto de la justicia popular en la transformación de las relaciones de poder, su poder ideológico reside en la capacidad de imaginar una ideología no violenta de manejo de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, Richard L. (1982a), "Introduction" en *The Politics of Informal Justice*, Vol. I. R. L. Abel (ed.) New York: Academic Press.
- (1982b), "The Contradictions of Informal Justice," en *The Politics of Informal Justice*, Vol. I. Richard L. Abel (ed.), New York, Academic Press.
- ARNO, Andrew (1985), "Structural Communication and Control Communication: An Interactionist Perspective on Legal and Customary Procedures for Conflict Management," *American Anthropologist* 87: 40-55.
- AUERBACH, Jerrold (1983), *Justice Without Law?*, New York, Oxford University Press.
- BEER, Jennifer E. (1986), *Peacemaking in Your Neighborhood: Reflections on an Experiment in Community Mediation*, Philadelphia, Penna, New Society Publishers.
- BERMAN, Jesse (1969), "The Cuban Popular Tribunals," *Columbia Law Review* 69: 1317.
- BOSSY, John (ed.) (1983), *Disputes and Settlements: Law and Human Relations in the West*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BURMAN, Sandra y Barbara E. HARRELL-BOND (eds.) (1979), *The Imposition of Law*, New York; Academic Press.
- CAIN, Maureen (1985), "Beyond Informal Justice," *Contemporary Crises* 9: 335-373.

- CANTOR, R. (1974), "Law without Lawyers: Cuba's Popular Tribunals," *Juris Doctor* 4: 24.
- CHANOCK, Martin (1985), *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, Cambridge University Press.
- COHEN, Jerome Alan (1977), "Criminal Law: Reflections on the Criminal Process in China," *Journal of Criminal Law and Criminology* 68: 323-353.
- (1966), "Chinese Mediation on the Eve of Modernization," *California Law Review* 54: 1201-1226.
- (1973), "Chinese Law: At the Crossroads," *American Bar Association Journal* 59: 42-44.
- COLLIER, Jane (1977), "Popular Justice in Zinacantan," *Verfassung und Recht in Uebersee: Sonderdruck* 3: 431-440.
- CRATSLEY, John C. (1978), "Community Courts: Offering Alternative Dispute Resolution within the Judicial System," *Vermont Law Review* 3:1.
- CROCKETT, George W. y Morris GLEICHER (1978), "Teaching Criminals a Lesson: A Report on Justice in China," *Judicature* 61: 278.
- DANZIG, Richard (1973), "Toward the Creation of a Complementary, Decentralized System of Criminal Justice," *Stanford Law Review* 26: 1.
- DuBOW, Fred, Oscar GOODMAN y Nancy HANAWI (1985), Preliminary Report of the Study of the San Francisco Community Boards Program.
- DUBOH, Frederic L. y Douglas R. THOMSON, "Organizing for Community Mediation: The Legacy of Community Boards of San Francisco as a Social Movement Organization", en Merry, Sally Engle y Neal, Milner (1993), *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, University of Michigan Press.
- y Craig McEWEN "Community Boards: An Analytic Profile", en Merry, Sally Engle y Neal Milner (1993), *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, University of Michigan Press.
- FELSTINER, William F. (1974), "Influences of Social Organization on Dispute Processing," *Law and Society Review* 9: 63.
- FISHER, E. (1975), "Community Courts: An Alternative to Conventional Criminal Adjudication," *American University Law Review* 24: 1253.
- FITZPATRICK, Peter (1981), "The Political Economy of Dispute Settlement in Papua New Guinea," en Colin Sumner (ed.), *Crime, Justice and Underdevelopment*, London, Heinemann.
- (1982), "The Political Economy of Law in the Post-Colonial Period," en *Law and Social Change in Papua New Guinea*, David Weisbrot, Abdul Paliwala y Akilagpa Sawyerr (eds.), Sydney, Butterworths.
- (1989a), "Custom as Imperialism," en Jamil M. Abun-Nasr y Ulrich Spellenberg (eds.), *Law and Identity in Africa*.
- (1989b), "'The Desperate Vacuum': Imperialism and Law in the Experience of Enlightenment," *Droit et Société*.
- "The Impossibility of Popular Justice", en Merry, Sally Engle y Neal Milner, (1993), *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, University of Michigan Press.

- FOUCAULT, Michel (1980), "On Popular Justice: A Discussion with Maoists," en *Power/Knowledge: Selected Interviews and other Writings 1972-1977*, Colin Gordon (ed.), Colin Gordon, Leo Marshall, John Mepham, Kate Soper (trans.), New York, Pantheon.
- FRIEDMAN, Lawrence M. (1973), *A History of American Law*, New York, Simon and Schuster.
- GARBUS, Martin, (1977), "Justice without Courts: A Report on China Today," *Judicature* 60, (8): 395-402.
- GARLOCK, Jonathan (1982), "The Knights of Labor Courts: A Case Study of Popular Justice," en *The Politics of Informal Justice*, Vol. I. Richard L. Abel (ed.), New York, Academic Press.
- GEERTZ, Clifford, (1983), *Local Knowledge*, Basic Books.
- GIBBS, James L. (1963), "The Kpelle Moot," *Africa* 33:1.
- GOLDBERG, Stephen B., Eric D. Green y Frank E. A. Sander (eds.) (1985), *Dispute Resolution*, Boston, Little Brown.
- GORDON, Robert J. y Mervyn J. MEGGITT (1985), *Law and Order in the New Guinea Highlands: Encounters with Enga*, Hanover y London, University Press of New England.
- HALPERIN, Rhoda y Sara STURDEVANT (1989), "A Cross-Cultural Treatment of the Informal Economy," en M. Estellie Smith, *Perspectives on the Informal Economy*. Society for Economic Anthropology Proceedings, Lanham, MD, University Press of America.
- HARRINGTON, Christine (1985), *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*, Westport, Conn., Greenwood Press.
- y Sally Engle MERRY (1989), "Ideological Production: The Making of Community Mediation," *Law and Society Review* 22: 709-737.
- (1982), "Delegalization Reform Movements: A Historical Analysis," in *The Politics of Informal Justice*, Vol. I. Richard L. Abel (ed.), New York, Academic Press.
- HAYDEN, Robert M. (1984), "Popular Use of Yugoslav Labor Courts and the Contradiction of Social Courts," *Law and Society Review* 20: 229-251.
- HENRY, Stuart (1983), *Private Justice*, Boston, Routledge y Paul Kegan.
- (1987), "The Construction and Deconstruction of Social Control: Thoughts on the Discursive Production of State Law and Private Justice," en *Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control*, John Lowman, Robert J. Menzies, T.S. Palys (eds.), Aldershot, Gower.
- HSIA, Tao-tai (1978), "Legal Developments Since the Purge of the Gang of Four," *Issues and Studies* 14: 1-26.
- IETSWAART, Heleen F. P. (1982). "The Discourse of Summary Justice and the Discourse of Popular Justice: An Analysis of Legal Rhetoric in Argentina," en *The Politics of Informal Justice*, Vol. II. Richard L. Abel (ed.), New York, Academic Press.
- INGVESSON, Barbara "Local People, Local Problems, and Neighborhood Justice: The Discourse of 'Community' in San Francisco Community Boards", en

- Merry, Sally Engle y Neal Milner (1993), *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, University of Michigan Press.
- JOHNNY, Nikontro (1987), "The Relationship between Traditional and Institutionalized Dispute Resolution in the Federated States of Micronesia." Program on Conflict Resolution Occasional Paper 1987 - 3, Honolulu, University of Hawaii at Manoa.
- LEDERACH, John Paul y Ron KRAYBILL, "The Paradox of Popular Justice: a Practitioner's View", en Merry, Sally Engle y Neal Milner (1993), *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, University of Michigan Press.
- LENG, Shao-Chuan (1977), "The Role of Law in the People's Republic of China as Reflecting Mao Tse-Tung's Influence," *Journal of Criminal Law and Criminology* 68: 356 - 373.
- LI, Victor H. (1978), *Law without Lawyers: A Comparative View of Law in China and the United States*, Boulder, Westview Press.
- LOWY, Michael (1978), "A Good Name is Worth More than Money: Strategies of Court Use in Urban Ghana," en Laura Nader y Harry Todd (eds.), *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, New York, Columbia University Press.
- LUBMAN, Stanley, (1967), "Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Communist China," *California Law Review* 55: 1284-1359.
- LYOTARD, Jean-François (1979), *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. Geoff Bennington y Brian Massumi (trans.), Minneapolis, University of Minnesota Press.
- MERRY, Sally Engle (1982), "The Social Organization of Mediation in Nonindustrial Societies: Implications for Informal Community Justice in America," en Richard Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, Vol. II, New York, Academic Press.
- (1990), *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*, Chicago, University of Chicago Press.
- y Susan S. SILBEY (1984), "What do Plaintiffs Want?: Reexamining the Concept of Dispute," *Justice System Journal* 9: 151-179. Special Issue on Alternative Dispute Resolution.
- y Ann Marie ROCHELEAU (1985), *Mediation in Families: A Study of the Children's Hearings Project*, Cambridge, Cambridge Children's and Family Services.
- MESCHIEVITZ, Catherine S. y Marc GALANTER (1982), "In Search of Nyaya Panchayats: The Politics of a Moribund Institution," en *The Politics of Informal Justice*, Vol. II, Richard L. Abel (ed.), New York, Academic Press.
- (1987), "Panchayat Justice: A Brief History of State Sponsored Informal Courts in India," Manuscript on file with author.
- NADER, Laura (1969), "Styles of Court Procedure: To Make the Balance," en L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, Chicago, Aldine.
- (ed.) (1980), *No Access to Law*, New York, Academic Press.

- (1984), "The Recurrent Dialectic Between Legality and its Alternatives," *University of Pennsylvania Law Review* 621.
- y Linda SINGER (1976), "Dispute Resolution in the Future: What are the Choices?," *California State Bar Journal* 51: 281.
- NAROKOBI, Justice B. (1982), "History and Movement in Law Reform in Papua New Guinea," en *Law and Social Change in Papua New Guinea*, David Weisbrot, Abdul Paliwala y Akilagpa Sawyerr (eds.), Sydney, Butterworths.
- OKOTH-Ogendo, H.W.O. (1979), "The Imposition of Property Law in Kenya," en Sra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*, New York, Academic Press.
- OTTLEY, Bruce L. y Jean G. ZORN (1983), "Criminal Law in Papua New Guinea: Code, Custom and the Courts in Conflict," *American Journal of Comparative Law* 31: 251-300.
- PALIWALA, A. (1982), "Law and Order in the Village: The Village Courts," en *Law and Social Change in Papua New Guinea*, David Weisbrot, Abdul Paliwala y Akilagpa Sawyerr (eds.), Sydney, Butterworths.
- PE, Cecilio L. y Alfredo F. TADIAR (1979), *Katarungang Pambarangay: Dynamics of Compulsory Conciliation*, Manila, UST Press.
- RANGER, Terence (1983), "The Invention of Tradition in Colonial Africa," en Eric Hobsbawm y Terence Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*.
- SALAS, Louis (1983), "The Emergence and Decline of the Cuban Popular Tribunals," *Law and Society Review* 17: 587 - 613.
- SANDER, Frank (1976), "Varieties of Dispute Processing," *Federal Rules Decisions* 70: 111.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1977), "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasagarda," *Law and Society Review* 5.
- (1979), "Popular Justice, Dual Power, and Socialist Strategy," *Capitalism and the Rule of Law*, Bob Fine, Richard Kinsey, John Lea, Sol Picciotto y Jock Young (eds.), London, Hutchinson.
- (1982), "Law and Revolution in Portugal: The Experiences of Popular Justice after the 25th of April 1974," en *The Politics of Informal Justice*, Vol. II, Richard L. Abel (ed.), New York, Academic Press.
- SCAGLION, Richard (1981), "Legal Planning in Papua New Guinea," *Oceania*.
- SCHWARTZ, Richard (1954), "Social Factors in the Development of Legal Control: A Case Study of Two Israeli Settlements," *Yale Law Journal* 63: 471.
- SILBEY, Susan S. y Sally E. MERRY (1986), "Mediator Settlement Strategies," *Law and Policy* 8: 7-32.
- y Austin SARAT (1988), "Dispute Processing in Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstitution of the Juridical Subject," Disputes Processing Research Program, Working Papers Series 8, Institute for Legal Studies, University of Wisconsin/Madison, Madison, Wisconsin.
- SHONHOLTZ, Raymond (1987), "The Citizen's Role in Justice: Building a Primary Justice and Prevention System at the Neighborhood Level," *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 494: 42-52.

- (1984), "Neighborhood Justice Systems: Work, Structure, and Guiding Principles," *Mediation Quarterly* 5: 3-30.
- SILLIMAN, G. Sidney (1981-82), "Dispute Processing by the Philippine Agrarian Court," *Law and Society Review* 16: 89-115.
- (1985), "A Political Analysis of the Philippines' Katarungang Pambarangay System of Informal Justice through Mediation," *Law and Society Review* 19: 279-303.
- SNYDER, Francis G. (1981), "Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal," *Journal of Legal Pluralism* 19: 49.
- SPENCE, Jack (1978), "Institutionalizing Neighborhood Courts: Two Chilean Experiences," *Law and Society Review* 13: 139-182.
- SPITZER, Steven (1982), "The Dialectics of Formal and Informal Control," en *The Politics of Informal Justice*, Vol. I, Richard L. Abel (ed.), New York, Academic Press.
- STARR, June (1989), "The Role of Turkish Secular Law in Changing the Lives of Rural Muslim Women, 1950-1970," *Law and Society Review* 23:497-523.
- y Jonathan POOL (1974), "The Impact of a Legal Revolution in Rural Turkey," *Law and Society Review* 8: 533.
- TAN, Bayani K. y Ma. Gracia M. PULIDO (1981), *Philippine Law Journal* 56: 425-438.
- TIRUCHELVAM, Neelan (1984), *The Ideology of Popular Justice in Sri Lanka: A Socio-Legal Inquiry*, New Delhi, Vikas Publishing House.
- WAHRHAFTING, Paul (ed.) (1978), *The Citizen Dispute Resolution Organizer's Handbook*, Pittsburgh, Grassroots Citizen Dispute Resolution Clearing-house.
- (1982), "An Overview of Community-Oriented Citizen Dispute Resolution Programs in the United States," en Richard L. Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, Vol. I, New York, Academic Press.
- WEISBROT, D. (1982), "The Impact of the Papua New Guinea Constitution on the Recognition and Application of Customary Law," en *Pacific Constitutions: Proceedings of the Canberra Law Workshop VI*. Peter Sack (ed.), Canberra, Australian National University.
- y A. PALIWALA (1982), "Changing Society through Law: An Introduction," en *Law and Social Change in Papua New Guinea*, David Weisbrot, Abdul Paliwala y Akilagpa Sawyerr (eds.), Sydney, Butterworths.
- WESTERMARK, George D. (1986), "Court is an Arrow: Legal Pluralism in Papua New Guinea," *Ethnology* 25: 131.
- WOLF, Eric (1982), *Europe and the People without History*, Berkeley, University of California Press.
- YAFFE, James (1972), *So Sue Me! The Story of a Community Court*, New York, Saturday Review Press.

JUSTICIA COMUNITARIA COMO REALIDAD CONTEMPORÁNEA

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 antagónicas, 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

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

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.

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

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 antagónica 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-

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.

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.

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

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?” (Farías, 1995: 85).

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.

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 igualdad 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 menguante 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 compete 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, Vol. 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, Paidós.
- 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.

Las autoridades tradicionales en el contexto del pluralismo jurídico*

MARIA PAULA MENESES**



En la actualidad, el debate sobre los sistemas jurídicos “alternativos” muestra claramente que los mecanismos de resolución de conflictos pueden ser usados de diversas maneras. Esto implica también el reconocimiento de que hay métodos diferentes al litigio para resolver conflictos, y que algunas veces dichos métodos pueden resultar más apropiados desde un punto de vista social. El objetivo de este artículo es analizar las raíces profundas y la justificación de los métodos y costumbres de resolución de conflictos en Mozambique desde el punto de vista del desarrollo del Estado, en los contextos colonial y postcolonial. Con base en el estudio de caso de los conflictos sobre acusaciones de brujería, el artículo busca demostrar que los sistemas jurídicos tradicionales forman parte de sistemas sociales bien establecidos, cuyo objetivo usualmente va más allá de la resolución del caso concreto. Dichos métodos, que giran en torno a decisiones de tipo judicial o a la mediación, están orientados especialmente hacia la reconciliación y al mantenimiento o la mejoría de las relaciones sociales. El artículo discute, igualmente, algunas posibilidades de este tipo de mecanismos para el futuro.



Traditional Authorities in the Context of Legal Pluralism

Nowadays the discussion about “alternative” legal systems clearly shows that dispute resolution can be used in more than one way. It also means the recognition that there are other methods than litigation, and that these may sometimes be more socially appropriate. The goal of this article is to analyze the deep roots and valid reasons for traditional conflict resolution methods and customs in

Este artículo desarrolla algunas ideas inicialmente planteadas en un capítulo coescrito por la autora en el libro *Conflito e Transformação Social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Boaventura de Sousa y João Carlos Trindade (eds), Porto, Afrontamento, 2003.
Traducción de Libardo Ariza.

** Antropóloga. Investigadora del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, Portugal.
Correo electrónico: meneses@fe.uc.pt

Mozambique, through the lenses of the development of the state, both in colonial and post-colonial contexts. Using the case study of conflicts in turn to accusations of witchcraft, this article aims to demonstrate that traditional legal systems form part of time-proven social systems, in which the objective is usually more than just settling a case. Such methods, whether they include more adjudication or more mediation, are especially oriented towards reconciliation and the maintenance or even improvement of social relationships. Possibilities for the future are pointed out as well.

INTRODUCCIÓN

El tema de las autoridades tradicionales (AT), ampliamente discutido hoy en día en el contexto de las ciencias sociales y políticas en África, es extremadamente complejo y diverso. A lo largo de este artículo, y debido a que el paisaje de las justicias en Mozambique está caracterizado fuertemente por el pluralismo jurídico, el análisis se concentrará en el derecho y en las justicias tradicionales. Esta presentación gira en torno a los debates en curso sobre los procesos de formación del Estado en Mozambique a lo largo del último siglo. En particular, el énfasis estará centrado en la naturaleza de la relación entre las instituciones de base heredadas del periodo colonial y las que fueron establecidas por el Frelimo¹. La primera parte examina aspectos relevantes de la experiencia colonial y presenta los elementos clave del contexto en que el gobierno de Mozambique, durante la posindependencia, intentó realizar un corte claro y decisivo frente a la herencia del Estado colonial y construir un orden socialista basado en el crecimiento y la consolidación del poder popular. Este artículo examina de manera somera los procesos de formación del Estado y el cambio sociopolítico ocurrido en el país, con el objetivo de hacer visibles las líneas de continuidad entre las estructuras del poder rural en el final del periodo colonial y aquellas que prevalecerán –en el periodo de la posindependencia– como resultado de los esfuerzos del Frelimo para revolucionar las relaciones sociales en el país. A continuación se concentra en los resultados del trabajo de investigación llevado a cabo en varias regiones del país sobre el papel de estas autoridades en la resolución de los conflictos sociales, evaluando las prácticas y los discursos, entre los que se destaca el Decreto 15/2000 del 20 de junio sobre las autoridades comunitarias locales.

La información discutida en este artículo es el resultado de la investigación en archivos, y de datos recogidos mientras se analizaban casos observados durante el trabajo de campo.

Frente de Liberación de Mozambique, movimiento que condujo la lucha por la liberación nacional. Después de la independencia de Portugal en 1975, el Frelimo desarrolló un proceso de transformación política que se estableció como un partido a finales de los años 70. Después se desarrolló el multipartidismo a principios de los 90. El Frelimo ganó las dos primeras elecciones presidenciales y

El trabajo de campo fue realizado por el equipo de investigación entre febrero de 1998 y julio de 1999². Entre 1999 y 2000 se trabajó también con la Ametramo³. Esta asociación proporcionó información importante para la comprensión del papel de esta institución en el panorama de las justicias en Mozambique. Durante este periodo se entrevistaron varios médicos tradicionales y se pudieron observar algunas sesiones de procura de pruebas, así como sesiones de “cura”. Finalmente se entrevistaron varios líderes religiosos para tener una visión más amplia sobre el papel y las dinámicas de la AT como instancia de resolución de conflictos.

EL SISTEMA DEL INDIGENATO Y EL SURGIMIENTO DE LAS AUTORIDADES TRADICIONALES

¿Qué es lo “tradicional” en la autoridad tradicional?

Una respuesta a esta pregunta puede ser encontrada en las tipologías desarrolladas internacionalmente en relación con el tema de la legitimación de la autoridad. En este sentido vale la pena evaluar las implicaciones de la dicotomía moderno/tradicional en el concepto de autoridad. Una concepción moderna del sentido de la autoridad (Weber, 1964:159) atribuye a la AT un estatus premoderno, por estar basada en la creencia de la santidad de la tradición como existente desde tiempos inmemoriales⁴. La legitimidad de dicha autoridad está garantizada por el hecho de que aquellos que gobiernan lo hacen siguiendo esas tradiciones. Por el contrario, la autoridad racional –tipo moderno de autoridad– se define como aquella que actúa en función de las estructuras socialmente sancionadas.

Mientras la autoridad moderna se basa en la existencia de estructuras definidas por la ley, el punto de partida para la legitimación de la AT es la evocación de los antepasados, los que en consecuencia legitiman el carácter sagrado de esta autoridad. Debido a que en Mozambique convi-

legislativas y sigue desde entonces en el poder (2003).

Esto es, antes de la introducción del Decreto 15/2000 que reglamenta los preceptos de funcionamiento de las autoridades comunitarias locales. Justo antes de la independencia, Frelimo abolió (al menos formalmente) las autoridades tradicionales. Sin embargo, debido a la incapacidad de articular las políticas locales, y después de un largo debate, en el año 2000 el gobierno pasó un decreto reconociendo de nuevo la figura de las autoridades tradicionales –entre otras, autoridades comunitarias y locales– como bases legítimas de las estructuras del aparato del Estado.

Asociación de los Médicos Tradicionales de Mozambique.

El término “tradicional” es considerado como residual, sobre todo a la luz de su opuesto, la modernidad. Todavía ninguna tradición puede considerarse la imagen exacta de una práctica anterior, ya que las tradiciones son creadas y recreadas por los propios procesos históricos (Hobsbawm, 1988). En periodos de transición-transformación acentuada, por la continuidad que asegura con el pasado, la tradición es reforzada en cuanto mecanismo de seguridad y de inclusión social.

ven distintos grupos étnicos, también son distintas las concepciones y las formas de AT presentes en el país. En este sentido resulta relevante realizar un análisis del trayecto histórico de la relación entre la autoridad tradicional y la moderna, en términos de la resolución de conflictos y la integración social, para evaluar las transformaciones que se han presentado a partir de la instauración del Estado colonial en Mozambique.

El Estado colonial y la implantación del régimen del indigenato

En Mozambique, el reconocimiento de la existencia de las autoridades locales surgió no como el fruto de una necesidad de dominación, sino como una condición necesaria para garantizar una presencia marginal y el comercio (Feliciano y Nicolau, 1998; Dinerman, 1999; Santos, 2001: 59).

Con todo, el siglo XX fue un periodo crítico debido a las transformaciones radicales que trajo a la coyuntura política de Mozambique. Las diferentes estrategias económicas y políticas aplicadas por el Estado colonial en Mozambique tuvieron como resultado cambios importantes en la organización del poder (para quién y dónde funcionaba este poder). Las formas de dominación colonial y de resistencia en diferentes espacios y lugares son un reflejo de los sistemas de explotación que dependían de la fuerza de trabajo coaccionada o libre, situación que explica el régimen colonial que existió en Mozambique, así como las distintas etapas que le sucederán (O'Laughlin, 2000: 11). El régimen del indigenato fue, como varios autores lo han señalado (Harris, 1994; Mamdani, 1996; Fialho, 1998; Gentili, 1999; O'Laughlin, 2000), el sistema político que subordinó a los mozambiqueños a los jefes de las comunidades descritas como tribus (asumiendo la presencia de una lengua y de una cultura común). La construcción del derecho tradicional surge, de esta manera, como parte integrante de este proceso de subordinación y dominación, del que resultó el surgimiento del Estado colonial⁵. En este sentido, las leyes, los estatutos y las políticas que distinguían al colonizador del colonizado, al ciudadano del indígena, reflejan dentro del Estado colonial la necesidad de estructurar el sistema de explotación y de discriminación racial. Resulta ejemplar dentro de dicha actitud la posición de Rodrigues Júnior, quien afirmaba: "es necesario forzar [al negro] a la contribución que debe dar para el desarrollo de la riqueza pública; es preciso obligarlo a producir [...]. Se trata de proteger al negro, de integrarlo en el sistema económico de Mozambique" (1955:22-23). Como consecuencia de la creación de un Estado colonial, fueron definidos como ciudadanos colonos aquellos que tenían la libertad de movimiento en el territorio, que podían contratar trabajadores y adquirir propiedades; quien no podía realizar tales actos detentaba el estatus de indígena.

A pesar de que el Código del indigenato había sido adoptado tan sólo a finales de la década de los años 20 del siglo pasado, fue precedido

Sobre este tema véase también Young (1994), Gentili (1999), Herbst (2000).

por una serie de códigos y regímenes de sanción⁶ que fijarían firmemente el nexo entre el ciudadano y el indígena (Penvenne, 1995; Newitt, 1997). A las autoridades locales les correspondía cumplir condiciones, reclutar por la fuerza a aquellos que no se ofreciesen voluntariamente al trabajo, e imponer medidas laborales correctivas (trabajo forzado) a aquellos que infringiesen las leyes. La división entre indígenas y no-indígenas sería reforzada, en 1917, con la introducción del concepto de "asimilado", una categoría social no sujeta al trabajo forzado. Como ciudadanos inferiores, los asimilados⁷ (negros, asiáticos, mestizos) tenían tarjetas de identidad que los diferenciaban de la masa de los trabajadores que detentaban la libreta indígena. Esta libreta luego sería el medio para limitar la circulación de la fuerza de trabajo y para el control de la población nativa (Rita-Ferreira, 1967-1968; Hedges, 1993; CEA, 1998).

En términos ideológicos el colonial era, como lo mencionan varios autores, un sistema dualista que pretendía oponer distintas formas de gobierno, de sistemas legales, de posesión de la tierra y de regulación del trabajo (Mamdani, 1996; Newitt, 1997). Al atribuir una identidad política a los africanos a través de las autoridades locales (indígenas), el colonialismo portugués forjó las raíces de una oposición étnica, racial e identitaria que marcaría a Mozambique durante el periodo de la pos-independencia (Santos, 2001).

Las autoridades gentilicias⁸ durante el indigenato

La década de los años 40 del siglo XX constituyó un referente en la oficialización de los atributos y las competencias de las llamadas autoridades locales/tradicionales (o gentilicias). Fue durante este periodo que el Estado colonial portugués dio un impulso significativo en el ámbito de la reestructuración socioeconómica y de la reorganización de toda la política de fortalecimiento del poder de estas autoridades en Mozambique.

En términos de la estructura territorial durante el periodo colonial existían dos tipos de unidades organizativas: los consejos y las circunscripciones. En los consejos, existentes predominantemente en contextos urbanos, imperaba el Estado de derecho, estando los ciudadanos dirigidos por autoridades civiles. En las áreas rurales la unidad administrativa bá-

Aquí vale la pena destacar la Ley del Trabajo promulgada en Portugal en 1899, la cual dividía formalmente la población que vivía en las colonias portuguesas en dos clases: la de los indígenas y la de los no indígenas o civilizados. Los no indígenas poseían los derechos de ciudadanía vigentes en Portugal y vivían de acuerdo con la ley de la metrópoli; los indígenas vivían bajo las leyes locales y sujetos a los procedimientos legales propios de cada colonia.

Aquellos que tuvieron que demandar para ser reconocidos como "ciudadanos portugueses civilizados", habiendo cortado sus lazos culturales con su "pasado nativo".

Referencia frecuente, durante la época colonial, de las AT.

sica era la circunscripción⁹, dirigida por un administrador colonial. Estas circunscripciones estaban divididas en regedorías¹⁰, una unidad administrativa más reducida, liderada por un régulo (bajo el control del administrador). La figura del régulo era hereditaria y su legitimidad a menudo estaba basada en un vínculo aparentemente real, con los linajes precoloniales locales¹¹. De hecho, los títulos atribuidos a las diferentes posiciones en la estructura del poder local variaban de acuerdo con las lenguas locales y con el registro histórico existente (Cuahela, 1996)¹². Cuando era considerado adecuado, el régimen colonial portugués apoyaba las reglas locales de sucesión para la designación de los régulos, admitiendo la existencia de un derecho privativo, consuetudinario, para la resolución de los problemas de las sociedades locales (Gonçalves Cota, 1944, 1946). Además, cuando los líderes locales se oponían, de una u otra forma, a las autoridades coloniales, eran sustituidos por personas más sumisas. Otros títulos locales, muchas veces con connotaciones religiosas (como el caso de los *tinyàngá*¹³) seguían existiendo, aunque su importancia política fue disminuyendo si no se articulaba con la estructura del poder.

En este nuevo sistema administrativo el papel de los régulos llegó a ser de gran importancia para el control efectivo de las poblaciones locales. Así, el Decreto Provincial 5.639 del 29 de julio de 1944 les atribuye el estatuto de auxiliares de la administración, y el gobierno crea incentivos e insignias que servirían de estímulo para el desempeño de los régulos y sus asistentes, los cabos de tierra. Gradualmente estos títulos tradicionales fueron perdiendo parte de su contenido, y los régulos y cabos de tierra fueron percibidos como una parte efectiva del Estado colonial¹⁴, recibiendo remuneraciones que se pagaban a través de comisiones sobre el cobro del

Las instancias más bajas de división territorial en tiempos de la Colonia, en coincidencia con el actual distrito. Estas circunscripciones además podían estar subdivididas en puestos, cuando se tratase de zonas muy extensas.

- ¹⁰ Las regedorías muy extensas estaban subdivididas y la autoridad en el ámbito local era delegada a una normal autoridad gentilicia jerárquicamente inferior, el "cabo de tierra".
- ¹¹ Las regedorías no eran un fenómeno exclusivamente rural; en las grandes ciudades los indígenas eran dirigidos por un régulo local. Esta situación se mantiene hoy en día, constituyendo un ejemplo de lo anterior el caso del regulado Luís, en el barrio Manga-Loforte, ciudad de Beira (Sofala, la segunda ciudad del país. Véase Meneses et al., 2003).
- ¹² Por ejemplo: *mwene* en las regiones amakhuwa, *nyakwawa* en la región de Manica y Sofala, *samasuwa* en Zambézia, *hosi* para los machangana, etc.
- ¹³ Médicos tradicionales. Sobre este asunto consúltense los trabajos de Gonçalves Cota (1944, 1946), así como Honwana 2002).
- ¹⁴ A pesar de esta mezcla en la administración colonial, varios autores mencionan la duplicidad del papel de algunos régulos que, aprovechándose de su posición privilegiada, impulsaron programas de mejoramiento de las condiciones de vida de sus poblaciones (Isaacman, 1990; Alexander, 1994). En otras situaciones, la decisión tomada fue la de confrontación directa con el sistema colonial, o la fuga hacia países vecinos (Vail y White, 1980; Fortuna, 1993; CEA, 1998).

impuesto de *palhota*, del reclutamiento de mano de obra¹⁵ y de la venta de las culturas obligatorias dentro de las áreas bajo su control. Dentro de sus áreas de jurisdicción los régulos y cabos de tierra controlaban la distribución de las tierras clasificadas como pertenecientes a la reserva indígena, y resolvían los conflictos locales aplicando las normas consuetudinarias (Geffray, 1991; Alexander, 1994; Dinerman, 1999). En este sentido, a pesar de ser castigados por el Estado colonial¹⁶, las jefaturas e instituciones relacionadas con ellos fueron un importante factor de cohesión y de identidad cultural, legitimando la autoridad y regulando las relaciones de la población con el medio, administrando localmente las situaciones conflictivas que emergían. El régimen del indigenato (que estuvo en vigor hasta principios de la década de los años 60) se basaba en un sistema de identidad social que convertía el nacimiento o el vínculo con el linaje de un determinado grupo en el fundamento de los derechos de residencia y de acceso a la tierra (ya sea en sentido real, bien en el sentido de pertenencia por linaje), aunque frecuentemente se irrespetasen las fronteras y alianzas precoloniales.

Para el ejercicio de su poder, los régulos y cabos de tierra poseían una pequeña fuerza policial (y acudían a castigos físicos, como el uso del *chamboco*¹⁷). Aún así, la fuerza física no era suficiente para garantizar la legitimidad de su actuación. Para lograr tal cosa tenían que recurrir al apoyo de los linajes locales (a los que frecuentemente no pertenecían) para negociar las exigencias de la administración colonial y procurar solucionar los conflictos que surgían.

En términos de pluralismo jurídico¹⁸ el fruto del sistema colonial implantado, la *indirect rule*, garantizaba la existencia de un sistema legal moderno, oficial, para los ciudadanos (por ejemplo, para los colonos y asimilados)¹⁹. Estos últimos detentaban un registro de nacimiento y de una tarjeta de identidad, podían registrar la posesión de bienes a su nombre

- ¹⁵ Un ejemplo de lo anterior es el artículo 2 del Decreto Municipal 13.128, del 19 de abril de 1950, que concedía recompensas a las autoridades gentilicias por su intervención en los contratos de trabajo; la circular 2469/B/2 de la Repartición Central de los Negocios Indígenas, del 25 de junio de 1952, sobre el uso de uniformes de las autoridades gentilicias; Decreto 36.636, del 25 de mayo de 1948, que instituyó la Escuela de Preparación de las Autoridades Gentilicias para los hijos de los régulos, etc.
- ¹⁶ Como se mencionó, la presión ejercida por el Estado sobre estas autoridades era en el sentido de transformarlas en instrumentos de su política colonial.
- ¹⁷ Se trata de un objeto de madera pesado, con el que eran aplicadas palmadas al castigado.
- ¹⁸ Santos afirma que las condiciones de emergencia del pluralismo jurídico están presentes "en una situación de extrema heterogeneidad dentro del derecho estatal y consecuentemente dentro de la acción del Estado y la regulación político-administrativa. Es una condición social legal, la cual se define como nacional, moderna, formal y oficial, pero dentro de las prácticas internas, la presencia de algunas o de todas las dicotomías de los polos que pueden ser detectadas desde lo no oficial, informal, tradicional, local o global. Nosotros llamamos al Estado en el que prevalecen estas condiciones Estado heterogéneo".
- ¹⁹ A través de la ley indirecta, la administración colonial pretendía legitimar su presencia ante las comuni-

(por ejemplo, la tierra y otros bienes inmuebles), y acudir ante los tribunales judiciales para la resolución de conflictos. Así, la identidad civil era la identidad del ciudadano, del civilizado, el único que podía tener derechos civiles y políticos. Éstos estaban inscritos en el registro civil y eran defendidos y protegidos por el Estado colonial. Por su parte, los derechos de los indígenas eran defendidos por las autoridades gentilicias por medio del derecho tradicional. Debido a que la identidad indígena era definida por los vínculos ancestrales con una región, ésta a su vez era definida con base en criterios étnicos. Los derechos y las obligaciones eran establecidos en función de las costumbres indígenas locales, transformadas en códigos consuetudinarios. Como resultado, estas autoridades locales, gentilicias, hablaban el lenguaje de la cultura y no el de los derechos, exclusivo de los ciudadanos²⁰.

De esta forma el derecho moderno, regulaba las relaciones entre los no indígenas, así como las relaciones entre los no-indígenas y los indígenas. Se hace pues evidente que la desigualdad política emerge paralelamente con la desigualdad civil, estando ambas asentadas en el pluralismo jurídico instituido: la ley colonial/estatal y los derechos consuetudinarios. El jefe local, el régulo, conjugaba en sí las distintas funciones del poder: legislativa, judicial, ejecutiva y administrativa. En todo caso el régulo no actuaba individualmente, por el contrario, actuaba como una especie de catalizador de opiniones, pues el caso era presentado no sólo al jefe sino también a sus consejeros. La decisión/sentencia era emitida luego de escuchar la opinión de la *b'andlha*, la asamblea de notables de la comunidad local²¹.

En síntesis, dentro de los aspectos que distinguen las prácticas del derecho consuetudinario del derecho oficial, codificado, es necesario mencionar algunos esenciales: mientras que el primero es normalmente consensual y busca evitar la eclosión de las situaciones del conflicto, el segundo tiene una raíz individual y procura resolver situaciones de litigio. Esta situación está asociada con otro fenómeno importante: la justicia tradicional no actúa de modo individual; dado que se trata de un sistema que pretende regular y evitar las situaciones problemáticas de un grupo dado,

dades locales; así, el poder colonial estaba representado no por un agente externo, sino por las jefaturas tradicionales locales, obviando los condicionamientos de inserción socio-cultural. A pesar de que la *indirect rule* había sido defendida, en términos ideológicos, por los estrategas del Estado colonial en Mozambique como un medio de dominación, la aplicación práctica de este sistema mostró ser siempre problemática debido a la fragilidad del Estado portugués (Santos, 2001).

²⁰ Algunos autores (O'Laughlin, 2000; Mamdani, 2000: 222-223) alertan sobre la existencia de situaciones de arbitrariedad legal en un contexto de pluralismo legal, cuando el indígena no contaba con los instrumentos pertinentes que protegiesen sus intereses y derechos, además de normas consuetudinarias controladas, y frecuentemente manipuladas, por las autoridades locales.

²¹ En ocasiones incluyendo a toda la comunidad que, teniendo la posibilidad de asistir al juicio, actúa al mismo tiempo como audiencia y órgano consultor (ver también Gonçalves Cota, 1944, 1946).

el jefe no puede prescindir del apoyo de las bases sociales, de la comunidad. De esta forma, los notables actúan como consejeros y la población como un aval de la justicia de la decisión tomada²². Este hecho es una de las características fundamentales del derecho informal. Debido a que no está codificado en principios escritos y más rígidos, es sinónimo de una justicia aplicada en función de situaciones específicas, donde las circunstancias y los hechos determinan, en concreto, la fisonomía específica de cada resolución.

Las autoridades tradicionales durante la etapa final del periodo colonial

Durante el inicio de la década de los años 60²³, con la modernización y las presiones internacionales contra el trabajo forzado, y como resultado del proceso de independencia de las colonias africanas, el régimen del indigenato fue abolido. Estas transformaciones, que afectaron a la esfera de la administración, de la educación y del trabajo, mostraron cierta continuidad: el dualismo se mantiene en varios sectores. A pesar de que todos los indígenas se hubieran convertido en ciudadanos portugueses, los régulos seguirían existiendo y, en términos de justicias, el pluralismo se mantiene, con el (los) derechos(s) tradicional(es) coexistiendo con el derecho oficial promovido por el Estado. De hecho, la posición de los régulos fue reforzada, pasando éstos a constituir una parte integrante de la administración local²⁴. En consecuencia, los régulos y cabos pasaron a tener uniforme y a usufructuar un salario regular, teniendo definidos más claramente los límites de su actuación. La distinción entre el derecho consuetudinario y el derecho civil no fue abolida y, aunque en teoría todos pudiesen optar por el código civil, al igual que en las ciudades, en las zonas suburbanas gran parte de los indígenas eran controlados y continuaban obedeciendo a régulos urbanos.

El inicio de la guerra por la independencia produjo también algunas transformaciones políticas. Los jefes realizaron alianzas que rompieron con la política tradicional y penetraron en el reino de la movilización del Frelimo, en un contexto entendido localmente como de guerra contra los blancos, una lucha nacionalista (Alexander, 1994: 43). Por su lado, la

²² Situación que de cierto modo, y dentro del principio de introducción de una justicia popular, sería continuada en las zonas liberadas, durante la guerra por la independencia nacional, y posteriormente aplicada en los principios de funcionamiento de los Tribunales Populares, implantados en el país tras la independencia (Trindade, 2003).

²³ El periodo de 1960 a 1974 está caracterizado por la eclosión de las luchas de liberación en los territorios africanos colonizados por Portugal.

²⁴ Decreto 43.896 (regedorias en las provincias ultramarinas) y Decreto 43.897 (usos y costumbres locales reguladores de relaciones jurídicas privadas en las provincias ultramarinas), ambos del 6 de septiembre de 1961.

autoridad colonial respondió reforzando el poder represivo y las obligaciones de las autoridades locales para garantizar el control y la lealtad de la población (Honwana, 1985). Las respuestas de las autoridades locales²⁵ fueron diversas: algunos apoyaron a los guerrilleros del Frelimo (con alimentos, apoyo logístico, etc.), y otros mantuvieron una actitud de colaboración con las autoridades coloniales. Por ello fue muy poca la recompensa para aquellos que apoyaron a los guerrilleros, como se discutirá más adelante²⁶.

En síntesis, la abolición del indigenato no extendió los derechos de ciudadanía a la mayoría de los mozambiqueños, ni condujo a importantes reformas en la administración local, lo que entorpeció el fortalecimiento de la legitimidad del régimen colonial. El Frelimo, en tanto movimiento nacionalista, utilizó estas fallas de la estrategia colonial para reforzar, en el ámbito de campaña ideológica, el carácter dualista del sistema: los ciudadanos eran los opresores, y los indígenas eran los verdaderos mozambiqueños.

Por ello, con el advenimiento de la independencia de Mozambique, el tejido socioeconómico se mostraba mucho más complejo; en efecto, a pesar de la importancia continua de la coerción y del control administrativo colonial, no existía en el país la estructura binaria que el Frelimo pregonaba.

La intervención del andamiaje político-administrativo colonial provocó transformaciones profundas en los patrones políticos de las comunidades locales. Pero el proceso de desestructuración de los liderazgos tradicionales no significó su fin; por el contrario, el Estado colonial los cooptó parcialmente para, siguiendo el espíritu de la *indirect rule*, convertirlos en protagonistas para la consecución de sus propósitos. Coexistiendo con las jefaturas tradicionales²⁷, el sistema colonial consiguió, con algún éxito, constituir una estructura para sostener su poder. Las AT fueron de ese modo consideradas las extensiones del poder de la estructura colonial, principalmente en las regiones más remotas, donde las instituciones administrativas coloniales no fueron implantadas.

El resultado del intento de aplicación de la *indirect rule* a un proceso colonial donde la potencia colonizadora era, en términos de intervención económica, bastante frágil, produjo un sistema híbrido de AT. Por un lado, estas jefaturas –originales o adaptadas–²⁸ representaban la garantía

²⁵ Régulos, cabos de tierra, jefes de linajes, etc.

²⁶ Vale la pena mencionar que, hasta el momento, poco se ha hecho en el sentido de evaluar, desde la perspectiva de las autoridades locales, las ventajas adquiridas localmente por estas autoridades como resultado de la implantación de tal sistema.

²⁷ Lo que significó el mantenimiento de algunas prácticas descritas como representativas y localmente respetadas por todos, como los rituales para “llamar la lluvia” practicados por *tinyângã*, etc.

²⁸ Como se mencionó, son muchas las situaciones reportadas en las que las formas de sucesión de estas autoridades fueron alteradas. Esto fue el resultado de las interferencias políticas fruto de la presencia

de la continuidad del funcionamiento de las comunidades; por otro, constituían las bases de la administración colonial en el ámbito local. En este sentido, las AT representaban algo semejante a una “almohada” de amortiguación entre las comunidades y los agentes de la administración colonial, encargándoles resolver varios problemas administrativos, económicos y judiciales, y permitiendo la existencia de una relación más o menos armónica entre ambas. En cierto sentido, y aunque modificadas por presión del ente colonial, la actuación de las autoridades gentilicias continuó siendo sentida como local, fruto de un conocimiento profundo de los sentimientos, de las normas vigentes, del uso de lenguas locales, etc. Fueron éstos los factores que permitieron y legitimaron su actuación.

A pesar de que la muestra de la que disponemos es bastante pequeña, la información recogida es suficiente para llamar la atención sobre la necesidad de profundizar en este estudio. Dentro del análisis realizado sobresale el hecho de que las AT (y las distintas formas de derecho consuetudinario) son sistemas legales y de gobierno que se distinguen bastante del sistema judicial oficial, aunque coexistan en un mismo espacio político. Las formas bajo las cuales se revisten estas convivencias son distintas, constituyendo un ejemplo del sistema de pluralismo e interjudicialidad presente en Mozambique. Un último aspecto que vale la pena resaltar es el hecho de que las continuas intervenciones fruto del cruzamiento de distintos sistemas de justicia que funcionan simultáneamente dan lugar a una compleja amalgama de situaciones. Así, un retorno a un pasado tradicional nos parece bastante problemático en la medida en que la nitidez de este pasado no podrá ser garantizada. Por el contrario, la diversidad es la norma actual.

EL ESTADO POS-INDEPENDENCIA Y LA CUESTIÓN DE LAS AT

El intento de ruptura con las AT

El espacio político que surgió en Mozambique tras el fin de la lucha anti-colonial estaba caracterizado por la presencia de múltiples etnias, era socialmente multifacético y con graves desigualdades regionales (Medeiros, 1996; Feliciano, 1998).

El Frelimo –en cuanto frente de liberación– tenía entre sus cuadros y estrategias hijos de régulos, exseminaristas, enfermeros, profesores, intelectuales marxistas, tecnócratas, artesanos, obreros y campesinos, que se fueron educando con la lucha²⁹. Aún así, a pesar de tales diferen-

colonial, ya sea en la posindependencia, de una coyuntura de conflicto armado o de preservación de intereses de grupos políticos dominantes.

²⁹ En términos ideológicos, el Frelimo era una amalgama de diferentes perspectivas, donde se incluía el socialismo africano, el marxismo-leninismo, tendencias maoístas, social-demócratas, etc. (Mondlane, 1969; Bragança & Depelchin, 1986; De Brito, 1991).

cias –que se reflejaban en la ideología–, durante los primeros años de la posindependencia el Frelimo habló y actuó bajo una única voz, desarrollando un proyecto de revolución coherente, dirigido a atenuar el impacto del sistema colonial. En este sentido, la lucha contra el regionalismo y las diferencias étnicas era parte del proyecto de construcción de una nación supra-étnica. La lucha por la transformación del carácter del Estado era parte del proyecto de democratización que tenía como objeto promover una cultura y un proyecto de desarrollo nacional único, que permitiesen superar rápidamente la brecha que separaba a Mozambique de los países más prósperos (Medeiros, 1996: 3; O’Laughlin, 2000: 26).

Así, aunque inicialmente la participación de las masas y de los movimientos de base en la toma de decisiones fuese incentivada, rápidamente el Estado se arrogó el monopolio de las iniciativas de desarrollo, debilitando la participación popular. Se trataba de una democracia imperfecta pues era difícil cuestionar las directrices “que venían de arriba”, y era aún más difícil hacer llegar a la cima las opiniones de la base, de las masas populares. La planeación, la inversión y la acumulación, centralizadas en el Estado, eclipsaron gran parte del fuerte entusiasmo popular inicial hacia el nuevo gobierno, contribuyendo sustancialmente a su muy pronunciada vulnerabilidad frente a la desestabilización externa (por parte de la entonces Rodesia y la Sudáfrica del *apartheid*) (Hanlon, 1991; Minter, 1994).

Durante el gobierno de transición³⁰, el Frelimo estimuló la formación de grupos dinamizadores (GD) en todo el país³¹. Dirigidos por un secretario, pasaron a desempeñar una vasta gama de funciones que parcialmente se superponían a las hasta entonces desempeñadas por las AT: asuntos sociales, cuestiones jurídicas, vigilancia, seguridad, administración y gestión. Estaban encargados, también, de la movilización de la población para implementar las decisiones emanadas de los órganos centrales del partido y del Estado. De una forma más general, se esperaba que los GD introdujesen a los ciudadanos mozambiqueños en la historia política y en las prioridades políticas del nuevo gobierno³².

En el ámbito del mundo rural, la política del Frelimo tuvo poco que ver con las alianzas y lealtades del período colonial y de la guerra de

³⁰ El gobierno de transición funcionó entre septiembre de 1974 (momento en el que fue firmado el acuerdo de Lusaka sobre la independencia de Mozambique) y junio de 1975. El acuerdo de Lusaka, firmado por el gobierno portugués y Frelimo el 7 de septiembre de 1974, constituye el instrumento legal y la plataforma institucional que establecen el alto al fuego y conducen a Mozambique a la independencia.

³¹ En los primeros años los GD consistían en grupos de ocho a diez personas escogidas por votación realizada alzando la mano en reuniones públicas de barrios urbanos, locales de trabajo o comunidades locales, en todo el país (Chichava, 1999). Todos los acusados de colaboración con el régimen colonial fueron, en principio, excluidos del proceso.

³² Fueron igualmente creados grupos de vigilancia popular para ayudar a los GD, siendo éstos apoyados por milicias que a su vez respondían al administrador señalado por el Frelimo.

independencia³³. Empeñado en un proyecto de modernización radical³⁴, el Frelimo intentó crear una jerarquía completamente nueva de secretarios y funcionarios electos por distintos procesos. Esta nueva jerarquía iba a sustituir el sistema de las AT, ya sea porque éstas eran consideradas como representantes del “oscurantismo” rural³⁵, o como colaboradoras de las autoridades coloniales. Inmediatamente después de asumir el poder, el Frelimo promovió, en las áreas rurales, la sustitución de los rēgulos por los GD (Isaacman e Isaacman, 1983; Egerö, 1990); como condición para la construcción de la nación mozambiqueña el artículo 4° de la primera constitución de Mozambique (aprobada en 1975) menciona la “eliminación de las estructuras de opresión y explotación coloniales y tradicionales y de la mentalidad que les subyace”. Como resultado, toda una franja social involucrada en procesos de organización y administración fue relegada (Geffray, 1991; Dinerman, 1999)³⁶.

Irónicamente, el antioscurantismo del Frelimo dio nuevas fuerzas a la esfera cultural como discurso crítico, y revivió el legado portugués como una especie de venganza en la medida en que los jefes tradicionales comparaban críticamente las concesiones de los portugueses con los actos poco medidos del Frelimo. El recurso a una crítica tradicionalista no proviene de una simple oposición entre comunidades tradicionales inmutables y un Estado modernizador; por el contrario, constituyó una crítica eficaz e históricamente enraizada a la implementación autoritaria de políticas producidas centralmente y profundamente imperfectas, no un rechazo de la modernización *per se*, sino a una modernización frustrada y coercitiva dentro de un contexto de intentos por afirmar un control local sobre procesos centrales para la vida rural (Alexander, 1994: 48-49).

Buscando ampliar y consolidar el poder popular, el Frelimo dictaminó, aún durante la década de los años 70³⁷, nuevas directrices políticas para fortalecer el partido y el Estado. En este sentido, debían constituirse a nivel de base células del partido en todo el país las cuales, gradualmente,

³³ Entre 1964 y 1974.

³⁴ Que tuvo en el proyecto de “desmonte del Estado” uno de sus grandes momentos (Santos, 2003). Para el Frelimo, durante el período de revolución socialista, el Estado poscolonial debería ser democrático, unido y no racista, estimulando el desarrollo de una cultura nacional única y de una base económica que garantizase una mejora del nivel de vida para todos.

³⁵ Que se oponía a una organización “científica” de la sociedad, puesto que defendía la inmutabilidad de la AT, asegurando y defendiendo la transmisión del poder por herencia legitimada por la fuerza de los espíritus ancestrales.

³⁶ Donde se incluían, además de los rēgulos, cabos de tierra, jefes de linaje, jefes de producción, médicos tradicionales, autoridades religiosas, etc.

³⁷ En 1977, durante su III Congreso, el Frelimo anunció su transformación, de ser un frente nacionalista amplio se convirtió en un partido de orientación marxista, apostando por una nueva estrategia de construcción socialista en Mozambique.

deberían sustituir a los GD³⁸. La presencia de esta mezcla de nuevas instituciones sobre el terreno fue asumida por la población no sólo como una concepción de un nuevo Estado popular, sino también como una práctica efectiva donde todo el pueblo intervenía para construir una sociedad libre de la explotación y la desigualdad. El presupuesto era que no existirían contradicciones de clase relevantes pues todos los mozambiqueños habían sido explotados, lo que sugería una base para una alianza entre obreros y campesinos. Pero la realidad era bien diferente. Las desigualdades económicas eran profundas y las diferencias socio-culturales del país también. Muchos de los estudios realizados sobre este tema en Mozambique sugieren que las jerarquías tradicionales pasaron a hacer parte de las instituciones locales dirigidas por el gobierno (Geffray, 1991; Dinerman, 1999). Como todo lo indica, estas últimas no eran universalmente rechazadas o acogidas, siendo más bien consideradas por ciertos sectores de la población rural como recursos para ser utilizados en la búsqueda de seguridad, ganancias materiales y/o influencia. De hecho, para los ideólogos del Frelimo, los elementos de prueba para la política de implantación de un modelo de emancipación social dirigido hacia el socialismo serían las contingencias nacionales y los elementos étnicos y religiosos que variaban enormemente en el país³⁹. Esto explica por qué el Frelimo proscribió los rituales desempeñados por los régulos (ceremonias para hacer llover, adivinación, exorcismo), aunque haya recuperado rápidamente a los médicos tradicionales y el culto de los antepasados, así como la intervención de las autoridades locales para resolver cuestiones judiciales (Meneses, 2000; Honwana, 2002). Para explicar el retorno a las AT, defendido por el actual gobierno del Frelimo, vale la pena analizar la crisis de legitimidad que este partido y el Estado mozambiqueño atravesaron a partir de la década de los años 80.

La cuestión de la legitimidad del poder local

Para el Frelimo, la reforma del sistema de gobierno local fue asumida como algo esencial para superar el dualismo político y las divisiones étnicas. Con la abolición del sistema de autoridades gentilicias y con la destitución de los régulos, el poder fue asumido por los GD. Debido a que la estructura de poder jurídico tradicional había sido avalada, resultaba imperiosa la creación de una nueva estructura legal, localmente flexible, que sustituyese a los tribunales consuetudinarios. De este modo surgen

³⁸ Aún así tal cosa no se verificó, y en muchos lugares hasta hoy los secretarios de los extintos GD coexisten con estructuras administrativas estatales locales, con diferentes fuerzas políticas, con las AT, etc.

³⁹ La unidad nacional debería lograrse por medio de la promoción del portugués como idioma oficial, para facilitar el contacto entre las culturas locales. Aún así, aunque como lengua oficial el portugués pasó a ser utilizado en todos los órganos del Estado (incluyendo los tribunales), a nivel local su aceptación y utilización todavía es bastante reducida, igual que hoy en día.

los tribunales populares⁴⁰ para funcionar tanto en el campo como en la zona periurbana de las ciudades (Sachs y Honwana, 1990; Gomes et al., 2003). Pero la implementación de este sistema demostró ser una misión imposible, dado que las nuevas estructuras democráticas legales y políticas presuponian la existencia de una vida organizada colectivamente. a partir de las aldeas y los barrios comunales, hecho que no sucedió (Araújo, 1988). Asimismo, el gobierno del Frelimo mantuvo el sistema centralizado de administración del país, al mismo tiempo que pretendía expandir las áreas de actuación del Estado (como el sistema básico de salud, de educación y de justicia para todos) en una situación de extrema fragilidad política interna y externa, y de escasez de recursos humanos y financieros. La distancia que medió entre el discurso político y la práctica del gobierno explica parte de la crisis de legitimidad en el ámbito local que el Frelimo enfrentó a partir de la década de los años 80. Varios autores se han aventurado en este asunto, intentando aclarar la temática del Estado y de lo tradicional en África.

Para algunos como Mamdani (2000), la causa de la debilidad actual del Frelimo, de la ausencia de legitimidad en el campo, residiría en las imposiciones antidemocráticas del régimen marxista. Otros investigadores (Geffray, 1991; Dinerman, 1999), a partir de un extenso trabajo de campo en el país, aseguran que parte de la responsabilidad debería ser achacada a la falta de apoyo a las zonas rurales (por ejemplo, al vacío de autoridad creado en el campo), especialmente como resultado de la abolición del régulo y de las instituciones locales de autoridad. Un análisis más profundo de este asunto mostrará que el partido, el Estado y los GD se transformaron en instituciones entrelazadas de tal manera a nivel de base –en términos de miembros y funciones– que se hizo imposible su distinción. Otro agravante resulta del hecho de que en varias circunstancias el nuevo sistema político instituido en Mozambique ha sido comprendido como respuesta a las realidades coloniales inmediatamente anteriores, bajo las que habían vivido (bien sea por miembros del Frelimo, ya sea por los habitantes del área rural). Como resultado, en su actuación algunos asumirían posturas que se asemejaban a las de los régulos y Sipaios⁴¹. Gradualmente, la incapacidad para resolver los problemas de base fue entendida como una falla del Frelimo y del Estado⁴².

⁴⁰ Los tribunales populares serían posteriormente transformados, en los años 90, en tribunales comunitarios, manteniendo su carácter híbrido entre la justicia oficial y el derecho consuetudinario.

⁴¹ Durante el periodo colonial el Sipao era una especie de policía que ejecutaba la política indígena de administración colonial.

⁴² O'Laughlin (2000: 30), por ejemplo, explica la crisis de legitimidad que el Frelimo atravesó en el espacio rural a partir de la década de los años 80 como fruto de una desconexión entre el modelo planeado de gobierno local y las reformas que nunca acontecieron y resultaron en un vacío de poder. Vale la pena mencionar que el sistema rural de administración fue, en varios aspectos, bastante avanzado en términos de las reformas democráticas propuestas. Por ejemplo, los tribunales populares crearon un espacio para

Deslegitimado en las bases, el Frelimo buscó mecanismos para reinstaurar las formas de gobierno local volviendo a restaurar oficialmente las AT a partir del año 2000 (Decreto 15/2000). Aunque el decreto había reinstaurado estas autoridades, ¿qué legitimidad tienen hoy? ¿Qué esfera de actuación les es reservada?

Las AT hoy en día

Tal como en el pasado, la AT recurre a dos tipos de legitimidad: a través de un proceso formal de reconocimiento legal, dentro de los parámetros definidos por el gobierno y/o por la comunidad, como por ejemplo, un proceso fomentado por las bases. En este último caso, la legitimidad debe ser entendida como un proceso de relación instituido entre el (los) líder(es) y una comunidad/grupo étnico dada, relación que está asentada en un reconocimiento y aceptación mutua de reglas e intereses para garantizar la armonía social y el desarrollo del grupo (Nilsson, 1995:130). De hecho, hoy en día varios jefes tradicionales, aunque formalmente reconocidos a través del Decreto 15/2000, ven su autoridad cuestionada por varios miembros de la comunidad (Serra, 2001).

La decisión de legitimar oficialmente la existencia de las AT no fue sencilla, siendo varios los mecanismos que intervinieron, como lo menciona el Decreto que reconoce como autoridades comunitarias “a los jefes tradicionales, los secretarios del barrio o de aldea y otros líderes legitimados como tales por las respectivas comunidades” (artículo 1°).

En el ámbito del gobierno, esta decisión deberá ser comprendida dentro del contexto más amplio de la descentralización política actualmente en curso en el país. Como resultado, aunque la cuestión de la reforma del Estado y de la descentralización no sea de ahora, el presente contexto –en términos económicos, políticos y sociales– exige una reforma urgente de la administración del Estado, bastante inoperante, ineficiente y afectado por querellas por responsabilidad y legitimidad, descontextualizado de la realidad socioeconómica del país, y distante del ciudadano (Carilho, 1995; Faria y Chichava, 1999; West y Kloeck-Jenson, 1999). La constatación de la incapacidad del Estado para promover el desarrollo del país funcionó, en parte, como el motivo catalizador del tema de la descentralización. Aún así, en 1994 sería aprobada –durante la última sesión de la Asamblea de la República unipartidista– una ley sobre el gobierno local, esencial para el establecimiento de municipalidades en el ámbito de los distritos y la uniformización del panorama rural y urbano. Los debates surgidos sobre el tema sugieren que el enfoque principal se centró en el fortalecimiento de la unidad nacional a través del proceso de descentralización. Tras la aprobación de dicha ley (Ley 3/94, del 13 de septiembre)⁴³, en 1998 tuvieron

la participación activa de la mujer en la esfera pública, al incentivar la existencia de jueces electas.

⁴³ La Ley 3/94, que crea el marco institucional de los distritos municipales, fue la primera ley promulgada

lugar las primeras elecciones autárquicas en el país⁴⁴. En el año 2000 serían reintroducidas las AT.

En el ámbito de las comunidades, en términos de legitimidad, la cuestión es más compleja y presenta diferentes matices. De hecho, para muchos el nuevo sistema político introducido por el Frelimo correspondía a las transformaciones que se anhelaban, aunque no coincidieran claramente con las señaladas anteriormente por el propio Frelimo. Por ejemplo, aunque el Frelimo hubiese intentado sustituir las AT, imponiendo un nuevo sistema local de administración a partir de procesos electorales, ese objetivo no pasó de ser una formalidad. En consecuencia, una miríada de estructuras políticas *ad hoc* se fueron organizando en el terreno para mediar en las relaciones entre las personas y el Estado, especialmente en el ámbito rural, donde el Estado no conseguía penetrar⁴⁵. Muchas de estas estructuras fueron ocupadas por antiguos linajes, lo que significó que el Frelimo tácitamente no sólo aceptó sino que también fomentó la participación, en los gobiernos locales, de las elites políticas presentes, fuesen éstas los linajes locales o parte de una pequeña burguesía emergente. En cualquier caso, la agenda de estas elites difería bastante del modelo revolucionario defendido por el Frelimo⁴⁶.

Este hecho muestra con claridad que aunque parece haber existido un corte radical entre las estructuras de poder presentes durante el periodo colonial y las impuestas por el Frelimo, un análisis más cuidadoso de la trayectoria de varios líderes tradicionales desvirtuará esta creencia (como se discutirá con detalle más adelante). Hoy, el retorno a la tradición constituye una especie de reculada natural, tanto por parte del campesinado como del Estado, como consecuencia de la reducción del papel del Estado en la regulación socioeconómica del país, fruto de una doble presión: la escalada de una guerra civil⁴⁷ y, a partir de la década de los 80, la

en Mozambique poscolonial donde explícitamente se reconoce la presencia de estructuras tradicionales de gobierno en el país, aunque la Constitución en vigor no establece un marco contextual para la existencia de estas “tradiciones africanas” (Lundin, 1998). Esta ley sería posteriormente revocada por la Ley 2/97 del 18 de febrero, que aprobó el marco jurídico para la implementación de las autarquías locales.

⁴⁴ Las últimas elecciones autárquicas ocurrieron en noviembre de 2003. En las 33 autarquías existentes en el país, 5 se quedaron con la Resistencia Nacional Mozambiqueña (Renamo), el mayor partido de la oposición, y las restantes con el Frelimo.

⁴⁵ A semejanza de lo que sucedió durante el periodo colonial.

⁴⁶ Por ejemplo, una de las implicaciones de la anulación de las AT fue la eliminación del recaudo de impuestos, ahora que los rúgulos no los recogían y que las aldeas comunales no existían. En consecuencia, los recursos para el desarrollo regional y nacional eran menores. Uno de los objetivos centrales de la reintroducción de las AT está relacionado con la colecta de impuestos y con el control social de la población.

⁴⁷ Son varias las situaciones que señalan un desfase entre el modelo político del Frelimo y las exigencias de sus bases. Por ejemplo, en el caso del Frelimo, la posesión por parte de espíritus fue considerada

introducción de los programas de ajuste económico. En diferentes lugares de Mozambique, y en periodos distintos, tuvo lugar la reafirmación del poder del linaje. Producto de una compleja y no orquestada interacción de factores económicos, políticos y sociales, ese resultado forjó las bases de una alianza política entre la administración local y algunos antiguos régulos. Con el estancamiento económico creciente, el Frelimo intentó recuperar más y más elementos del pasado colonial, buscando reorganizar la situación productiva del país. Se reconoció un activismo creciente por parte de las AT y se aceptó la intervención de los secretarios de los GD en ceremonias tradicionales. El respeto y la tolerancia mutuos fueron creciendo. Si durante el inicio de este periodo la mayoría de las AT parece haber pasado a servir en ceremonias de cariz espiritual/religioso, buscando promover la paz (Alexander, 1994; Dinerman, 1999), un análisis más detenido de la situación permite detectar una interferencia más directa de éstas siempre que las otras autoridades locales se sentían incapaces de resolver problemas y conflictos. Este clima de cooperación entre las distintas instancias de autoridad permitía resolver eficazmente problemas que, individualmente, otras autoridades locales se sentían incapaces de enfrentar⁴⁸.

Es necesario, a pesar de todo, no obviar el hecho de que los régulos y sus consejeros fueron intimidados y humillados por antiguos súbditos que pasaron a ocupar la posición de secretarios de partido del Frelimo, o por autoridades estatales y del partido de más alto nivel (Geffray, 1991). Por motivos políticos o debido al clima de animosidad respecto de los secretarios de los GD locales, algunos jefes tradicionales fueron “deportados” a las provincias del norte del país, dentro de la famosa Operación Producción que tuvo lugar a principios de la década de los años 80⁴⁹.

durante mucho tiempo como una simple superstición que debía ser sustituida por una filosofía materialista. En el caso de la Renamo, a partir de la década de los años 80 la necesidad de una ideología política condujo a este movimiento a recurrir a la tradición y a la posesión por los espíritus para adquirir legitimidad entre la población rural (Honwana, 2002:16). Por otro lado, el modelo simplista del Frelimo –cooperativas para los campesinos y parcelas de cultivo estatales para los trabajadores rurales– era constantemente cruzado por los conflictos resultantes de la complejidad de la estructura de la clase rural. Debido a que las cooperativas con más éxito eran las que habían sido formadas en antiguas propiedades coloniales, la concentración de recursos por parte del Frelimo en las parcelas de cultivo estatales y cooperativas se hacía para privilegiar los centros regionales de acumulación comercial todavía derivados de la estructura colonial, dejando inmensas regiones sin protección. Así, el descontento se fue instalando gradualmente, en especial porque se creó un vacío de poder, ya que las nuevas autoridades (GD, etc.) no conseguían resolver los problemas de lo cotidiano (tierra, seguridad, alimentación, etc.) (Ver también O’Laughlin, 2000: 37-39).

⁴⁸ Dependiendo de las situaciones, algunos líderes tradicionales ofrecieron directamente sus servicios al Estado restableciendo su papel anterior quebrado por la guerra o por accidentes políticos; otros se mostraban preocupados por el tema del estatus y el reconocimiento social, pretendiendo que el Estado reconociera formalmente (casas, uniformes) su autoridad

⁴⁹ Como consecuencia de este proceso, que resultó en evacuaciones masivas de las ciudades de mozambiqueños tildados de “no productivos”, la Renamo –entonces el movimiento que conducía la

Con la agudización de la guerra civil (que tuvo lugar durante más de 10 años)⁵⁰, y debido a la ambigua actitud del partido y del gobierno respecto de las AT, para éstas no fue fácil decidir sobre la posición que debían tomar frente a las partes en conflicto. El régulo de Mafambisse (Sofala) constituye un ejemplo que elucida este dilema (Meneses et al., 2003). Mientras tuvo lugar la guerra, el territorio de este régulo estuvo dividido en dos partes: una controlada por el Frelimo, otra por la Renamo. Para que el liderazgo tradicional se mantuviese en la zona fue desarrollada una “ingeniería institucional”. En las zonas bajo control de la Renamo lideraba el régulo titular –el más viejo y con más prestigio– cuyo nombre era Manuel Dique Mafambisse. En las áreas bajo control del gobierno la AT era representada por el actual régulo, José Dique Mafambisse, el hermano más joven.

El sentido de autoridad en tanto es una entidad que asegura la conservación de las condiciones y de los recursos necesarios para la reproducción y manutención de la comunidad, parece ser el eje central del reconocimiento de la razón de ser de las AT.

En síntesis, lo que parece ser común al sistema tradicional de resolución de conflictos es el deseo de contener la disputa y evitar el desbordamiento de una alteración de la normalidad habitual. El modo de vida de cada comunidad puede ser alterado por una serie de varios litigios que tienen como resultado el acudir a la familia extensa/consejo familiar y a las AT como mecanismos para mantener y preservar el equilibrio social. Ya sea en el contexto rural, o peri-urbano, estas autoridades han desempeñado un papel importante –conjuntamente con las demás que ya fueron analizadas– para la preservación del orden social establecido, evitando situaciones de conflicto y de desregulación social.

Aunque en el ámbito central han sido creados varios mecanismos legales para garantizar la participación de las AT en los distintos sectores relacionados con la administración del país⁵¹, la cuestión del poder sigue siendo central. Como resultado, el Estado y las AT ven en el control administrativo tan sólo un medio para ejercer el control político (Santos, 2003). Tras el breve análisis aquí realizado se observa claramente que las AT manipulan algunos aspectos tradicionales –en cuanto rasgos legitimadores de su propia autoridad– pero también utilizan vehículos de la modernidad como los partidos políticos o los proyectos de desarrollo para promover y

guerra civil contra el Frelimo– vio aumentar significativamente su contingente, reclutando entre las personas afectadas por esta operación.

⁵⁰ En 1992 el gobierno de Frelimo y Renamo firmaron un acuerdo de paz, hecho que permitió una estabilidad política y social en el país. Renamo se transformó de un movimiento de resistencia en un partido político, convirtiéndose en el segundo principal partido del panorama político de Mozambique.

⁵¹ Conservando el referente, en términos de funciones, del periodo colonial, como el recaudo de impuestos, la organización del trabajo, la resolución de conflictos y la organización de rituales.

asentar su poder. Para los grandes partidos mozambiqueños –la Renamo y el Frelimo– las AT son extensiones del Estado, como instancias para extender su competencia administrativa. De acuerdo con lo que afirmó el presidente Chissano en una entrevista a un diario mozambiqueño

[...] debimos haber concentrado la atención en la localidad o aldea, porque ya teníamos definido los órganos del Estado hasta el puesto administrativo. Faltaba del puesto administrativo hacia abajo, para observar dónde encajaba la autoridad tradicional dentro de esta organización⁵².

Al mismo tiempo, el gobierno mantiene su ambigüedad frente a esta autoridad. Como resultado, el artículo 1º del Decreto 15/2000 extiende el ámbito del concepto de liderazgo a varios actores sociales: “los jefes tradicionales, los secretarios de barrio o de aldea y otros líderes legitimados como tales por las respectivas comunidades”. Esto equivale a poner en pie de igualdad a las AT, los líderes religiosos, los secretarios de los GD, las personalidades notables locales, etc.⁵³. Aún así, en las zonas rurales donde este decreto había sido aplicado, apenas se había verificado el reconocimiento de las AT. Otras instituciones, como los *tinyàngà* –médicos tradicionales–, los *xehes* y los *walimus* (líderes religiosos islámicos)⁵⁴, han mostrado un profundo descontento frente a esta situación. Presentes en el terreno, y reconocidos por las bases sociales como entidades notables, han hecho oír su voz de descontento sobre este procedimiento, especialmente en el área de la deliberación sobre situaciones conflictivas. Dentro de los asuntos litigiosos que a menudo son presentados ante estas instancias locales de autoridad el énfasis recae, como más adelante se presentará a través de estudios de caso, sobre cinco categorías principales: tierra, robos, deudas, daños (físicos y a la propiedad) y cuestiones familiares⁵⁵. De hecho las AT, como resultado de los poderes de que están investidas, tienen autoridad para decidir sobre la atribución y utilización de tierras, sobre la tributación local, la utilización de la mano de obra para trabajos públicos, para presidir los rituales, etc. Debido a que este jefe (régulo, cabo de tierra) disponía de extensos poderes, el principal método al que la comunidad acudía para garantizar un tratamiento equilibrado y justo consistía en una participación activa e intensa de los miembros de esta comunidad en la toma de decisiones a través de los consejeros. A pesar de

⁵² Periódico *Domingo*, del 26 de diciembre de 1999.

⁵³ Por ejemplo, la nueva ley de la tierra exige la participación de todas las instituciones comunitarias existentes en los conflictos relacionados con la atribución de tierras.

⁵⁴ Todavía estos términos se aplican a varios jefes religiosos: el término “walomo” se usa a veces para hacer referencia a una persona notable.

⁵⁵ Dado que la AT, como instancia de resolución de litigios, se encontraba fuera de los objetivos inmediatos del proyecto que dio origen a este artículo, el trabajo realizado sobre el tema se basó principalmente en entrevistas a régulos y cabos de tierra, y a otros actores (notables de la comunidad, líderes religiosos, médicos tradicionales, etc.) englobados dentro del concepto más lato de “autoridad comunitaria”.

que la persuasión es el principal método de negociación en la *b'andla*, no siempre los régulos seguían la opinión más o menos consensual de su consejo, entrando a veces en conflicto con éste.

LAS AT COMO INSTANCIAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS – LOS PROCEDIMIENTOS

Hoy, la situación de las AT en Mozambique es dispar. Durante el trabajo de campo observamos que algunos régulos colaboran con las estructuras político-administrativas estatales locales. Al mismo tiempo, hay régulos que dejaron de trabajar y esperan la integración institucional, por ejemplo, a partir de la cima. Hay régulos y cabos de tierra colaborando con la policía, con los tribunales comunitarios, mientras otros siguen siendo recelosos de la relación con el Estado.

De los casos analizados comprobamos que, en términos de derecho consuetudinario, las AT priman por prevenir la eclosión de los conflictos, mientras que el derecho estatal, moderno, tiene por objeto la resolución de las situaciones de litigio abierto.

En términos de pesquisa sociojurídica predominan las cuestiones familiares (incluyendo el adulterio y, en algunos casos, el divorcio), disputas sobre tierras, sobre deudas, pequeños robos, agresiones físicas y acusaciones de hechicería. La muestra de la que disponemos indica la extrema heterogeneidad de procedimientos presentes, aunque se detecten algunos aspectos comunes.

En términos de justicia tradicional se observa que el régulo no funciona como la primera instancia de resolución del litigio. Los casos son normalmente presentados ante sus subordinados (cabos de tierra, *tinduna*, *sapandas*, etc.), y sólo por incapacidad de éstos son enviados al régulo.

Durante el trabajo de campo verificamos también que los juicios tradicionales normalmente tienen lugar en la casa del régulo o del cabo de tierra, o al lado de ésta. La periodicidad de estos juicios es variable. En los casos observados la mayoría de los régulos tiende a convocar *mab'andla* para el fin de semana, especialmente el domingo. Puede tener días señalados, pero también puede llevarse a cabo cuando las personas solicitan el apoyo del régulo para resolver una situación problemática.

El registro de los casos es variable. Al ser un ambiente donde predomina la retórica, tan sólo en un caso observamos el registro, escrito de la sentencia y de los compromisos alcanzados. A pesar de que algunos régulos y cabos de tierra alegan falta de material (como también sucede con los Tribunales Comunitarios, (véase Gomes et al., 2003), se observó que muchos no saben leer o escribir. En algunos casos las notificaciones son escritas. Cuando son distribuidas por los cabos de tierra, éstos transmiten de nuevo y oralmente a las partes el contenido de la notificación; en otros casos funciona sólo la notificación oral.

Todas las AT cobran tasas por sus servicios; el monto de estas tasas es extremadamente variable.

Los juicios, que normalmente se realizan en los terrenos frente a las casas de los régulos y cabos de tierra, están abiertos a la participación de la comunidad. De la *b'andla* hacen parte casi siempre dos o tres mujeres como consejeras en conflictos que involucran cuestiones femeninas.

Se trata de una justicia que es impartida a partir de procedimientos informales y, naturalmente, no estandarizados. Por esa razón se trata de una justicia muy heterogénea en el ámbito de los procedimientos. Se observa la participación central del régulo, acompañado de otros elementos de su administración (*madoda*, ancianos, cabos de tierra, etc.). En estas sesiones se asegura siempre un efecto de distanciamiento entre el régulo (y sus auxiliares), las partes y el público. Esto se consigue con distribución de los espacios ocupados. El régulo (y en ocasiones sus asesores) se sienta en la mesa en un plano más elevado, las partes ocupan espacios frontales o laterales, más bajos; el público ocupa bancos o recurre a las esteras. El régulo es quien conduce la audiencia. Después de abierta la sesión, el que-rellante y el acusado exponen su caso. Como se mencionó, usualmente las sesiones están abiertas a la comunidad, y se permite que ésta participe presentando sus explicaciones sobre el problema. Los consejeros –*madoda*– participan también en la evaluación del litigio. Cuando se trata de casos de hechicería, la opinión emitida por éstos es apreciada en el juicio. Igualmente, en ocasiones el(los) curandero(s) es(son) llamado(s) a intervenir y prestar declaración. Las audiencias se desarrollan en el lenguaje común, y predominantemente se emplean las lenguas nacionales. El portugués parece ser raramente usado.

Oído y apreciado el problema el régulo delibera. En la mayoría de los casos el régulo intenta obtener el consenso de las partes para mantener el equilibrio social. Las principales condenas, cuando las hay, son multas, trabajo comunitario o castigos físicos (cortar el cabello, chambocadas)⁵⁶.

Las relaciones de las AT con otras instancias de poder son complejas y distintas. Cuando hay conflictos éstos se procesan horizontalmente. Gran parte de los régulos envía casos de divorcio para que sean resueltos en los tribunales comunitarios; los crímenes (especialmente los casos de agresión violenta y el homicidio) son enviados a la policía⁵⁷. Además se remiten a la Ametramo los casos de hechicería. Los *tinyàngà* juegan un

⁵⁶ A pesar de estar prohibidos por la ley, los castigos corporales siguen siendo practicados.

⁵⁷ Algunos régulos afirmaban que los crímenes de muerte no intencional eran juzgados localmente. Hoy, para muchos régulos y miembros de las comunidades rurales, una de las exigencias que se plantea es el aumento de la legitimidad de las bases. Ese proceso de legitimación incluye, si bien de forma incipiente, elementos de democracia participativa, ya que existe un cierto margen de maniobra en la elección de los régulos, cabos de tierra, *madoda*, etc.

papel central en la producción de pruebas en estos casos, siendo central la identificación del elemento vejatorio, como se discutirá enseguida.

EL PAPEL DE OTRAS INSTANCIAS DE AUTORIDAD EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS – EL PAPEL DE LOS CURANDEROS

A partir del material presentado en este artículo, resulta claro que son muchos los actores a quienes se les reconoce legitimidad para arbitrar y resolver situaciones litigiosas⁵⁸.

Por ejemplo, la referencia permanente a situaciones de hechicería como una de las áreas centrales de actuación de las AT exige un análisis más profundo del fenómeno. Lejos de intentar desarrollar un marco teórico-analítico para este tema, tan sólo procuramos identificar algunas líneas que consideramos deben ser objeto de futura investigación. Así, en esta sección la atención estará centrada en el papel de los curanderos (*tinyàngà*), intentando detectar su fuerza y relevancia en el paisaje de la justicia mozambiqueña.

La enfermedad como conflicto

Del material recogido durante el trabajo de campo queda claro que los problemas de hechicería siguen siendo uno de los bastiones de las AT. Las prácticas de tratamiento presentes en Mozambique, y que son llevadas a cabo por los curanderos, se basan en el presupuesto de que la buena salud significa realizar, en sí mismo, el equilibrio necesario para estar en paz con los antepasados, con los vecinos, con el propio cuerpo; estar convenientemente alimentado (lo que en la actualidad incluye tener un empleo que garantice el sustento) y protegido de males, sean estos naturales o “enviados”. Si esta situación se altera, bien sea debido a un juego de fuerzas más poderoso que el individuo, bien sea por no haber cumplido con los rituales necesarios, el individuo y/o su grupo cae enfermo y se debe hacer todo para identificar no sólo los síntomas somáticos del desorden social, sino para identificar los orígenes del mal, de la contaminación que está teniendo lugar. El proceso de cura (por ejemplo, la resolución del problema), con apoyo del *nyàngà*, es doble y engloba la ayuda para restablecer el equilibrio físico, psicológico y emocional, pretendiendo superar

⁵⁸ Sobre Mozambique, y en lo que se refiere a la función de la autoridad religiosa como instancia de resolución de litigios, consúltese el libro de Boaventura Sousa Santos y João Carlos Trindade (2003) sobre la justicia en Mozambique, así como CFJJ y Cruzeiro do Sul (2002). Este último trabajo debate además el papel de la familia como instancia fundamental en la búsqueda de soluciones para conflictos. Este trabajo señala, por ejemplo, que la familia extensa rural tiene un papel relevante en la búsqueda de soluciones para conflictos de pequeña dimensión y fruto de deudas, hecho indicativo de la eficiencia de los mecanismos de persuasión *inter pares*, normalmente poco reconocidos.

las sanciones que caerán sobre el individuo como resultado de no haber observado las normas establecidas.

En lo que se refiere a la justicia, vale la pena analizar con más detalle cómo este concepto amplio de salud y de mal afecta igualmente al campo jurídico⁵⁹.

Conflictos y complementariedades entre lo judicial moderno y lo tradicional

Las economías ocultas (Geschiere, 1997), como es el caso de la hechicería, poseen un carácter dual: por un lado proporcionan nuevos medios, aparentemente no controlables por los seres humanos, para alcanzar fines que de otra manera son imposibles (como mejorar la vida en situaciones extremas de exclusión social, como es el caso concreto de Mozambique hoy en día); por otro lado sirven para vocalizar el deseo de castigo, de eliminar a aquéllos a quienes se envidia, a aquellos que, por cualquier motivo, se distinguen.

Las perspectivas convencionales explican la utilización de hechiceros como una institución aberrante y disfuncional, típica de sociedades “inferiores”. Los procesos de recolección de pruebas, de formación de la culpa, la expresión ritualizada de remordimientos, y la demanda de una reparación inmediata han sido tildados por la justicia formal como generadoras de situaciones injustas e irracionales (Gonçalves Cota, 1944, 1946). A pesar de ello, cuando el Estado se muestra incapaz de resolver problemas que son el resultado de conflictos, envidia, reflejos de la profunda inestabilidad social y de la exclusión, la legitimidad de las otras formas de administración de justicia es extraordinariamente amplificada.

El poder del *nyanga* yace de su capacidad para identificar las tensiones sociales, las contradicciones y desconfianzas existentes, así como las posibles hostilidades sociales que pueden hacer concretas las enfermedades, desgracias o incluso traer la muerte a la comunidad (Meneses, 2000). Identificar un hechicero, localizar ese agente del mal y llevarlo a confesar sus actividades debe ser analizado como una forma de que estos hechiceros se libren del peso del mal, abriendo camino a la restauración del equilibrio y la buena salud de la comunidad.

En un sistema de reconocida pluralidad de formas de prevención y resolución de conflictos, ¿qué significa no aceptar la hechicería como una parte integrante? Equivale a decir que existe una parte del sistema normativo, formal, de la justicia que rechaza la existencia de la hechicería y que, como consecuencia, imposibilita su demostración material. Como lo aseguró el hijo del régulo de Inhassoro (Inhambane), “la hechicería cuando

⁵⁹ Este tema está más desarrollado en la versión inglesa de este artículo, publicado en la revista *Beyond Law* No. 27.

es enviada ante los tribunales para que resuelvan dicen que carecen de materia [probatoria]⁶⁰. En consecuencia, la hechicería como infracción no es punible. La no condena del hechicero (sino del médico tradicional que lo descubre o de la persona que intenta castigar al hechicero) a menudo desemboca en dos situaciones paradójicas: por un lado puede transformar al *nyàngà* en un actor negativo, porque produjo pruebas invisibles que resultarán en la exclusión (social o física) del sujeto prevaricador; por otro, porque la definición de bien y de mal, y el concepto de prueba son bastante distintos cuando son evaluados localmente. El Estado mozambiqueño se arriesga a pasar de defensor de la comunidad, a defensor de los productores del mal, de los hechiceros, al defender en el ámbito del actual Código Penal la acusación de los curanderos y no la de los hechiceros, por la inexistencia de pruebas.

Durante los primeros años de la posindependencia⁶¹, y según lo menciona F. Maciane Zimba⁶², los Tribunales Populares recurrían a los *tinyàngà* para buscar formas de resolver casos que involucraban acusaciones o sospechas de hechicería⁶³. Así, las prácticas antiguas eran transformadas en nuevas formas de justicia popular, teniendo lugar en el ambiente rural, o en el periurbano. Localmente, las sanciones aplicadas por el régulo a los acusados de prácticas de hechicería –las penas corporales (cortar el cabello, chambocadas, así como la expulsión del grupo)– son vistas como formas de punición. Una de las grandes fortalezas de estas instituciones de justicia popular es que la justicia es inmediata, pública, colectiva, discutida cara a cara, y relativamente transparente⁶⁴. Esta justicia es popular porque está basada en un conocimiento local y constantemente trabajado, maleable, de la realidad debatida y contestada. Por ello, las nociones tradicionales de justicia⁶⁵ deben ser percibidas como una forma de interpretar al otro a través de los ojos de los otros, donde el poder del descrédito, de la difamación, funciona dentro de códigos propios de honra y de dignidad. El *nyàngà*, el terror de aquello que puede ser conside-

⁶⁰ Entrevista personal, mayo de 1998.

⁶¹ En estos años la actividad del *nyàngà* como terapeuta no era permitida por ser contraria a los principios de la medicina moderna (Meneses, 2000).

⁶² Entrevista personal al *nyàngà* y dirigente de la Ametramo, F. Maciane Zimba, abril de 2001.

⁶³ Situación que es cada vez menos utilizada por los Tribunales Comunitarios, probablemente por el fortalecimiento del poder de las AT, a partir de la década de los años 90. Sólo un curandero/médico tradicional, encargado de intentar verificar la razón de ser de un problema dado, podrá afirmar que se trata de “espíritus malos”. Esto significa la cooptación de un aparato moderno –el poder judicial–, por parte de las fuerzas tradicionales.

⁶⁴ Al contrario de la justicia oficial, formal, que es extremadamente lenta y distante de la mayoría de la población, debido al carácter hermético de su formulación, pues la mayoría de la población de Mozambique tampoco habla portugués como su lengua materna.

⁶⁵ A pesar de que traen consigo toda una carga negativa, siendo un ejemplo de esto la discriminación y descalificación de la mujer.

rado como malo, controla y supervisa las acciones irregulares, amparando a los desprotegidos, vigilando la moral y disciplinando al grupo. El *nyàngà* reintegra al individuo en un juego de intereses solidarios en red, procurando mantener la presión de los conflictos emergentes, siendo el sabedor, el detentador del conocimiento, el cual apropia y crea continuamente para asegurar la conservación del grupo.

El hecho de que durante la trayectoria de los distintos casos analizados en este artículo se acuda simultáneamente a diversos mecanismos de resolución de litigios, significa que todos ellos son necesarios, dado que su denominador común es que ofrecen perspectivas de solución y/o prevención futura de problemas.

CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto resulta claro que el Estado mozambiqueño tiene una débil implementación y capacidad de intervención en gran parte del país, especialmente en áreas rurales. Este vacío de poder fue llenado, durante el periodo colonial, a través de un sistema de cooptación de las autoridades locales, siguiendo la perspectiva de la *indirect rule*. Esto explica la presencia de los rēgulos y sus subordinados⁶⁶, cuya autoridad es legítimamente reconocida en el campo y, en ocasiones, también en ambientes periurbanos. Así, desde el periodo colonial las AT han sido un poder subalterno, una forma de poder subordinado bajo el que se rigen poblaciones subordinadas. Siendo un poder subalterno, su capacidad de resistencia a la interferencia de poderes dominantes es limitada. Durante la posindependencia, el intento del Frelimo de instituir un Estado moderno, libre de compromisos con el Estado colonial, condujo al alejamiento de las AT (en cuanto instancias administrativas locales), que fueron sustituidas por otros organismos locales, especialmente los GD. La política hostil del Frelimo se hizo sentir con más incidencia en las zonas urbanas o cercanas a los centros de poder, donde el Estado estaba más implantado. Esto explica el hecho de que los rēgulos (y otras instancias de poder local) hubieran conseguido mantenerse en funcionamiento, desarrollando mecanismos propios de reproducción social, al margen de los discursos y las prácticas oficiales. Si la oposición del gobierno del Frelimo frente a las AT debilitó la penetración del Estado en las comunidades, la guerra civil hizo inviable militarmente su presencia. Otro factor estructurante del conflicto armado fue la toma de partido de las AT.

El discurso del poder en relación con las AT suscita hoy gran controversia. Muchos de los rēgulos se quejan de que no se realizan consultas

⁶⁶ Durante el trabajo de campo verificamos la presencia de un complejo cruzamiento entre las autoridades de linaje locales y las impuestas por el Estado colonial (rēgulos/regedores, cabos de tierra), produciendo un tejido complejo y con distintos sesgos, en términos de actores, funciones, etc. (Meneses et al., 2003).

sobre quién debe ser el rēgulo de determinada zona, y cuando se hacen éstas son a personas no representativas de la comunidad (como es el caso, incluso, del Decreto 15/2000)⁶⁷. Es fundamental que se abran espacios para que las autoridades tradicionales se pronuncien sobre estos casos, en la medida en que lo consideren relevante, y para que lo hagan libres de tuteladas políticas u otras (CFJJ, 2002).

Entre los grandes partidos políticos las posiciones sobre las AT tampoco son claras. Las opiniones oscilan entre una concepción reduccionista –que concibe a las AT como una institución retrógrada, plagada de prácticas antidemocráticas y sólo escasamente presente en lo local– y una concepción que sobreestima la especificidad de las AT en tanto expresión de un poder social y religioso que transporta la protección tutelar de los antepasados, confiriéndoles privilegios en relación con otras organizaciones locales.

Este hecho remite a la discusión sobre la partidización de las AT. A pesar de ser normalmente identificadas con la Renamo, éste no es siempre el caso. Es necesario agregar que durante el trabajo de campo, y en términos de resolución de litigios, frente a la complejidad de las estructuras involucradas en la disputa del poder se observa una atomización de las posiciones: las AT se acercan más a la Renamo, y los Tribunales Comunitarios y GD se encuentran en el ámbito privilegiado de actuación del Frelimo⁶⁸. De cualquier modo, la competencia por el poder y la superposición de esferas de intervención de las diferentes estructuras presentes en el terreno de la resolución de litigios es notoria. Como lo afirma uno de los entrevistados, “las personas no saben donde resolver los conflictos. No está definido claramente el papel de cada uno”⁶⁹. El paisaje de las justicias en Mozambique está constituido por una serie de instituciones cuyo desempeño depende de la fluidez de la articulación entre ellas. Cuando están definidos los papeles relativos y mejor es el cumplimiento de las funciones que les son atribuidas por la sociedad en general y por las comunidades en particular, es más eficiente el desempeño y se concretan mejor los derechos de los ciudadanos y los intereses del Estado. De hecho, a pesar de que el discurso oficial no los reconoce, los rēgulos funcionan, muchas veces, en estrecha relación con el poder del Estado. Son varios los rēgulos llamados a intervenir en campañas de vacunación, de educación cívica, etc.

⁶⁷ Vale la pena mencionar que en el periodo colonial era una práctica común que el rēgulo fuera investido luego de que la comunidad hubiese escuchado sobre su idoneidad, una práctica que el Estado mozambiqueño ha recuperado de nuevo.

⁶⁸ Vale la pena mencionar que los más jóvenes acuden más a las autoridades administrativas, y los más viejos a las instancias tradicionales.

⁶⁹ Entrevista personal al hijo del rēgulo de Inhassoro (mayo de 1988). Este hecho fue de nuevo señalado por varios rēgulos, que participaron en un seminario reciente sobre las AT, como un impedimento para el funcionamiento efectivo del poder local. (véase CFJJ, 2002).

El aumento de la participación comunitaria en la resolución de sus problemas es una de las exigencias del proceso de democratización en curso en el país. Urge compatibilizar los principios constitucionales y la organización administrativa del Estado con las formas de actuación, los presupuestos culturales y las estructuras normativas de las AT.

El itinerario histórico de las AT aquí analizado demuestra que hay, simultáneamente, diversos mecanismos de resolución de litigios a los cuales se recurre. Esto significa que todos son necesarios, puesto que su denominador común es ofrecer perspectivas de solución y/o prevención de problemas. Demuestran que en Mozambique se está desarrollando una hibridización jurídica desde hace mucho, hibridización que acepta el modelo jurídico oficial moderno, creando al tiempo el espacio para su actuación. Visto desde esta perspectiva, la vitalidad de las justicias donde se enmarcan las autoridades tradicionales es un espejo de las dificultades de una justicia oficial que parece no alcanzar sus objetivos.

Las AT manipulan algunos aspectos tradicionales en tanto signos legitimadores de su autoridad, al tiempo que utilizan elementos modernos –como los partidos políticos– para asentar su poder. Es esta relación dialéctica sutil entre la tradición y la modernidad, la que impulsa a las AT y las desarrolla. Lejos de encarnar la inmovilidad de un pasado imaginado reescrito en el presente, este paisaje de justicias es el símbolo de otra modernidad compleja que debe ser estudiada.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, J. (1994), "Terra e autoridade política no pós-guerra em Mozambique. O caso da província de Manica," *Arquivo*, 16, 5-68.
- ARAÚJO, Manuel G. M. de (1988), *O sistema das aldeias comunais em Moçambique. Transformações na organização do espaço residencial e produtivo*, Lisboa, Disertación de Doctorado en Geografía Humana, Facultad de Letras, Universidad de Lisboa.
- BRAGANÇA, A., J. Depelchin, (1986), "Da idealização da Frelimo à compreensão da história de Mozambique," *Estudos Moçambicanos*, 5/6, 7-28.
- BRITO, Luís de (1991), *Le Frelimo et la construction de l'Etat national au Mozambique - le sens de la référence au marxisme (1962-1983)*, Paris, Tesis de doctorado, Universidad de Paris VIII.
- CARRILHO, João (1995), *Administração local e administração tradicional de terras. Poder e autoridade tradicional* (volumen 1), Maputo, Ministério da Administração Estatal - Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, 109-121.
- Centro de Estudos Africanos (1998), *O mineiro moçambicano. Estudo sobre a exportação de mão de obra em Inhambane*, Maputo, Imprensa Universitaria.
- CHICHAVA, J. (1999), *Participação comunitária e desenvolvimento: o caso dos Grupos Dinamizadores em Moçambique*, Maputo, INLD.

- CUAHELA, Ambrósio (1996), *Autoridade tradicional em Moçambique*, Maputo, Projecto 'Descentralização e autoridade tradicional', Ministério da Administração Estatal.
- Centro de Formação Jurídica e Judiciária (2002), *A autoridade tradicional e a administração da justiça*, Maputo, informe del seminario realizado en julio de 2002.
- ; Cruzeiro do Sul (2002), *O papel dos tribunais comunitários na resolução de conflitos*, Maputo (borrador).
- DINERMAN, Alice (1999), "O surgimento dos antigos régulos como 'chefes de produção' na província de Nampula - 1975-1987," *Estudos Moçambicanos*, 17, 95-246.
- EGERÖ, B. (1990), *Mozambique: a dream undone. The political economy of democracy, 1975-84*, Uppsala, Instituto Escandinavo de Estudios Africanos.
- FARIA, F., A. CHICHAVA, (1999), *Descentralização e cooperação descentralizada em Moçambique*. Document de réflexion ECDPM 12, Maastricht, ECDPM.
- FELICIANO, José Fialho (1998), *Antropologia Económica dos Thonga do Sul de Moçambique*, Maputo, Arquivo Histórico de Moçambique.
- , V. H. Nicolau, (orgs.) (1998), *Memórias de Sofala por Silva, J. J. de, Silva, Z. H. e Silva, G. H. Z.*, Lisboa, Comissão Nacional para os Descobrimientos Portugueses.
- FORTUNA, C. (1993), *O fio da meada: o algodão de Moçambique, Portugal e a economia-mundo (1860-1960)*, Porto, Afrontamento.
- GEFFRAY, Christian (1991), *A causa das armas em Moçambique: antropologia da guerra contemporânea em Moçambique*, Porto, Afrontamento.
- GENTIL, Anna Maria (1999), *O Leão e o Caçador: uma história da África sub-saariana*, Maputo, Arquivo Histórico de Moçambique.
- GESCHIERE, Peter (1997), *The Modernity of witchcraft. Politics and the occult in postcolonial Africa*, Charlottesville, University Press of Virginia.
- GOMES, C., J. FUMO, G. MBILANA, B. S. SANTOS, (2003), "Os tribunais comunitários," en B.S. Santos, J.C. Trindade, (eds.), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Porto, Afrontamento, vol. 2, 189-340.
- GONÇALVES Cota, J. (1944), *Mitologia e direito consuetudinário dos indígenas de Moçambique*, Lourenço Marques, Imprensa Nacional.
- (1946), *Projecto definitivo do Código Penal dos indígenas da Colónia de Moçambique*, Lourenço Marques, Imprensa Nacional.
- HANLON, J. (1991), *Mozambique: who calls the shots?* London, James Currey.
- HEDGES, D. (coord.) (1993), *História de Moçambique. Moçambique no auge do colonialismo, 1930-1961*, vol. 2, Maputo, Departamento de Historia, Universidad Eduardo Mondlane.
- HERBST, Jeffrey (2000), *States and power in Africa. Comparative lessons in authority and control*, Princeton, Princeton University Press.
- HOBSBAWM, E. (1988), "Introduction: inventing tradition," en R. Hobsbawm T. Ranger, (orgs.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1-14.

- HONWANA, R. B. M. (1985), *Memórias: histórias ouvidas e vividas dos homens e da terra*, Maputo, Edición de autor.
- HONWANA, Alcina (2002), *Espíritos vivos, tradições modernas: possessão de espíritos e reintegração social pós-guerra no sul de Moçambique*, Maputo, Promédia.
- ISAACMAN, A. (1990), *Régulos, diferenciação social e protesto rural: o regime do cultivo forçado do algodão em Moçambique, 1938-1961*, Maputo, RIEA.
- , B. Isaacman, (1983), *Mozambique: from colonialism to revolution, 1900-1982*, Boulder, CO., Westview Press.
- JÚNIOR, Rodrigues (1955), *O negro de Moçambique (estudo)*, Lourenço Marques, África Editora.
- LUNDIN, Iraê Baptista (1998), "Traditional authority in Mozambique," en *Decentralization and municipal administration. Description and development of ideas on some African and European models*, Maputo, Friedrich Ebert Stiftung.
- MAMDANI, Mahmood (1996), *The citizen and subject: contemporary Africa and the legacy of late colonialism*, Princeton, Princeton University Press.
- (2000), "When does a settler become a native? Reflections on the colonial roots of citizenship in Equatorial and South Africa," en D.W. Nabudere, (org.), *Globalisation and the post-colonial African State*, Harare, African Association of Political Science Books, 222-232.
- MEDEIROS, Eduardo (1996), *Etnias e etnicidades em Moçambique*, Lisboa, Edición de autor.
- MINTER, William (1994), *Apartheid's contras: an inquiry into the roots of war in Angola and Mozambique*, London, Zed Books.
- MENESES, M. P. (2000), "Medicina tradicional, biodiversidade e conhecimentos rivais em Moçambique," *Oficina do CES*, 150.
- , J. FUMO, G. MBILANA, C. GOMES, (2003), "As autoridades tradicionais no contexto do pluralismo jurídico," en B.S. Santos, J. C. Trindade, (eds.), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Porto, Afrontamento, volume 2, 341-419.
- MONDLANE, Eduardo C. (1969), *Struggle for Mozambique*, London, Harmondsworth.
- MOÇAMBIQUE (1975), *Principal legislação promulgada pelo Governo da República Popular de Moçambique*, Lourenço Marques, Imprensa Nacional.
- NILSSON, A. (1995), *Legitimidade, economia, conflito e a guerra. Autoridade e poder tradicional* (volume 1), Maputo, Ministério da Administração Estatal - Núcleo de Desenvolvimento Administrativo, 127-144.
- NEWITT, Malyn (1997), *História de Moçambique*, Lisboa, Europa-América.
- O'LAUGHLIN, Bridget (2000), "Class and the customary: the ambiguous legacy of the *indigenato* in Mozambique," *African Affairs*, 99, 5-42.
- PENVENNE, Jeanne (1995), *African workers and colonial racism: Mozambican strategies and struggles in Lourenço Marques*, London, James Currey.
- RITA-FERREIRA, A. (1967-1968), "Os Africanos de Lourenço Marques," *Memórias do Instituto de Investigação Científica de Moçambique*, 9(C), 95-491.

- SANTOS, Boaventura Sousa (2001), "Entre Próspero e Caliban: colonialismo, pós-colonialismo e inter-identidade," en M.I. Ramalho, A. Sousa Ribeiro, (orgs.), *Entre ser e estar: raízes, percursos e discursos de identidade*, Porto, Afrontamento, 23-113.
- (2003), "O Estado Hegemónico e o Pluralismo Jurídico," en B.S. Santos, J.C. Trindade, (eds.), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Porto, Afrontamento, volume 1, 47-95.
- , J. C. TRINDADE, (2003), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Porto, Afrontamento, 2 vol.
- SERRA, António (2001), *Legitimacy of local institutions for natural resource management: the case of M'Punga, Mozambique*. Marena Research Project, Working Paper 3, en <http://www.geog.sussex.ac.uk/research/development/marena/pdf/wp3.pdf>, acceso en mayo de 2002.
- TRINDADE, João Carlos (2003), "Rupturas e continuidades nos processos políticos e jurídicos", en B.S. Santos, J.C. Trindade, (eds.), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Porto, Afrontamento, volume 1, 97-127.
- VAIL, Leroy, L. WHITE, (1980), *Capitalism and colonialism in Mozambique: a study of Quelimane district*, London, Heinemann.
- WEBER, Max (1964), *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, vol. 1, Berlin, Kippenheuer & Witsch.
- WEST, H. G., S. KLOECK-JENSON, (1999), "Betwixt and between: 'Traditional authority' and democratic decentralization in post-war Mozambique," *African Affairs*, 98, 455-484.
- YOUNG, Crawford (1994), *The African colonial state in comparative perspective*, New Haven, Yale University Press.

Derecho, desplazamiento forzado interno y construcción del Estado

JOHN LARRY ROJAS CASTILLO*



Este artículo se acerca al problema del desplazamiento forzado en Colombia desde la perspectiva de la filosofía del derecho. Se propone comprender cómo el campo jurídico se configura en medio del desplazamiento, es decir, como se produce el derecho, como interpreta y como se aplica. Así, realiza un estudio en estrecha relación con el contexto sociocultural en el que el derecho surge y en el que se hace efectivo. El carácter filosófico se define por la búsqueda de comprensión, pues pretende penetrar en un caso específico de desplazamiento para sacar a la luz y exponer el significado profundo de la pugna entre las distintas formas de derecho que se entretajan en él. Este esfuerzo describe el sentido sociopolítico de la negación de derechos que implica el desplazamiento –en cuanto manifestación de la crisis de la ciudadanía y del Estado en Colombia, que pone en juego la humanidad en cuanto vida política, es decir, el derecho a estar activamente vinculado a otros seres humanos en una relación comunitaria– a la vez que muestra la intervención del derecho en la dinámica de la guerra. El artículo realiza una reconstrucción del desplazamiento que da lugar al campamento de Pavarandó, muestra cómo en la vida de las comunidades se yuxtaponen sistemas normativos y establece una reflexión teórica sobre la compleja cartografía de la disputa de los conceptos de “derecho” y su trama respecto del desplazamiento. Se señala, desde una perspectiva filosófica, que sólo en la construcción de un Estado pluralista que reconozca efectivamente a los diversos actores sociales y étnicos, puede asegurarse el respeto concreto de los derechos de los ciudadanos. A lo largo de todo el trabajo se evidencia que las comunidades de paz no son conglomerados anónimos, sino grupos organizados de personas que luchan por el reconocimiento a partir de tipos culturales dominantes –negros, especialmente– y de la experiencia común de la tragedia. Por este camino se concluye que el derecho es un elemento

nuclear tanto en el desarrollo de la lucha que genera el desplazamiento, como en los procesos de organización comunitaria que lo enfrentan.



The Law, Forced Internal Displacement and the Construction of the State

This article approaches the problem of forced displacement in Colombia from the perspective of legal philosophy. It proposes an understanding of how the legal field is confirmed in the midst of displacement, that is, how law is produced, interpreted and applied. In this manner, the author undertakes a study of the tight relation with the socio-cultural context in which the law emerges and in which it is made effective. The philosophical nature is defined by the search for understanding, since the aim is to penetrate into a specific case of displacement in order to bring to light and to expose the deep meaning of the tug-of-war among the different forms of law that are knit around displacement. This effort describes the socio-political sense of the denial of rights implied in displacement—in terms of a manifestation of the crisis of the citizenry and the Colombian state, which toys with humanity in terms of political life, that is, the right to be actively tied to other human beings in a community relation—while it demonstrates the intervention of law in the dynamic of war. The article undertakes a reconstruction of the displacement which led to the creation of the Pavarandó settlement, shows how in the life of the communities there is a juxtaposition of normative systems, and establishes a theoretical reflection on the complex cartography of the dispute over the concepts of “law” and its role vis-à-vis displacement. From the philosophical perspective, the author notes that only in the construction of a pluralist state that effectively recognizes the various social and ethnic actors can the concrete respect of the rights of citizens be secured. Throughout the article there is evidence that the peace communities are not anonymous conglomerates, but rather organized groups of people that struggle for recognition based on dominant cultural types—particularly, Blacks—and the common experience of tragedy. In this manner, the article concludes that the law is a nuclear element both in the development of the battles that generate displacement as in the processes of community organization that confront them.

EL CASO DE LAS COMUNIDADES DE PAZ NACIDAS EN EL CAMPAMENTO DE PAVARANDÓ, 1997-1998

En la reconstrucción del caso buscaremos referirnos a los hechos que generaron el desplazamiento forzado de la zona de Riosucio, entre el segundo semestre de 1996 y los primeros meses de 1997, y que dan origen al campamento de Pavarandó y, posteriormente, a las comunidades de paz. Se realizará una presentación sencilla de los hechos, enriquecida con las narraciones de los protagonistas del proceso, para lo cual nos serviremos de un contexto general que nos permita comprender la dinámica del problema.

Contexto general: Riosucio

Riosucio tiene una gran importancia en la región del Urabá chocono y en la cuenca del río Atrato, tanto por su biodiversidad y la riqueza de sus recursos naturales, como por su importancia comercial, geoestratégica y militar. Se trata de una zona de inigualable riqueza, dada la peculiaridad de su biodiversidad y de sus recursos hídricos y naturales, en su mayoría sin explotar comercialmente (aunque ya se desarrolla la industria maderera y camaronera). Además, las zonas media y baja del curso del río Atrato son territorios sumamente fértiles, propicios para la ganadería o la agricultura.

Desde el punto de vista comercial, la zona de Urabá posee una gran importancia ya que es un punto natural que une a Centro y Suramérica, y a los océanos Pacífico y Atlántico, por lo cual hay importantes propuestas para desarrollar megaproyectos en el sector. Además, esta zona tiene importancia militar puesto que, por ser una región selvática, a través de ella se hace posible la comunicación por tierra entre Centroamérica y el interior del país, lo cual facilita el ingreso de armas, la movilización de secuestrados, además del envío de cargamentos de droga¹. En consecuencia, este territorio tiene una gran importancia geoestratégica y militar tanto nacional como internacionalmente, hecho que lleva a los grupos insurgentes y para-estatales a buscar su dominio.

El conflicto territorial entre guerrilla y paramilitares en Riosucio. El proceso de desplazamiento y formación del campamento

En este contexto general, en los primeros meses de 1996 se da lugar a una intensa lucha armada entre guerrilla, ejército y paramilitares² por el control de las zonas rurales de Riosucio. De esta manera, a lo largo del año los grupos paramilitares comienzan a hacer cada vez más presencia en zonas cercanas a la cabecera municipal de Riosucio, en las que desde los años sesenta existía un dominio territorial de las FARC, las que imponían su ley³. Este proceso de disputa territorial había empezado alrededor de 1985 cuando grupos de Fidel Castaño se posesionaron de Santa

El tráfico de armas y la movilización de secuestrados han sido prácticas ilegales recurrentes en esta zona. Si bien la acusación del uso del territorio para el narcotráfico ha sido negada insistentemente por los grupos armados contra-estatales y para-estatales, los organismos de seguridad e inteligencia acusan a las organizaciones guerrilleras y paramilitares de tal utilización.

Corregimientos de Alto Riosucio, Bajirá, Boca de Curvaradó, Cacarica, Chintadó, Domingodó, Jiguamiandó, La Grande, La Honda, La Larga, La Raya, La Teresita, La Travesía, Peze, Salaquí, Truandó, Tumaradocito, Turriquitadó, Vigía de Curvaradó y Villanueva. También en las inspecciones de policía de la Isla, Sautatá y Tamboral.

Más adelante se ahondará mucho más sobre la presencia y el sentido de la normatividad ejercida por la guerrilla en la región.

María la Antigua; no obstante, la confrontación con la guerrilla no tiene tanta preponderancia hasta 1995, año en que grupos paramilitares y guerrilleros sostienen intensos combates en la zona.

Así, a lo largo de 1996 tienen lugar masacres, asesinatos, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones por parte de los grupos paramilitares que buscan obtener el dominio militar. Este enfrentamiento, sumado a la permanente intimidación de la población y a diversas imágenes de terror, lleva al desplazamiento masivo de campesinos hacia los cascos municipales de Riosucio, Turbo, Quibdó y Córdoba, en el segundo semestre del año. En diciembre de este año los paramilitares alcanzan pleno dominio del casco urbano de Riosucio. Bombardeos del Ejército y la Policía Nacional acompañan la entrada de los paramilitares, quienes con la consigna de “somos las autodefensas, venimos a limpiar el pueblo”, toman rehenes, asesinan a miembros de la JUCO y a líderes comunitarios, y continúan con el bloqueo de alimentos y gasolina para la población de las zonas rurales argumentando que muchos de esos víveres van a terminar en manos de las FARC, pues su estrategia consiste en “matar de hambre a la guerrilla”.

A esta toma de los paramilitares, la guerrilla responde con un ataque realizado por sus frentes 57 y 34, el 9 de enero de 1997, el cual deja como saldo cinco pobladores muertos, siete heridos y el desplazamiento masivo de la población. Además, “en su huida los subversivos pasaron por la vereda de Nueva Luz y los Manguitos donde decapitaron siete campesinos acusándolos de colaborar con los paramilitares”⁴.

Los últimos días de enero y los primeros 20 días de febrero la presión sobre la población se hizo cada vez mayor, dado el bloqueo impuesto a los alimentos y los continuos enfrentamientos entre guerrilla, paramilitares y ejército.

El 24 de febrero de 1997 se produjo un intenso bombardeo en el corregimiento de Bocas de Taparal y luego a lo largo del cañón del río Salaquí. Los bombardeos, que continuaron a lo largo del día, provocaron el desplazamiento de pobladores con más de treinta años en la región, de comunidades negras en su mayoría conformadas por mujeres y niños sin ropa, sin zapatos, habiendo dejado “los fogones calientes”, –en el decir de los desplazados–, sus propiedades y posesiones. En el proceso de desplazamiento que siguió a estos enfrentamientos muchas personas tuvieron que entrar a las zonas selváticas donde se perdieron, algunas mujeres embarazadas tuvieron que dar a luz en estas condiciones y también algunos niños enfermaron. Durante un mes, entre 2.000 a 3.000 campesinos caminaron buscando llegar a la carretera al mar, a la altura de Turbo, objetivo que sólo lograron algunos, mientras que otros fueron obligados por el ejército a detenerse en Pavarandó, corregimiento de Mutatá⁵.

⁴“Nuevo éxodo en Riosucio”, en *El Tiempo*, 5 de marzo de 1997, p. 9A.

Un importante número de afrodescendientes, indígenas y campesinos mestizos de las comunidades de

Las autoridades de Riosucio sostienen que los agricultores y aserradores llegaron en su mayoría como rehenes de la guerrilla, y por eso intentaron que niños y mujeres fueran marginados de la movilización (...) Para el comandante de la 17 brigada, general Rito Alejo del Río, la movilización a Mutatá es la oportunidad de colarse que esperan las FARC para tomarse la vía al mar por tercera vez⁶.

Señalados por el ejército como colaboradores de la guerrilla, los desplazados se instalaron en Pavarandó en los últimos días de marzo y los primeros de abril de 1997. Tuvieron que alegar que no pretendían tomarse la carretera al mar, pero sí tener atención médica urgente y poder establecer contacto directo con el gobierno nacional en aras de obtener garantías de retorno a sus tierras. Explicaron también que la salida de su región se debió a las amenazas y sindicaciones de ser colaboradores de la guerrilla, por parte de los paramilitares, y a las advertencias guerrilleras que insistían en que, si se iban, entonces obedecían una orden paramilitar y por ello no podrían regresar⁷.

De esta manera, la intensa confrontación bélica por la hegemonía en el territorio presionó a las comunidades hasta obligarlas al desplazamiento; por ello, más allá de identificar con precisión al autor inmediato de las órdenes que lo propiciaron, es necesario indicar cómo la lucha por el territorio y los intensos bombardeos llevaron a las comunidades campesinas y negras a convertirse en víctimas. A lo largo de 1997 nuevas arremetidas paramilitares causaron nuevos procesos de desplazamiento, por lo que el campamento llega a tener alrededor de 5.000 desplazados.

La organización comunitaria en el campamento

Durante los primeros días en el campamento las personas se vieron obligadas a dormir a la intemperie, en potreros, sobre plásticos; luego, dada la movilización de varias ONG⁸, el Ministerio del Interior, a través de

la cuenca del río Cacarica también son desplazados en el desarrollo de los combates entre las fuerzas armadas estatales, paraestatales y contraestatales. A diferencia de quienes llegan a Pavarandó, estas comunidades se refugian en el Coliseo de Turbo o huyen a Panamá, de donde algunos de ellos son deportados a bahía Cupica. Si bien estos grupos no se proclaman comunidades de paz, sí desarrollan una importante experiencia de resistencia comunitaria pacífica. Dado que todas estas comunidades no sólo comparten vínculos culturales y étnicos, sino que además han padecido el dolor del desplazamiento y cultivado un proyecto de organización comunitaria, es importante el estudio de su experiencia para lograr una mejor comprensión de la lucha de las comunidades negras por constituirse en actores sociales y políticos reconocidos. (Comunidades de la Cuenca del Cacarica, 2002).

El Tiempo, 1 de abril de 1997.

Ibídem “50 desplazadas a punto de alumbrar”, en *El Mundo*, Medellín, 2 de abril de 1997, pp. 1 y 7; *El Tiempo*, 7 de marzo de 1997, p. 9^a.

Entre las organizaciones que apoyan de manera importante a las comunidades de paz cabe destacar al Cinep, Justicia y Paz, Caritas, la diócesis de Apartadó y las comunidades religiosas de las hermanas Lauritas y Dominicanas. Hernández, 1999.

su Oficina de Derechos Humanos, y la diócesis de Apartadó, se construyen albergues con tejas de zinc, los cuales fueron ocupados por cada una de las 49 comunidades que llegaron al campamento.

Ante las necesidades y problemáticas propias de un refugio en precarias condiciones humanitarias y de seguridad, teniendo como base la organización existente antes del desplazamiento, cada comunidad se organizó como consejo comunitario con un representante legal y una junta directiva. A su vez se constituyeron distintos comités –integrados por representantes elegidos por cada comunidad– para buscar soluciones a los problemas y obtener recursos por medio de las ONG o el gobierno. Vale la pena enfatizar la importancia de los consejos comunitarios, los cuales fueron creados con base en el Decreto 1745 de 1995, el cual reglamenta la Ley 70 de 1993. Dichos Consejos fueron organizados en algunas de las comunidades antes del desplazamiento con el objetivo de reclamar la propiedad colectiva de las tierras en las que ancestralmente habían vivido y, una vez alcanzada tal titulación por parte del Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (Incora), erigirse en máximas autoridades administrativas de estos territorios, de acuerdo con la Constitución, las normas legales que los rigen y los sistemas de derecho propios de cada comunidad⁹. Este proceso comunitario es destacable, ya que a partir de la Constitución de 1991 y la Ley 70 de 1993 se habían reconocido no sólo los derechos de propiedad de las comunidades negras sobre sus territorios, sino también su cultura y costumbres. Con esta ley, las comunidades negras lograron cierta autonomía para administrar y organizar su territorio por medio de sistemas de derechos propios.

Como la zona de Riosucio ha sido ancestralmente habitada no sólo por comunidades negras sino también por otros grupos étnicos como los indígenas, los chilapos (mestizos) y paisas (blancos inmigrantes de Antioquia o Córdoba), la dura experiencia del campamento, desde los primeros momentos, llevó a todos los desplazados a comprender la vida comunitaria como una forma para organizar sus procesos de subsistencia y para luchar por su reconocimiento político y social.

Precisamente por compartir la penosa situación de desplazados al ser forzados a romper sus raíces con la tierra en la que habían forjado su vida a lo largo del tiempo, los miembros de las distintas etnias comprendieron la importancia y la necesidad de una sólida organización comunitaria. En palabras de un habitante de los campamentos:

(...) esa violencia nos cogió solos, cada uno estábamos allá en nuestra finca, vivíamos en paz y tranquilos pero nos cogió solos y nos destruyó. Y la razón es porque no teníamos una comunidad que nos respaldara. Ahí nos hicimos todos conscientes de la importancia de una comunidad que lo respalde a uno, y eso fue lo que se empezó a discutir en Pavarandó (Cinep, 2000: 48).

Cfr. Decreto 1745 de 1995, art. 3.

De esta forma, el sentido de los comités mencionados fue el de organizar la vida en común del campamento mediante reglamentos que regían las prácticas más habituales como la movilización para lavar la ropa o bañarse en el río, para salir a buscar leña o alimentos; todos los miembros del campamento conocían y debían seguir estrictamente estos reglamentos, pues los habían elaborado ellos mismos. Además, el campamento había sido rodeado por el ejército para garantizar la seguridad de las comunidades, por ello los reglamentos también establecían que ningún habitante del refugio podía salir sin permiso, ni solo y mucho menos de noche¹⁰. Este sistema normativo también disponía que ningún habitante podía estar armado, ni tener negocios o conversaciones con personas externas o grupos armados, ni vender alimentos, ni beber; igualmente establecía penas y castigos para aquellos que violaban los reglamentos, las cuales consistían en trabajos comunitarios (Comunidad de Paz de San Francisco de Asís, 1997).

Cabe destacar cómo el proceso de desplazamiento, de ubicación en el campamento, de formación comunitaria y hasta el mismo inicio del proceso de retorno estuvo marcado por el terror originado por la continua presión de los grupos armados, los cuales constantemente intimidaban y hostigaban el campamento –asesinando o desapareciendo a sus miembros, ofreciendo dinero a los pobladores para que abandonaran sus comunidades o atemorizando a sus líderes–. La vida de las comunidades estuvo siempre amenazada por posibles tomas, bien sea de la guerrilla o de los paramilitares. Estos métodos de presión condujeron, paradójicamente, a la consolidación de vínculos cada vez más fuertes fundados en la solidaridad, la lealtad y la fe en el proyecto social que estaban construyendo. En las acciones que negaron los derechos de estas comunidades, ellas encontraron el abono que fortaleció su unidad, su solidaridad y hermandad.

Yo creo que parte de este trabajo de las comunidades de paz, este trabajo digamos de participación comunitaria, tiene como esa orientación de que los campesinos adquieran, o adquiramos, una responsabilidad colectiva. Que pensemos que se necesita un proyecto de vida comunitaria. Y que, como sea, los individuos y la comunidad en general deben tenerlo bien presente, para poderlo defender y salir adelante. Entonces, si hay una comunidad que tiene sus reglamentos, que tiene sus representantes, que tiene sus diferentes comités para trabajo, que está de alguna manera organizada, puede hablar de cualquier agresor, o puede al menos decir cuál es su proyecto, cuál es su programa, cuáles son sus intereses (Cinep, 2000: 48)¹¹.

¹⁰ Este tipo de medidas, unidas a la permanente presión a la que fue sometido el campamento por parte de los actores armados a lo largo de los meses, hicieron del campo prácticamente una cárcel para sus moradores pero, por otra parte, esta situación extrema les permitió afianzar un fuerte sentido comunitario.

¹¹ Acerca del proyecto de las comunidades de paz como forma de organización comunitaria que hace posible la reconstrucción vital de quienes atraviesan por la experiencia del desplazamiento existen

Para los pobladores, los campamentos no sólo fueron espacios donde subsistir, sino lugares en los que se comenzó a realizar el proceso de reconstrucción vital para luchar por sus derechos, lo cual se vio atravesado por experiencias que les permitieron aprender a respetar las diferencias de los otros y a entenderse unidos. Así, las profundas heridas de la guerra comenzaron a buscar su alivio en el encuentro con otros y la construcción de un proyecto de vida comunitario.

Cuando a uno le toca desplazarse, le arrancan media patria. Un desplazado no sabe ni quién es él. Pero de pronto descubres que tú vives con tu familia, tienes una comunidad, un pueblo con quien se ha luchado, con quien se ha trabajado. Cuando la gente ha confiado, no tanto creer sino confiar, gente que le pone fe a otras personas que vienen colaborando, que vienen trabajando alrededor de todo un proceso, uno vuelve a descubrir que existe (Cinep, 2000).

En este sentido la profunda nostalgia por la tierra y el dolor de la pérdida de la vida cotidiana propician la reconstrucción a través del proceso comunitario que se comienza a configurar en el campamento. En conclusión, los procesos de vida comunitarios surgidos a partir de la experiencia dolorosa del desplazamiento, el hacinamiento y la “casi reclusión” en el campamento de Pavarandó llevaron a sus moradores a tomar conciencia de la importancia de la organización comunitaria como una manera de reconstruir los procesos de vida personales y sociales, y como método para exigir sus derechos. Con base en la cultura y las prácticas sociales anteriores al desplazamiento se establecieron reglamentos que como sistemas normativos reflejan la autonomía de las comunidades para autorregular su vida comunitaria y asumir prácticas neutrales frente a los actores armados.

Las Comunidades de Paz de San Francisco de Asís

El sentido de las comunidades de paz se entiende en el contexto de vida comunitaria, unido a procesos de organización normativa. Éstas nacen como una estrategia de las comunidades del campamento de Pavarandó para poder regresar a sus territorios y obtener el respeto de sus vidas y propiedades por parte de los actores armados, además de prevenir nuevos desplazamientos. ¿Cómo establecer poder sobre el territorio y mecanismos de protección de la población civil sin armas?, ésta es la compleja cuestión que se han planteado las comunidades teniendo en cuenta su fragilidad en medio de la guerra que las rodea; al mismo tiempo, en esta búsqueda de soluciones radica su profunda fuerza política.

El camino escogido por las 53 comunidades –49 iniciales y cuatro que llegaron en 1997–, en su declaratoria del 19 de octubre de 1997, fue marginarse del conflicto armado. Sus miembros se comprometieron de

muchos estudios realizados desde varias disciplinas, entre ellas la psicología, el trabajo social y las ciencias políticas.

manera pública a no portar armas, a no dar información, ni servir de ventaja estratégica para ningún grupo, a no recibir a ningún miembro de las agrupaciones armadas en su territorio y a buscar una salida negociada al conflicto (San Francisco de Asís, 1997).

Asimismo, al tomar una posición que niega activamente su participación en el conflicto, logran identificar sus intereses como sociedad civil: poder ocupar sus territorios, poder ejercer con autonomía su organización interna, desarrollar su cultura y costumbres esperando ser respetados en su decisión soberana por todos los actores del conflicto. De esta manera, la estrategia de las comunidades de paz es la de ser protegidos no por las armas, sino por su neutralidad, por su activa negación de las tácticas de guerra que desarrollan los distintos actores armados a su alrededor.

Esta propuesta no busca la vulneración de la Constitución y de las leyes, ni oponerse al Estado, sino más bien se trata de una metodología de vida comunitaria para reclamar un espacio territorial autónomo en el que sea posible ejercer los derechos constitucionales fundamentales (Encuentro, 1997). Por ello, antes de la proclamación, las comunidades realizaron un amplio proceso de formación en el que todos sus miembros fueron instruidos sobre el significado y las implicaciones de la declaratoria. Además, las comunidades informaron de sus intenciones a los distintos actores armados, los cuales de una u otra forma aceptaron respetar la decisión. Posteriormente las comunidades, cada una de acuerdo con los procesos internamente definidos –algunas a través de la firma de todos sus miembros, otras a través de sus representantes– decidieron asumir el compromiso de convertirse en comunidades de paz (Hernández, 2000: 44-45).

Después de la declaratoria se instaló una mesa de negociación con el Estado para definir las condiciones del retorno. Esta primera mesa supuso aplazar la discusión sobre los demás puntos planteados en la formación del campamento¹². En este proceso las comunidades propusieron un paquete sociopolítico solicitando todos los aspectos involucrados en el retorno, tales como la titulación de los territorios en cumplimiento de la Ley 70 de 1993, la organización de los grupos, la elección de las zonas precisas en las que se comenzaría a realizar y las características de los asentamientos.

Luego de un proceso de reflexión cuidadosa las comunidades decidieron no retornar directamente a sus parcelas, sino trasladarse a siete sitios diferentes en su territorio con el fin de avanzar poco a poco y abarcar la mayor extensión de tierra posible hasta poder ubicarse de nuevo en sus propiedades originales. En el mes de diciembre de 1997 comienza el proceso de negociación entre las comunidades de paz y una comisión integrada por la Iglesia, el Cinep, el consejero presidencial para los desplazados, el

¹² Subdividida en otras tres mesas: seguridad, retorno y titulación de tierras por la Ley 70; la mesa desarrolló 16 puntos de organización.

Ministerio del Interior, el Incora y otros acompañantes del proceso. En este mismo periodo, y antes de la firma de los acuerdos, comenzó el proceso de retorno de las comunidades, que se desarrolló hasta septiembre de 1998. El regreso de las comunidades a sus tierras se ve marcado por intensos ataques de los grupos guerrilleros y paramilitares tanto al campamento como a las comunidades que retornaron¹³.

En conclusión, la declaratoria de las comunidades de paz les permitió establecer prácticas sociales restauradoras de los estilos de vida de los desplazados y luchar por sus derechos. Las comunidades diseñaron, en consecuencia, un sistema normativo y, a través de su declaratoria pública, establecieron una posición política activa que afirma su neutralidad frente a los proyectos político-militares de los distintos grupos armados. Estos últimos se comprometieron a respetar las decisiones de las comunidades, pero hasta hoy en día continúan hostigándolas y presionando su desintegración. Con respecto al Estado, su posicionamiento político les permitió negociar su retorno; por primera vez estas comunidades históricamente excluidas ganaron visibilidad social.

LA PUGNA DE SISTEMAS DE DERECHO Y LA CONSTRUCCIÓN DE ESTADO A PARTIR DE LAS COMUNIDADES DE PAZ

En una reflexión teórica que permita comprender cómo el derecho se configura en medio de la confrontación político-militar por el territorio, se mostrará cómo en el caso estudiado se yuxtaponen y enfrentan sistemas normativos estatales y sistemas guiados por el concepto de “autodefensas” –guerrilleros o paramilitares–, develándose así una pugna entre diversos poderes. El desplazamiento y la génesis de las comunidades de paz obedecen a un contexto conflictivo regional atravesado por el derecho, en el que éste es también un instrumento de guerra. Se descubrirá cómo en el enfrentamiento político-militar aparece el desplazamiento como una de sus estrategias, y de qué forma en la organización de las comunidades de paz se dan “producciones” normativas válidas, y se configuran procesos de negociación y de reconocimiento político de las comunidades ante los actores armados.

Se mostrará que no es posible postular un concepto de derecho definido y estable, sino se develará la cartografía o el entramado de varios conceptos de derecho que se traslapan en una pugna que es síntoma de la confrontación política por la soberanía que se pone en juego en la región. En la confrontación de formas legales, que encarnan los intereses defendidos por los grupos armados, cobran importancia los esfuerzos comunitarios en la reivindicación de sus derechos sociales y culturales, por medio

¹³ Ver “Batalla a las puertas de campo de desplazados”, en *El Colombiano*, 6 de agosto de 1998, p. 8A.

de una actitud activa y soberana contra la guerra, como es el caso de las comunidades de paz.

La colonización estratégica y la guerra en la construcción del Estado

En la región de Urabá, y específicamente en la zona de Ríosucio, la presencia ancestral de comunidades negras e indígenas con una identidad cultural definida ha permitido la consolidación de espacios territoriales. No obstante, como se ha dicho, a partir de la década de los sesenta las FARC dirigieron procesos de colonización en los que campesinos pobres ocuparon tierras con el fin de participar en mejores condiciones de las dinámicas productivas más lucrativas de la región, tales como el cultivo de banano. Las colonizaciones campesinas estuvieron acompañadas por la actividad ideológica del Partido Comunista.

Las FARC adoptaron en esta época un papel de “autodefensas” de las comunidades, esto es, de líderes armados privados defensores de los campesinos, para así reivindicar derechos sociales ante el ingreso en la zona de grandes empresas de la industria del banano. A su vez, en el norte de la región, el EPL usó este mismo concepto para auspiciar la invasión de grandes haciendas por parte de campesinos¹⁴.

Este proceso, que podríamos denominar –siguiendo el nombre utilizado por María Teresa Uribe (2001: 28-29)– “Colonización estratégica”, busca que los campesinos tomen las tierras, desarrollen actividades productivas y organicen prácticas sociales con el liderazgo y “defensa del territorio” ejercidos por el grupo armado, lo cual permitió a la guerrilla formar bases sociales al reivindicar los intereses de los campesinos pobres en sus reclamos por tierras y estimular el desarrollo de las comunidades¹⁵.

En este sentido, el poblamiento, la organización y el control de la región tuvieron gran importancia para las FARC, pues se trataba de una táctica de dominio territorial con el que garantizaban la colaboración estratégica de las comunidades y, por otra parte, sustentaban la legitimidad de su lucha política.

¹⁴ Por ello, como señala María Teresa Uribe, el concepto de “Autodefensa” no puede ser asociado exclusivamente a los actuales grupos armados de derecha. Se trata más bien de una idea que busca justificar la actividad militar regional a partir de la defensa de los intereses de los pobladores de una zona, para así obtener no sólo apoyo logístico, sino legitimidad y reconocimiento social. (Uribe, 2001: 35).

¹⁵ Estos procesos de liderazgo en la organización comunitaria son claros en la influyente actividad de la Unión Patriótica (UP) en la década de los ochenta. Como ejemplo podemos citar el apoyo de dicho grupo político a 1.000 familias campesinas que invadieron los predios del Sena y del Hogar Infantil en Apartadó. Los campesinos fueron posteriormente reubicados en la hacienda La Chinita. La UP también participó, de esta manera, en la formación del barrio Pollicarpa Salavarieta de Bogotá. Tal línea política mostró su fuerza cuando en las primeras elecciones populares de alcaldes, en 1988, la UP obtuvo las alcaldías de varios municipios de la zona del Chocó y Antioquia (Uribe, 2001: 30-31).

Poder político-militar y sistemas normativos

En el desarrollo de este proyecto político-militar de colonización y dominio territorial juegan un importante papel los sistemas normativos guerrilleros, basados en el concepto de “autodefensa”, pues ante la ineficacia o lejanía del orden jurídico estatal, éstos suponen la organización de grupos privados o insurgentes que regulan la vida cotidiana de manera efectiva y pronta.

La guerrilla tenía el control político-militar de la zona, pero ellos querían que las comunidades se organizaran también. Y como eran la autoridad, le exigían trabajo a las comunidades en lo que tenía que ver con la limpieza de los ríos, la convivencia y esas cosas. La idea de ellos es que la comunidad se organizara para que de alguna manera lograrán su objetivo, o lo que cada comunidad quería lograr. El problema era con la gente que no quería trabajar en la comunidad. Además, con la gente que cometía errores. Es decir, que robaban, por ejemplo, y pues les llamaban la atención o los *ajusticiaban* (...) Pero lo que sí pasaba es que ellos eran como la ley; en términos generales eran la ley de acá del campo. Como ellos decían: nosotros somos el ejército del pueblo (Cinep, 2000: 29).

Tal y como ocurre en otras zonas del país en las cuales la guerrilla de las FARC ha ejercido su poder por muchos años, y en donde ya se ha reconocido su autoridad por parte de los campesinos, este grupo armado ha diseñado normas para consolidar la legitimidad de su proyecto político (Molano, 2001: 333).

En este punto es importante referirnos a la investigación de Alfredo Molano sobre las justicias guerrilleras con el fin de comprender dichas formas de derecho, mostrando los contrastes respecto a la imagen de derecho revelada en el caso del desplazamiento.

Señala Molano que la guerrilla, después de haber conseguido el dominio militar de los territorios, organiza sistemas de derecho respetuosos de las comunidades, de manera que el orden militar guerrillero permite que la comunidad estudie sus conflictos y establezca sanciones con base en sus creencias. Una vez realizado el proceso y definida la sanción por la comunidad, la guerrilla exige y vigila su cumplimiento (334-335).

Tales formas de derecho estarían basadas en una concepción de justicia consuetudinaria, fundada en las tradiciones y los valores propios de la vida campesina. De acuerdo con el estudio de Molano, estas formas jurídicas logran afianzar la estabilidad social en las regiones con hegemonía guerrillera, y son un logro de las comunidades por encima de la arbitrariedad de las decisiones de ajusticiamiento tomadas por los comandantes guerrilleros durante el proceso militar de consolidación de su soberanía. Esto se cumple parcialmente en el caso estudiado, pues desde los años 60 la guerrilla influyó en la organización de la vida de las comunidades campesinas negras y mestizas; en este sentido, las comunidades no sólo aprendieron a convivir con la ley impuesta por el poder guerrillero, sino que

además vieron en sus normas herramientas para la solución de sus conflictos cotidianos.

Es preciso resaltar cómo la organización y configuración de los sistemas de derecho guerrillero obedecen a un proyecto militar que busca el control de los territorios por medio de la formación de bases sociales, por ello los grupos contra-estatales se esfuerzan por evitar que las formas de justicia se establezcan desde la arbitrariedad y el capricho, pues ello podría originar rechazo social, lo cual haría peligrar su objetivo fundamental.

Tales formas de derecho tienen como fin la colonización estratégica, entrañan la sumisión de los campesinos a las normas y, en último término, su adhesión a las ideologías políticas asociadas a su proyecto nacional. La paz establecida por la justicia guerrillera supone y establece la homogeneidad social, pues se basa en una idea de derecho estable y rígida a lo largo del tiempo, donde las normas deben ser asumidas sin titubeos por quienes viven en las zonas que dominan. En consecuencia, las decisiones de la comunidad no son autónomas, pues sólo se respetan si primero se reconoce la autoridad guerrillera¹⁶.

Una vez consolidado el dominio militar regional, y formadas las bases sociales legitimadoras de ese poder, es explicable la aparición de sistemas normativos que toman distancia de la contingencia y arbitrariedad iniciales; por ello, una vez que se pone en entredicho la hegemonía militar guerrillera sobre el territorio, la organización social se estremera y las relaciones de la guerrilla con las poblaciones retornan a las prácticas propias del combate por el territorio. Las formas legales guerrilleras se hacen contingentes, por cuanto el orden social definido por el sistema normativo supone la hegemonía de un solo poder armado y, de manera correspondiente, la sumisión de la voluntad comunitaria a la autoridad de un solo grupo, lo cual se pone en entredicho una vez que los paramilitares irrumpen en la región.

Respecto al caso estudiado, en el escenario de la lucha territorial entre el ejército nacional y los grupos guerrilleros y paramilitares de finales de los años 90, los procesos legales que imponen castigos son a la vez compensatorios y ejemplarizantes, no buscan con claridad la justicia, ni implican el respeto de las comunidades¹⁷. Por ello, el reconocimiento de la

¹⁶ Tras esto se muestra cómo la lucha guerrillera supone el establecimiento de una forma de Estado homogéneo y definido por el respeto a la autoridad guerrillera y a su ley consuetudinaria.

¹⁷ Sobre este punto explica Molano que: “Además del fusilamiento, existen los castigos compensatorios que se le imponen tanto a los guerrilleros como a los civiles. Al guerrillero que se duerme en la guardia, por ejemplo, para compensar el peligro en que puso a sus compañeros, lo castigan cargando leña o construyendo trincheras. Además de compensatorios, son castigos ejemplarizantes. En caso de infracciones cometidas por miembros de la comunidad, por ejemplo, un ladrón puede ser sancionado con la construcción de la escuela del pueblo o vereda” (2001: 334). Nuestro estudio muestra que con el

normatividad guerrillera y el cumplimiento de sus deberes no están acompañados por procesos que aseguren plenamente los derechos de las personas, como la libertad de opinión, viéndose así obligadas al silencio. En efecto, no se trata de un sistema normativo que respete los derechos subjetivos, sino de una imposición que moviliza a los sujetos por temor.

En consecuencia, en este contexto podemos entender cómo los procesos en los cuales la guerrilla activamente trabaja buscando la gestión comunitaria tienen un sentido claramente estratégico, político y militar y no pretenden, de manera clara y definida, el despliegue de instituciones sociales y comunitarias autónomas.

De esta forma, la estrategia estatal o paraestatal contra la guerrilla pasa por el enfrentamiento militar y político, el cual tiene al desplazamiento como una de sus más importantes tácticas. Desplazar la población es entonces parte de la guerra que se libra no sólo contra los grupos armados, sino contra las bases sociales en las que se sustenta su presencia política en la zona. En consecuencia, los procesos de desplazamiento, como estrategia de guerra, no son causados por un actor armado específico, sino por todos los que se ven entremezclados en la lucha. En este caso las arremetidas del ejército y de los paramilitares van acompañadas de procesos de intimidación, de amenazas y de normas por medio de las cuales se logra que la población se llene de terror y se desplace, dando lugar a nuevos repoblamientos de la región, apoyados por los grupos armados que comienzan a dominar el territorio.

En cuanto la guerra se expresa mediante distintas normatividades opuestas que directamente vulneran las formas de vida de las comunidades, el conflicto se desarrolla también como una pugna entre las distintas formas normativas que se disputan un reconocimiento social. Por ejemplo, si una comunidad se desplaza por una "orden" paramilitar, contrariando las normas guerrilleras, esto se interpreta por la guerrilla como una traición que merece la "sanción" de destierro¹⁸. La guerra por el territorio se desarrolla poniendo a las comunidades civiles como recursos tácticos de la confrontación –en ocasiones en el poblamiento de territorios, como escudos humanos, o en ocasiones hasta como "instrumentos bélicos"¹⁹–, por ello las normas que rigen su comportamiento se hacen instrumentos por los cuales se agencia el desplazamiento. Al ser la normatividad una forma simbólica y táctica de dominio territorial, ella también explica el desplazamiento. La guerra no se reduce, entonces, al enfrentamiento ar-

desplazamiento estos conceptos propios del derecho guerrillero se hacen problemáticos, pues el desplazamiento implica la pérdida de la hegemonía del grupo armado dominante en la región.

¹⁸ Cfr. *supra*.

¹⁹ Al hacer referencia a "instrumentos bélicos" se quiere expresar la utilización de civiles, en algunas ocasiones menores de edad, para portar bombas para ser detonadas contra miembros de las fuerzas armadas.

mado, sino que adopta formas intimidatorias en las que no necesariamente median acciones cruentas, sino también normas.

De esta manera, podemos decir que si bien se pueden rastrear sistemas de normas que aseguran la paz en los espacios de amplia hegemonía guerrillera, también es posible encontrar una imagen de normas de guerra que emergen de la dinámica del combate por el territorio y en donde los distintos grupos en contienda, ya no sólo el guerrillero, originan el desplazamiento. Este tipo de normas bélicas aparece precisamente cuando la hegemonía militar del grupo dominante se pone en peligro.

La condición de los desplazados forzados en Colombia no los sitúa por fuera del redil de la ley,

(...) su situación de liminalidad tiene que ver con que, en razón de la disputa de soberanías, sobre ellos gravitan varios órdenes con capacidad de sanción y de castigo pero con baja capacidad de protección y ningún reconocimiento efectivo de derechos; de allí que la complicación de normas punitivas, autoritarias y de patronazgo, termine por sustituir las certezas que otorga la ley por la incertidumbre permanente de lo arbitrario y lo aleatorio; la seguridad por el riesgo permanente ante los cambios de poder en sus territorios; se acentúan los ambientes de desconfianza; se restringen las acciones en la esfera pública para entrar a la opacidad de los mundos privados y domésticos, elementos éstos que terminan por configurar climas de miedo colectivo suficientemente abrumadores para inducir éxodos y diásporas de población (Uribe, 2001: 67).

Así, el desplazamiento se configura en el enfrentamiento entre diversos proyectos político-militares que expresan su pugna a través de normas. El derecho, en el caso del desplazamiento forzado, es una estrategia de guerra cuyo principio no es la defensa de la vida y la autonomía de las comunidades o el respeto a sus derechos, sino el terror.

La soberanía en vilo y la guerra por la construcción del Estado

Respecto a la presencia y el sentido del Estado, así como a la legitimidad de sus instituciones y poderes, es claro que la formación de las estructuras estatales en la zona está atravesada, como se puede deducir de todo lo dicho, por la intensa confrontación político-militar y sus estrategias, lo cual se asocia al dominio territorial y a la negación del debido reconocimiento a las comunidades.

En este proceso podríamos decir que la presencia del Estado ha sido, a lo largo del siglo XX, de "carácter formal o administrativo o militar y antes que sistemas jurídico-legales de relación social y control político, han operado *contrapoderes* o *parapoderes* por fuera de la institucionalidad del aparato estatal" (Uribe, 2001: 28). Por ello, si bien desde hace mucho tiempo existen en la región las estructuras institucionales formales –alcaldía, inspección de policía, etc.–, estas instituciones no han podido, a lo largo del tiempo, generar prácticas que permitan a los pobladores de la

zona ejercer los derechos como ciudadanos²⁰. Por ello, el Estado no aparece ante los pobladores como garante de sus derechos, sino más bien como una estructura burocrática, lejana a su vida comunitaria cotidiana y por ello ineficaz en la regulación jurídica de sus conflictos.

Las gentes urabaenses no reconocen en el aparato judicial las nociones de equilibrio para la resolución de sus conflictos, por el contrario, la desconfianza y la indiferencia son hechos que resultan notorios y coadyuvan al incremento de los niveles de impunidad (Cinep, 1995: 20-21).

Precisamente en la incapacidad del aparato judicial estatal y en los vacíos que le impiden regular la vida social concreta de los habitantes se incuban los actores armados, quienes justifican sus actividades diciendo defender a las comunidades marginadas. Por otra parte el Estado, más que ser garante de los derechos de los pobladores de la zona, es un actor más en la guerra (Comunidades del Cacarica, 2002: 173-174); sus tácticas no solamente han consistido en hacer parte en la confrontación militar buscando establecer, sin lograrlo, dominio territorial en la zona, sino que también ha incluido, en palabras de María Teresa Uribe:

(...) la desinstitucionalización del monopolio de la fuerza [la cual puede interpretarse] como “una ausencia selectiva del Estado”: en la legislación correspondiente a las sanciones penales por violación a los derechos humanos; cuando se produce esa especie de “concierto para delinquir” en operativos conjuntos ejército-paramilitares, de ocurrencia simultánea o sucesiva, como en el caso de bombardeos previos del ejército que anteceden la entrada de grupos parainstitucionales armados. Toda esta desinstitucionalización del monopolio de la fuerza por parte del Estado revierte directamente en las condiciones de su legitimidad política (Uribe, 2001: 31; 253).

El fenómeno de desinstitucionalización del poder armado en el que el Estado apoya a grupos paramilitares no logra reforzar su poder militar y su soberanía, ya que los grupos para-estatales imponen en las zonas que conquistan normatividades que poseen las mismas características de “autodefensa” examinadas con anterioridad. Precisamente una de las prácticas comunes de los grupos paramilitares es ponerse por encima de las mismas autoridades civiles imponiendo su “ley”, lo cual vulnera la estabilidad y legitimidad del Estado en la región.

De otro lado, la inclusión económica y social de la zona en el todo de la nación ha estado mediada por el desarrollo de empresas privadas –especialmente bananeras–, proceso en que el Estado se ha inclinado por los intereses industriales y no por la defensa de los intereses de las comunidades.

Las comunidades negras, campesinas e indígenas de estas zonas no han sido “efectivamente” reconocidas o incluidas en el todo nacional de

²⁰ Ejemplo de ello es la gran cantidad de personas mayores de edad sin cédula de ciudadanía, muchas de las cuales son mujeres. (Acnur, 2001: 8 - 10).

manera plena. Las tradiciones, costumbres y formas de vida ancestrales de los pobladores son dejadas de lado en medio del proceso de colonización estratégica, acompañada de procesos políticos y militares que van abriéndose paso.

A partir de los procesos de guerra territorial que hemos descrito, y de los múltiples problemas para que las comunidades sean reconocidas y, a su vez, reconozcan de manera definida a la institucionalidad del Estado, podríamos decir que la confrontación armada que vivimos –de la cual es un escenario regional la zona de Urabá–, manifiesta la abierta disputa por la soberanía estatal en los territorios. Se trata entonces de una lucha político-militar en donde la soberanía del Estado “está en vilo” permanentemente. En este proceso, distintos proyectos de construcción nacional, tales como el guerrillero, el paramilitar y el oficial estatal se entrelazan en una guerra que tiene a las regiones como sus escenarios y al desplazamiento forzado como una de sus más crueles estrategias (Uribe, 2001: 30; 253).

La confrontación por el dominio territorial configura una compleja yuxtaposición de normatividades en donde la soberanía estatal tambalea permanentemente, en donde se da una guerra entre distintos proyectos de nación, y en donde la estructura estatal, lejos de cumplir con su función legitimadora en tanto garante de los derechos fundamentales, termina participando en las estrategias de guerra que los vulneran²¹. Además el Estado, en medio de su plan militar, pone en entredicho su función regulatoria al desinstitucionalizar el monopolio de la fuerza a través de su relación con grupos paramilitares. Como consecuencia de ello, el Estado no logra unificar y definir el orden social en un ámbito territorial.

La legislación y el reconocimiento del proyecto político de las comunidades de paz

El elemento común a las formas de “ley” de los actores en conflicto es el desconocimiento de los derechos subjetivos de las personas y la negación de la plena autonomía de las comunidades, pretendiendo establecer una sociedad homogénea y disciplinada. Precisamente a partir de este aspecto nuclear se quiere mostrar que las comunidades de paz manifiestan una acción política cuya riqueza se basa en la afirmación no violenta de su condición de ciudadanos, lo cual constituye el principio de su lucha por el reconocimiento. Frente a la yuxtaposición de normatividades armadas que buscan la construcción de “un proyecto de nación”, las comunidades de paz se organizan como un espacio de acción humana que busca la construcción concreta de un Estado que reconozca y represente la diversidad étnica y cultural colombianas. Se trata entonces de una for-

²¹ Uno de los riesgos de la ejecución del Plan Colombia es la intensificación del desplazamiento interno como consecuencia del recrudecimiento de la actividad militar estatal. (Vergel, 2002: 219).

ma de organización política que logra hacer concretos los principios constitucionales²².

***La Constitución de 1991:
reconocimiento político a las comunidades negras***

A esta altura de la reflexión se realizará una presentación de los principales fundamentos constitucionales y legales que sirven de base a las comunidades de paz, en orden a esclarecer el sentido de su propuesta para la construcción de un Estado pluralista basado en la diversidad étnica frente a los proyectos militares del Estado-nación. Se mostrará cómo no podemos separar la formación y el sentido de las comunidades de paz del proceso de construcción del movimiento social de comunidades negras como un actor social y político, el cual es reconocido en la Constitución de 1991.

La manera participativa como se redactó la Constitución de 1991 permitió que muchos sectores y grupos marginados—como los indígenas y negros— fueran reconocidos como actores políticos y sociales; este proceso concretó el anhelo de estos grupos y del Estado por desarrollar una modernización democrática, esto es, la construcción de un espacio político y social fundado en la “precisión de los derechos fundamentales de los ciudadanos, detallando los aspectos sociales, económicos, culturales, ambientales y políticos de dichos derechos” (Agudelo, 2001: 12).

Como fruto de este esfuerzo, la Constitución Nacional expresa en sus principios que Colombia es “un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”, y luego añade en el artículo 7° que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” siendo su obligación, como lo afirma el artículo 8°, “proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.”²³

Adicionalmente, el artículo 70 de la Constitución afirma que “La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.”

En coherencia con lo dicho, las comunidades negras, cuya organización es el origen de las comunidades de paz (Hernández, 2000: 50), han defendido, desde el proceso constituyente, su identidad cultural y étnica, lo cual implica también la necesidad de que sus valores, tradiciones y costumbres sean plenamente reconocidos, defendidos y cultivados por el Estado.

²² Cfr. Constitución Política de Colombia, arts. 3 y 7.

²³ Constitución Política de Colombia.

Siguiendo el camino de los indígenas, los grupos negros lograron que la Constitución los reconociera como “comunidades”²⁴ con características culturales específicas y diferenciadas del resto de la sociedad nacional (Agudelo, 2001: 11). Esta identidad cultural se hace evidente en la tradición oral en la que se expresan la historia, las tradiciones, las creencias mágico-religiosas y las formas específicas de relación social de estas comunidades (30). Podemos así advertir que la Constitución Política y el sistema legal que funda están animados por un espíritu político pluralista, que respeta y promueve las distintas etnias y formas culturales existentes en el territorio colombiano; por ello, no se presupone ni promueve una única identidad cultural, que haga homogénea la vida social.

***Etnia y propiedad:
los orígenes jurídico-políticos de las comunidades de paz***

Los reclamos de las comunidades se manifiestan en su lucha política por la propiedad de su territorio y por su identidad étnica y cultural. La defensa de la tierra, como espacio geográfico en el que las comunidades negras han desarrollado su vida a lo largo del tiempo, se convierte en una pretensión que da origen al artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991, y que sirve de base legal para la lucha de las comunidades de paz. Por primera vez se hacen visibles las comunidades negras del Pacífico, como un movimiento social; podemos en ello descubrir que las reivindicaciones étnicas y culturales, en el caso estudiado, se convierten en un elemento fundamental, pues determinan la conformación de este nuevo actor social y político.

Por primera vez las poblaciones negras colombianas (del Pacífico rural) eran sujetos de derechos y reconocimiento específicos. En general el factor que motivó el despegue de esta gran movilización en los ríos del Pacífico tenía que ver, de parte de las poblaciones, con la posibilidad de acceder a beneficios concretos (la propiedad de la tierra) articulados a un proceso de afirmación identitaria; es decir, al hecho de reconocerse y ser reconocidos positivamente ante la sociedad mayor frente a la cual siempre se había considerado como inferior. El autorreconocimiento de su “identidad cultural” devino en un prerrequisito para obtener sus derechos territoriales, tal como el modelo chocoano (ACIA) y el indígena lo habían señalado (Agudelo, 2001: 3-31).

Con base en los principios constitucionales subrayados, la Constitución ordenó al Estado, mediante el artículo 55 transitorio, la promulgación de una “ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos

²⁴ Este término sólo es utilizado para definir “los grupos organizados (...) constituidos por poblaciones negras que articulen sus reivindicaciones particulares con la especificidad de ser negros”, a partir de la Constitución de 1991 (Agudelo, 2001: 18, nota 39).

de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley". Adicionalmente, la Carta Política estableció que dicha ley debía definir mecanismos para la defensa de la identidad cultural y los derechos de las comunidades, así como para fomentar su desarrollo económico y social²⁵.

En cumplimiento de este mandato constitucional, la Ley 70 de 1993 reconoció a las comunidades negras su derecho a la propiedad colectiva de los territorios baldíos que ancestralmente ocupaban, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción²⁶. Este concepto busca defender las costumbres y prácticas tradicionales de trabajo de las comunidades ante las diversas técnicas industriales privadas que ponen en riesgo la propiedad de su tierra. En la labor que hacen las comunidades sobre la tierra configuran su identidad, su forma de vida y construyen un hogar, por tanto la defensa de las prácticas de producción es la lucha por la propia forma de vida cultural.

También en esta norma se establecen las distintas políticas públicas con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades como grupo étnico, así como su reconocimiento social en el contexto nacional. En este sentido, la ley ordena que en Colombia, como nación pluralista, se debe hacer efectivo el reconocimiento a la cultura afrocolombiana en cuanto etnia valiosa para el todo social, evitando la segregación, el racismo y la discriminación social²⁷.

Por otra parte, la ley precisa que la propiedad colectiva de la tierra se rige por los principios del cuidado ecológico de los recursos de la región; en coherencia con ello se obliga al Estado a velar porque los diversos proyectos de explotación forestal y del medio ambiente estén guiados por estos criterios y que, al desarrollar formas tradicionales de producción, las comunidades negras deben tener prelación en la adjudicación de contratos o en el otorgamiento de permisos para la explotación de la zona. En tal perspectiva, el Estado está obligado a fomentar el desarrollo económico y social de estas comunidades, procurando garantizarles condiciones de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad²⁸.

La idea crucial establecida por la ley es la de que cada comunidad debe constituirse en persona jurídica bajo la figura del "consejo comunitario"; éste es la máxima autoridad interna y tiene como fin la organización administrativa de la comunidad, esto es, la adjudicación interna de las tierras a individuos o familias, de acuerdo con la función social y ecológica

²⁵ Constitución Política de Colombia, art. 55 transitorio.

²⁶ Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 55 transitorio y Ley 70 de 1993, art. 1.

²⁷ Cfr. Ley 70 de 1993, cap. VI.

²⁸ Cfr. Constitución Política de Colombia, art. 55 transitorio y Ley 70 de 1993, art. 1.

de la propiedad. Además, este consejo define una reglamentación interna que asegura la protección de la identidad cultural, del medio ambiente y de la organización social²⁹. Por otra parte, el Decreto 1745 de 1995 reglamentó con mayor precisión la organización de los consejos comunitarios y los procedimientos necesarios para lograr la titulación de las tierras³⁰. Esta última norma señala que la comunidad, en tanto persona jurídica, definirá sus reglamentos internos con base en la Constitución, las normas legales y *el sistema de Derecho propio*³¹, de esta manera, el decreto reconoce la validez legal de las normas y los reglamentos comunitarios. El sistema normativo colombiano otorga legitimidad a las formas de derecho basadas en la cultura, historia y costumbres de las comunidades, valorando así un elemento central de la vida comunitaria³². Precisamente por ello, y en cuanto las comunidades de paz se establecen como consejos comunitarios, las normas y los reglamentos que organizan su vida social frente a los grupos armados tienen validez legal.

El decreto en cuestión establece que la legitimidad de las decisiones del consejo comunitario descansa en la voluntad mayoritaria de sus miembros, ya sea por consenso o, en caso de que no sea posible lograrlo, por mayoría, lo cual implica que si bien se reconoce a las comunidades su derecho a autodeterminarse por medio de sus reglamentos internos, se les exige que su sistema normativo posea coherencia con el sistema legal general, es decir, con un Estado democrático y social de derecho³³.

De esta forma, las normas legales, a partir de la Constitución de 1991, postulan el reconocimiento y la protección de estas comunidades, así como el respeto a su vida cultural descubriendo su valor, dignidad e integridad y, por ello, su derecho a determinarse de manera autónoma.

²⁹ Cfr. Ley 70 de 1993, arts. 6 y 7. Es relevante ver cómo esta ley reconoce los derechos de las comunidades negras a una educación –tanto en sus fines como en sus procesos curriculares– acorde con la cultura, las tradiciones, la historia y religión propias. También define como deberes del Estado sancionar la discriminación y el racismo contra los miembros de las comunidades y velar por los principios de igualdad social. Adicionalmente, se obliga al Estado a propugnar porque en el sistema educativo nacional se ofrezca una cátedra de estudios afrocolombianos con el fin de dar a "conocer las prácticas propias de las comunidades negras y sus aportes a la cultura colombiana (...)"

³⁰ Para 1996 seis de las comunidades ya poseían sus títulos, dos estaban en trámite y cerca de 40 ó 50 habían entregado sus solicitudes. (Cinep, 2000: 25). Además, de acuerdo con datos del Incora, durante el periodo comprendido entre 1998 y 2002 se titularon a favor de las comunidades negras del Pacífico colombiano 2'968.000 hectáreas, que han beneficiado a 785 comunidades integradas por 31.566 familias (ver www.Incora.gov.co).

³¹ Cfr. Decreto 1745 de 1995, arts. 1 y 4.

³² *Ibidem*, art. 3.

³³ Esto se hace claro cuando se expresa la manera como la propiedad colectiva de la tierra debe ser administrada y explotada con base en los principios de la función social y ecológica, en concordancia con la norma constitucional (Cfr. Decreto 1745 de 1995, art. 32, Ley 70 de 1993, art. 20 y Constitución Política, art. 58).

Esto incluye también la protección y promoción de sus sistemas productivos, de acuerdo con sus relaciones ancestrales con el medio ambiente y sus territorios³⁴.

Así, es claro que no podemos considerar a Colombia como una nación homogénea; lejos de la unicidad, el espacio político colombiano se define por la diferencia, por la multiplicidad de culturas. Por ello, pretender imponer un proyecto político nacional que desatienda tal diversidad constituye el germen de formas de violencia dirigidas a hacer imperceptibles los distintos movimientos sociales. Las comunidades de paz son un proyecto social y político legítimo, pues las normas que rigen su vida interna están fundadas en la Constitución y la ley; su movimiento se define desde una concepción pluralista de nación y por ello encarnan una alternativa para la construcción efectiva de un Estado que reconoce efectivamente la diversidad cultural.

HACIA LA COMPRESIÓN DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO Y LAS LUCHAS DE LAS COMUNIDADES DE PAZ

En este aparte se busca, en último término, reflexionar acerca del fenómeno del desplazamiento para desentrañar su sentido sociopolítico, esto es, la manera en que en él se devela la crisis del Estado como comunidad política que sirve de condición para que los ciudadanos posean "derechos".

Sólo en tanto exista una comunidad efectiva que reconozca social y políticamente a los grupos sociales, los ciudadanos tienen la posibilidad de tener un lugar en el mundo que les permita expresar sus opiniones, defender su propiedad, desarrollar plenamente su identidad cultural y emprender sus opciones particulares de vida. Se podría decir que los desplazados no poseen una plena ciudadanía por causa de algún tipo de deficiencias y desviaciones en la construcción del Estado. Las personas desplazadas han sido llevadas a una condición en la que no es efectiva su pertenencia a una comunidad política; su ciudadanía es sólo formal, ellas no hacen parte de una comunidad en la que sus opiniones puedan ser expresadas y escuchadas y sus acciones sean significativas.

Ante esto se mostrará cómo en el caso concreto de las comunidades de paz se plantea una forma de lucha comunitaria por el reconocimiento social y político que busca la construcción de un Estado que reconozca la posibilidad de las comunidades por defender su propiedad, su cultura y tradiciones; al defender sus derechos como ciudadanos las comunidades de paz son un camino válido en la construcción de un Estado pluralista.

Este proceso reflexivo está guiado por el pensamiento de Hannah Arendt, quien ofrece en varias de sus obras las categorías, los conceptos y

³⁴ Cfr. Ley 70 de 1993, art. 3.

las indicaciones metodológicas que permiten iluminar este camino de comprensión³⁵. Inicialmente se realizará una sencilla delimitación del concepto de "comprensión", de manera que sea posible identificar la importancia de esta categoría en el trabajo. Posteriormente, volveremos sobre el caso estudiado para tratar de comprender su sentido y la condición de los desplazados como ciudadanos que han perdido su derecho a tener derechos, de forma que ello nos permita vislumbrar el sentido de la propuesta de las comunidades de paz.

La comprensión del desplazamiento forzado

La imaginación (...) no es sino otro nombre para (...) la más clara de las visiones, la amplitud de espíritu / y la Razón en su más exaltada disposición.

Hannah Arendt

Tal y como se señala al inicio, este artículo busca ser filosófico. Por ello, la "comprensión"³⁶ es una categoría que tiene una relevancia peculiar en el desarrollo de todo el trabajo, pues se trata de la perspectiva desde la cual es posible acercarse al problema concreto para descubrir su significado³⁷. Por eso, en este momento se busca hacer explícita la posición teórica desde la cual se ha abordado el problema.

Cuando Hannah Arendt busca comprender la emergencia de los movimientos totalitaristas que aparecen en Europa en la primera parte del siglo XX, descubre que las categorías y los conceptos políticos y morales aceptados han sido pulverizados por este fenómeno, por lo cual no puede remitirse, de manera ingenua, a la antigua sabiduría del pasado para comprender este problema (Arendt, 1998: 29-46). Ante la imposibilidad de hacer una conexión unívoca entre las categorías de pensamiento tradicionales y los fenómenos políticos contemporáneos, tales como la situación de las minorías y de los apátridas, la filósofa muestra que su esfuerzo por comprender tiene como punto de partida la acción humana, ella es el principio originario. La acción es el comienzo de algo nuevo, es la manifestación excelente de la libertad humana (43).

³⁵ La reflexión del fenómeno del desplazamiento forzado a partir del pensamiento de Hannah Arendt ha sido desarrollada también en la investigación dirigida por María Teresa Uribe de Hincapié, a la que se ha hecho alusión, especialmente en el T. 0, páginas 53-69. Con respecto a esta influencia arendtiana, en algunos aspectos específicos nos distanciamos de la interpretación asumida en esa investigación.

³⁶ Alrededor del problema de la "comprensión" se ha desarrollado una amplia discusión en la filosofía contemporánea. (Heidegger, 1993; Gadamer, 1975). Pese a la importancia que otorgamos a esta categoría, no realizaremos una presentación exhaustiva de la misma, ni examinaremos profundamente sus condiciones, ya que los límites y objetivos de nuestra investigación no nos lo permiten. Hemos optado, sin embargo, por "describir" el concepto a partir del pensamiento de Hannah Arendt, dado que su obra es especialmente iluminadora en este estudio.

³⁷ Hegel (Fundamentos, 1997) señala que la labor del filósofo es penetrar en la Ley y en el *ethos* concreto e histórico de la comunidad que la promulga y asume, para así desentrañar el significado profundo, racional, del derecho como realización de la libertad humana.

La libertad, que se manifiesta en las acciones, da origen al mundo político, construye las relaciones y define, por ello, su sentido: el hombre, a través de sus actos, configura el sentido que define su mundo. Sobre este punto Arendt recuerda lo ya dicho por San Agustín sobre el origen de la historia: “para que hubiera un inicio fue creado el hombre, antes del cual nada existía” (30).

Si bien hay una gran dificultad cuando se trata de comprender los fenómenos del mundo contemporáneo, pues las categorías y los conceptos de la tradición no permiten subsumir los nuevos fenómenos, la comprensión se revela como “la otra cara de la acción”, como una actividad cognitiva que se puede realizar a la manera de contrapartida del actuar, y que permite enfrentar y asumir lo que dolorosamente ha ocurrido en la vida social y política, con el objeto de lograr una reconciliación con ello (30-44). Asimismo, este ejercicio implica, inmediatamente, un proceso de autocomprensión. Respecto al desplazamiento forzado, la pregunta por su sentido es, simultáneamente, la pregunta por el sentido de la vida política en Colombia, por el mundo cotidiano en el que es posible tan terrible situación.

Ahora bien, comprender el sentido de las acciones políticas no se limita a la búsqueda de explicaciones causales siguiendo el camino de las ciencias empíricas, ni consiste en explicar los hechos sirviéndose de modelos teóricos de carácter lógico, con validez independiente del mundo político (40). Por ello, este esfuerzo teórico por comprender no se reduce a una discriminación de datos que nos ofrezca una información correcta, ni se propone optar por un estatuto científico que defina una visión unívoca o definitiva del problema del desplazamiento forzado.

Para Arendt, la comprensión es un proceso complejo que parte de una *comprensión preliminar*, acrítica, propia del sentido común, la cual sirve de hilo de Ariadna para guiar al filósofo en su tarea, definir el camino de sus descubrimientos y otorgar sentido a su saber. La comprensión preliminar es anterior al conocimiento y, por ello, no puede ser demostrada por éste, sino más bien explicitada, desenvuelta (33). A partir de esta intuición inicial la actividad del estudioso consiste en decantar las consideraciones inmediatas y develar el sentido que ya está presente en ella; por esto afirma Arendt que la comprensión es una “extraña tarea circular” que busca articular y confirmar la comprensión primigenia (44).

A este tenor, nuestro trabajo parte del supuesto del sentido común según el cual el sujeto posee derechos por su pertenencia a un mundo común concreto, en el que los diversos miembros poseen un lugar propio; para el hombre ordinario los sujetos no son entidades intelectuales o recursos naturales, sino personas con un rostro, con una historia, con derecho a su propiedad, a desarrollar sus proyectos de vida y buscar su bienestar en un país compartido por todos. Este trabajo ha reconstruido los diversos datos empíricos suponiendo que sólo en una comunidad política los sujetos son libres, únicamente en tal ámbito los hombres actuarían recono-

ciendo las leyes y autoridad estatales, mientras que éstas, a su vez, protegerían los derechos de sus miembros.

Sin embargo, este trabajo muestra que en Colombia se enfrentan diversos proyectos nacionales, y existe una disputa entre diferentes grupos por la imposición de su “ley” y el reconocimiento social de su visión política; también se devela cómo la pugna entre normas impide la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos y genera el desplazamiento. Por ello, el sentido del fenómeno está unido a la crisis de la ciudadanía y del Estado.

Por otra parte, Hannah Arendt nos muestra que la comprensión no es pasiva, sino un hacer que siempre está realizándose junto con las acciones que modelan la vida; se trata de una actividad cognitiva que plantea y reelabora sus problemas a la luz de nuevas acciones y que por ello sólo acaba con la muerte. La comprensión es un ejercicio imaginativo, cuya destreza consiste en reconfigurar siempre novedosamente los diversos datos y perseguir diferentes pistas tratando de atrapar algún pequeño resplandor de la verdad, del sentido oculto y denso de lo humano (45). En consecuencia, nuestro trabajo ha partido de los datos empíricos, los cuales aparecen como fragmentos de un rompecabezas que queremos descifrar, no para tener una respuesta definitiva o para adoctrinar a las víctimas, sino para tener una imagen que haga justicia a la condición de los desplazados y de la comunidad que los expulsa de sus hogares, que los segrega y discrimina.

Por ello, comprender el desplazamiento no ofrece respuestas o soluciones definitivas pues, como en la existencia individual, hallar sentido no es una condición para solucionar las dificultades, como tampoco solucionarlas es premisa para alcanzar comprensión; se trata de una actividad correlativa al autorreconocimiento del hacer de los ciudadanos y por ello se extiende a lo largo de toda la vida de la comunidad; comprender es una tarea que se despliega en la historia de un pueblo. Sin embargo, esto no quiere decir que el esfuerzo reflexivo no tenga importancia, pues dicha actividad nos recuerda constantemente las razones de la lucha contra las causas del desplazamiento. No se puede reclamar de la comprensión del fenómeno respuestas o soluciones, pues esta ocupación se realiza como la otra cara de la lucha contra este terrible problema. No es posible exigir al filósofo soluciones, como tampoco pedirle que se adelante en el camino para que desde la meta pueda servir de guía. En consecuencia, la utilidad del comprender está en que permite penetrar profundamente en el problema y sacar a la luz quiénes somos y por qué luchamos.

En este sentido, la actividad de comprender es necesaria; a pesar de que nunca pueda inspirar directamente la lucha o proveerla de los objetivos que le faltan, ella sola puede dar sentido y prodigar nuevos recursos al espíritu y corazón humano que acaso sólo se pondrán de manifiesto una vez que la batalla haya sido ganada (Arendt, 1998: 32).

Así, con estos elementos e indicaciones teóricas, se tratará de comprender el sentido del desplazamiento forzado y de la lucha de las comunidades de paz como un esfuerzo por la construcción del Estado.

El desplazamiento forzado y las paradojas de los derechos humanos

Cabe preguntar qué elementos nos permiten descubrir en la experiencia de las comunidades de paz acciones sociales y políticas para la construcción del Estado. En tal propósito es preciso partir de la opinión que supone al desplazamiento forzado como una vulneración múltiple de los derechos humanos. Si bien esta idea común percibe el problema de manera general es, en sí misma, una precomprensión vaga, pues no devela el contenido concreto de estos derechos.

Cuando Hannah Arendt, en el capítulo 9 de *Los orígenes del totalitarismo* (1987: 343-380) reflexiona acerca de la situación europea posterior a la Primera Guerra Mundial, examina la condición de las minorías y de los apátridas mostrando cómo en ella se hace patente la decadencia del Estado-nación, cuya crisis se halla asociada a la suerte de los Derechos humanos.

Para Arendt, la Declaración de los Derechos del Hombre se constituye en uno de los momentos más importantes de la historia, pues desde entonces la fuente de la ley no será más ni los mandatos de Dios ni las costumbres definidas históricamente, sino que se encontrará en el Hombre mismo. Desde esta perspectiva, tales derechos aparecen como principios formales, abstractos, basados en la supuesta existencia de un ser humano en cuanto tal, y cuya evidencia no depende de la pertenencia de los hombres a una determinada comunidad política (1987: 368). En cuanto fundamentos, se consideró que estos derechos no pueden ser deducidos de ningún otro principio; además, en tanto que sobre ellos se sustenta el orden legal, se supuso que no se requerían leyes específicas para tutelarlos.

La confusión respecto al carácter de los derechos surgió, sin embargo, de suponer que si los derechos del hombre fungían de fundamento de la ley, entonces éstos tendrían también que hacer parte del derecho del pueblo organizado en un Estado y, en consecuencia, se creyó que sólo un pueblo soberano, plenamente emancipado, podría efectivamente garantizarlos. En la práctica política se produjo la identificación entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano, de manera que la protección de los primeros se dejó a cargo de los Estados en relación con sus propios ciudadanos.

El vínculo arbitrario entre los dos tipos de derechos apenas se hizo evidente cuando después de la Primera Guerra Mundial comenzaron a aparecer grupos de parias huyendo de sus países de origen, porque por razón de sus características étnicas se habían convertido en blanco de

exterminio. Tales personas dejaron entonces de estar asociadas a nacionalidad alguna, por lo cual exhibían ahora su simple condición humana, y por lo mismo ningún gobierno se comprometía a garantizar sus derechos.

Los derechos del hombre, después de todo, habían sido definidos como "inalienables" porque se suponía que eran independientes de todos los gobiernos; pero resultó que, en el momento en el que los seres humanos carecían de su propio gobierno y tenían que recurrir a sus mínimos derechos, no quedaba ninguna autoridad para protegerles ni ninguna institución que deseara garantizarlos (Arendt, 1987: 370; Agamben, 2000: 81-93).

La proclamación de los derechos humanos como fundamento de los Estado-nación está esencialmente vinculada, desde las primeras constituciones modernas, con la asociación del individuo específico a una comunidad política concreta, a una determinada nacionalidad. Es precisamente por ello que una comprensión estratégica del problema del desplazamiento forzado implica saber que si bien, de manera inmediata, este fenómeno aparece como una vulneración profunda y múltiple de los derechos humanos, debe ser abordado desde una perspectiva civilista, pues los derechos sólo suelen ser ejercidos y garantizados en una comunidad política concreta. La simple reclamación de los derechos humanos fuera de una comunidad política resulta ser, desde esta perspectiva, una formulación vacía, carente de mecanismos de tutela. En coherencia con lo dicho, sólo en un Estado emancipado que pueda ejercer su soberanía a partir del reconocimiento político de los diversos actores sociales, es posible asegurar los derechos ciudadanos y, por ende, los humanos.

En tanto sea posible considerar el desplazamiento forzado interno como una forma de perversión de la categoría de ciudadanía, se podrá comprender que los dilemas y las contradicciones implicadas en dicho fenómeno no sólo encierran una dimensión de carácter humanitario, sino fundamentalmente una política. Lo que está en juego en el desplazamiento forzado es la condición política misma de los ciudadanos y de ahí que los esfuerzos por resistir a tan terrible hecho social se comprendan como una lucha por el reconocimiento político y por la inclusión social de las comunidades desplazadas.

En el caso concreto de las comunidades de paz, sus justificaciones tienen como fin la construcción de una estructura comunitaria organizada, a partir de la voluntad soberana de sus miembros, en donde tal estructura sirve, a su vez, como medio para la defensa de los derechos humanos. Los argumentos esgrimidos en tal propósito son expresión de la lucha por el reconocimiento socio-político de su cultura y tradiciones.

La condición de desplazado

Como se ha mostrado *supra*, el desplazamiento interno se genera en una experiencia profunda de terror, que no sólo se limita al miedo por la posibilidad de perder la propia vida, sino que suele estar alimentado por

mecanismos de disuasión como las torturas y ejecuciones públicas de familiares o amigos, las amenazas y asesinatos selectivos, los cuales, en algunos casos, poseen sus propias formas simbólicas.

La incertidumbre y el miedo propician la huida de la tierra propia, pues el futuro de la vida personal y familiar se halla en riesgo. Como los apátridas, los desplazados han perdido sus hogares, esto es, el entramado social en el que nacieron y en el que construyen su vida. Los desplazados pierden su lugar en el mundo cuando abandonan sus propiedades, costumbres, formas de relación habitual y los vínculos sociales que les habían permitido definirse.

A diferencia de quienes mueren en medio del conflicto, los desplazados son víctimas vivientes que llevan en su huida el dolor de un lugar en el mundo propio que se les ha arrebatado, que llevan en su desplazamiento todo el doloroso peso de lo perdido; esto es, de la muerte violenta de sus familiares o amigos, de la pérdida de su hogar y de su tierra. Precisamente esta condición revela que su ciudadanía no es efectiva, que las leyes generales que organizaban su mundo cotidiano ya no se aplican.

La condición de desplazado, como la de otras categorías de perseguidos, reveló su desnudez, su ser puramente humano *-nuda vida-*. Así, el desplazado interno muestra, de acuerdo con Agamben, al hombre sin la máscara de ciudadano que constantemente le encubre (Arendt, 1987: 370; Agamben, 2000: 84-85). Sin embargo, a diferencia de los apátridas, este tipo de perseguido posee la ciudadanía de un Estado. Justamente por ello el desplazado hace patente la crisis política que posibilita su condición: su ciudadanía no le asegura el reconocimiento real de sus derechos, la suya es una ciudadanía "formal", que no está fundada en un reconocimiento concreto y efectivo. Los desplazados, con su tragedia, muestran la precariedad de la construcción política nacional; ellos, pese a su condición jurídica de ciudadanos, supuestamente en sentido pleno, no sólo han sido expulsados de sus hogares, sin que pudieran recurrir a las protecciones del Estado, sino que tampoco tienen posteriormente oportunidad de edificar otro en su propia patria, en consecuencia, ellos son apátridas *de facto*. Parafraseando a Arendt, los desplazados se convierten en la escoria de su propia tierra.

Como se ha mostrado *supra*, el desplazamiento se genera por normas de guerra que aparecen cuando la hegemonía militar del grupo dominante en la región se pone en peligro. De esta forma, la condición de desplazado se genera no por estar fuera de la ley, sino por verse en medio de una pugna de legalidades que reclaman sumisión, pero que no le otorgan derechos. (Uribe, 2001: T. O, 67). El desplazamiento se configura en el enfrentamiento entre diversos proyectos político-militares que expresan su pugna a través de normas. Podemos rastrear, entonces, normas que expresan estrategias de guerra, cuyo principio no es la defensa de la vida y la autonomía de las comunidades o el respeto a sus derechos, sino el terror.

Por otra parte, el disfrute de un hogar se encuentra estrechamente asociado a la protección que el Estado brinda al ciudadano. En el caso de los apátridas, la protección del Estado ha sido negada a través de una norma legal que los expulsa de su nacionalidad, por ello los apátridas han perdido su ciudadanía *de iure*. Estas personas perseguidas han sido expulsadas del "redil de la ley", de manera que dejan de pertenecer a una comunidad política que les permita ejercer y exigir sus derechos. Dicha expulsión no está ahora determinada por sus ideas u opiniones políticas, las cuales les podrían permitir solicitar el asilo político en un país extranjero; los apátridas son perseguidos no por lo que piensan o hacen, sino por haber nacido en una raza, clase, religión o condición. Esto define una de las características centrales de esta categoría de perseguidos: *su inocencia*.

(...) eran y parecían ser nada más que seres humanos cuya misma inocencia –desde cualquier punto de vista y especialmente desde el gobierno perseguidor– era su mayor desgracia. La inocencia, en el sentido de completa falta de responsabilidad, era la marca de su estado de fuera de la ley, tanto como la sanción de la pérdida de su estatus político (Arendt, 1987: T. II, 373).

Esta inocencia, que define su condición de víctimas, es una característica común entre los apátridas y los desplazados internos colombianos. La inocencia de los desplazados hace todavía más profundo y agobiante el enorme dolor de su pérdida, pues en tanto víctimas inocentes no identifican una causa precisa que les permita explicar su situación, son perseguidos sólo por habitar cierto lugar de su país. Los desplazados de Riosucio han sido perseguidos por habitar sus tierras y desarrollar una vida coherente con sus tradiciones y costumbres culturales, es decir, por ser ciudadanos inocentes. El conflicto de los distintos grupos armados por su territorio se hizo tan intenso, y la precariedad de las instituciones estatales que los podrían defender, tan evidente, que la única forma que encontraron para proteger sus vidas fue la de huir de sus tierras y organizar un *campo de internamiento*. Lo notable, sin embargo, fue la capacidad desarrollada por los desplazados para resistir a las prácticas meramente disciplinarias, propias del campo, transformándolas en formas de organización autónoma y convertir ese "campo de internamiento" en "comunidades de paz". La restauración de su condición de ciudadanos fue posible gracias a la reconstrucción genética de sus prácticas culturales.

A pesar de las deficientes condiciones sanitarias y de las constantes amenazas y hostigamientos de las autoridades militares y de los grupos armados, el campamento de Pavarandó se convirtió en el ámbito en el que los desplazados pudieron reconstruir un mundo humano, un espacio público en el que fuera posible desplegar acciones dirigidas a la recuperación del hogar perdido.

La pertenencia a la comunidad política

La fatalidad de aquellos que han sido expulsados de su hogar y no han sido reconocidos por la comunidad política a la que pertenecen consiste en que, de forma similar a la de los apátridas, no disfrutan de ninguno de sus derechos. No se trata de una circunstancia puntual en la que no se ejerce un derecho específico de forma momentánea, como el soldado, quien durante la guerra pierde su derecho a la vida, o el delincuente quien por sus crímenes pierde el derecho a la libertad.

Frente a la pérdida de la libertad de movimiento o de opinión, que son expresiones irrefutables de la libertad humana, los desplazados no son reconocidos como miembros de la comunidad política a la que nominalmente pertenecen. Por ello, más que la pérdida de uno u otro derecho específico ellos han descubierto que han sido despojados del derecho mismo a tener derechos; han dejado de pertenecer a un espacio político común en el que sus opiniones sean significativas y sus acciones sean efectivas para otros (Arendt, 1987: 375).

El desplazado ha sido privado de su libertad de movimiento –tiene que irse aun cuando no quiera y no a donde quiera, sino a donde se lo permitan– y también de su libertad de opinión, pues ésta no puede ser expresada y debatida públicamente, porque el espacio público se ha disuelto bajo el imperio de una determinada verdad dominante, impuesta por la fuerza. Antes de discutir una opinión es necesario suponer que será escuchada, considerada y razonada, pero los desplazados han perdido su voz y sus acciones su significado, dado que su condición implica la pérdida de su unión con el todo político. Los desplazados han perdido algunas de las características que, desde Aristóteles, definen su condición humana: el dominio de la palabra, la actualización del pensamiento y, fundamentalmente, su pertenencia a una comunidad política.

Siguiendo a Arendt, la mejor forma de descubrir si una persona ha sido privada radicalmente de sus derechos humanos –de su derecho a tener derechos–, es preguntándonos por la posibilidad de que su procesamiento penal por la comisión de un delito le resultara beneficiosa, al constituirse en una fórmula de incorporación al redil de la ley. Si la respuesta es positiva, esto es, si la anomalía, el delito, asegura la inclusión de una persona en un ordenamiento jurídico cualquiera, entonces estamos frente a un verdadero paria (1987: 364-365).

Los desplazados colombianos, a pesar de poseer una nacionalidad nominal, carecen de un efectivo reconocimiento. La carga de la prueba de la condición de desplazado, para efecto de su reconocimiento legal como tal, corre a cargo de la víctima, de quien ya hemos dicho que se encuentra en situación de completa vulnerabilidad y de pérdida de su voz y de su capacidad de acción. Sin el reconocimiento legal de su condición, el desplazado no puede pretender la garantía de sus derechos fundamentales, ni

beneficiarse de las políticas públicas destinadas a solucionar el problema del desplazamiento interno y a proteger a las víctimas. Paradójicamente, sin el reconocimiento jurídico de su calidad de desplazado, tampoco puede obtener reconocimiento efectivo de sus derechos básicos como ciudadano, pero precisamente estos últimos los ha perdido por haber devenido desplazado, por haber devenido paria. A diferencia de la idea que tiene Arendt de una discutible ganancia en el orden del reconocimiento de derechos y garantías procesales, cuando el paria incurre en un delito³⁸, las prácticas de criminalización de los desplazados colombianos se han retorcido, a su vez, y han adquirido las formas de la guerra sucia y de la limpieza social.

Un individuo que simplemente vive, a quien se le niegan sus derechos nacionales *de facto* es solamente un hombre, su situación es la de completa desnudez, pues se descubre la pérdida de la condición política que le permite existir. Desde este punto de vista, la creencia en los derechos humanos, basada en la supuesta existencia de una realidad humana formal y abstracta, manifiesta su vacuidad. El desplazado nos muestra que sólo en la construcción de una comunidad política que establezca el reconocimiento efectivo de su ciudadanía es posible el respeto de sus derechos.

Precisamente éste es el punto más importante del esfuerzo de las comunidades de paz, pues ellas no sólo son espacios sociales en los que los ciudadanos reconstruyen sus vidas desde una perspectiva personal y social, sino que se muestran como construcciones comunitarias que hacen posible la lucha por su reconocimiento político. La organización social de los desplazados en el campamento de Pavarandó definió la forma de una lucha por la defensa de su vida y de sus territorios desde una perspectiva política para así exigir la aplicación de las normas legales que tutelan sus derechos, no sólo como desplazados, sino como ciudadanos plenos.

La propiedad como expresión de la persona jurídica

La lucha por la defensa de la propiedad de sus tierras, basada en la Ley 70 de 1993, materializa la reivindicación de las comunidades negras por su identidad cultural. Para comprenderlo este trabajo se inspira, de manera general, en el pensamiento de Hegel, para quien la propiedad es la afirmación inmediata de la voluntad de una persona jurídica sobre una cosa.

El predicado de *mío*, que es de por sí un predicado meramente práctico y que la COSA recibe mediante el juicio de la posesión primero en el apoderamiento exterior, tiene aquí el significado de *que yo deposito en ella mi voluntad personal*. Mediante esta determinación, la posesión es propiedad, la cual en cuanto posesión es medio, pero en cuanto *existencia de la personalidad es fin* (Hegel, *Enciclopedia*, 1997: §489, 527).

³⁸ En Colombia, país los delitos o las tomas a edificios públicos o de ONG, que realizan grupos de desplazados, se han convertido en acciones para denunciar la situación o exigir el cumplimiento de la ley.

La propiedad es la expresión material inmediata en la que se refleja la persona jurídica, es el medio para que ella aparezca ante la sociedad de propietarios logrando su reconocimiento –para Hegel, de la sociedad civil–. Pero en cuanto la propiedad es expresión de la persona, entonces es fin. La propiedad no es algo externo a la persona jurídica, sino que ésta se materializa, se configura como tal en la propiedad.

El hombre, por medio de su trabajo, transforma la realidad natural dándole un rostro, una forma humana. Este proceso de formación hace, recíprocamente, que la persona defina su identidad, su propio rostro. En el trabajo los hombres imprimen su imagen peculiar a los objetos naturales, construyen un mundo humano, cultural, que les permite encontrarse consigo mismos, definirse como comunidad y, de manera simultánea, construir un mundo en donde perseguir sus propios intereses y proyectos de vida. En este sentido, la lucha por la propiedad de los territorios y la defensa de los métodos tradicionales de producción constituyen un esfuerzo de las comunidades por conservar las formas de trabajo y de relación habitual que han definido y formado su mundo cultural.

La propiedad expresa o refleja a la persona jurídica; por ello las comunidades de paz, al recibir el reconocimiento público de la propiedad sobre sus tierras, reciben su reconocimiento como personas jurídicas, en medio de la sociedad, con derechos y deberes. En consecuencia, la propiedad no es algo adjetivo, sino sustancial al mismo sujeto, pues en ella se hace hombre y hace posible que los demás lo reconozcan como tal.

De acuerdo con el autor alemán, el derecho es la realización de la libertad en el mundo concreto de costumbres, tradiciones y leyes de una comunidad, por ello, en la defensa legal de la propiedad de las comunidades negras se respeta la libertad misma de los hombres concretos que materializan su vida cultural a través de la propiedad. A la luz de estas reflexiones, la actividad de las comunidades de paz es la afirmación de una posición social y política por la defensa de la libertad, la cual está penetrada por la afirmación de sus derechos como ciudadanos libres. Su reclamación no busca sólo el beneficio particular de sus propios intereses, sino que postula la afirmación de principios políticos que afectan la libertad de toda la sociedad. En su reclamación por su ciudadanía ellos buscan la construcción de un Estado, esto es, una comunidad política que reconozca a las diversas comunidades y grupos sociales su libertad para construir su vida desde una perspectiva propia.

Aportes de las comunidades de paz a la construcción del Estado

Considerando que sólo la pertenencia y el reconocimiento real de los sujetos por una comunidad política doméstica sirve de condición para la protección y defensa de sus derechos, se muestra con claridad el profundo sentido político y social que encarnan las comunidades de Paz.

Si desde la lógica militar el poblamiento de zonas por comunidades es el medio de lograr la vinculación de éstas a la lucha armada para obtener dominio territorial, las comunidades de paz con su declaratoria de neutralidad se niegan a participar en esta estrategia, obedeciendo sólo a una táctica social y política por la afirmación de sus propios intereses comunitarios. Ante la barbarie de la guerra, la estrategia de estos grupos sin armas es la reivindicación pública de sus derechos y la denuncia de los atropellos de que son objeto.

La organización normativa de las comunidades de paz es legítima y sus decisiones son soberanas mientras su carácter prescriptivo, como sistemas de derecho, sea reconocido por la Constitución y la ley de manera amplia y explícita. Las “leyes del campo”, guiadas por el concepto de “autodefensa” e impuestas por los grupos guerrilleros y paramilitares, tienen al terror como principio que desplaza a los sujetos, pero los reglamentos que dieron origen a las comunidades de paz fueron elaborados y aprobados por sus miembros y, por ello, han nacido de sus intereses, tradiciones y costumbres culturales, es decir, de su voluntad común. La elaboración de los reglamentos y la organización operativa que hace posible su aplicación depende de los miembros, los cuales actúan conociendo las normas y las sanciones por su incumplimiento.

Frente al carácter instrumental de las normas expedidas por los grupos armados para-estatales o contra-estatales, las cuales buscan establecer una identidad nacional homogénea, las normas legales y constitucionales ofrecen a las comunidades las bases jurídicas que hacen posible el multiculturalismo. En el contexto de un Estado con diversidad profunda, los reglamentos de las comunidades son recursos legales válidos para el desarrollo de su vida social cultural. Por ello, si los criterios de justicia, en medio de la pugna de legalidades ya descrita, son contingentes y erráticos, los reglamentos de disciplina internos a las comunidades obedecen a principios constitucionales y legales con base en los cuales es posible reclamar la defensa de los derechos.

Asimismo, mientras la estrategia por el dominio territorial de los grupos armados se basa en el terror, la estrategia de las comunidades de paz es la exposición pública de su condición como víctimas. Ante la situación existencial de angustia, dolor, desolación y muerte su argumentación busca una metodología para la protección de la población civil por medio de la aplicación del derecho internacional humanitario (DIH); sin embargo, como ya se ha indicado a lo largo del escrito, la apelación al DIH no es formal, sino que está unida a la lucha por su reconocimiento y por la defensa de sus derechos políticos, a partir de lo cual se defiende la propiedad, la cultura y las costumbres³⁹.

³⁹ Ver “Desplazados, una comunidad de Paz”, en *El Mundo*, 22 de octubre de 1997, p. 6. En este trabajo, a partir del caso estudiado, se busca mostrar cómo la lucha concreta de las comunidades pasa por la

BIBLIOGRAFÍA

- Acnur (2001), *Las comunidades de paz: una reflexión sobre la equidad de género*, Bogotá, Acnur-Colombia.
- AGAMBEN, Giorgio (2000), "Política del exilio", en *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Editorial Trotta.
- AGUDELO, Carlos Efrén (2001), "Nuevos actores sociales y relegitimación del Estado. Estado y construcción del movimiento social de comunidades negras en Colombia", en *Análisis Político*, No. 43, mayo-agosto.
- ARENDT, Hannah, (1987), *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza, T. II.
- (1998), "Comprensión y política", en *De la Historia a la Acción*, Barcelona, Paidós.
- Cinep (2000), *Comunidades de Paz de Urabá. Una historia que merece contarse*, Bogotá, Cinep.
- (1995), "Informe de la Comisión Verificadora de los actores violentos en Urabá", Bogotá, Cinep, Colección de Papeles de Paz.
- Codhes (2002), "Aspectos críticos de la política pública de atención a la población desplazada, 1998-2002", www.codhes.org.co
- Comunidad de paz de San Francisco de Asís (1997), *Reglamento interno*.
- Comunidades de la cuenca del Cacarica (2002), *Somos tierra de esta tierra. Memorias de una resistencia civil*, Cavidá, Cacarica.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencias T327-01 y T227-97.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura y Mauricio García Villegas (coords.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia, Colciencias y otros*, Bogotá, 2001.
- Encuentro nacional por la construcción de la paz, (1997), Neutralidad activa. Declaración final, Medellín, mayo 22 y 23 de 1997.
- GRUNER, Sheila "Desplazamiento forzoso, políticas externas y la comunidad internacional: hacia un reconocimiento de la responsabilidad del Norte", en "Segundo seminario internacional: desplazamiento: implicaciones y retos para la paz y la sostenibilidad democrática", Bogotá, Codhes, septiembre 4, 5 y 6 (www.codhes.org.co)
- HEGEL, G.W.F., (1997), *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Madrid, Alianza.
- (1997), *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Madrid, Libertarias/Prodhufi.
- HERNÁNDEZ, Esperanza et al. (1999), *Con la esperanza intacta*. Experiencias comunitarias de resistencia civil no violenta, Santafé de Bogotá, Arte y Folito.
- HERNÁNDEZ, Esperanza (2000), *Comunidades de paz: dilemas, límites, posibilidades*. Trabajo de grado para optar por el título de magíster en ciencias políticas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- HEIDEGGER, Martin (1993), *El Ser y el Tiempo*, México, FCE.
- GADAMER, Hans- Georg (1975), *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, 1975.

defensa de sus derechos políticos como ciudadanos y su reconocimiento como actores sociales. Por ello, la apelación al DIH no puede ser interpretada por fuera de la lucha de las comunidades por sus derechos ciudadanos.

- MOLANO, Alfredo (2001), "La justicia guerrillera", en *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- URIBE, María Teresa et al. (2001), *Desplazamiento forzado en Antioquia*, Bogotá, Secretariado Nacional de Movilidad Social.
- URIBE, María Teresa (1990), "La territorialidad de los conflictos y de la violencia en Antioquia". En *Realidad Social* N° 1, Medellín, Editora Nacional de Colombia.
- VERGEL, Carolina (2002), *La tutela jurídica a los desplazados por la violencia en Colombia. Presente y futuro de esta problemática*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

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

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

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, incluyen 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.

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 autónomo, 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-

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).

“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).

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.

“Esto implica que los pueblos indígenas pueden tener personas encargadas de conducir a los reuientes 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).

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 (Bernal, 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 aquellas 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 conocen 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), Bernales (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 Llunk'u, 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 DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLITICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN POLITICA DE LA REPUBLICA 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 multitétnico. 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 función de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a	Art. 260: 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, 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 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. Propias normas y procedimientos, 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 naturales 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, 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 independientes. 2. Pueblos tribales.	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 DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN 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 Pl.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas/ y Pl.	No se indica, pero se habla de "conflictos internos" (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).
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.
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.	Que sólo afecten a sus miembros (Pl).
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 que les 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.	procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, 2. la Ley, y 3. el orden público.

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) los juzgados de Paz y <i>Poder Judicial</i> . -Aún no se da ley.	La ley de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) los juzgados de Paz y <i>Poder Judicial</i> . -Aún no se da ley.	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 Pl.	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.	-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	Ratificación: 22: 05:2002

Raquel Yrigoyen Fajardo raquely@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.

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

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 pendencies 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 (Democratici di Sinistra, 1998).

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,

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).

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, practicados durante un año; estos datos reportan las informaciones estadísticas de los últimos cinco años (2001: 8).

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 comparecieran 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 inculpaado 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.

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 Edição, 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. Direção-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), *Juízados 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.