

PLURALISMO JURÍDICO Y ALTERNATIVIDAD JUDICIAL

Esta publicación es posible gracias al auspicio de Novib y Diakonía

CONTENIDO

Presentación	7
Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina	13
MAURICIO GARCÍA VILLEGAS	
Pluralismo jurídico: apuntes para el debate	49
EDGAR ARDILA AMAYA	
Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario	63
ANDRÉ J. HOEKEMA	
Emergencia étnica, conquista territorial y conflicto entre comunidades indígenas y negras en Brasil y Colombia -notas exploratorias	99
JOSÉ MAURICIO ANDION ARRUTI	
Justicia embera, identidad y cambio cultural (Reflexiones en torno a una experiencia)	113
MARÍA DEL PILAR VALENCIA G.	
Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia	135
ANTONIO CARLOS WOLKMER	
Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina	149
ROSARIO GARCÍA	

Bogotá, Colombia, abril de 2002
© ILSA- Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos
Calle 38 N° 16-45, Bogotá, Colombia
Tels.: 2455955, 2884772, 2884437
Fax: 2884854
Correo electrónico: silsa@col1.telecom.com.co
Página web: www.ilsa.org.co

Edición: Olga Lucía Pérez
Corrección de textos: María José Díaz Granados
Revisión: Luz Marina Mora, Yolanda Sánchez
Preparación editorial: Marta Rojas
Ilustración de cubierta: Jorge Rojas
Impresión: Dupligráficas

Justicia y comunidad: tras las huellas de un encuentro	179
OLGA LUCÍA PÉREZ PERDOMO	
Los abogados populares: en busca de una identidad	193
ELIANE BOTELHO JUNQUEIRA	
Algunos fundamentos teóricos del uso alternativo del derecho desde la judicatura	229
JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL	
Ejercicio democrático de la justicia y el derecho	245
AMÍLTON BUENO DE CARVALHO	
Reseñas.....	261
Reglas para la presentación de manuscritos	269

PRESENTACIÓN

Si alguna edición de nuestra revista hace honor a su nombre, *El otro derecho*, es este número doble dedicado a los temas del pluralismo jurídico y la alternatividad judicial. Coincide, en este sentido, con el propósito y, si se quiere, con la definición política, en su acepción más amplia, que ha tenido ILSA desde su fundación: encontrar lo jurídico alternativo como una dimensión imprescindible de una genuina transformación social. Desde el principio, esta búsqueda ha querido ir más allá del simple imperativo que pretendería inventarlo. Por eso, algunas veces, los servicios legales, abogados populares y académicos comprometidos con una perspectiva crítica, han encontrado en diversas formas socialmente existentes del derecho, diferentes, o quizás opuestas, al derecho “oficial”, esa alternatividad deseada. Y éstas, en esa medida, han sido celebradas. Pues bien, el mérito de los artículos reunidos en este volumen es el de analizar y valorar algunas de estas expresiones que se consideran alternativas, llamando la atención sobre la complejidad del asunto cuando no sobre la utilización política, no propiamente emancipatoria, del juego de la alternatividad. Se trata, para decirlo de manera abrupta, de confrontar las ilusiones con las realidades.

El punto de partida, como es obvio, sigue siendo la noción de derecho. Término que en castellano se usa con disímiles significaciones, pero que en este caso habrá de aludir a una de ellas: la de cuerpo u ordenamiento jurídico en el cual cabe indagar tanto su estructura como su función. Desde un punto de vista sociológico habría que añadir, siguiendo un poco la noción de “campo jurídico”, los elementos de la cultura jurídica y de las prácticas de los operadores jurídicos. Sin embargo, a la hora de definir “otro” u “otros” derechos ya aparece un primer problema: hasta qué punto, en la propia definición, no estaremos expresando las características del derecho del llamado Estado nacional moderno, con lo cual el concepto perdería generalidad. Es un problema que está presente en todos los artículos, en especial aquellos que se refieren teóricamente al pluralismo jurídico.

La importancia de este punto de partida se aprecia, por otra parte, en un ámbito que podríamos llamar valorativo, el cual es inherente a las preocupaciones políticas. No por casualidad se insiste muchas veces en lo alternativo “emancipatorio”. En efecto, desde el punto de vista sociológico la noción de derecho precede, en cierto modo, a su valoración como “justo” si bien es cierto que por su misma naturaleza podríamos decir que lo uno lleva forzosamente a lo otro y no faltará quien diga además que un derecho injusto no es derecho. Pero necesitamos, de todas maneras, identificarlo en la realidad de la sociedad, sobre todo si nuestro punto de vista es el de lo jurídico como relación social. Se encuentra aquí, pues, la manifestación de otro problema que subyace, sin que sea abordado directamente, en todos los artículos que presentamos. La solución de rechazar la Ley, incluso todo el ordenamiento existente, y a veces, de modo menos ambicioso, la aplicación que de ella se hace por parte de los operadores jurídicos, nos lleva a una conclusión poco alentadora: en realidad no estaríamos buscando “otro” derecho sino el rescate del verdadero derecho. La asociación con una filosofía o una ética de los derechos humanos es aquí evidente. Sin embargo, toda la teoría del derecho –y en la segunda mitad del siglo XX no son pocos los grandes autores– se ha ocupado precisamente de establecer su campo específico. No es tan fácil separar el ordenamiento jurídico, su lógica interna, de los llamados principios generales. Ejemplos de ello se verán en los artículos que tratan de los derechos o sistemas jurídicos (y judiciales) de los pueblos indígenas.

El primer ensayo que incluimos aquí, el de Mauricio García Villegas, nos acerca a estos problemas desde una posición diferente. No pone el énfasis en un enfoque jurídico conceptual del que se derivarían implicaciones políticas, como el que se acaba de enunciar, sino que se pregunta ¿qué derecho es este que hemos adoptado en América Latina y cómo existe realmente? Se apoya en una constatación ampliamente reconocida: la actitud ambivalente de los latinoamericanos frente al derecho. De una parte es esperanza o promesa de cambio que sobreestima el poder de las reformas legales. Mientras que, de otra parte, se mantiene una desconfianza irreductible que nos lleva a enfrentar el derecho “oficial”, justificando acciones de desobediencia, en su contra o al margen de él. De allí se desprende que el verdadero objeto de estudio ha de ser su funcionamiento deficiente o ineficaz. Tres hechos o condiciones externas que el autor rastrea históricamente contribuirían a la explicación: la eficacia simbólica, el autoritarismo y el pluralismo jurídico. Sin duda es ya un paso adelante este llamado que el autor nos hace a examinar, desde la sociología jurídica, las características históricas concretas del derecho en nuestros países, abandonando así las declaraciones generales. Aunque no deja de flotar un interrogante respecto al telón de fondo contra el cual se resalta la deficiencia y la ineficacia de este derecho, y sobre el que poco se dice: ¿en qué modelo de derecho eficaz está pensando? Y una inquietud quizá perversa a propósito de nuestro

tema central: ¿será que el movimiento del derecho alternativo en América Latina no es otra cosa que una expresión más de nuestra proverbial ambivalencia?

Del derecho “oficial” pasamos a los “otros” derechos. Edgar Ardila nos ofrece un panorama de diferentes aproximaciones al fenómeno del pluralismo jurídico. Si algo resalta en su exploración es el postulado según el cual este fenómeno no pertenece al campo del deber ser sino que es un hecho, poniendo en duda el que podría llamarse el mito modernista del monismo jurídico. Se recupera entonces un concepto de derecho de generalidad tal, que permite abarcar formas diferentes de las que se derivan del pretendido monopolio por parte del Estado. La complejidad del fenómeno, sin embargo, obliga a profundizaciones mayores. El autor nos señala, entonces, diversas aproximaciones, desde las clásicas que surgieron en épocas del colonialismo también clásico, hasta las más recientes de Boaventura de Souza Santos. Con estas reflexiones se abre el primer grupo de ensayos que se refiere al derecho y los grupos étnicos.

André J. Hoeckema, profesor e investigador de la Universidad de Amsterdam nos pone, con su indagación a partir de casos concretos, frente a la dificultad práctica (y política) para asumir la realidad del pluralismo jurídico, una vez que la sociología, la antropología jurídica y las teorías del desarrollo aceptaron por fin darle legitimidad, tratando de abandonar su proverbial desprecio frente a los “derechos indígenas”. Es decir, una vez que se ha pasado de su aceptación desganaada como hecho social a su reconocimiento por el Estado, en un sentido formal. Aquí se observan dos modalidades: la del pluralismo unitario y la del pluralismo igualitario. En el primero el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el campo de aplicación de los “otros”. En el segundo reinaría una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho. Sin embargo, como lo demuestran diferentes ejemplos, entre otros el de Colombia, el problema de su articulación, que tiene que ver con el respeto a las autonomías, preservando la idea de nación y aún la de “interés público”, dista de haber encontrado una solución satisfactoria. Sobra recordar que aquí nos asalta una vez más la noción trascendental, filosófica o ética, del derecho.

Dos ensayos más complementan la preocupación por la complejidad del asunto, ambos se refieren a que el espacio social y aún físico donde reside el “otro” derecho no es un simple dato de la realidad, es una construcción histórica y política. José Mauricio Andion Arruti compara la emergencia de las comunidades negras en cuanto sujetos sociales y políticos en Brasil y Colombia. Arriesga una hipótesis que seguramente dará lugar a una controversia, el reconocimiento que en estos países les ha otorgado la Constitución lo que ha hecho es crear su realidad cuando pretendía apenas reconocerla. Ello sólo puede ser explicado por la superposición, en el momento de la promulgación de dichas Cartas, de la cuestión indígena. De ahí las dificultades originadas al tratar de materializar sus derechos espe-

cíficos y la enorme distancia que todavía nos separa de algo parecido al reconocimiento de sistemas jurídicos propios. No son pocas las equivocaciones al tratar de proceder por analogía con el caso de los pueblos indígenas.

Por su parte, María del Pilar Valencia confronta, a partir de su experiencia directa con la comunidad embera en Colombia, la idea ingenua de una realidad social y una cosmovisión puras, originarias e inmutables que bastaría con reconocer y articular. En los hechos, lo que se registra es un intenso proceso de cambio que es a la vez resistencia y adaptación cultural. Podríamos decir que el problema de la articulación –como si ya no fuera complejo– se da también en el lado de acá, en el de lo alternativo. Tanto que a veces tiende a ocultar los rasgos de la especificidad jurídica que la autora por cierto no deja de destacar.

Pero el “otro” derecho parece emerger también, ya no como expresión de una sociedad multiétnica y pluricultural, sino en el seno de la propia sociedad abarcada por el Estado-nación en sentido estricto. En su análisis parecen recogerse aquellas ideas del movimiento del derecho alternativo acerca del derecho paralelo construido por las clases subalternas en la lucha por la realización de sus derechos que no tendrían un espacio apropiado en el ordenamiento existente. Pero la perspectiva de hoy es un tanto diferente. Parte de la oposición entre sociedad civil y Estado. La alternatividad se materializaría en la primera, principalmente respecto al sistema judicial, a través de mecanismos novedosos de resolución de conflictos. Es aquí donde tienden a confundirse dos planos: el del análisis sociológico de fenómenos reales y el de los deseos o las propuestas políticas.

Desde el Brasil, Antonio Carlos Wolkmer explica esta nueva perspectiva en un ensayo que es casi un programa político. Frente a la crisis de la democracia representativa y la globalización que tiende a erosionar el Estado-nación, la sociedad civil se levanta como el verdadero y nuevo espacio para el ejercicio de la democracia y la realización de la justicia social. Sociedad civil entendida como espacio de articulación de actores sociales que a través de un complejo de estructuras político-sociales intermedian su relación con las formas institucionalizadas del poder. En su apreciación, dicho complejo incluye procesos como descentralización de los espacios, participación de base, control comunitario, y poder local. Sobre todo este último. Las luchas para acceder a la justicia pasan a través de las instancias estatales de jurisdicción y fluyen hacia espacios públicos participativos. Así pues, los mecanismos de participación comunitaria no sólo tocan las esferas legislativa y ejecutiva sino también la judicial. “Se trata de destacar formas alternativas y populares de generar jurisprudencia teniendo presente las prácticas cotidianas locales de organización social”.

Al respecto, Rosario García, en su artículo, se esfuerza por colocarnos frente a las experiencias reales. Para ello hace un inventario de las diversas y heterogéneas formas alternativas de resolución de conflictos –mediación, arbitraje, conciliación, conciliación en equidad, jueces de paz,

justicia comunitaria, etc.– que complementa al final con una panorámica de varios países de América Latina. Pone en duda su novedad, descubre que en general no muestran una aplicación verdaderamente exitosa (salvo aquellas que se usan en el mundo de los grandes negocios nacionales e internacionales) y cuestiona su relación con el llamado derecho alternativo. Respecto a esto último su valoración no es positiva. Por el contrario, recogiendo las conclusiones de otros investigadores que suma a las suyas, señala cómo estas estrategias de informalización, descentralización y desburocratización han sido promovidas más bien por los Estados dentro de un programa de reforma ampliamente sustentado por la banca multilateral.

Desde otro ángulo, Olga Lucía Pérez, abogada e investigadora de ILSA, escoge como punto de partida uno de los aspectos que generalmente se invocan como justificación para la promoción de dichas formas alternativas, esto es, la innegable incapacidad del sistema judicial para resolver los conflictos. El objeto de su artículo es precisamente el análisis de dicha conflictividad social de acuerdo con algunos estudios de caso en Colombia. En su conclusión preliminar flota una duda sobre la real posibilidad de resolución de dichos conflictos –dada su naturaleza– a través de mecanismos comunitarios. El problema del acceso a la justicia, a la justicia social, rebasaría el terreno de la “judicialización”, formal o informal.

Finalmente, el tercer grupo de ensayos toca el tema de la naturaleza del Derecho, tal como se enunció al principio de esta presentación. Y lo hace a partir de las inquietudes y reflexiones de los propios operadores jurídicos. Eliane Botelho Junqueira aprovecha muy bien una encuesta realizada en 1996 entre los abogados populares del Brasil, para tratar de definir cómo entienden su ejercicio profesional desde un compromiso ético y político –el universo práctico de uno de los movimientos de derecho alternativo más importantes del continente–. La conclusión inmediata es que no hay una homogeneidad de criterios. Posiblemente todos piensan en la necesidad de otro derecho pero no es posible establecer sobre éste una aproximación conceptual común. A menos que se le asocie con una cierta idea de justicia social. Pero aún los críticos más acerbos parecen aceptar la utilización del ordenamiento jurídico vigente. Al respecto, los siguientes ensayos, que por cierto dialogan entre sí, nos llevan a una reflexión enteramente necesaria sobre el derecho. Reflexión que desemboca, como es obvio, en su manifestación material por excelencia, las decisiones judiciales. Jesús de la Torre Rangel vuelve sobre la antigua discusión acerca de la aparente ambigüedad del término derecho. Rechaza la asociación que finalmente se ha impuesto del derecho con la normatividad de donde se deriva la pretendida omnipotencia de los legisladores. Llama, en consecuencia, a rescatar la diversidad de fuentes y los principios generales apoyados en la equidad, la prudencia y el sentido común. Concluye entonces que es preciso defender una función más amplia para el poder judicial, con lo cual introduce muy bien el artículo de Amilton Bueno de Carvalho.

Este juez brasileiro, ya conocido como exponente del movimiento de los llamados Juizes Gauchos, coincide en descreer del absolutismo de la Ley y se propone avanzar en la definición de los principios generales del derecho. Su objetivo es mostrar, a través de una lectura comentada de diferentes pensadores, que esta perspectiva no es extraña a la tradición del pensamiento jurídico. Todo ello para tratar de responder finalmente a la pregunta de para qué sirve la Ley, que resuelve señalando en qué consiste la Ley justa, es decir, la que verdaderamente constituye límite del poder desmesurado o sea protección del más débil.

Estas reflexiones continúan un debate ya largo entre los teorizadores del derecho. Dos inquietudes, sin embargo, se podrían expresar. La primera tiene que ver precisamente con la práctica de los abogados populares, dado que en esta posición frente a la ley parecería consistir la alternatividad predicada. La verdad es que entre los operadores jurídicos existe una asimetría evidente. Mientras que a los jueces les sería permitida la interpretación, eventualmente con el recurso a los principios generales, el abogado no podría fundamentar sus alegatos simplemente con base en ellos pues no sabe con qué juez va a encontrarse, a menos que se predique una transformación global del sistema jurídico en esta perspectiva. Esto nos lleva a la segunda inquietud. Al parecer no es posible deshacerse fácilmente de una necesaria aproximación sociológica a la realidad del campo jurídico. Y con tales reflexiones releer los primeros artículos.

Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina*

MAURICIO GARCÍA VILLEGAS**

Durante la última década, las reformas relativas al derecho han sido identificadas como un mecanismo crucial para el desarrollo de América Latina, así como también en otros países de la semiperiferia mundial. Más que un reflejo de las fuerzas prevalecientes en la sociedad, el derecho es percibido aquí como un instrumento efectivo para promover cambios sociales (Shihata, 1995:13). Bajo este presupuesto, durante la última década varios billones de dólares han sido "invertidos" en proyectos jurídicos (*The rule of law Reform*), particularmente destinados al sistema judicial¹ de países semiperiféricos. Estos proyectos se conocen igualmente como la segunda versión del movimiento *Law and Development*. Aunque esta versión difiere en algunos aspectos del viejo *Law and Development* de los años 60, el resurgimiento de la idea según la cual el derecho es una condición esencial para lograr el desarrollo de los pueblos, no deja de sorprender, dado el consabido fracaso de aquella primera versión². Aquí no intentaré comparar

La versión terminada de este artículo es en buena parte el resultado de largas discusiones con César Rodríguez acerca del derecho en América Latina. De hecho, tales conversaciones han dado lugar a un proyecto más amplio de discusión sobre las bases epistemológicas para la construcción de una sociología del derecho en América Latina que tiene como punto de partida la realización de un *workshop* en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica en Oñati (España) en julio de 2001 y del cual saldrá una publicación, en coautoría con César Rodríguez, que contendrá una versión más elaborada de las ideas aquí presentadas.

Profesor de derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y profesor afiliado al Institute for Legal Studies de la Universidad de Wisconsin-Madison (USA).

Las principales instituciones financiadoras son el Banco Mundial, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (Usaid) y el Banco de Desarrollo Interamericano. Para cifras de fondos, ver Santos (2000). En muchas iniciativas, el énfasis es puesto en el logro de un sistema judicial eficaz, a partir del cual la ley es aplicada en un forma rigurosa y predecible. Ver también Rowat *et al.* (1995:2). Para una valoración crítica, ver Santos (2000).

De acuerdo con David Trubek (1996), el movimiento de *Law and Development* de los 60, tenía el propósito de producir proyectos académicos diseñados para alcanzar cambios en los sistemas judi-

estas dos tendencias de *Law and Development*; tampoco evaluaré los logros del movimiento actual. En cambio, me interesa aprovechar la presente visibilidad del fenómeno jurídico como un punto de partida para defender la siguiente hipótesis: un profundo malentendido sociojurídico, relativo a la forma como el derecho opera en América Latina está presente en estos movimientos. Instrumentalismo ingenuo y falta de información sociolegal acerca de la conciencia y las prácticas legales en América Latina parecen estar en el centro de este malentendido.

Los proyectos emprendidos por la nueva ola de *Law and Development* parten de un supuesto que no ha sido estudiado a fondo y que consiste en sostener que la ineficacia del derecho en América Latina se origina ante todo en problemas internos al sistema normativo de cada país, los cuales son, o bien problemas de contenido o bien de implementación legal (Nino, 1989; Boron, 1996). De acuerdo con este supuesto, la introducción de reformas que resuelvan estos problemas ayudaría a resolver los problemas de ineficacia jurídica.

Sin duda las fallas técnicas en la aplicación de políticas públicas constituyen una importante fuente de debilidad del derecho, las cuales, por lo demás, raramente son estudiadas en profundidad en América Latina. Sin embargo, el énfasis exclusivo en problemas técnicos de implementación legal, oculta hechos importantes. En este ensayo sostengo que en América Latina existen tres hechos, o condiciones externas al derecho que determinan su deficiente funcionamiento. Ellos son la eficacia simbólica, el autoritarismo y el pluralismo jurídico. Probablemente estos no son los únicos hechos determinantes pero son quizás los más importantes para una adecuada comprensión de las disfunciones sociales del derecho y, a partir de allí, de las reformas que se requieren para superar tales disfunciones. Esta argumentación se dividirá en dos partes. En la primera me ocuparé de las raíces históricas de estos hechos o condiciones externas al derecho y en la segunda parte analizaré en detalle su contenido y alcance en la actualidad. Quiero advertir finalmente que, dada la precariedad de las investigaciones sociojurídicas en los países latinoamericanos, mis reflexiones sólo tienen el carácter de preliminares, muchas veces fundadas en meras intuiciones y que ellas tienen el propósito de fomentar el interés por la investigación sociojurídica y por el debate académico en esta materia.

ciales, sobre todo en relación con su eficiencia. Este autor señala que el movimiento tuvo una "feliz y corta vida", luego de lo cual fue objeto de una fuerte crítica. Aún cuando muchos cambios han tenido lugar desde entonces, lo que une la nueva y vieja ola de *Law and Development* es su confianza en que la transformación social puede ser producida a partir de reformas legales. Quizás no sobre agregar que el nuevo movimiento se ocupa adicionalmente de temas tales como la globalización y las transiciones a la democracia.

Los orígenes decimonónicos de la cultura jurídica en América Latina

La actitud de los latinoamericanos frente al derecho es ambivalente. Por un lado, tenemos la idea de que el destino social está encadenado a decisiones legales cruciales sin las cuales la sociedad caería dentro de la anarquía y el caos. Por el otro lado, nos embarga un fuerte sentimiento de independencia frente al derecho oficial, lo cual ocasionalmente toma la forma de rebeldía, o de una reivindicación de "derecho natural", que justifica el hecho de emprender acciones contra, o al margen, de lo prescrito. Así, en América Latina el derecho suele ser percibido no sólo como un instrumento de dominación de clase sino también como una fórmula futura para la redención social. Evoca resistencia tanto como inspira esperanza, todo ello en una especie de división temporal entre, por un lado, el contexto presente del individuo bajo los efectos de la dominación y, por otro lado, la sociedad futura emancipada.

Esta disposición cultural ambivalente frente al derecho es con frecuencia evocada por escritores, políticos y científicos sociales³; sin embargo, su mención, no supera, por lo general, la simple evocación. Poco se ha hecho por analizar en detalle la cultura jurídica de los países latinoamericanos no obstante el creciente interés por el tema del derecho en los últimos años⁴. Tampoco ha habido mayor preocupación por encontrar las raíces históricas de nuestra cultura jurídica no obstante la existencia de importantes estudios históricos del derecho, sobre todo referidos al período colonial⁵. Estas raíces son particularmente visibles en el período de transición hacia la independencia cuando se recibieron e incubaron las ideas revolucionarias de mediados y finales del siglo XVIII provenientes de Europa y Estados Unidos, las cuales se unieron en intrincadas mezclas con la tradición jurídica española. Esto no significa, desde luego que el período colonial no sea importante para desentrañar tales raíces; por el contrario, significa que toda la importancia de la cultura jurídica colonial se aprecia de manera particularmente clara en la época en la cual dicha cultura entró en crisis. Aquí no pretendo, ni mucho menos, desentrañar estas raíces sólo intento establecer, a manera de hipótesis, algunas relaciones y hechos que me parecen significativos para la comprensión de este fenómeno cultural y que en el futuro podrían dar lugar a estudios históricos más profundos.

Ver por ejemplo, O'Donnell, 1998; Nino 1989, 1992; Keen, 1996; Linz y Stepan, 1996. Este interés se manifiesta, por ejemplo en temas tales como el constitucionalismo y la justicia como elementos esenciales para el logro de la transición hacia la democracia. Buena parte de estos estudios serán reseñados más adelante en este ensayo.

La recepción de las ideologías constitucionales en América hispánica

La falta de experiencia política y administrativa de las colonias hispánicas creó a principios del siglo XIX la necesidad de adoptar modelos de organización política provenientes de otras revoluciones y determinó una especie de hipercentralidad del tema constitucional en el debate político⁶, que sin duda es el origen de una larga tradición latinoamericana de maridaje entre política y derecho. Esta tradición se originó en la necesidad que tenían los próceres de la independencia de utilizar al derecho como herramienta de construcción de la nación y de la ciudadanía. La ausencia de una participación política organizada por ejemplo a través de partidos políticos fuertes y con arraigo social, determinó desde los inicios del periodo republicano un traslado de la función política de articulación social propia del sistema político, al discurso jurídico y más concretamente al diseño constitucional⁷. Esta práctica sigue latente en el continente: el recurso a las reformas constitucionales es todavía una solución política frecuente para resolver las deficiencias de una democracia representativa fuerte⁸.

⁶ “El constitucionalismo –dice Javier Ocampo López– es otro de los fenómenos históricos que encontramos en la coyuntura de la independencia. Se presenta como aquella necesidad de organizar jurídicamente un Estado y adoptar la forma más conveniente de gobierno para el nuevo Estado independiente. En el Nuevo Reino de Granada, en solo dos años –1811-1812– se presentan seis constituciones: la Carta constitucional monárquico-republicana de Cundinamarca (marzo 3 de 1811); el acta de la federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada (27 de noviembre de 1811); la Constitución de la República de Tunja (diciembre 9 de 1811); la Constitución de la República de Cundinamarca (17 de abril de 1812) y la Constitución del Estado de Cartagena de Indias (junio 14 de 1812)” (Ocampo López, 1983: 42 y 43). Ver igualmente Romero, quien sostiene que “el constitucionalismo fue casi una obsesión desde el primer momento. Sin que se pudieran establecer principios válidos de representatividad, se convocaron por todas partes congresos que debían asumir la soberanía de la nueva nación y sancionar la carta constitucional que, de arriba abajo, moldearía la nueva sociedad. Los principios parecían sólidos, indiscutibles, universales. Pocas opiniones los objetaban. Solo los contradecía la realidad social y económica, que desbordaba los marcos doctrinarios con sus exigencias concretas, originales y conflictivas. (Romero, 1977:75). Según Romero durante las primeras décadas de la independencia “Todos parecieron creer que una sabia constitución era el recurso supremo para encauzar la nueva vida de las sociedades, y solo discrepaban los que pensaban que debía ser meticulosa y casuística con los que creían que debía ser sencilla y limitada a las grandes líneas de organización del estado. Así, frente al constitucionalismo, se fue constituyendo poco a poco una mentalidad política pragmática que debía terminar justificando la dictadura de quien tuviera la fuerza y autoridad para asegurar el orden y la paz resolviendo autoritariamente los conflictos concretos surgidos de los intereses y las expectativas en pugna. (Romero, 1977:76).

Algo diferente sucedió en el proceso de independencia de las 13 colonias inglesas en el norte de América. El hecho de que los ingleses hubiesen permitido una cierta autonomía política de las colonias (Jacobson, 1932), ligado a una cierta homogeneidad cultural y económica de los colonos, favoreció el trámite pacífico de las tensiones políticas propias del proceso revolucionario. Mientras en el sur del continente había enormes dificultades para impedir, tanto el resurgimiento de las formas autoritarias de poder como la caída en la guerra civil, en el norte se consolidaba un complejo pacto

El debate constitucional sin embargo no fue puramente técnico sobre diseño institucional. Al contrario, los contenidos de estas discusiones fueron altamente ideológicos y estuvieron alimentados por una serie de pensamientos heterodoxos que se engendraron y difundieron a finales del siglo XVIII. Entre estos pensamientos se encontraba el llamado “americanismo”, que era una especie de nacionalismo continental de tipo cultural, no político y que fue difundido, entre otros, por los jesuitas expulsados en 1767, quienes exaltaban la riqueza natural cultural del continente americano⁹. El americanismo no era ni mucho menos un pensamiento revolucionario pero preparó las revoluciones¹⁰. Los que sí tenían este carácter eran aquellos que provenían de la Ilustración y un poco más tarde de las revoluciones americana y francesa de 1776 y 1789 respectivamente¹¹. En cuanto a la ilustración, obras de autores tales como Diderot, Dálembert, Voltaire, Rousseau, Locke y Hobbes fueron leídas con relativa libertad en todo el continente y de manera particular en México, Perú y la Nueva Granada. La mayoría de los próceres de la independencia hicieron viajes a Europa y allí encontraron alimento para sus ideas revolucionarias en la lectura de los filósofos franceses e ingleses de mediados del siglo XVIII¹².

social de democracia restringida por procedimientos institucionales de corte aristocrático. Nos referimos al contenido de la constitución originada en la Convención de Filadelfia de 1787 a partir de la cual se intentó remediar la inestabilidad institucional del período revolucionario (1776-1788) caracterizado por el predominio de las ideas democráticas radicales (Jacobson, 1932:164 y ss.).

⁹ Ver por ejemplo las *Lettres aux Espagnols-Américains* del jesuita peruano Juan Pablo Viscardo, publicada en 1799.

¹⁰ Un excelente relato de la función y dimensiones del americanismo en el proceso independentista como génesis de la revolución hispanoamericana se encuentra en Hans Joachim KÖNIG. Para este autor alemán “La adhesión sentimental a América se convirtió en un concepto cada vez más político, de manera que no solo expresaba un “ser diferente”, una “otredad” frente a España, sino que también comprendía un aspecto de orientación y acción: la superación del status colonial, con el objetivo de conseguir la libertad y la independencia política. El criterio de ser *americano* ganó, en esta delimitación frente a España, una dimensión continental, y fue, hasta la década de 1820, un elemento efectivo de movilización para la solidaridad continental en un “frente exterior” común. (König, 1994:511).

¹¹ La interpretación más extendida sobre los procesos emancipatorios en América hispánica resaltan por igual aquellas doctrinas políticas provenientes de los Estados Unidos y de Francia. Entre una amplísima bibliografía véase, por ejemplo, Maniqués *et al.* (1989); Ortiz (1960); Robertson (1939); Basterra y Zabala (1970); Germán Carrera Damas (1971); Gómez Hoyos (1962); Romero (1985); Samper (1969); Tejada (1955); Leopoldo Uprimny (1971); Pérez (1989); Ruiz (1989). En cuanto a la influencia de la revolución francesa de 1789 en la mentalidad política popular, ver Mario Aguilera Peña y Vega Cantor (1998). Otros análisis resaltan la influencia de las ideas políticas españolas: Miguel Aguilera (1960), quien no sólo señala tal influencia peninsular sino que la enaltece; Jaramillo Uribe (1997). Para la revolución americana véase Bushnell (1976); Rodríguez M. (1976); Irazábal (1939). Algunos estudios hacen una exposición tanto de las ideas francesas y norteamericanas como de las españolas: Lynch (1987); Ocampo (1983).

¹² En una carta enviada al general Santander desde Arequipa el 20 de mayo de 1825, El Libertador Simón Bolívar le dice lo siguiente: “Ciertamente que no aprendí ni la filosofía de Aristóteles, ni los códigos del crimen y del error; pero puede ser que Mr. De Mollien no haya estudiado tanto como yo

Admiración especial despertaba Rousseau y su concepto de soberanía popular¹³.

Los acontecimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos tuvieron mucha incidencia en la ideología revolucionaria latinoamericana. Los acontecimientos revolucionarios de Francia y Estados Unidos tuvieron mucha incidencia en la ideología revolucionaria latinoamericana. Pero quizás esta incidencia fue sobre todo fuerte en el ámbito ideológico y tuvo grandes dificultades para permear el tejido social e institucional a través del derecho¹⁴. Es justamente por esto que mi interés por el período de la emancipación nace menos de su poder para transformar las prácticas jurídicas coloniales que de su capacidad para producir un tipo de derecho dotado de una enorme habilidad para mantenerse incólume a pesar de su ineficacia. Dicho en otros términos, la emancipación y su producción jurídica son interesantes, a pesar de no haber logrado una ruptura con el pasado colonial, debido a que en ella sirvió para reproducir y reforzar ese fenómeno jurídico colonial que consiste en crear, y crear en, un derecho efímero y limitado a ciertos círculos urbanos¹⁵.

La recepción de estas ideologías revolucionarias no se hizo de manera directa, ni homogénea ni pacífica. El predominio ideológico y político de estas ideas, sobre todo en ámbitos urbanos, no debe ocultar la relativa permanencia de los contenidos prescritos por el derecho indiano y la continuidad de las prácticas sociales e institucionales que rodeaban su aplicación (Ortiz Caballero, 1989, 1951; Colmenares, 1993). Por lo menos tres hechos caracterizaron esta recepción, así como su precaria influencia y su capacidad para transformar la realidad social y política cuando llegó la independencia. Ellos son: 1) la pobre incidencia social de los cambios económicos, políticos, jurídicos y culturales lograda por la introducción del nuevo ideario jurídico y político, con lo cual se dejó intacto el fenómeno colonial del pluralismo jurídico; 2) el autoritarismo político y jurídico de las nuevas instituciones propuesto por los líderes de la independencia con lo cual se dejó

a Locke, Condillac, Bufón, Dalambert, Helvetius, Montesquieu, Mably, Filangieri, Lalande, Rousseau, Voltaire, Rollin, Berthot y todos los clásicos de la antigüedad, así filósofos, historiadores, oradores y poetas" (Bolívar 1979). Sobre la influencia de las ideas de Rousseau en Simón Bolívar y Mariano Moreno véase Lewin (1967: 16).

¹³ Mariano Moreno editó en 1810 el *Contrato Social* de Rousseau con la intención de difundir las ideas emancipatorias entre los jóvenes americanos.

¹⁴ Si algo es específico a las revoluciones latinoamericanas es su incapacidad para traducir contenidos ideológicos y jurídicos en cambios sociales (Romero, 1977; Levene, 1956). De igual forma García Gallo manifiesta que "no obstante el indudable influjo de las ideas francesas o norteamericanas, la proclamación de la independencia de Hispanoamérica trató de fundamentarse en la mayor parte de los casos en los principios jurídicos españoles (García Gallo, 1972: 539).

¹⁵ Al respecto puede verse Levene, 1956, Romero, 1977, Góngora, 1951, García Gallo 1972, Ortiz Caballero, 1989. No importaba –afirma Romero– la forma de construcción teórica: actas, constituciones, planes políticos radicalizados, la realidad era el viejo mundo; la gente que seguía viviendo después del sagrado juramento revolucionario, vivía exactamente como la víspera (Romero, 1977: 77).

intacto el fenómeno colonial de la desobediencia velada a normas autoritarias, y 3) la constante utilización de la práctica de creación y reforma del derecho con propósitos de legitimación institucional, más que de eficacia social, con lo cual se dejó intacto el fenómeno colonial de la ineficacia instrumental del derecho. Veamos cada uno de ellos elementos en mayor detalle.

La recepción y difusión de las ideas emancipadoras se limitó, por lo menos al inicio de los acontecimientos de emancipación, a un pequeño grupo de criollos blancos e intelectuales ubicados en los principales centros urbanos: Bogotá, México, Caracas, Lima, entre otros pocos (Romero, 1978). Esto es especialmente significativo si se tiene en cuenta que, según Alexander von Humboldt, a finales del siglo XVIII de los casi 19 millones de habitantes que tenía el continente sólo algo más de tres millones eran blancos. El resto de la población era iletrada y no fue parte activa del proceso de recepción y discusión de estas ideas. Sin embargo, esto no significa que las ideas revolucionarias hubiesen sido ajenas a las clases subalternas. Los ideales revolucionarios y particularmente los que venían de Francia tuvieron mucho efecto en el fortalecimiento de la conciencia popular de rebeldía y oposición a la autoridad española (Aguilera y Vega, 1998). La contundencia y simplicidad de sus principios políticos –sobre todo aquéllos ligados a las ideas de soberanía popular e igualdad– respondían bien a un malestar popular muchas veces cercano al odio y a la necesidad de satisfacer una pulsión pulsión de venganza represada durante siglos contra el poder blanco y español.

Pero esta unión entre las elites criollas y las clases subalternas contra el enemigo español era más simbólica y coyuntural que otra cosa. Entre los intereses de, por un lado, los criollos que difundían el pensamiento de la Ilustración para separarse de España y, por el otro, el pueblo raso que utilizaba los símbolos emancipadores¹⁶ de dicho pensamiento para manifestar su rebeldía contra los españoles opresores había muy poca unidad. Esto hizo que los acuerdos jurídicos expresados en constituciones y códigos, tuvieran como mayor aliciente la superación ideológica del *Ancien regime* y del enemigo español y que sus términos fueran demasiado generales y abstractos para superar las divergencias sociales y producir transformación social¹⁷. La incapacidad del nuevo derecho republicano para permear el tejido social no fue por lo demás un fenómeno nuevo. El derecho produ-

¹⁶ König sostiene que la ideología nacionalista de la emancipación utilizó "una serie de metáforas y símbolos en ilustraciones, escritos y sermones, que se derivaban tanto del status colonial, como del esfuerzo por superarlo, y que prometían atraer y movilizar amplias esferas de la población. De dichos elementos de movilización se destacaron en especial la metáfora de la familia, el indio como símbolo de la esclavitud o bien de la libertad y el título de *ciudadano*" (König, 1994: 512).

¹⁷ Esto, de otra parte, obedece a un fenómeno más general: mientras más heterogéneo y jerarquizado es un conglomerado social, más general e ideológico es el contenido de un eventual contrato social o acuerdo constitucional; esto se origina en la necesidad política de abarcar –u ocultar– las diferencias sociales y políticas en un mismo discurso.

cido en España para las colonias pocas veces era interpretado y aplicado de la manera como había sido previsto en la metrópoli. La extensión de los territorios, la diversidad cultural de sus poblaciones, la falta de recursos, etc., obraron en contra de un derecho hispánico unificado y coherente, y en beneficio de un derecho indiano caracterizado por el pluralismo y la flexibilidad (Góngora, 1951:227). Las condiciones económicas, sociales y políticas moldearon y adaptaron el nuevo derecho revolucionario tanto como condiciones similares moldearon y adaptaron el derecho indiano durante la colonia (Góngora, 1951:157)¹⁸.

En segundo lugar, la adopción de las ideas emancipadoras de la Ilustración estuvo marcada por el autoritarismo de Estado que, de alguna manera, reproducía la tradición española, conservadora, católica y autoritaria¹⁹ la cual, en los tiempos de la Colonia, se justificaba en la consigna real de introducir orden y cristiandad en comunidades indígenas más o menos indómitas²⁰. “La ilustración –dice John Lynch– de ningún modo era universal en América, ni tampoco sobrevivió intacta una vez que se implantó allí, puesto que su expansión, mermada por el conservadurismo y limitada por la tradición, fue escasa” (Lynch, 1987: 35). La tradición conservadora no sólo dio lugar a la justificación pura y simple del autoritarismo jurídico, sino también a discursos políticos híbridos a partir de la Ilustración y destinados a la defensa de la monarquía²¹. Pero el autoritarismo no siempre tenía origen conservador; en ocasiones se fundaba en la necesidad de producir una rápida transformación igualitaria desde el Estado. Así por ejemplo, de las ideas roussonianas casi metafísicas, casi sagradas de “volonté générale” y “soberanía popular” surgieron dos tipos de planteamientos políticos revolucionarios. Por un lado estuvieron aquellos líderes políticos ra-

¹⁸ Según Mario Góngora, la encomienda es una institución colonial que muestra claramente lo flexible y variable que era el derecho indiano (Góngora, 1951).

¹⁹ Una ilustración de la imagen autoritaria del gobierno español, se puede encontrar en Jaramillo y Colmenares, 1992:387).

²⁰ Sobre este tema los historiadores se dividen en dos tendencias que se conocen como la de la “leyenda negra”, en un caso, y la de la “leyenda dorada”, en el otro. Aquellos historiadores que predicaban que la institución de la Colonia trajo innumerables beneficios para el derecho y las prácticas sociales americanas, y que así mismo, el gobierno español se caracterizó por su rectitud administrativa hacia los nativos de las Indias, son incluidos dentro de la leyenda dorada (podrían incluirse aquí, por ejemplo, a Ots Capdequí, 1967 y Díaz, 1989). Por el contrario, sus detractores, los de la leyenda negra (Góngora: 1951), hacen énfasis en la marcada desobediencia de la ley que se generó en la colonia y en las arbitrariedades de las autoridades locales. Sea lo que fuere de este debate, creo que, incluso bajo la óptica de la leyenda dorada, se puede aceptar que, el autoritarismo era inherente a un tipo de concepción de la autoridad fundada en una idea social organicista, jerarquizada y católica, propia de la tradición española de esta época. El hecho de que, por ejemplo, la encomienda estuviera fundada en principios de protección al indígena no le restaba nada al terrible sometimiento que de ella se derivaba (Góngora, 1951:133).

²¹ Este es el caso de Gaspar Melchor de Jovellanos cuando defiende la idea de soberanía indivisible al estilo Rousseau para justificar la autoridad del rey; al respecto ver Romero (1985:XV).

dicales que, muy influenciados por el pensamiento jacobino, defendían la idea de que todo el poder debía ser entregado al pueblo y que una nueva era social y política debía ser construida a partir del derrumbe del *ancien régime*²². Otros, en cambio, estimaban que la interpretación radical de las soberanía popular era inadecuada dadas las condiciones de atraso, marginalidad e inexperiencia política del pueblo y que, en consecuencia, debería crearse un Estado fuerte, una especie de Estado de excepción, que pudiera facilitar la transición hacia una verdadera democracia²³. La lectura de los autores de la Ilustración con frecuencia sirvió para legitimar un cierto despotismo ilustrado que se justificaba y causaba al mismo tiempo en la ausencia de una modernidad consolidada (Jaramillo Vélez, 1998; Jaramillo Uribe, 1997: 160). Por esta vía se fomentó el caudillismo²⁴ y voluntarismo político cuya manifestación más reciente se encuentra en los regímenes llamados populistas (Touraine, 1988).

El nuevo autoritarismo rápidamente reactivó las prácticas intrincadas y sutiles de desobediencia y de engaño a las autoridades legales, prácticas estas que venían desde los tiempos de la Colonia²⁵. El instinto de conservación de las mayorías indígenas frente al autoritarismo español había creado una actitud individual y social de desacato soterrado al derecho y a todo lo ordenado por las autoridades coloniales²⁶. No había una rebeldía abierta pero tampoco había obediencia. Expresiones jurídicas tradicionales tales como “el derecho es para los de ruana”, “hecha la ley, hecha la trampa”, son manifestación de prácticas engendradas de manera subrepticia para contrarrestar el autoritarismo ahora español, ahora criollo. Ellas siguen latentes hoy en día en la cultura legal de la región²⁷. Por lo demás,

²² Ver por ejemplo el discurso denominado “Plan político” de José María Morelos en 1813 en donde defiende la idea de destruir todo lo que tenga relación con el antiguo régimen, incluida la poca industria existente. Ver igualmente la “Proclama” del chileno Camilo Henríquez de 1811; igualmente los discursos del argentino Bernardo de Monteagudo.

²³ Ver, por ejemplo, el Manifiesto de Cartagena de Simón Bolívar; así mismo el discurso de Antonio Nariño en la apertura del Colegio Electoral de Cundinamarca el 13 de junio de 1813.

²⁴ Para Lynch, “el caudillo era un jefe regional que derivaba su poder del control que tenía sobre los recursos locales, especialmente las haciendas lo que le otorgaba acceso a hombres y provisiones. El caudillismo clásico adoptaba la forma de bandas armadas regidas por relaciones patrón-cliente, unidos por los lazos personales de dominio y sumisión y por el deseo común de obtener riqueza mediante el uso de las armas” (Lynch, 1983:147).

²⁵ La desobediencia no siempre se limitó a prácticas sutiles e individuales. En el caso de la Nueva Granada, por ejemplo, McFarlane muestra como la legislación sobre rentas fue poco acatada, particularmente la relativa al aguardiente. Esto explica que las leyes restrictivas emanadas del gobierno peninsular fueran bien recibidas en las colonias, como consecuencia de la certeza en su ineficacia futura. (McFarlane, 1984).

²⁶ Según José Luis Romero, era una actitud derivada de esa veta política de tradición medieval que afloraba por entre la trama del orden absolutista de los Austrias, que contenía los elementos de la democracia villana que reivindicarían Lope de Vega y Calderón. “Se acata pero no se cumple” fue norma castiza que fijaba los límites de la desobediencia dentro del sistema (1985: XVI).

²⁷ Ver Keen (1996) igualmente Morse (1974). Uno de los personajes de Alfredo Molano en su libro *Así*

es posible que en ocasiones esta exculpación de la desobediencia estuviera también alimentada en la noción medieval de guerra justa y de tiranicidio, muy propia de la monarquía medieval europea y todavía presente en las concepciones monárquicas españolas del siglo XVIII así como también en postulados de las Leyes de Indias que autorizaban la desobediencia de las colonias en caso de imposiciones contrarias al orden judicial establecido y al derecho natural (Romero, 1985: XVI; Mejía, 1998: 14) lo cual se manifestaba, entre otras formas, en la célebre expresión “se acata pero no se cumple”²⁸. Esta actitud de legítima defensa frente al derecho en algunos, y de táctica de oposición o simple desacato en otros, configura un panorama general de desconocimiento del derecho y de precariedad de su poder regulador²⁹. La independencia no logró domar esta cultura jurídica indómita. Sólo que esta vez la rebeldía encontró excusa en la disociación entre una institucionalidad supuestamente racional y democrática por un lado, y la existencia de, o bien un nuevo régimen autoritario o bien de un caos social, una fragmentación política y una incertidumbre individual, por el otro.

En tercer lugar, la lectura de los autores de la Ilustración, y de los acontecimientos revolucionarios en Francia y Norteamérica, dieron lugar a un debate esencialmente ideológico, abstracto e ineficaz que se desarrolló fácilmente entre intelectuales afrancesados que, tal como lo hacían sus maestros, tenían un franco desprecio por los problemas de la implementación o de la eficacia de las ideas políticas³⁰. Una vez encontrada la verdad, pen-

mismo (1993:89) señala lo siguiente: “las leyes son la ocasión del soborno, hay que hacerlas cumplir para elevar la mordida. Si la ley no se respeta el sistema se derrumba”. De otra parte, O’Donnell (1998:330) ha mostrado cómo éste no es un fenómeno exclusivo de América Latina.

²⁸ El incumplimiento de la legislación española en indias es un fenómeno complejo. Los reyes de España querían tener en sus manos todo el control político administrativo del nuevo mundo, pero al mismo tiempo se veían obligados a dotar a las autoridades coloniales de cierta autonomía para que pudieran gobernar con eficacia (Ots y Capdequí:1967:89). Fue así como se crearon fórmulas flexibles de aplicación del derecho para hacer más libre y viable su aplicación y hacer más gobernable un territorio que entrañaba tanta pluralidad. Una de esas medidas fue la fórmula de *se acata pero no se cumple* también denominada sobreseimiento, que permitía al funcionario a suspender una norma sin desacatarla cuando creía que su ejecución podía acarrear graves perturbaciones sociales (Díaz, 1989:68). El rey podía o bien aprobar la resolución suspensiva adoptada o por el contrario, reiterar su ejecución. El acatar pero no cumplir, no indicaba el libre paso para proceder arbitrariamente, ni mucho menos para desobedecer, se trataba simplemente, de una facultad suspensiva. Según Romero (1977:61), la fórmula de “se acata pero no se cumple” fue norma castiza que fijaba los límites de la desobediencia dentro del sistema. Aunque pudiera costarle la cabeza al desobediente, de acuerdo con esta fórmula este podía morir como leal vasallo y buen cristiano.

²⁹ En relación con la Nueva Granada, Margarita Garrido sostiene allí existía una marcada desobediencia a la autoridad y al derecho; “desde los inicios del periodo colonial -explica- tanto los españoles como los criollos residentes en América rehusaban a aceptar la autoridad de los recién llegados de España y enfatizaban en cambio sus lazos directos con el rey”(Garrido,1993:29).

³⁰ “En los grandes debates alrededor de los destinos públicos -dice Jaramillo Vélez- se constata desde un principio el divorcio entre el postulado acogido en la carta Magna, en los textos, en los tratados de derecho público, en las proclamas, y la realidad o la práctica social, impregnadas por la iner-

saban, el resto vendría por añadidura³¹. Las exigencias de la Independencia no daban tregua y la necesidad de un discurso con vocación nacional e institucionalmente eficaz era apremiante. Aquí también la simplicidad y contundencia del ideario revolucionario francés facilitó su utilización política: los conceptos de “voluntad general”, “soberanía”, “derechos del hombre”, “ley” y “ciudadanía” fueron utilizados por los hacedores de la Independencia para construir la nación a partir de los fragmentos dejados de la mano de los españoles (Jaramillo Uribe, 1997; Jaramillo Vélez, 1998). Había un cierto consenso en la mayor admiración que producían las revoluciones inglesa y americana, pero ninguno de los idearios políticos provenientes de estas revoluciones tuvo tanto impacto como el ideario francés. Esto se debe quizás al carácter particular, histórico y en buena parte intransferible de los debates anglosajones. Sir Edward Coke fue tan importante para el constitucionalismo moderno como Rousseau o Sieyès, sin embargo era muy difícil trasladar sus ideas sobre el *common law* al debate constitucional latinoamericano. Antonio Nariño tradujo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y no el *Bill of Rights* inglés de 1689 ni la Declaración de Independencia Americana de 1776 porque el tenor universalista y racionalista de los enunciados de la primera estaba llamado a tener mucho más impacto político y sentido revolucionario que los enunciados en buena parte locales e históricos de los documentos anglosajones.

La selección de los modelos constitucionales y de sus respaldos ideológicos en América hispánica estaba más fundada en las necesidades de legitimación política que en su efectividad instrumental (Ortiz Caballero, 1989); o si se quiere, el problema de la efectividad jurídica de tales modelos estaba supeditado al logro de su efectividad política. Esto no era un simple capricho de los líderes políticos de la emancipación sino algo derivado de la concepción misma del derecho, entendido como fruto del ente abstracto de la soberanía popular, ella misma encarnada o representada en los legisladores y gobernantes. Esto también sucedía en los tiempos de la Colonia como lo muestra Ots Capdequí quien, al referirse a las Leyes de Indias redactadas por moralistas y teólogos más que por juristas, “Se acusa en ellas -dice- sobre todo al abordar el difícil problema del indio, un tono de plausible elevación moral, pero se desconocen al propio tiempo, o se tratan de soslayar, ineludibles imperativos económicos y sociales” (1993:13)³².

cia de una sociedad señorial que se resistía por todos los medios a los esfuerzos de la modernización” (Jaramillo Vélez, 1998:196).

³¹ Tocqueville criticaba esta mistificación de las grandes ideas y este desprecio por los asuntos de gobierno en los siguientes términos “La misma condición de estos escritores les predisponía a abrazar las teorías generales y abstractas en materia de gobierno y a confiar en ellas ciegamente. Viviendo tan alejados de la práctica, ninguna experiencia venía a moderar su natural ardor...” (1998:223). Críticas similares contra el racionalismo político están presentes en Burke (1912), entre otros.

³² Otros autores hacen énfasis en la ineficacia del derecho indiano; ver por ejemplo Ortiz Caballero, 1997.

Solo un derecho flexible, en su interpretación y aplicación, podía mantenerse formalmente en pie no obstante su distancia frente a la realidad social³³.

La brecha entre el derecho escrito y la realidad no parece pues ser una disfunción o una falla de estos modelos sino su elemento característico en la medida en que, por un lado, la producción del derecho obedece ante todo a propósitos de legitimación política y, por otro, su carácter racional y universalista necesariamente está llamado a diferir de una realidad social marcada por la heterogeneidad e hibridez cultural, económica y social.

Para terminar digamos que el pluralismo jurídico, el autoritarismo y la ineficacia deben ser entendidos como fenómenos relacionados y muchas veces interdependientes. Así por ejemplo, ni el autoritarismo católico de la colonia ni el autoritarismo ilustrado de las repúblicas fueron prácticas institucionales de dominación social uniformes y homogéneas, sino más bien actitudes que se presentaban de manera más o menos dispar según las regiones y los momentos³⁴. En ambos periodos dichas actitudes se vieron atenuadas o contrarrestadas por el padrinazgo y las clientelas locales³⁵. En síntesis, así como el autoritarismo sirvió de filtro a los contenidos revolucionarios y constitucionales que garantizaban una sociedad fundada en los derechos de igualdad y en la ciudadanía, de tal manera que dichas constituciones nunca lograron permear la realidad social³⁶, de manera similar

Sobre la ineficacia del derecho republicano en el siglo XIX ver el testimonio de Ignacio de Herrera, autor de la época, quien sostiene que la desobediencia del derecho fue una costumbre general en la Nueva Granada, las leyes eran promulgadas, pero de diversa manera eran desobedecidas, como se presentaba con las leyes del Código Municipal que prohibían a los virreyes y arzobispos traer familiares de España. Ley que generalmente se desobedeció, ya que los virreyes viajaban siempre acompañados de familias enteras (Herrera, 1810: 59).

³³ En Indias el problema de la flexibilidad no se discutió, los mandamientos legislativos de toda autoridad requerían, en principio, la confirmación regia pero esto se conciliaba con una gran amplitud del derecho a legislar y aun en el derecho a ejecutar lo mandado. Las exigencias positivas no tenían cumplimiento riguroso. Solamente aparecían a veces los límites negativos: que las ordenanzas no fueran incompatibles con las leyes metropolitanas. Pero, dentro de este marco, el Consejo de Indias jamás ejerció plenamente el poder de control y confirmación de las leyes aplicables en ámbitos locales, siguiendo en esto una política de "saludable negligencia" (Góngora:1951:298).

³⁴ La compleja estructura de Indias –afirma Levene– hizo imposible el gobierno absoluto, ninguna autoridad detentaba todo el poder y este se desprendía de la fuente nominal del rey, en la que cada una de sus autoridades defendía celosamente sus propias prerrogativas (Levene, 1956:47).

³⁵ Un amplio estudio de la cultura colonial, y la forma como eran preferidos los nexos sociales y el clientelismo al ejercicio del derecho se encuentra en Margarita Garrido. Según esta autora, "varios historiadores modernos han señalado que los linajes funcionaban como estructuras de poder. Sus miembros unidos por intrincados parentescos se comportaban como unidad de cara a lo externo a ellos y esto es perceptible sobre todo frente a la agresión. Las disparidades y conflictos internos se ocultan en el intercambio simbólico que se da en el reparto de papeles sociales" (Garrido, 1993:31).

³⁶ Ejemplos en este sentido se pueden encontrar en Gerardo Molina. "El régimen colonial –sostiene Molina– fue un mecanismo feroz de creación de desigualdades, caracterizado por tres aristocracias.

las prácticas clientelistas y de padrinazgo sirvieron de colchón contra el ímpetu autoritario-católico de la administración pública. Si la cultura autoritaria fue un freno contra los propósitos liberales de las nacientes repúblicas, el clientelismo, el padrinazgo y la rebeldía individualista fue un remedio contra el rigor de la cultura autoritaria. Finalmente, todos estos filtros y colchones operaron de manera diferente en cada localidad y región lo cual fomentó grandemente el pluralismo jurídico, la prevalencia de los fueros y sobre todo la flexibilidad del derecho al momento de su aplicación (Góngora, 1951: 227).

La unión entre ley y derechos en la tradición francesa

Fundados en el espíritu de la Revolución Francesa los próceres de la independencia extractaron ahora la justificación del despotismo ilustrado, ahora el llamado a la sublevación popular permanente, o al radicalismo democrático. En ambos casos el mito de la ley y de su unión inescindible a las mayorías políticas jugó un papel fundamental en la retórica institucional de los gobiernos. El derecho y la ley pasaron a ser la misma cosa en la mente de los pobladores; obligaciones legales, derechos, leyes y gobiernos, todo hacía parte del mismo esquema de dominación social y política. Aún hoy en día los campesinos latinoamericanos "confunden" todos estos términos en una especie de interpretación crítica popular de la manera como funciona el Estado.

En las revoluciones inglesa y norteamericana, en cambio, la idea de los derechos individuales como límites del poder político y de la dominación fue algo esencial. Las comunidades puritanas de Nueva Inglaterra articularon sus luchas de independencia con fundamento en las ideas contractualistas de Locke a partir de las cuales los derechos del ciudadano –no la voluntad general– eran el fundamento de todo el andamiaje jurídico libertario. No sólo los derechos y la ley eran dos cosas claramente diferentes sino que se puede decir que la revolución misma de 1776 se hizo contra la idea de que las obligaciones ciudadanas y particularmente los impuestos pudieran tener alguna autonomía por fuera de los derechos.

En América Latina, la confusión estatista entre derecho y ley comienza con el lenguaje. En efecto, la lengua castellana –así como la francesa– utilizan la palabra *derecho* para referirse a tres cosas diferentes: al sistema de normas u ordenamiento jurídico, a los derechos de las personas y, por último, en ciertos eventos, a los impuestos conocidos como aranceles³⁷. En

La de la raza, la clerical y la construida por la propiedad territorial. La revolución iniciada en 1810 no pudo destruir esa triple manifestación de poderío y de ahí que continuara el conflicto entre el noble o el que se titula el representante de Dios y el dueño del suelo, de un lado, y del otro, una vasta legión de los excluidos. Esa confrontación continúa en nuestros días y ha sido uno de los factores que ha dificultado la consolidación de la unidad nacional y el funcionamiento efectivo del Estado" (Molina, 1994:21).

³⁷ En el pasado se hablaba por ejemplo del pago "derecho de alcabala".

lengua inglesa, en cambio, la palabra *right* sólo expresa la facultad de una persona de obtener ciertas prerrogativas. Durante la gesta de independencia las urgencias políticas ligadas a la necesidad de articular un discurso nacional que abarcara todas las diferencias sociales existentes afectaron dicha polisemia de tal manera que las ideas de derecho y ciudadanía dieron lugar a un desplazamiento del sentido de estos conceptos en beneficio de los referentes institucionales e ideológicos que venían de la Revolución Francesa y en detrimento de su connotación individualista y anti-poder que venían de las revoluciones estadounidense e inglesa.

Pero la confusión entre derecho y ley en la tradición creada por la Revolución Francesa es mucho más que un asunto semántico. Eso se aprecia en la redacción del artículo cuarto de la Constitución de 1793 en donde se dice que “la ley es la expresión libre y solemne de la voluntad general [...] ella sólo puede ordenar lo que es justo y útil a la sociedad y sólo puede prohibir lo que es perjudicial”³⁸. El concepto de ley en esta norma puede tener dos lecturas posibles; la primera es una lectura normativa a partir de la cual se entiende que la ley debe hacer lo que allí se expresa; dada la eventualidad de que la ley prohíba o permita lo perjudicial habría, o bien un derecho de rebeldía o bien un mecanismo de control del poder legislativo. Sin embargo, esta lectura no parece haber sido la que finalmente se impuso; la interpretación que resultó airosa en los debates constitucionales de 1790-1793 parece haber sido una de tipo fáctico o descriptivo según la cual la ley, siendo la expresión libre y solemne de la voluntad general, nunca se equivoca y en consecuencia ella no es otra cosa que la justicia y el bien en esencia³⁹.

Dicho en otros términos, la unidad conceptual inescindible entre ley y legitimidad creó, por la fuerza de los hechos, una cultura jurídica contraria a la lograda en Inglaterra o Estados Unidos, esto es, la convicción ciudadana de que dicha unidad enmascaraba el verdadero corazón de la dominación. Aquí está quizás buena parte de la explicación de la relación problemática que las izquierdas del continente han mantenido con la democracia representativa y con el derecho. La necesidad política de crear un discurso de oposición frente a gobiernos que reivindican el discurso democrático y el Estado de derecho, les ha conducido a un tipo de lucha política que reivindica valores contrarios a estos postulados⁴⁰.

³⁸ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 recogía parcialmente estas ideas en los artículos 5 y 6.

³⁹ Sobre los debates constitucionales que dieron lugar a esta interpretación ver, Blanco Valdés (1998: 229 y ss).

⁴⁰ El caso más impresionante es el de Colombia en donde durante décadas ha habido un sistema formalmente democrático pero en la práctica atenuado o desvirtuado por la existencia de un estado de excepción casi permanente. Esta situación institucional híbrida entre constitucionalismo (democracia formal) y régimen autoritario (estado de excepción) creó una tendencia en las oposiciones tanto de derecha como de izquierda de lucha política a espaldas del sistema legal. Mientras la izquierda ha caricaturizado este régimen híbrido como un régimen militar puro y simple, y por esa vía justificaba

En el caso de Brasil, Roberto da Matta ha ilustrado algunas de estas ideas a través de la politización que el concepto de ciudadanía tuvo en las revoluciones de América del sur en contraste con la revolución norteamericana. Por la primera década del siglo XIX, cuando el movimiento de independencia contra España y Portugal empezó a dar sus frutos en toda América Latina, la noción de “ciudadano” traía connotaciones revolucionarias de libertad y emancipación social (Melo, 1992: 90). Un proceso similar había ocurrido en Estado Unidos tres décadas antes; sin embargo, mientras aquí se consideraba que la ciudadanía estaba asociada con la defensa de derechos, particularmente con los civiles, en América Latina la ciudadanía tenía, o bien un significado político abstracto⁴¹ diseñado para crear una identidad legal artificial necesitada para conducir la revolución, o bien un significado legal muy concreto atado a la imposición de contribuciones, alistamiento, u otro tipo de deberes legales (Da Matta, 1987)⁴². En consecuencia, la ley significó sumisión más que el poder de derechos. El *status* y las conexiones sociales fueron –y son– una fuente más importante de poder y protección que el derecho⁴³. Así, la conciencia legal estuvo caracterizada por la conducta estratégica de los ciudadanos en relación con los comandos legales, más que en la reivindicación ética de los derechos.

En contraste con la tradición del *Rule of Law*, según la cual la democracia presupone libertad y constitución, en América Latina las elites

el uso de las armas, la derecha hace lo propio a través de una caricatura que representa al régimen como una democracia idealista y por lo tanto ingobernable (García Villegas, 2001).

⁴¹ Quizá no sobra advertir que el concepto de ciudadanía en Rousseau está más asociado con los derechos políticos que con los derechos civiles, en contraste con Locke, para quien estos últimos son los derechos esenciales del pacto social. Locke tuvo una influencia fundamental en los debates constitucionales de la revolución norteamericana, mientras que las jóvenes repúblicas latinoamericanas recibieron una fuerte influencia de Rousseau.

⁴² Además de estos usos políticos, la ciudadanía era drásticamente restringida a los pudientes: “...el que posee y reside puede llamarse ciudadano –dice un texto aparecido en el *Semanario de Caracas*, 23 y 30 de diciembre de 1810 (citado en Izard, 1990: 21)– y en los ciudadanos solamente reside la Soberanía de aquella, porque son los que se interesan en su existencia, orden y prosperidad. Los no-propietarios limitadamente tienen un derecho a ser protegidos por el Estado en razón de su obediencia a las leyes, y de su buena conducta, y a una esperanza a participar en la soberanía, cuando ayudados de su trabajo y de la fortuna se coloquen en la clase de los propietarios [...]. Pretender que todos los habitantes tengan indistintamente igual influjo político en una nación es romper los resortes de la emulación y dar motivo a que el honrado y pacífico poseedor viva continuamente amenazado de los insultos y violencias del codicioso y vagamundo, del ocioso atrevido y del malvado tunante”.

⁴³ De acuerdo con Nino (1989: 133) basado en Lipset (1986) un componente cultural importante en América Latina consiste en la resistencia de las personas a internalizar principios universales, basados en la competencia, en lugar de las conexiones y el estatus social. Véase también Garrido, 1993. Al respecto es ilustrativo lo dicho por Ignacio de Herrera en pleno siglo XIX: “Tampoco conviene que los togados de yndias y acesores (sic) de los virreynatos permanezcan mucho tiempo en las plazas, una triste experiencia nos ha hecho palpar que a poco se hallaban llenos de conexiones y amistades que les sirven de tropiezo a la recta administración de justicia”.

políticas invirtieron este postulado a la manera francesa: la libertad presupone soberanía y voluntad popular, lo cual se manifestaba en el acto constituyente y en el derecho⁴⁴. Bajo este presupuesto, la definición del derecho, su administración y su interpretación fueron un asunto institucional del cual el ciudadano común estuvo totalmente excluido. Los discursos legales eran vistos como pertenecientes al ámbito del poder estatal y, en consecuencia, eran objeto de la misma desconfianza con la que se miraba al Estado, al gobierno y sus componentes. No obstante, dada la situación de caos político, el discurso legal seguía evocando símbolos de esperanza y cambio social. Esto explica que la idea de ciudadanía haya logrado articular cierta identidad nacional (Melo, 1992).

El derecho como estrategia

En tiempos de la colonia la iglesia lograba impartir una visión del mundo que tenía por efecto imponer una relativa estabilización de las expectativas sociales y sobre todo de los límites éticos del comportamiento en sociedad. Con la República, los líderes de la emancipación, sin querer renunciar a los beneficios del control ético logrado por la iglesia católica, intentaron fundar una nueva justificación ética del comportamiento en sociedad a partir del discurso *iusnaturalista* de la ciudadanía y de los derechos. Esta bifurcación del fundamento ético de la ciudadanía dio lugar a innumerables conflictos entre liberales radicales y conservadores nostálgicos del orden español y católico, conflictos estos que con frecuencia conducían a la guerra civil. Quizás el desprecio popular por las disputas políticas, jurídicas y militares en torno a este fundamento, prolongadas durante buena parte del siglo XIX, hayan fomentado una actitud individual de desinterés y menosprecio por la ciudadanía, concebida como ética social, y ello debido a que dicha controversia era con frecuencia vista como una simple disputa entre élites en disputa por el poder. En esta actitud puede haber alimentado la actitud de rebeldía frente al derecho a la que se hizo alusión al inicio de este apartado y cuya expresión más extrema es el caudillismo del siglo XIX (Lynch, 1983)⁴⁵.

Esta actitud ha ido configurando una especie de individualismo sin ciudadanía⁴⁶ o de individualismo pre-moderno que se manifiesta en un

⁴⁴ “En vista de la multiplicidad difusa del concepto de democracia –dice Martín Kriele– es ciertamente cuestión de estipulación definitoria afirmar, como lo haremos, que la *democracia presupone libertad y, por tanto, el Estado constitucional*” Kriele (1980: 326).

⁴⁵ Lynch sostiene que la estructura del caudillismo creó una cultura vertical del poder en donde la jerarquía militar generaba más obediencia que el derecho. Rescata en su obra una cita de un cónsul británico en Maracaibo, según la cual “los militares mantenían su adhesión y obediencia a sus jefes más que a la constitución y al congreso” (Lynch, 1983:173).

⁴⁶ Dunkan Kennedy explica cómo el individualismo es diferente del puro egoísmo. El individualismo está asociado con la idea de autonomía y ésta tiene un fuerte contenido moral que consiste en la exigencia del respeto por el derecho de los otros (2002:166).

tipo de cumplimiento del derecho que prevalece en la región, y que está estrechamente ligado a las posibilidades de que la sanción se haga efectiva. Buena parte de las personas cumplen sólo en aquellos casos en los cuales se ven obligados a evitar las consecuencias perjudiciales de la sanción⁴⁷. En el resto de los casos incumplen y ello sucede con frecuencia dada la deficiente capacidad del Estado para imponer sanciones. Este tipo de cumplimiento no tiene ningún contenido cívico, ni menos aún ético: al derecho es el fruto de un cálculo estratégico entre actos y consecuencias; es una aventura, un juego que más que una práctica lúdica es una manera de vivir la vida asumiendo riesgos y de enfrentar a quienes gobiernan la vida en sociedad. Esta actitud se aprende desde la niñez, en la escuela o en la familias; allí se desarrolla aquello que en algunos países de la región se conoce como «la malicia indígena» y que hoy es practicada por gentes de todas las razas, clases sociales y culturas.

La visión estratégica frente al derecho ha devaluado la idea de los derechos no sólo desde el punto de vista del Estado –por eso las frecuentes violaciones a los derechos humanos– sino también desde el punto de vista social y político. Una manifestación de esta devaluación es la relativa falta de interés por la lucha política en beneficio de los derechos –sin hablar de la lucha política en beneficio de la democracia representativa, del constitucionalismo, del estado de derecho, etc. –entre los movimientos sociales progresistas y de izquierda en América Latina. Aquí la influencia marxista sigue siendo grande en la medida en que se piensa que del derecho nada bueno puede surgir, ni si quiera cuando se lucha jurídicamente por su reivindicación⁴⁸.

Para finalizar quisiera señalar que Colombia es quizás el país en el que con mayor crudeza se presenta este tipo de actitud estratégica frente al derecho. La violencia social e institucional y la patrimonialización del sistema político han erosionado la capacidad reguladora del Estado y, por esa vía, inculcado la consigna según la cual, en una sociedad que no funciona, el derecho fundamental es el derecho a la defensa personal y a la protección del patrimonio, sin importar los medios por los cuales ello se logre. En una sociedad en donde el Estado no logra garantizar la seguridad de los individuos hay una inclinación muy fuerte a justificar las excepciones al derecho no sólo por parte del Estado sino también de los individuos mismos. El ejemplo más descarnado de esta actitud se encuentra en los

⁴⁷ En su obra clásica *El concepto de derecho* H.L. Hart distingue dos puntos de vista frente al derecho: el punto de vista externo, que está representado por aquellas personas que cumplen las normas del derecho sólo para evitar que los sancionen y el punto de vista interno que es el propio de aquellas personas que cumplen el derecho sin evaluar las posibilidades de que la sanción ocurra, esto es, cumplen porque creen que deben cumplir y lo hacen incluso cuando tienen la certeza de que no serán sancionados si incumplen (1977:110).

⁴⁸ Este debate sobre los derechos ha tenido una enorme importancia en la izquierda norteamericana; al respecto ver García Villegas, 2001.

narcotraficantes. Ellos ha inculcado una manera de vivir la vida como aventura, en una tierra sin más leyes que las impuestas por el negocio ilegal y por ellos mismos. Esta cultura del riesgo y de la aventura se ha transmitido de manera dramática a una parte de la juventud de los barrios marginados de algunas grandes ciudades colombianas quienes encuentran en la búsqueda de dinero ilegal una razón de ser de sus vidas, muy efímeras por cierto.

La eficacia social del derecho en la América Latina actual

Las tres características de las prácticas jurídicas que han sido estudiadas no han podido ser erradicadas, y hoy en día continúan latentes en los países de América Latina sin bien con manifestaciones y consecuencias diferentes. En esta segunda parte se abordará el tema del autoritarismo y de la ineficacia para luego, en un segundo apartado, tratar el tema del pluralismo jurídico.

Debilidad política, ineficacia y autoritarismo jurídico

Los países latinoamericanos no han logrado superar la heterogeneidad social que caracterizaba las sociedades coloniales de principios del siglo XIX al momento de la independencia. La coexistencia de espacios estructurales de poder modernos y premodernos –según la terminología propuesta por Santos (1995: 417)–, la hibridez cultural y la jerarquización económica son algunos de los elementos que dificultan la consolidación de un contrato social, de un Estado y por supuesto de la regularización del derecho oficial. Pero vamos por partes en el análisis de estos elementos. Para ello me apoyo en las explicaciones dadas por Boaventura de Sousa Santos.

En los países centrales o desarrollados, la autonomía del Estado es un resultado de necesidades e intereses originados en el espacio de la producción, tal como lo explica Boaventura de Sousa Santos (1998:154)⁴⁹. En la semiperiferia, en cambio –continúa Santos– la formación del espacio de la ciudadanía precedió a la organización social y de manera específica a la organización de la producción y mantuvo siempre una gran autonomía respecto de aquel espacio de poder. De otro lado, el espacio de la produc-

⁴⁹ En Europa –según Santos (1998:154)– la industrialización precedió al régimen político parlamentario y éste obedeció a los intereses generales de expansión del capitalismo. La pujanza del espacio de la producción también fue propiciada por la transformación del espacio doméstico –de la familia– en función de las exigencias de reproducción de la fuerza de trabajo asalariada. De esta manera se creó un cierto isomorfismo entre el espacio de la producción, el espacio doméstico y el espacio de la ciudadanía, sin que el espacio mundial, en los inicios de la industrialización europea, constituyera un factor negativo para el desarrollo de estos poderes. Ese isomorfismo –continúa Santos– se convirtió en la base social de la llamada racionalidad formal del Estado y permitió, por ejemplo, que las tres formas del poder –el patriarcado, la explotación y la dominación– pudieran funcionar de manera autónoma y diferenciada (ídem).

ción tuvo mucha heterogeneidad interna, representada en la coexistencia de modos capitalistas y pre-capitalistas de producción, en la desarticulación entre los sectores de la economía, en los grandes desequilibrios de productividad intersectorial e intrasectorial, etc.⁵⁰ En estas circunstancias, el Estado semiperiférico posee una aparente fortaleza jurídica y a veces militar que contrasta con su real debilidad política o hegemónica. Los factores que hacen posible su centralidad –explica Santos (1998: 156)– son también aquellos que causan su ineficacia. La heterogeneidad interna de los espacios doméstico y de la producción crea autonomías relativas en cada uno de estos espacios que tienen por efecto el bloqueo, la subversión, la transformación o la apropiación de la actuación del Estado (ídem). La primacía de lo político –espacio de la ciudadanía– coexiste, de este modo, con su dependencia en relación con otros espacios y, en estas circunstancias, la forma de poder del Estado, esto es, la dominación, se ejerce, en la práctica en complejas combinaciones con otras formas de poder características de otros espacios estructurales, todo lo cual confiere un gran particularismo a la actuación del Estado (clientelismo, nepotismo, corrupción, etc.) (ídem). Los Estados en América Latina carecen de la hegemonía política necesaria para obviar el recurso a medidas autoritarias. Los sistemas políticos difícilmente sirven de conectores entre intereses sociales e instituciones políticas lo cual convierte el debate político en una confrontación desarraigada socialmente y a los grandes intereses económicos en agentes directos y determinantes del funcionamiento estatal.

Ahora bien, el déficit de maniobra política de los gobiernos propicia dos prácticas jurídicas interrelacionadas y ampliamente utilizadas en América Latina (Santos y García Villegas, 2001: Cap. 1). La primera de ellas consiste en el uso simbólico de los discursos legales⁵¹ y la segunda en la

⁵⁰ El espacio doméstico –agrega Santos (1998:155)– estuvo afectado por una heterogeneidad similar, lo cual le proporcionó una relativa autonomía en relación con el espacio de la producción y también con el espacio de la ciudadanía. De aquí resultaron tres consecuencias: 1) la falta de autonomía e inestabilidad crónica y de los espacios estructurales de poder, 2) la necesidad de un vínculo autoritario –representado en el Estado– para compensar la falta de isomorfismo y 3) el déficit de hegemonía del Estado y delimitación difusa entre el Estado y los demás espacios de poder.

⁵¹ El uso simbólico se contrapone al uso instrumental. Mientras el primero se orienta hacia la consecución de fines específicos a través de ciertos medios, el segundo se orienta hacia la producción de representaciones en contextos en los cuales predomina la interpretación. Para una distinción de estos dos conceptos ver Gusfield (1963:21). En la sociología del derecho esta distinción ha sido usada de diferentes maneras: 1) para enfatizar la diferencia entre *law-in-books* y *law-in-action*; al respecto ver Pressmann y Wildavsky (1973); Charboneau y Padoleau (1980:49-75); Dellay y Mader (1981:385-397); 2) para enfatizar el carácter constitutivo de las prácticas jurídicas; los recientes y dominantes estudios reunidos bajo el rótulo de Conciencia legal (*Legal Consciousness*) en Estados Unidos son de este tipo; al respecto ver Ewick and Silbey (1998); Sarat (1990); Merry (1990); para una crítica a esta perspectiva ver McCann and March (1995); y 3) para denunciar el carácter manipulador y regresivo de las reformas legales progresistas; el movimiento llamado *Critical Legal Studies* es rico en esta perspectiva; ver por ejemplo Mark Tushnet (1984:1392-93); Robert Gordon (1998).

introducción de excepciones constitucionales. Ambos fenómenos tienen un sentido institucional contrapuesto y parecen reflejar la despreocupación institucional por la eficacia jurídica instrumental, en el primer caso, y el autoritarismo jurídico, en el segundo. Veamos ambos en más detalle.

Mientras más limitado es el margen de maniobra política de los gobiernos latinoamericanos, mientras menos operante es la democracia representativa, más necesidad tienen los gobiernos de recurrir al derecho para responder a las demandas sociales⁵². En estas circunstancias de precariedad hegemónica y de ausencia de partidos políticos con arraigo social, la producción de derecho pasa a ser un sustituto del sistema político al instaurar una cierta comunicación entre el Estado y sus asociados. Dicho en otros términos, el sistema jurídico se convierte más en un mecanismo destinado a la legitimación de las políticas públicas que en un instrumento de implementación instrumental de dichas políticas. En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o simplemente atenuar los efectos perversos de su incapacidad política⁵³. El déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, se intenta compensar parcialmente con el aumento de la comunicación a través de la producción de discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación.

El precario arraigo social del sistema político⁵⁴ y su consecuente incapacidad para movilizar a la población en torno a políticas de Estado, dificulta el tratamiento político de los conflictos sociales a través de los canales convencionales de representación política. Tales conflictos o problemas son entonces reconstruidos y rediseñados a través de reformas jurídicas, de tal manera que su tratamiento institucional resulte políticamente viable. Esta construcción opera como un abandono del problema social como

⁵² Este fenómeno ha sido estudiado en otros ámbitos. Según Pierre Bourdieu (1987:96) "mientras más peligrosa es una situación, en mayor medida las prácticas tienden a estar codificadas [...]; a mayor probabilidad de la ocurrencia de violencia mayor será la necesidad de introducir formas, y en mayor medida la libertad dejada a la improvisación del *habitus* deberá ceder frente a la conducta reglada a través de un ritual metódicamente instituido, esto es codificado". Sobre la importancia del uso del derecho en la vida institucional colombiana ver Francisco Gutiérrez (1998: 218) y Deas (1997).

⁵³ Para una idea sobre la construcción simbólica de problemas sociales ver Murray Edelman, 1964, 1971. Más recientemente, en teoría de las organizaciones se ha mostrado cómo las instituciones responden a los problemas sociales de tal manera que el propósito de legitimación y comunicación resulta predominando sobre la realización de los objetivos propuestos; al respecto ver Crozier y Friedberg (1977) y especialmente los autores del llamado "Nuevo Institucionalismo", DiMaggio y Powell (1991:8, 12); Meyer y Rowan (1991).

⁵⁴ Esta centralidad de lo político sin arraigo social, de lo *político puro* –para utilizar la expresión de Daniel Pécaut– se traduce en una gran volatilidad discursiva de lenguaje político, de tal manera que el sentido original de los intereses mencionados queda olvidado en la intrincada maraña de divergencias discursivas.

tal, por medio de saltos de escala discursivos (Santos, 1995). Dos saltos de escala pueden ser diferenciados: el primero consiste en una retirada hacia terrenos discursivos sumamente generales en los cuales la naturaleza misma del contrato social es debatida. El segundo, consiste en una retirada hacia terrenos técnicos particulares, generalmente ligados a la administración pública o a la política criminal. Ambos saltos reconstituyen los elementos esenciales del asunto social en cuestión; el primero se presenta como una reforma jurídica bajo la fórmula de una asamblea nacional constituyente en la cual se debaten las directrices políticas de un nuevo pacto social. La segunda, en cambio se presenta como una reforma técnica de las políticas públicas. Ideología y técnica son entonces los dos espacios de recomposición de la crisis de legitimidad y seguridad; allí el Estado recobra capacidad de maniobra para participar, proponer soluciones y presentar resultados. En ambos casos el sistema legal es el llamado a dar dicho tratamiento así como a determinar la dinámica y el contenido de la discusión. En estas condiciones, la eficacia instrumental que se logra con las reformas es mínima; en el primer caso debido a que la discusión es tan general, tan inclusiva, que elude las verdaderas razones del conflicto, y en el segundo, debido a que la reforma es tan puntual, tan dispersa y atomizada que su evaluación y discusión se limita a ciertos grupos de expertos, muchos de los cuales trabajan para el gobierno⁵⁵.

En síntesis, la práctica del reformismo jurídico en América Latina obedece, por lo menos en parte, al hecho ya mencionado de que el sistema jurídico se sobrecarga con tareas que podrían ser resueltas a través del sistema político. Este hecho hace que algunas reformas estén orientadas ante todo a legitimar la acción del Estado en áreas sociales en las cuales la intervención del Estado es solicitada con apremio, de tal manera que el objetivo instrumental queda relegado en beneficio de los objetivos simbólicos o de comunicación. Dos advertencias adicionales; en primer lugar, no todas las reformas obedecen a estas necesidades, ni siempre que ello sucede

⁵⁵ Dado el fracaso instrumental de buena parte de estas reformas, ¿cómo es posible que el énfasis en el efecto simbólico del derecho pueda ser mantenido y aprovechado institucionalmente? ¿cuál es el límite de este juego político? Por lo menos tres presupuestos condicionan y explican el éxito, al menos temporal, de esta práctica: en primer lugar las crecientes dificultades de la opinión pública para evaluar el resultado instrumental de las reformas en contextos caracterizados por la anomia, la dispersión y, sobre todo, el corto plazo dominante en la dinámica institucional (M. Edelman, 1964:79; Pfeffer, 1981:130); en segundo lugar, la crisis de las expectativas y los valores sociales, la cual opera en contra de una estabilización de las preferencias y, por lo tanto, mengua el espíritu crítico de la opinión pública (Pfeffer, 1981:28) y, en tercer lugar, la visión del Estado como un mal menor en medio de un crecimiento abrumador de las sociabilidades fascistas. Dos aclaraciones adicionales: primero, el uso simbólico del derecho suele ser efectivo en la medida en que al menos un mínimo grado de eficacia instrumental se logre (Edelman, 1971; Bourdieu, 1986:14) y segundo, eventualmente esta práctica puede tener un efecto emancipatorio en movimientos sociales que se apropian de los contenidos legales para incrementar su movilización (King, 1974; Pfeffer, 1981:37; Edelman, 1964; Peters, 1978).

la reforma está condenada a la ineficacia instrumental, ni mucho menos siempre que una reforma fracasa ello se debe a que fue expedida con propósitos ante todo de legitimación y no de eficacia instrumental. En segundo lugar, la eficacia simbólica del derecho no excluye la producción jurídica de efectos materiales; simplemente excluye la ausencia de aquellos efectos materiales que están implícitos en las normas penales y que son la razón de ser de la norma. La dimensión simbólica radica en el hecho de que la reforma es producida, primeramente, con el objeto de establecer una comunicación legitimadora entre instituciones y ciudadanos, más que para satisfacer sus objetivos instrumentales establecidos. No se excluye pues el hecho de que otros objetivos no declarados –algunos de ellos quizás ilegales– puedan ser alcanzados.

El reformismo con propósitos de legitimación simbólica necesita ser contrarrestado con otra práctica institucional que responda al exceso retórico y al progresismo propios de la legitimación simbólica. Esta práctica consiste en la introducción de excepciones. La inflación jurídica de normas, buena parte de ellas demasiado progresistas y generosas para estar respaldadas por una voluntad gubernamental de llevarlas a la práctica, crearía un caos normativo si no se introdujeran excepciones. Esto es especialmente claro en el ámbito del derecho constitucional. En el siglo XIX la democracia era un valor político incuestionado pero su ejercicio sólo estaba permitido a unos pocos debido a las restricciones económicas y culturales que tenía el derecho al voto. Pero este ejemplo no es exclusivo de América Latina; en casi todas las llamadas repúblicas del siglo XIX –empezando por la de Estados Unidos– el voto era un derecho de las elites. La especificidad latinoamericana consiste en la abundancia de este tipo de prácticas políticas destinadas a atenuar el alcance de los derechos a través de la excepción jurídica. La mayor parte del tiempo esto se ha hecho a través de la declaratoria de estados de excepción constitucional⁵⁶. Las ideas antidemocráticas en América Latina no sólo han tenido expresión en los regímenes militares; las llamadas democracias formales también han sido voceras de estas ideas y las han puesto en marcha a través de los estados de excepción. Buena parte de los países del subcontinente se han debatido entre los regímenes militares y las democracias de constituciones restringidas por normas de excepción.

Los funcionarios de los Estados latinoamericanos, y de manera especial aquellos que tienen a su cargo la tarea de mantener el orden público, con frecuencia perciben el derecho como una herramienta adicional de la guerra y no como un límite inherente a las acciones bélicas emprendidas por el Estado (Ost y Van de Kerchove, 1987)⁵⁷. En América Latina es fre-

⁵⁶ Una explicación detallada de la manera como han operado los estados de excepción en América Latina puede verse en Loveman (1993).

⁵⁷ Sobre la importancia de esta actitud institucional en América Latina ver, Nino (1992); Garzón Valdez

cuenta que los funcionarios mediaticen el derecho en beneficio de fines políticos, esto es, sólo lo cumplan en ciertas circunstancias, cuando consideran que las condiciones fácticas lo permiten (Thoumi, 1995:172; Gutiérrez, 1998:188). Pero esta concepción instrumental del derecho no sólo es frecuente en el ámbito institucional, también lo es entre los ciudadanos. La justificación de la excepción es algo corriente en casi todos los ámbitos de la vida nacional, desde la manera de conducir vehículos en las grandes ciudades latinoamericanas hasta la conformación de grupos armados en Colombia, Perú o El Salvador, pasando por el pago de impuestos, los negocios, la vida familiar y el deporte. La actitud ciudadana de desobediencia, desconfianza o simplemente negligencia frente al cumplimiento de las normas del derecho oficial, propia de la época colonial no ha podido ser desterrada a pesar de casi doscientos años de vida republicana. En este sentido, no se ha logrado consolidar una característica importante de la modernidad jurídica que consiste en incorporar una cultura de defensa y protección de los derechos ciudadanos como parte esencial del concepto de ciudadanía.

En síntesis, si las anteriores explicaciones corresponden a la realidad del derecho en América Latina –habrá que hacer, desde luego, más investigación sociojurídica comparada para comprobar estas hipótesis–, los problemas funcionales del derecho actual en Latinoamérica son similares a los que existían a principios del siglo XIX cuando se produjo la independencia de España. La cultura jurídica latinoamericana, tanto institucional como ciudadana, poseería hoy en día –al igual que hace casi dos siglos– una tendencia a escindir el derecho entre un conjunto de principios muy generales y abstractos receptores de los postulados de justicia y seguridad básicos y un conjunto de reglas concretas de regulación de la vida cotidiana. Un ejemplo de ello es la ruptura que en tiempos de la Colonia se presentaba entre el discurso grandilocuente de los virreyes, muy cercano al humanismo, y el discurso autoritario y puntual de los oidores de la Real Audiencia (Ots Capdequí, 1993: 49). Esta disociación entre derecho general emancipatorio e ineficaz y derecho particular autoritario estaría en la base de la actitud ambivalente frente al derecho que persiste en América Latina. Aquí estarían pues dos elementos que parecen esenciales en la cultura jurídica latinoamericana: autoritarismo e ineficacia del derecho. Ahora bien, estos elementos están igualmente ligados a un tercer hecho: el fenómeno del pluralismo jurídico, el cual explicaré enseguida.

El pluralismo jurídico

El fenómeno del pluralismo jurídico puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista o dimensiones que no se excluyen entre sí: uno de ellos hace énfasis en la presencia de diferentes códigos de conducta que derivan del carácter híbrido de una cultura en la cual se mezclan e interactúan

(1993); O'Donnell (1998); Munck y Palermo (1998:167) y Pehlan (1978).

diferentes visiones del mundo; una segunda perspectiva analiza este fenómeno como un hecho social que pone de presente la coexistencia de varios órdenes normativos en un mismo espacio tiempo; finalmente, este fenómeno puede ser apreciado como un hecho derivado de un tipo de aplicación distorsionada del derecho por parte del Estado. Estas tres visiones pueden ser denominadas como cultural, sociológica e institucional respectivamente⁵⁸. De todas ellas pueden encontrarse raíces históricas importantes en lo que Ots Capdequí llama el particularismo propio de las prácticas sociales a que dio lugar la aplicación del derecho indiano en las colonias hispánicas.

Dimensión cultural

Los contextos de hibridez cultural en Latinoamérica (García, 1989) son propicios para la emergencia del pluralismo jurídico. Allí se mezclan diferentes visiones del mundo y diferentes códigos los cuales concurren y en ocasiones compiten. Estos fenómenos han sido estudiados por la antropología legal especialmente cuando ellos tienen lugar en situaciones coloniales⁵⁹. Por este motivo, buena parte de la investigación en este campo no se refiere a América Latina (véase, por ejemplo, Abel, 1982; von Benda-Beckmann, 1988; Galanter, 1981; Hooker, 1975; Moore, 1978; Pospisil, 1971; Snyder, 1981⁶⁰). Casos del sur oriente asiático y de África, en cambio, son generalmente citados en la literatura antro-po-jurídica. En estos casos el gobierno colonial permitió la existencia de un sistema dual, a partir de la idea de que el sistema colonial sería más eficiente si se aceptaba el funcionamiento del sistema legal no oficial o tradicional, siempre y cuando no se pusiera en tela de juicio el régimen colonial. Esto no sucedió en América Latina, en donde si bien el periodo poscolonial fue ciertamente caótico y caracterizado por la incertidumbre legal, en 1580 fue instaurada una política de transformación total de las estructuras existentes. El resultado de esto fue que el derecho español fue el único reconocido como oficial; por tanto, nunca se desarrolló un sistema de pluralismo legal *de jure*. No obstante, los gobiernos coloniales –y luego de la independencia los Estados soberanos– nunca fueron capaces de crear órdenes legales unificados y por tanto fue inevitable una situación de pluralismo jurídico *de facto*. En estas condiciones, multiplicidad de órdenes legales y códigos de conducta emergieron a raíz de las diferencias de clase, de identidad y de región⁶¹.

⁵⁸ Las dos primeras visiones son propias de la sociología jurídica y de la antropología jurídica respectivamente (ver Arnaud, 1988).

⁵⁹ Los fundadores del tema del pluralismo jurídico en antropología son los miembros de la llamada “escuela holandesa (Adat Law School) dirigida por Van Vollenhoven. De otra parte, este tema tuvo importantes desarrollos en los estudios antropológicos de los años sesenta; ver Pospisil (1971); Moore (1978).

⁶⁰ Ejemplos de investigaciones más recientes en pluralismo jurídico pueden verse en: Moore (1978); Nielsen (1998); Wilson (2000).

⁶¹ Según Roberto da Matta, en los países semiperiféricos “many codes of conduct operate simultaneously, not in competition, but complementing each other. Thus, what the one code negates, the other can

América Latina es pues una región de una gran riqueza en materia de pluralismo jurídico debido a la hibridez cultural que caracteriza a la región. El panorama cultural latinoamericano se caracteriza no sólo por imbricaciones e interconexiones entre sistemas de valor, promiscuidad de las herencias, mezcla de identidades, sino también por el contraste entre espacios sociales relativamente homogéneos y espacios sociales en donde prevalece la diversidad y la confusión valorativa. Es por eso que América Latina se parece a un laboratorio de experimentación social en el cual toda situación imaginable puede ser ejemplificada, desde las más modernas hasta las más arcaicas; desde las más contractualizadas hasta las más violentas; desde las más rutinarias hasta las explosivas. Es como si todas las posibilidades de la historia social se hubiesen reunido en un solo espacio. Una gran fluidez de significados y prácticas sociales deriva de esta situación, la cual se reproduce en los discursos sociales y políticos. Conciencias legales, discursos y prácticas legales poseen este carácter abierto, de tal manera que las clásicas dicotomías jurídicas que caracterizan el derecho occidental, tales como legal/ilegal, justo/injusto, resultan problemáticas (Santos, 1995).

Bajo estas circunstancias no es de extrañar que el derecho oficial, más que un sistema normativo entendido en términos modernos, como un sistema independiente y racional (Weber, 1978) deba ser reconceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes actores desde “posiciones discursivas” diversas interactúan en un proceso constructivo⁶². Al respecto la noción de “interlegalidad” desarrollada por Santos (1995: 473) es de especial interés.

En síntesis, la multiplicidad de significados legales en interacción y compertencia no es sino otro aspecto de la existencia de sistemas de valores y sentidos interconectados que caracterizan a las sociedades semiperiféricas y de manera particular a las latinoamericanas (Da Matta, 1987: 326, Santos, 1995, Santos y García Villegas, 2000). Aquí las fronteras entre los sentidos discursivos pierden la claridad que reclama el pensamiento moderno⁶³.

Dimensión sociológica

Ésta es la aproximación clásica del pluralismo jurídico y se refiere a la coexistencia de una pluralidad de sistemas de derecho en el seno de una unidad de análisis (local, nacional o global) determinada (Arnaud, *et al.*, 1988: 301). Según este punto de vista y tanto en el debate clásico (Ro-

facilitate. The result... is a multiplicity of codes and axes of classification which give the system a highly complex and peculiar dynamism” (1987:323).

⁶² Estas posiciones discursivas contienen conocimiento práctico tanto como teórico, a través del cual los individuos experimentan sus posiciones objetivas en la sociedad. Al respecto ver Hall (1996) y Bourdieu (1994).

⁶³ Ver el concepto de “frontera” en Santos (1995a: 569).

mano, 1946; Gurvitch, 1932; Ehrlich, 1913) como en el contemporáneo (Merry, 1981; Santos, 1977; Fitzpatrick, 1983, Hooker, 1975; Henry, 1983), se pone en tela de juicio el postulado dogmático jurídico de la exclusividad y prevalencia del derecho oficial en la sociedad, para mostrar la existencia de otros órdenes jurídicos igualmente determinantes de los comportamientos sociales. Ahora bien, dos enfoques resultan de especial interés en esta aproximación. El primero de ellos relaciona los órdenes jurídicos según el tipo de vinculación que tienen con el derecho oficial, de tal manera que cada caso queda ubicado en un espectro de posibilidades que van desde un extremo dominado por la violencia y la contradicción hasta otro caracterizado por la complementariedad. Colombia, de nuevo, es rica en ejemplos de este tipo, algunos de ellos tan interesantes como trágicos. En cuanto al extremo violento me refiero a la existencia de grupos armados que controlan el territorio, imponen deberes y obligaciones a los habitantes de dicha zona e imparten justicia (Aguilera, 2000; Molano, 2000). En el extremo opuesto se encuentran situaciones en las cuales el Estado reconoce autonomía a ciertas prácticas sociales o comunitarias de tal manera que ellas se desarrollen en armonía con los fines planteados por el derecho oficial. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la jurisdicción de jueces de paz en Perú, en Brasil o en Colombia.

El segundo enfoque mira el fenómeno del pluralismo jurídico según su ubicación en un espacio específico. Mientras hasta hace poco los órdenes jurídicos eran analizados en el espacio nacional –y con frecuencia nacional-colonial– hoy en día las interconexiones entre los niveles local, nacional y global han pasado a jugar un papel esencial en el análisis (Santos, 2000)⁶⁴. Existen dos casos de especial interés en Latinoamérica. El primero es el de la autodeterminación de los pueblos indígenas y de manera particular el de la justicia indígena que cada día cobra más importancia en países como Ecuador, Colombia y México. El segundo caso es el del narcotráfico, en el cual igualmente se vinculan los niveles local, nacional e internacional, aunque de manera bien distinta y con resultados nada provechosos. El narcotráfico no sólo debilita directamente a los Estados latinoamericanos –especialmente México y Colombia– a través del efecto devastador que tienen sobre la eficacia del derecho y de la convivencia pacífica, también lo hace de manera indirecta, a través de la intervención que ejerce Estados Unidos en la política nacional, que por esta vía se convierte en una política casi exclusivamente de orden público y de control social. Nunca antes, ni siquiera en las épocas de la guerra fría, cuando los gobiernos latinoamericanos temían por el avance de las guerrillas apoyadas desde Cuba, la intervención de Estados Unidos había sido tan abierta, directa y determinante

⁶⁴ En su importante contribución al tema del pluralismo jurídico Sally Merry distingue dos periodos: de una parte el colonial y el poscolonial y de otra parte el de las sociedades capitalistas modernas; por su parte Boaventura Santos propone adicionar un tercer y actual periodo caracterizado por la confluencia de ordenamientos nacionales y supranacionales en el espacio-tiempo mundial (Santos, 2000).

como lo ha sido durante la última década en algunos países del subcontinente entre ellos de manera dramática en Colombia⁶⁵.

Dimensión institucional (pluralismo jurídico interno)

No sólo la intervención del Estado en la sociedad es la causa de buena parte de la exclusión y la jerarquización social. Esto también sucede cuando el Estado no interviene. Esta segunda perspectiva es con frecuencia subestimada en la literatura sociopolítica latinoamericana debido a la prevalencia de una concepción “reificada” de la “sociedad civil” como espacio en donde la dominación está excluida. Según esta visión, la responsabilidad recae casi exclusivamente en la intervención directa, para bien o para mal, del Estado o de la elite política que lo soporta. El modelo reformista –desarrollista– y el revolucionario, ambos dominantes en esta literatura, ven en el Estado, bien el Mesías o bien el demonio que determina la suerte de individuos imbuidos en un espacio social externo al Estado.

En todo caso, sea que el Estado intervenga o no, lo hace con frecuencia de manera selectiva y variable⁶⁶. En primer lugar el Estado es selectivo: la explicación de por qué el Estado interviene o deja de intervenir en la sociedad no siempre tiene fundamento en razones jurídicas ligadas a la distinción entre espacios-tiempo sociales en los cuales el interés público o general prevalece y espacios en los cuales domina el interés privado o la libertad. Por el contrario, suelen ser razones técnicas, coyunturales y con frecuencia políticas las que explican esta distribución entre intervención y no intervención, es decir, esta selección de los ámbitos de aplicación. La relación entre normas generales y abstractas y aquellos espacios sociales a los cuales están destinadas tales normas está interrumpida por innumerables obstáculos que bloquean, distorsionan, intensifican u opacan el postulado normativo. Así las cosas, la *raison d'être* de la intervención del Estado

⁶⁵ Según Gabriel Tokatlián (1997:201) la centralidad alcanzada por el tema de las drogas ha producido una internacionalización inestable del país. En tales condiciones, este autor plantea la aceptación de una “soberanía endeble” y la necesidad de producir un “profundo ajuste interno”: “Colombia deberá –dice– aceptar que ya no podrá resolver autónomamente este fenómeno, que una coalición de actores estatales y no gubernamentales del ámbito internacional se comprometerá a facilitar una solución diplomática y material al problema originado por la narcocriminalidad organizada en el país y que la nación se dispondrá a materializar un pacto o contrato real para desnarcotizar la política, la economía y la cultura en Colombia”.

⁶⁶ Uno de los mitos fundadores del Estado moderno es el postulado según el cual cuando el Estado interviene en la sociedad lo hace a través de normas generales y abstractas que luego son aplicadas de manera imparcial en la sociedad (Weber, 1978). El tema de la generalidad y universalidad de la ley ha sido especialmente importante en la tradición jurídica francesa. Ello viene de la revolución y de manera particular de la influencia de Rousseau, quien sostenía que “la ley considera a los súbditos formando un cuerpo y a las acciones como abstractas, nunca a un hombre como individuo ni a una acción en particular”, citado por Chevallier (1981: 158). Mucho se ha escrito contra el postulado de la generalidad de la ley y contra el principio de la igualdad que allí subyace; ver por ejemplo, Terré (1980).

está menos en la relación entre interés público y libertad individual que en la diferenciación selectiva de espacios de protección y espacios de abandono⁶⁷. Así por ejemplo, mientras algunas poblaciones tienen un pleno derecho al acceso a la justicia otros carecen por completo de ella. Dicha intervención selectiva va creando lo que Boaventura Santos llama la diferenciación entre zonas civilizadas y zonas salvajes (Santos, 1995). En segundo lugar, con frecuencia sucede que la intervención o la no intervención del Estado en espacios sociales específicos es llevada a cabo de tal manera que el sentido de la intervención, o de la no intervención, varía según dichos espacios. Las mismas normas son aplicadas con énfasis variables según los espacios sociales en los cuales se aplican (Caldeira, 1996; Holston and Caldeira 1997; García Villegas, 1993). El Estado cambia de papeles según los escenarios; es un Estado *camaleónico*. Los mismos agentes estatales actúan con libretos diferentes según las condiciones. Un mismo reglamento administrativo puede servir para proteger la libertad contractual de una clase social que cuenta con servicios jurídicos adecuados como para agobiar⁶⁸ a otro sector de la población que no puede acceder a los beneficios que establece el derecho debido a que no cuenta con los recursos necesarios para pagar la asesoría jurídica que se requiere para tal efecto⁶⁹. Así pues, protección, abandono, libertad y agobio son cuatro maneras de intervención legal que ponen de presente los fenómenos de imbricación entre lo estatal y lo social, y la inconveniencia de las distinciones tradicionales entre público/privado, sociedad civil/Estado o formal/informal, regulación jurídica/libertad privada.

Un caso especial de intervención estatal social mixta que tiene efectos importantes para la comprensión del fenómeno del pluralismo jurídico consiste en crear reglas dotadas de excepciones de tal manera que la intervención social del Estado permita introducir selectividad y variabilidad en la norma al mismo tiempo. El ejemplo más claro se encuentra en el uso de los estados de excepción en América Latina. La normalización de la excepción constitucional en Colombia, por ejemplo, ha permitido la generalización de prácticas institucionales fronterizas entre el derecho y el no derecho, las cuales se distribuyen de manera selectiva y variable –bien sea para proteger o abandonar o bien sea para liberar o agobiar– entre espacios salvajes y civilizados según las necesidades del momento. Por medio de esta figura jurídica híbrida, el Estado democrático faculta a sus agentes para actuar de manera impune en las zonas salvajes (Santos y García Villegas, 2000). Este tipo de prácticas están determinadas por su fuerza centrífuga hacia la zona salvaje de la guerra sucia. Un ejemplo claro de esta tendencia se encuentra en la

⁶⁷ Esta intervención selectiva ha sido particularmente estudiada en ámbitos urbanos en América Latina (Caldeira, 1996; García Villegas, 1993).

⁶⁸ O'Donnell ha mostrado cómo en América Latina la aplicación estricta del derecho frente a los débiles puede resultar en un eficiente medio de opresión (1998: 8).

⁶⁹ Esta situación ha sido descrita por Boaventura de Sousa Santos como una diferencia entre dos tipos de sociedad civil: una íntima y otra extraña (1995).

creación oficial de grupos civiles de defensa armados en las zonas de conflicto.

Conclusiones

De acuerdo con una cultura jurídica originada en la época de la Colonia española y consolidada a través de la recepción del ideario constitucional de la Revolución Francesa durante el periodo de la Independencia, en América Latina el derecho es objeto de una percepción ambivalente por parte de los ciudadanos. De una parte suscita desconfianza, recelo, rebeldía o simplemente falta de autoridad cuando se trata de acatar las normas que regulan la vida cotidiana. Las cargas impuestas por *el derecho* a los individuos prevalecen en su percepción sobre la dimensión protectora o emancipadora de *los derechos*. El sistema jurídico estatal opaca el catálogo de los derechos de los ciudadanos. La ciudadanía es más un deber que un derecho. Así se origina un comportamiento ciudadano complejo y dispar: la obediencia a la ley es a menudo excluida, negociada, o, en el mejor de los casos, adaptada a cada nueva situación. De aquí la existencia en América Latina de numerosos ambientes legalmente autónomos (pluralismo jurídico), a menudo caracterizados por rebelión individual e incluso colectiva contra el derecho y el Estado. De otra parte, sin embargo, el derecho despierta esperanza y confianza cuando se trata de crear o de reformar el contrato social constitucional con miras a una sociedad más justa. Esta ambivalencia está vinculada con la incapacidad del derecho para permear los comportamientos sociales de tal manera que se crea una brecha casi insalvable entre el derecho escrito y la realidad social.

La cultura jurídica es también reflejo del tipo de Estado que ha prevalecido en América Latina y de la relación que éste mantiene con el entorno social. Los Estados latinoamericanos poseen una fortaleza jurídica y a veces militar que contrasta con su debilidad política y hegemónica, todo lo cual es propio de los Estados semiperiféricos. Este contraste resulta de la separación notable que aquí se presenta entre política e intereses sociales y de la consecuente fusión entre Estado y sistema político. En América Latina, como parte de la semiperiferia mundial, los actores políticos se comportan en una especie de espacio “hiper-autónomo”; esto da lugar a una situación en la cual los líderes son más importantes que las organizaciones políticas, así como a una falta de diferenciación entre los sistemas políticos y el Estado. En estas condiciones la actividad política se convierte en un asunto de consumo en lugar de ser un asunto de ciudadanía. El Estado no refleja la lucha política entre los intereses económicos y sociales tanto como los discursos políticos y los actores políticos no reflejan las disparidades entre clases sociales.

Existe una especie de isomorfismo entre la manera como operan en América Latina los sistemas político y jurídico. El derecho escrito adolece de un notable desarraigo en relación con las prácticas jurídicas existen-

tes. El déficit de maniobra política de los gobiernos propicia el uso simbólico de los discursos legales. Mientras más limitado es el margen de maniobra política de los gobiernos y más incontrolables son los problemas sociales, más inclinados están los gobiernos a tratar dichos problemas de manera tal que el énfasis institucional se ponga en la legitimación, la comunicación y el uso simbólico del derecho y no en la obtención de resultados. El déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado, se compensa parcialmente con el aumento de la producción de discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación. Esta práctica institucional destinada de manera prioritaria a fines de legitimación política crea, a su turno, por un lado, una creciente ineficacia instrumental del derecho y, por el otro lado, una práctica institucional adicional que consiste en introducir excepciones al derecho a través de la declaratoria de estados de emergencia, reglamentaciones, etc.

No es extraño que sistemas jurídicos con estas características no hayan logrado imponerse frente a otra serie de ordenamientos normativos sociales, que en ocasiones ponen en tela de juicio el derecho oficial mismo. Ineficacia, autoritarismo y pluralismo jurídico están pues íntimamente ligados entre sí. Tampoco debe parecer extraño el hecho de que las reformas jurídicas propuestas por el *rule of law reform*, destinadas a lograr mayor eficacia del derecho a través de cambios meramente normativos o de variaciones de tipo administrativo e internas al sistema jurídico estén destinadas a tener tan poco éxito. Mientras que dichas reformas no tengan en cuenta que parte esencial de las condiciones que se requieren para que los sistemas jurídicos latinoamericanos operen de manera eficiente y adecuada se encuentran en la existencia de un tipo de cultura jurídica, ella misma ligada a un tipo de Estado, que hace precaria la capacidad del derecho para permear los comportamientos sociales, mientras no se tengan en cuenta estos hechos, digo, es muy posible que la nueva versión del movimiento *law and development* tenga resultados similares a aquellos que tuvo su predecesor.

Para terminar quisiera decir que este ensayo ha tenido un carácter esencialmente exploratorio o hipotético si se quiere. Quizás la única idea fuerte que reivindica es la de la pertinencia e importancia de los temas que desarrolla, entendidos como necesarios para la adecuada comprensión del funcionamiento del derecho en América latina. De acuerdo con esto, creo en la necesidad de fomentar nuevas investigaciones históricas y sociales sobre el derecho, ojalá con una perspectiva comparada, de tal manera que sirvan para confirmar o desechar las hipótesis e incluso las orientaciones generales aquí presentadas.

Bibliografía

- ARNAUD, *et al.* (1988), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie du Droit*, Paris-Brussels, LGDJ Story, Scientia.
- ABEL, Richard, ed. (1982) *The politics of Informal Justice*, New York, Academic Press.
- AGUILERA PEÑA, Mario y Vega CANTOR (1998), *Ideal democrático y revuelta popular*, 2ª edición, Universidad Nacional de Colombia y Cerec.
- AGUILERA, Mario (2000), "Justicia guerrillera", en Santos y García-Villegas 2000, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre.
- AGUILERA, Miguel (1960), *Raíces lejanas de la independencia*, Bogotá, Editorial Kelly.
- BASTERRA Y ZABALA, Ramón de (1970), *Los navíos de la Ilustración: una empresa del siglo XVII*, Madrid, Editorial Cultura Hispánica.
- BENDA-BECKMANN, Franz von (1988), "Comment on Merry", in *Law & Society Review*, 22.
- BENDA BECKMAN, Franz von and Tanya TAALE (1992), *The Changing Laws of Hospitality: Guest Labourers in the Political Economy of Rural Legal Pluralism*. Wageningen, The Netherlands, Agricultural University Wageningen.
- BORON, Atilio A. (1996), "Governability and Democracy in Latin America", in *Social Justice*, 23.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. (1998), *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad.
- BOLÍVAR, Simón (1979), *Obras completas*, 2ª edición, Bogotá, Fica, Tiempo Presente y Ecoe ediciones.
- BOURDIEU, Pierre (1994), *Raison Pratiques*, París, Seuil.
- (1986), "La force du Droit, elements pour une sociologie du champ juridique", in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, N° 64, París.
- (1987), *Choses Dites*, París, Minuit.
- BURKE, Edmundo (1912), *Reflexions on the Revolution in France*, Oxford.
- BUSHNELL, Philip (1976), "Los usos del modelo: la generación de la Independencia y la imagen de Norteamérica", en *Revista de Historia de América*, 82, México, julio-diciembre.
- CALDEIRA, Teresa, P. R. (1996), "Fortified Enclaves: The New Urban Segregation," in 8 *Public Culture*.
- CARRERA DAMAS, Germán (1971), *La crisis de la sociedad colonial venezolana*, Caracas, Universidad Central de Venezuela.
- COLMENARES, Germán (1993), "La ley y el orden social: fundamento profano y fundamento divino", en *Panorama de nuestra América. América Latina ante la Revolución Francesa*, 4, UNAM, México, 1993.
- CROZIER, M. y E. FRIEDBERG, (1977), *L'acteur et le Système*, París, Seuil.
- CHARBONEAU, S. and J. P. PADIOLEAU (1980), "La mise en oeuvre d'une politique publique réglementaire: le défrichement des bois et forêts", 21 *Revue fr. de sociologie*, París.

- CHEVALLIER, J-J. (1981), *Los grandes textos políticos*, Madrid, Aguilar.
- Da MATTA, Roberto (1987), "The Quest for Citizenship in a Relational universe", in *State and Society in Brazil*, John D. Wirth et al. (eds.), Boulder Colorado, Westview Press.
- DEAS, Malcom (1997), "Violent Exchanges: Reflexions on Political Violence in Colombia", in *The Legitimation of Violence*, Apter, David (ed.).
- DELLAY, J. D. and L. MADER (1981), "Que faire des objectifs dans une étude de mise en oeuvre de la législation?", 7 *Revue suisse de sociologie* 385-397.
- DiMAGGIO, P. J. y Walter POWELL (1991), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago, University of Chicago Press.
- EDELMAN, Murray (1964), *The symbolic uses of politics*, Urbana, University of Illinois Press.
- EDELMAN, Murray (1971), *Politics as Symbolic Action: Mass Arousal and Quiescence*, Chicago, Markham.
- EWICK, Patricia and S. SILBEY (1998), *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press.
- EHRlich, E. (1913), *Grundlegun der Soziologie des Rechts*, Munich and Leipzig.
- FITZPATRICK (1983), "Law, Plurality and Underdevelopment", in Sugarman (ed.), *Legality, Ideology and the State*, London, Academic Press, 1983.
- GALANTER, Marc (1981), "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law", in *Journal of Legal Pluralism*, 19.
- GARCÍA CANCLINI, Néstor (1989), *Culturas híbridadas; estrategias para entrar y salir de la modernidad*, México, Grijalbo.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (1993), *La eficacia simbólica del Derecho: estudio de situaciones colombianas*, Bogotá, Uniandes.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, ed. (2001), *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Universidad Nacional de Colombia.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto (1993), *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GÓMEZ HOYOS, Rafael (1962), *La revolución granadina de 1810: ideario de una generación y de una época*, Bogotá, Editorial Temis.
- GORDON, Robert (1998), "Some Critical Theories on Law and their Critics", in David Kairys (ed.), *The Politics of Law*, New York, Basic Books.
- GURVITCH, George (1932), *L'Idée du Droit Social*, Paris, Sirey; Ehrlich 1913, *Grundlegung Der Soziologie des Rechts*, Munich and Leipzig.
- GUTIÉRREZ, Francisco (1998), *La ciudad representada: política y conflicto en Bogotá*, Bogotá, Tercer Mundo – Iepri.
- GUSFIELD, Joseph (1963), *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, University of Illinois Press.
- HALL, Stuart (1996), "The Problem of Ideology; Marxism Without Guarantees", in *Stuart Hall, Critical Dialogues in Cultural Studies*, London, New York, Routledge.
- HART, H. L. A. (1977), *El Concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- HENRY, Private justice. (1983), *Towards Integrated Theorizing in the Sociology of Law*, London, Routledge and Paul Kegan.
- HOLSTON, James and Teresa P. R. CALDEIRA (1997), "Democracy, Law and Violence: Disjunctions of Brazilian Citizenship", in *Fault Lines of Democratic Governance in the Americas*, Miami, North-South Center & Lynne Rienner.
- HOOKER, M. (1975), *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford: Clarendon Press.
- IRAZÁBAL, Carlos (1939), *Hacia la democracia: contribución al estudio de la historia económico-político-social de Venezuela, México*, Editorial Morelos.
- IZARD, Miquel (1990), *América Latina siglo XIX: violencia subdesarrollo y dependencia*, Madrid, Editorial Síntesis.
- JACOBSON, J. Mark (1932), *The Development of American Political Thought*, New York, Appleton-Century-Crofts.
- JARAMILLO URIBE, Jaime (1997), *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Planeta.
- JARAMILLO VÉLEZ, Rubén (1998), *Colombia: la modernidad postergada*, Bogotá, Argumentos.
- KEEN, Benjamin (1996), *Latin American Civilization History and Society, 1492 to the Present*, edited by Benjamin Keen, Boulder, Colorado, Westview Press.
- KENNEDY, Duncan (2001), "Forma y sustancia en la adjudicación del derecho privado" in García Villegas, Mauricio (ed.) (2001) *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Universidad Nacional de Colombia.
- KING, Albert S. (1974), "Expectation Effects in Organizational Change", in *Administrative Science Quarterly*, 19.
- KRIELE, Martín (1980), *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- LEWIN, Boleslao (1967), *Rousseau y la independencia de Argentina y América*, Buenos Aires, Eudeba Editorial Universitaria.
- LIPSET (1986), "Values, Education and Entrepreneurship," in *Promise of Development Theories of Change in Latin America*, 39.
- LOVEMAN, Brian (1993), *The Constitution of Tyranny, Regimes of Exception in Spanish America*, University of Pittsburgh Press.
- LYNCH, John (1987), *Hispanoamérica, 1750-1850: ensayos sobre la sociedad y el Estado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- MANIQUIS, Robert M. et al. (1989), *La revolución francesa y el mundo ibérico*, Madrid, Quinto Centenario y Turner.
- McCANN, Michael and T. MARCH (1995), "Law and Everyday Forms of Resistance: A Socio-Political Assessment," in A. Sarat and S. Silbey (eds.), *Studies in Law, Politics, and Society*, London, JAI Press.
- MEJÍA, Oscar (1998), *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Temis.
- MELO, Jorge Orlando (1992), *Predecir el pasado: ensayos de historia de Colombia*, Bogotá, Fundación Simon y Lola Guberek.
- MERRY (1988), "Legal Pluralism," in *Law and Society Review*, 22.

- MERRY, Sally Engle (1990), *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-Class Americans*, Chicago, University of Chicago Press.
- MEYER, John W. and Brian ROWAN (1991), "Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony", in Powell, W. and DiMaggio P. (eds.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, University of Chicago Press.
- MOLANO, Alfredo (1993), *Así mismo – Relatos*, Bogotá, Los Cuatro Elementos.
- (2000), "Justicia guerrillera", en Santos y García Villegas, 2000, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, op. cit.
- MOORE, Sally F. (1978), *Law as Process: Anthropological Approach*, London, Routledge and Kegan Paul.
- MORSE, Richard (1974), "The Heritage of Latin America", in Howard J. Wiarda (ed.), *Politics and Social Change in Latin America: The Distinct Tradition*, Amherst, Mass.
- MUNCK, G. y V. PALERMO (1998), "La democracia en Amerique Latine: Les acteurs sociaux, la representation et l'Etat", in *Sociologie et societes* XXX, 1, pp. 159-172.
- NIELSEN, Marianne (1998), "Legal Pluralism and the Colonial Legacy", 35 *Canadian Review of Sociology and Anthropology*, 120.
- NINO, Carlos S. (1989), "Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America", in 44 *University of Miami Law Review*, 1.
- (1992-93), "The Debate Over Constitutional Reform in Latin America", in *Fordham international Law Journal*, 16-3.
- O'DONNELL, Guillermo (1998), *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*, Kellogg Institute University of Notre Dame.
- OCAMPO LÓPEZ, Javier (1983), *El proceso ideológico de la emancipación: las ideas de génesis, independencia, futuro e integración en los orígenes de Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo Editores.
- ORTIZ, Sergio Elías (1960), *Franceses en la independencia de Colombia*, Academia Colombiana de Historia, Biblioteca Eduardo Santos, volumen XIX, Bogotá, Editorial Kelly.
- OST, Fr. y M. van de KERCHOVE (1987), *Jalons pour une Theorie Critique du Droit*, Facultes Universitaires de Saint Louis, Brussels, 1987.
- OTS CAPDEQUÍ, J. M. (1993), *El Estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México.
- PÉREZ, Joseph (1989), "La revolución francesa y la independencia de las colonias hispanoamericanas", en *Cuadernos Americanos*, No. 18, noviembre y diciembre de 1989.
- PETERS, Thomas (1978), "Symbols, Patterns and Settings: And Optimistic case for Getting Things Done", in *Organizational Dynamics*, 7.
- PFEFFER, J. (1981), "Management as Symbolic Action: The Creation and Maintenance of organizational Paradigms", in L. L. Cummings and B. M. Staw (eds.), *Research in Organizational Behavior*, Vol. 12:1-52 Greenwich. CT:JAI Press.
- PHELAN, John Leddy (1978), *The People of the King: The Comunero Revolution in Colombia, 1781*; University of Wisconsin Press.

- POSPISIL (1971), *Anthropology of Law*, New York.
- PRESSMAN, Jeremy and Aaron WILDAVSKY (1973), *Implementation: How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland; or, Why it's Amazing that Federal Programs Work at all, this Being a Saga of the Economic Development Administration as Told by Two Sympathetic Observers Who Seek to Build Morals on a Foundation of Ruined Hopes*, Berkeley, University of California Press.
- ROBERTSON, William Spence (1939), *France and Latin-American independence*, Baltimore, The Johns Hopkins Press.
- RODRÍGUEZ, M. (1976), *La revolución americana de 1776 y el mundo hispánico*, Madrid.
- ROMANO, Santi (1946), *L'Ordre juridique*, traducción francesa de la versión en italiano (1918).
- ROMERO, José Luis (ed.) (1985), *El pensamiento político de la emancipación*, Caracas, Biblioteca Ayacucho.
- ROWAT, Malcom, Walled MALIK y María DAKOLIAS (eds.) (1995), *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, Washington, The World Bank.
- RUIZ, Beatriz (1989), "Reflexiones sobre la revolución francesa y América Latina", en *Cuadernos Americanos*, No. 17, septiembre-octubre de 1989.
- SAMPER, José María (1969), *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas*, Bogotá, Universidad Nacional.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1977), "The Law of the Oppressed; The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law", in *Law and Society Review*, 12.
- (1995), *Toward new common Sense Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Nueva York, Routledge.
- (1995a), "Three Metaphors of a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque, and the South", in 29 *Law and Society Review*.
- (1998), *De la mano de Alicia, Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre
- (2000), "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas", en Santos y Garcia Villegas (2000), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre.
- SANTOS, Boaventura y Mauricio GARCÍA VILLEGAS (2000), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Ediciones Uniandes, Siglo del Hombre.
- SARAT, Austin (1999), "Redirecting Legal Scholarship in Law Schools", 12 *Yale J.L. & Human*.
- SHIHATA, Ibrahim F.J. (1995), "Legal Framework for Development: The World Bank's Role in Legal and judicial Reform", in Rowat et al. (eds.).
- SNYDER, Francis (1981), *Capitalism and Legal Change: An African Transformation*, New York, Academic Press.
- TEJADA, Francisco (1955), *El pensamiento político de los fundadores de la Nueva Granada*, Sevilla, GEHA.

- TERRÉ, Fr. (1980), "La crise de la loi", in *Archives de philosophie du droit*, París, Sirey.
- THOUMI, Francisco (1995), *Political Economy & Illegal Drugs in Colombia; Studies on the impact of the Illegal Trade*, Lynne Rienner, 1995.
- TOCQUEVILLE de, Alexis (1998), *El Antiguo Régimen y la Revolución*, México, Fondo de Cultura Económica.
- TOKATLIAN, Juan Gabriel (1997), "Drogas psicoactivas ilícitas y política mundial; la indudable e inestable Internacionalización de Colombia", en Socorro Ramírez y Luis Alberto Restrepo (eds.), *Colombia: entre la inserción y el aislamiento; la política exterior de Colombia en los años noventa*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Iepri.
- TOURAINÉ, Alain (1988), *La Parole et le Sang*, París, Odile Jacob.
- TRUBEK, David (1996), "Law and Development: Then and Now", in *ASIL Proceedings*.
- TUSHNET, Mark (1984), "An Essay on Rights," 62 *Texas Law Review* 4.
- UPRIMNY, Leopoldo (1971), *El pensamiento filosófico y político en el Congreso de Cúcuta*, Bogotá, Instituto Caro y Cuervo.
- WEBER, Max (1978), *Economy and Society*, University of California.
- WILSON, Richard (2000), "Reconciliation and Revenge in Post-Apartheid South Africa: Rethinking Legal Pluralism and Human Rights," 41 *Current Anthropology* 75.

Pluralismo jurídico: apuntes para el debate

EDGAR ARDILA AMAYA*

Retorno al pluralismo jurídico

Importantes tendencias de la sociología moderna asignan al sistema jurídico la función de integración social, que se cumple mediante dos dispositivos: la orientación de los comportamientos de los sujetos y la resolución de conflictos que se presentan entre personas o grupos (Arnaud y Fariñas, 1996: 31). Desde el surgimiento del Estado moderno, esa función se ha desarrollado con fundamento en la presunción de que la producción del derecho sólo puede hacerse por parte del Estado. A partir de ella, y a través de un sistema jerarquizado de competencias, se ha construido –con el concurso de legisladores, jueces y doctrinantes– una estructura normativa pretendidamente única y coherente. Las normas que, regulando la vida social, estén dentro de esa estructura se considerarán jurídicas y las que queden por fuera, no se consideran normas jurídicas. Es lo que se conoce como monismo jurídico.

Esa presunción, que se define como una solución en el entramado formal, puede ser vista como un problema de cara a la realidad social porque, en la práctica, no es el Estado el único que crea normas encaminadas a cumplir la función de orientar las conductas y resolver los conflictos. Al contrario, ha tenido que pugnar con otros actores para imponer su proclamado monopolio en la producción del derecho. Esa situación, quizás a partir de Ehrlich, viene siendo constatada de manera creciente desde comienzos del siglo XX por teóricos de la propia tradición académica de países centrales, porque en el campo intelectual ha permanecido una tensión entre la dominante y otras tendencias que se niegan a reducir la concepción del derecho al derecho de producción estatal (Arnaud y Fariñas, 1996: 87-89). Desde

* Abogado, profesor Universidad Nacional de Colombia, Fellow of International Innovators for the Public-Ashoka.
edgardila@teleline.es

estas últimas, ubicadas sobre todo en el campo de la sociología jurídica, se ha acuñado el término de Pluralismo Jurídico para designar formas de regulación social paralelas que, en muchos casos, compiten o inhiben la aspiración de monopolio del derecho en cabeza del aparato estatal.

Esa presunción puede perder fortaleza en las instancias intermedias de la vida social. Ello es evidente en lo que tiene que ver con comunidades tradicionales (como varios pueblos indígenas) en las que se establecen normas propias de comportamiento, desde las cuales se tratan los conflictos. En otros escenarios se tienen menos evidencias pero resulta probable que al menos se gestionen los conflictos a partir de referentes que se apartan de la normatividad de producción estatal, si se tiene en cuenta que sólo una parte muy pequeña de los conflictos de carácter legal tiene trámite judicial. Los ámbitos de la familia, el vecindario, la empresa, pueden ser escenarios frecuentes en los cuales los conflictos encuentran formas de manejo de la conflictividad donde entran en operación normas sustantivas y de procedimiento que pueden estar informadas por órdenes de regulación ajenos al Estado. La idea es que, si bien en alguna época el discurso jurídico estatal tendió a ganar hegemonía, hoy la está perdiendo en favor de otros sistemas jurídicos de carácter infra y supraestatal con los que cohabita.

En correspondencia con ello, pareciera que las políticas estatales se orientaran a replantear la relación entre el Estado y el derecho. Ello se traduce en tendencias que se conocen como de “desregulación”, “deslegalización”, en lo que tiene que ver con la orientación de los comportamientos o en “informalización”, “desjudicialización”, en lo que tiene que ver con el manejo de conflictos. Se trata de tendencias que si bien no se definen dentro del campo del pluralismo jurídico, se caracterizan por abrir canales que fortalecen la presencia de ámbitos diferentes al del territorio nacional en la definición de escenarios de regulación y de actores diferentes al Estado en la producción del derecho. La discusión del tema del Pluralismo Jurídico pasa a un primer plano.

Monismo jurídico: breve reseña de un mito

“El legislador no es el que decide una ley, sino quien la permite”, decía Hobbes para sustentar que todas las leyes derivan de la voluntad del soberano. Esa afirmación debe situarse en la historia. Efectivamente, quien lo decía estaba empeñado hace cuatro siglos en la construcción de un Estado absoluto que articulara todas las formas de poder y de producción jurídica local existentes entonces. Se trataba de un conjunto complejamente interrelacionado y fuertemente conflictivo que se expresaba como continuidad de los poderes medievales (derecho feudal, derecho señorial) o como nacientes formas de regulación de los nuevos poderes (derecho mercantil, derecho urbano) o de producción cosmopolita (derecho eclesial, derecho mercantil). Esa afirmación era esencialmente la síntesis de un proyecto político.

Se trata de un proyecto que marca los últimos cuatro siglos de la historia de Occidente como una fuerte y prolongada dinámica de construcción del monismo a partir del pluralismo existente. La unicidad del derecho no es un punto de partida sino la resultante de la interacción prolongada en el tiempo de una doble tendencia de inclusión y de exclusión. De inclusión porque implica selección y articulación de normas y estructuras producidas en la sociedad, atrayendo partes de los sistemas jurídicos socialmente producidos que se van incorporando al derecho estatal centralizador mediante la asignación de competencias y posiciones dentro de la jerarquía normativa. De exclusión, porque la selección implica el rechazo de construcciones normativas que se derivan externas al orden jurídico para perseguirlo, deslegitimarlo o dispersarlo. Una selección que comienza por demarcar las relaciones sociales que están dentro y las que están fuera del derecho. A las primeras se les llama relaciones jurídicas y entre ellas se pueden presentar conflictos jurídicos; las demás, al quedar fuera, no se consideran jurídicas y sus conflictos no tienen un *status* legal, entonces, se les niega toda relevancia ante el derecho. Allí los conflictos se consideran privados y, por tanto, el Estado permite que las fuerzas del complejo y contradictorio mundo que se ubica en el campo privado obren a sus anchas y de acuerdo con las relaciones de poder existentes en la sociedad¹.

Esa doble tendencia tiene una historia que se expresa en las formas de pluralismo jurídico que hoy son objeto de atención de los sociólogos, los antropólogos y los juristas. Esa historia puede contarse en tres momentos que empiezan con la emergencia de los Estados occidentales modernos (Santos *et al.*, 1996:19-35). El primer momento corresponde a lo que podemos llamar la época liberal clásica, que se prolonga hasta fines del siglo XIX. El Estado dejaba las manos libres a los demás actores y se ocupaba de un reducido grupo de servicios que parecían de su esencia: la guarda de fronteras (ejército), la garantía del orden público (policía) y la administración de justicia. A esta última se la veía como una función propia y exclusiva del Estado pero sus campos de acción eran aún muy restringidos, si se tiene en cuenta que regulaban áreas mucho más estrechas

Sobre este tema es conocida la elaboración que hace Foucault sobre el papel del derecho estatal. Según él, junto al poder jurídico estatal, articulado y centralizado (cósmico), existe un poder *disciplinario* disperso, descentralizado (caósmico) que es la sede de las reales relaciones de dominación. Esta forma de poder se realiza en las instituciones privadas como la escuela, la fábrica, los centros de salud, y es gobernada desde un discurso científico de normalización y estandarización. Siendo así, de poco vale que la ley trate a todos por igual si en la sociedad se está clasificando, estratificando y jerarquizando; se está ascendiendo a unos y descendiendo a otros, según se acojan más o menos a ideales y conceptos de normalidad que se producen desde los intersticios del derecho. Existen unos escenarios de ejercicio del poder social frente a los cuales los derechos fundamentales son inanes. Existe también una micropenalidad disciplinaria que no pasa por el principio de legalidad y el debido proceso, que no es óbice para que la cárcel entre a operar con esos principios como criterio de precisión, para poner por fuera de la sociedad aquéllos frente a los cuales es ineficaz el poder disciplinario como herramienta de sometimiento (1978, 218 y ss.).

de las relaciones sociales que las que ha entrado a regular el derecho estatal en épocas posteriores.

El segundo momento corresponde a la época del Estado interventor y se prolonga hasta avanzada la segunda mitad del siglo veinte. En él, el concepto de lo público se fue ampliando, el derecho se expandió hacia otras áreas de la vida y, con ello, el campo de acción hipotética de la jurisdicción. Se empezaron a reproducir los catálogos de derechos humanos. El derecho de familia, el derecho laboral, el derecho ambiental se convirtieron en ramas extensas del derecho. Sin embargo, la realidad no era necesariamente la que se pretendía desde el Estado. A pesar del imperio teórico del monopolio estatal de la administración de justicia, en los escenarios más inmediatos de la vida social, en mayor o menor medida, tenían actividad las instituciones comunitarias como la familia, la aldea, la vereda, los liderazgos carismáticos, las organizaciones de base.

Ello llevó a que, en la práctica, muchos de los temas del conflicto difícilmente se abordaran a partir del derecho y menos por los tribunales. Pero en la medida en que las dinámicas de poblamiento (migración y urbanización) fueron avanzando, las resistencias de los espacios intermedios parecieron ceder y los conflictos se fueron ubicando cada vez más en lugares en los que el sistema jurídico estatal fue apareciendo de manera creciente como el espacio privilegiado de regulación, sin que llegara a construir capacidad suficiente para atender la creciente demanda. Entonces, durante esa época, en la misma medida que el derecho estatal ampliaba los campos de su pretendido monopolio, se fue abriendo y profundizando la brecha de los espacios y relaciones que no se sometían a esa estructura de regulación.

El tercer momento corresponde a la actualidad y puede empezar a contarse a partir de los años setenta del siglo XX. En esta etapa toman un enorme impulso los escenarios local y mundial de regulación. El Estado se retrae del ámbito jurídico en medio de dinámicas de desregulación y de deslegalización. Empieza a ceder el espacio a otros actores en la producción del derecho y la administración de justicia. Gradualmente pasa de desconocer la existencia de formas de justicia no estatales a definir políticas de reconocimiento y de promoción de las mismas, estableciéndolas como competencias y sin ceder en su pretensión monista. Teóricamente cambia su posición monopolista en la administración de justicia por una de cooperación y, a veces de sometimiento², frente al papel que pueden jugar otros actores en la resolución de los conflictos.

En las dinámicas de globalización el Estado ha tratado de adaptarse al nuevo orden asumiendo un papel de más bajo perfil y menos arrogante. En algunos países, por ejemplo, los de la Unión Europea (Vallespin, 2000: 118 y 127), se tiende a pasar de máximo organizador de la sociedad a defensor de unos intereses colectivos, unos logros nacionales y una tradición política. Ello le ha exigido un desplazamiento en el campo político que tiende a convertir los espacios propios de la democracia en instancias de pura legitimación de decisiones que se toman en otros espacios de poder (García Canclini,

El paradigma del Estado de derecho se quiebra. Pierde eficacia el derecho estatal como mecanismo de asignación que reduce al mínimo los costos privados de transacción. Se tambalea la seguridad jurídica que sustenta el principio de legalidad monista. Se habla de crisis del derecho por la ineficacia de la norma legal como orientadora de las relaciones sociales, se habla de crisis de la administración de justicia por la incapacidad del aparato jurisdiccional de atender la conflictividad. En realidad lo que ocurre es que el mito monista ya no es suficiente para entenderse con la nueva realidad³.

Hemos dicho que el Derecho estatal nunca llegó ni a tener el monopolio de la orientación de las relaciones sociales ni a resolver la mayoría de los conflictos que se presentan en la sociedad. En ese sentido no habría un cambio mayor en este nuevo momento. El cambio fundamental en la época presente es que el Estado está abandonando su arrogancia, que está dejando de lado la idea de que es el único que puede orientar las relaciones jurídicas y abocar los conflictos más importantes que se presentan en la sociedad. Es así como, al mismo tiempo que se están redefiniendo las tareas que el Estado debe cumplir, se está dando un replanteamiento del papel que le corresponde en la regulación de las relaciones sociales y frente a los conflictos entre sus asociados. De esa manera atenúa su condición de obstáculo para los mecanismos de regulación y de manejo de los conflictos que se dan en la sociedad. El concepto de pluralismo jurídico gana aceptación como instrumento de análisis de la realidad.

Usos del concepto de Pluralismo Jurídico

Con el telón de fondo descrito en la sección anterior, en el campo jurídico hoy pueden reconocerse un conjunto de dinámicas diferenciadas de las del derecho estatal que compiten con él en la regulación social, para cuya definición se acude a la categoría de Pluralismo Jurídico. Con tal concepto se abarca una amplia diversidad de dinámicas sociales de regulación entre las que se destacan las que se dan al interior de las comunidades tradicionales, o en nuevas comunidades excluidas o marginalizadas; las que emergen como resultado de la acción de los nuevos movimientos sociales; las que se presentan en casos de crisis institucional e, incluso, las que son el resultado de los procesos de globalización del capital. Diremos algo brevemente sobre cada una de ellas.

La relación entre los sistemas jurídicos propios de las comunidades tradicionales –y especialmente de los pueblos indígenas– con el dere-

1999: 24). En varios de los países del Tercer Mundo ha tendido a convertirse en correa de transmisión desde los espacios mundiales de producción del poder hacia los espacios locales (Petras, 2000: 248). Sobre esta crisis del sistema jurídico puede verse el primer capítulo del trabajo de Bonafe y el de Santos (2000 b). En los dos trabajos se hace una aproximación a los elementos en los que se define una tensión estructural al interior de los conflictos jurídicos de cara al derecho y al aparato jurisdiccional.

cho estatal imperante en el territorio donde ellos se encuentran es quizás el primer caso donde se llega a aceptar el concepto de pluralismo jurídico. Se trata de una situación que empieza a ser analizada alrededor del fenómeno del colonialismo (Fariñas, 1997: 33) al ocuparse de los conflictos derivados de la permanencia de las formas propias de regulación en tales comunidades frente al sistema jurídico impuesto por las metrópolis coloniales. El caso más conocido es el de la India. Allí convivió el derecho inglés con las estructuras jurídicas de los pueblos que se integraron en ese país asiático. Tras la independencia de los países coloniales, la situación en esencia no cambia para los pueblos y las comunidades indígenas. El derecho nacional asume el lugar del derecho colonial frente a las comunidades tradicionales.

La emergencia de estructuras autónomas de regulación que se presentan en comunidades marginalizadas por dinámicas desequilibradas de desarrollo capitalista o de exclusión política o cultural también ha reclamado el concepto de pluralismo jurídico⁴. Es bien conocido en el mundo académico el juicioso estudio que Santos hizo de una comunidad urbana en Río de Janeiro –a la que él llama Pasárgada– en la que se identifican y articulan formas jurídicas claramente contradictorias con el orden estatal imperante en Brasil. Tal caso es sólo una muestra –la mejor estudiada en mi opinión– de formas jurídicas que se desarrollan en los llamados cinturones de miseria de las principales ciudades y áreas rurales latinoamericanas.

La formas normativas extraestatales desarrolladas en el campo jurídico por las prácticas emancipatorias de los nuevos movimientos sociales, tales como los movimientos de perspectiva étnica o de género, de carácter regional o ambiental producen con su accionar unas estructuras jurídicas mediante las cuales 1) se autorregulan como movimientos y, principalmente, 2) estabilizan el acumulado logrado a partir de luchas localizadas y puntuales en la exigencia de derechos y negociaciones con su entorno político-social que constituyen sistemas de regulación propios para conjuntos de relaciones precisas que conviven con las normas vigentes en la ley estatal. Desde tales estructuras también se acude al concepto de pluralismo jurídico (Wolkmer, 1994: 232).

Se utiliza (Vélez, 1998) el concepto de Pluralismo Jurídico para explicar fenómenos de crisis y violencia permanente en sociedades latinoamericanas como Colombia. Se plantea que existe un orden jurídico oficial, expresado en la Constitución Política y las leyes nacionales, que compite con un orden jurídico que se impulsa y articula desde el bloque de poder dominante y se manifiesta principalmente a través de actos administrativos. Desde allí se explicaría la manera como se trenzan y resuelven conflic-

⁴ La edición especial de derecho paralelo de la revista *El otro derecho* (1990) da amplia cuenta de esta temática en América Latina.

tos entre jueces y actores políticos poderosos y por qué en nuestras sociedades la lucha por los derechos humanos y otros aspectos del derecho oficial ha tenido –de cara a poderosos agentes, como el ejército o los terratenientes, y reconocibles estructuras de poder– una connotación política de oposición al sistema político dominante.

En el ámbito internacional también se habla de pluralismo jurídico desde diferentes dinámicas. La *lex mercatoria* retoma su lugar como derecho cosmopolita que trasciende las fronteras, desconoce y, en muchos casos, inhibe el derecho estatal (Santos, 1998: 27, 104 y ss; Cárcova, 108 y ss; Faría, 1997) estableciendo sistemas de regulación que entran a regir independientemente de la actitud que tomen los respectivos Estados. En este campo entran desde luego las disposiciones de la Organización Mundial de Comercio, las reglas de inversión y de tráfico de las empresas transnacionales (Faría, Santos); los estatutos “internos” de control de relaciones comerciales en los países centrales; las reglas de organizaciones sectoriales internacionales⁵. Santos sostiene que el escenario internacional ha pasado al primer plano del debate alrededor del pluralismo jurídico porque, si bien la situación de pluralismo jurídico “infraestatal” continúa de manera ampliada, la tendencia más marcada es hacia la expansión de ordenamientos jurídicos supraestatales y transnacionales.

Aproximación al debate

1. ¿Hasta qué punto el concepto de pluralismo jurídico puede ser utilizado para designar la diversidad de dinámicas que se han mencionado? Para responder a esa pregunta primero es necesario intentar una definición del concepto de Derecho. Para ello se requiere superar una aproximación etnocéntrica que lo limita al concepto dominante en Occidente y que le permita comprender fenómenos desarrollados dentro de diferentes tradiciones políticas y culturales. Arnaud y Fariñas (1996: 252) proponen cuatro elementos para una definición más comprensiva: 1) legitimidad de la autoridad que produce el derecho; 2) carácter superior, cierto y válido de las normas establecidas; 3) obligatoriedad; 4) sanción legítima. Esta definición del derecho tiene la virtud de permitir la comprensión de sistemas jurídicos diferentes de los ligados al Estado en los países regidos por los modelos occidentales pero sigue teniendo la limitación de identificar el derecho con unas ciertas formas, en tanto el primer elemento reclama una autoridad productora del derecho. Si esta característica fuese ineludible, muchos de los órdenes de regulación sobre los que no es posible identificar actos de autori-

Es muy recurrido el ejemplo de IATA, la organización que regula el tráfico aéreo internacional. Sus normas son imperativas para todas las compañías de navegación, más allá de las normas nacionales de cada país.

dad legítima, por ejemplo los de los indígenas americanos, no serían derecho.

De lo que se trata, entonces, es de que el segundo elemento sea identificable, y la superioridad y validez de una norma pueda precisarse con certeza al interior de un espacio social que aun cuando ella sea de carácter consuetudinario o no formal. Con las salvedades hechas al primer elemento, podemos adoptar esta definición ya que permite comprender una gran diversidad de fenómenos y procesos en el mundo jurídico. Siendo así, valiéndonos de esa definición acerquémonos al tema del Pluralismo Jurídico.

2. Sobre el concepto de Pluralismo Jurídico, como suele ocurrir con los conceptos referidos a la sociedad, hay desacuerdos entre las diferentes definiciones académicas pero en la base *hay consenso* en rechazar tanto la identificación del derecho con la ley, como el monopolio del derecho por parte del Estado y el mito monista (Fariñas, 1997: 36). Con ese acuerdo como punto de partida, de manera muy simple puede decirse que se habla de pluralismo jurídico cuando nos encontramos ante la concurrencia competitiva y contradictoria de diferentes sistemas jurídicos que regulan un espacio geopolítico (Santos, 1991: 63) o una misma situación (Arnaud y Fariñas, 1996: 279).

Es sugerente el marco analítico propuesto por los últimos autores cuando intentan la definición a partir de la diferenciación entre tres formas de polisistemia (sucesiva, disyuntiva y simultánea) e identifican el Pluralismo Jurídico con la polisistemia simultánea. Dada la concurrencia de sistemas jurídicos, uno de ellos adquiere la denominación de derecho y los demás se mantienen con vocación de llegar a adquirirla. A pesar de la claridad en su formulación y el sólido hilo argumental que desarrollan, pareciera que estamos frente a una incongruencia de cara a su llamado a estimar la policentralidad del derecho. La incongruencia se presenta en la medida en que el efecto de la tiranía del concepto de derecho occidental deforma su propuesta, terminando en la búsqueda de una centralidad única que, supuestamente, posee el derecho estatal (Arnaud y Fariñas, 1996: 279 y ss.).

A un lugar parecido parece llegar la corriente del derecho insurgente desarrollado en varios países de América Latina y, en particular, en Brasil⁶. Esa escuela entiende los sistemas jurídicos no estatales como el espacio de decantamiento y acumulación jurídi-

⁶ El número 6 de la revista *El otro derecho* está dedicado de manera monográfica a esa tendencia. Allí aparecen varias denominaciones: el derecho popular, el derecho insurgente, el derecho hallado en la lucha, el derecho hallado en la calle. Sus exponentes son: Miguel Preessburger, Daniel Rech, Oswaldo Alenzar Rocha y, por supuesto, Antonio Carlos Wolkmer.

ca de un nuevo orden político y social. Ello constituye un verdadero avance dentro de la tradición política emancipatoria de la región que, fuertemente influida por Pashukanis y otros autores marxistas clásicos, veían la revolución como un punto de partida en la transformación del derecho. Pero pareciera que, en el fondo, pervive la idea de un momento revolucionario en el que la construcción no estatal cobra el primer lugar, definido como “la superación de los conflictos de clases y grupos, por la erradicación de las formas de opresión y explotación, expoliación, sufrimiento e injusticia” (Wolkmer, 1994: XVI).

La propuesta de Boaventura de Souza Santos

1. Basado en los análisis de Foucault, Boaventura de Souza Santos analiza el campo jurídico del mundo capitalista como un sistema estructuralmente pluralista. Según su planteamiento, existen seis espacios (doméstico, productivo, mercantil, comunitario, ciudadano y mundial) de poder y producción del derecho, que definen el campo jurídico en la historia del capitalismo (Santos, 2000: 253 y ss). Entenderlos como espacios significa verlos como “conjuntos fundamentales de las relaciones sociales” estructuralmente autónomos (Santos, 1991: 181 y ss; 2000: 258).

El *espacio productivo* se define desde las relaciones de trabajo y de organización social necesarias para la generación de valor sobre la esfera de la sociedad y su forma institucional básica es la empresa capitalista, en donde está definida su espacialidad. Se regula por un sistema jurídico de producción que se basa en la explotación como mecanismo de poder siendo su objetivo la extracción máxima de plusvalía.

Define el *espacio de mercado* como conjunto de relaciones de distribución y consumo, estructurado sobre el mercado como institución, cuya forma de poder es el fetichismo de las mercancías, y regulado mediante el derecho de cambio.

El *espacio doméstico* se estructura sobre la institución del matrimonio, se desarrolla en el espacio de la familia y se regula por lo que nuestro autor llama el derecho doméstico, que se articula sobre el patriarcado como mecanismo de poder y se realiza en la maximización del afecto.

El *espacio comunitario* se define como el conjunto de relaciones de producción y reproducción de los territorios físicos o simbólicos y de las identidades con relación a los orígenes o a los destinos comunes. Su dinámica se dirige a la maximización de la identidad, su forma de poder es la diferenciación desigual y se regula por el derecho de la comunidad.

El *espacio mundial* se constituye institucionalmente alrededor de las agencias y los convenios internacionales, y se desarrolla cada vez más en un espacio planetario. Se estructura sobre unas formas de derecho –que no necesariamente pasan por el derecho internacional– en las que el mecanismo de poder es el intercambio desigual.

El *espacio ciudadano* se constituye a partir de la denominada esfera pública e implica principalmente las relaciones entre el ciudadano y el Estado, como relación institucional básica que se realiza en la maximización de la legalidad. El derecho adquiere la forma de derecho nacional y se integra por diferentes ramas que regulan esa relación. Así, por ejemplo, el derecho de familia y el derecho laboral, que serían parte del derecho nacional, sólo actúan por fuera de los espacios doméstico y laboral. Lo que el derecho de familia estatal regula en realidad es el conjunto de relaciones en una familia disuelta. Lo que el derecho producido por el Estado regula no es la relación laboral ni el proceso productivo, lo que rige es la compraventa de la mano de obra. Y el mercado también tiene sus propias reglas. Del mismo modo, existe un derecho internacional que en alguna medida sigue siendo una parte del derecho ciudadano en tanto se configura como ley nacional y sólo tiene eficacia mientras cada Estado esté dispuesto a cumplirlo. Entre tanto, el derecho del espacio mundial establece normas que se pueden imponer a los Estados, dependiendo del lugar que ellos ocupen en las escalas mundiales del poder.

Este planteamiento no implica una espacialidad progresiva en tamaño en la que en un extremo, el más pequeño, está el doméstico y, siguiendo con el laboral, el comunitario y el nacional, en el otro extremo esté el mundial. Las dinámicas de poblamiento han hecho que el espacio familiar tenga que concebirse hoy como un asunto que desborda con creces las fronteras nacionales. Algo similar ocurre con el espacio productivo y con el del mercado, en donde los procesos productivos y distributivos han llevado a una mundialización de las relaciones que traspasan muchas fronteras nacionales antes de abandonar el “espacio privado” en el que son reguladas por el ordenamiento propio de la empresa.

2. Lo que plantea Santos es que el conjunto de relaciones jurídicas y de poder en la sociedad capitalista se puede definir por la forma como se relacionan esos espacios. Las relaciones entre ellos varían de una sociedad a otra y, de manera muy general, entre las sociedades centrales y las periféricas. En los países centrales, los espacios de producción y de mercado son los que marcan las opciones sobre las que el espacio ciudadano se define y establece los límites del poder mundial en cada país. Mientras que en las socie-

dades periféricas el poder mundial define los límites del espacio productivo, de mercado y del espacio ciudadano, de lo cual puede derivarse una afectación indirecta de dichos espacios de los países centrales sobre los espacios ciudadano, productivo y de mercado de los países periféricos, mediados por la posición que en cada sociedad ocupa el espacio mundial.

Los seis espacios tienen una dinámica de producción y transformación autónoma, aunque relacionada con los otros espacios de manera complementaria o conflictiva. Esa relación está en una época de transición en la que se está pasando del espacio ciudadano como articulador de toda la espacialidad capitalista al espacio mundial como eje alrededor del cual gravitan los demás espacios. Cada uno de esos espacios tiene sus propias relaciones de poder y sus propias luchas. Siendo plural la definición del campo jurídico, las luchas tenderán a ser plurales aunque se ubiquen preferencialmente en uno de ellos por la competencia en un mismo espacio de diferentes órdenes de regulación.

Entonces, el orden capitalista se presenta estructuralmente como pluralismo jurídico entre sus diferentes espacios. Pero puede haber, y de hecho hay, luchas entre diferentes tendencias que compiten por la regulación de ciertas relaciones sociales y el control de ciertos conflictos en cada uno de esos espacios. En el espacio comunitario compite el derecho propio con el derecho producido por el Estado. En el espacio productivo, por ejemplo, compiten formas de contratación y de uso de la fuerza de trabajo (ligadas a relaciones de tipo señorial o comunitario) con el sistema de contratación dominante. En el espacio doméstico concurren nuevas estructuras de relacionamiento entre géneros y entre generaciones con el patriarcalismo. Pero es el espacio ciudadano donde principalmente compiten diferentes órdenes de regulación.

3. El planteamiento de Santos es más sofisticado si se considera el tema de la centralidad del que se habló en la sección anterior. Si bien para el autor hay un espacio que articula a los demás (en la época actual el espacio mundial está reemplazando al nacional como espacio articulador) y donde se dan las principales luchas entre sistemas jurídicos, para entender el tema de la centralidad es necesario considerar los discursos jurídicos.

Él sostiene que el derecho se integra por tres tipos de discursos, a saber: burocrático, retórico y coercitivo. La dimensión coercitiva del discurso jurídico se funda sobre la capacidad de amenaza con que cuentan los operadores de justicia. Puede definirse como el componente represivo que se dirige al conjunto de la sociedad aunque de manera inmediata sólo tiene por destinatarias a las partes implicadas en un conflicto.

La dimensión retórica del discurso jurídico se asienta sobre la capacidad de convencimiento con que trabajan los operadores de justicia. Tiene como finalidad inmediata la persuasión de los implicados, pero de manera mediata tiende a la reconstrucción permanente del consenso social. La dimensión burocrática del discurso jurídico se estructura sobre una organización de competencias y de técnicas de demostración con lo que se busca, de manera inmediata, producir decisiones a través de unos procedimientos pero, de manera mediata, producir un efecto de organización y racionalización de la sociedad.

En dinámicas de pluralismo jurídico encontraremos que concurren sistemas que combinan de manera diversa los tres discursos. Siendo así, la centralidad del campo jurídico se definirá a partir de la correlación de formas discursivas dominantes en cada espacio (Santos, 1991: 76 y ss). Para el efecto es del mayor interés su planteamiento acerca de la cartografía simbólica de donde él obtiene las herramientas de la proyección y la escala para estudiar el derecho. Según el profesor portugués, el estudio del derecho se suele hacer con una única escala correspondiente a la del Estado nacional, dejando de lado el hecho de que existen dimensiones mayores (internacional, mundial) y menores locales (barrio, escuela, pueblo, fábrica, etc.).

Del mismo modo, los análisis del derecho tienden a hacer proyecciones desde un único núcleo (el contrato, como encuentro del derecho a la propiedad y la libre disposición de ella, que está en la base de la circulación de mercancías) desde el cual se define lo que es medular y lo que es periférico en el orden jurídico, desconociendo la existencia de concepciones del mundo y de la sociedad en las que un núcleo como tal no tendría ninguna viabilidad. Si tenemos en cuenta estos elementos de análisis, tenemos que decir que el problema de la centralidad se define de muy diferentes maneras. Así, será posible sostener la centralidad del derecho estatal al analizar con una escala nacional ya un preciso núcleo del campo jurídico. Pero tal centralidad cambiará necesariamente cuando se cambie el tamaño de escala o el punto de proyección.

Con esa perspectiva, la centralidad del campo del derecho cambiará si se tiene una mirada pluralista del Pluralismo Jurídico.

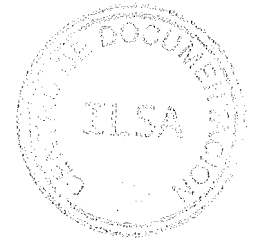
Bibliografía

- ARNAUD, André y María José Fariñas (1996), *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- BONAFE, Jean P. (1992), *Las justicias de lo cotidiano*, San Sebastián, Laboratorio de Sociología Jurídica.

- FARÍA, José Eduardo (1996), "Democracia y gobernabilidad: los derechos humanos a la luz de la globalización económica", en *Travesías* 1.
- "Derecho y economía en sociedades turbulentas", en Jaime Giraldo, *Derecho y conflicto*, Bogotá, Tercer Mundo Editores.
- FARIÑAS, María José (1997), *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud" postmoderna*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- FOUCAULT, Michelle (1978), *Vigilar y castigar. el nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI.
- (1980), *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
- (1992), *La microfísica del poder*, Madrid, Ediciones de la Piqueta.
- GARCÍA-CANCLINI, Néstor (1999), *La globalización imaginada*, Paidós. Buenos Aires.
- PALACIO, Germán (1993), *Pluralismo jurídico. El desafío al derecho oficial*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- SANTOS DE SOUSA, Boaventura (1991), *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA.
- (1998), *La globalización del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- (2000), *A crítica da razão indolente*, Porto, Edicoes Afrontamento.
- SANTOS, et al (1996), *Os tribunais nas sociedades contemporâneas. o caso português*, Porto, Edicoes Afrontamento.
- SORIANO, Ramón (1997), *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel.
- VALLESPÍN, Fernando (2000), *El Futuro de la Política*, Taurus, Madrid.
- VÉLEZ, Hernando (1998), "Crisis del derecho y proceso de paz en Colombia", en *Derecho, conflicto armado y paz*, Memorias de la Cátedra Manuel Ancizar, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- WOLKMER, Antonio (1994), *o pluralismo jurídico. fundamentos de uma nova cultura no direito*, São Paulo, Alfa-Omega.

Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*

ANDRÉ J. HOEKEMA**



Es necesaria la adopción y el cumplimiento de políticas de pluralismo jurídico por parte del Estado mediante las cuales se reconozca plena vigencia a los sistemas de derecho de los pueblos indígenas que coexisten diferenciados del derecho del Estado y se aplican en ámbitos determinados dentro del territorio del mismo.
(Declaración de Jaltepec de Cadayoc, 1995, numeral 4)¹

Modernidad y derecho indígena

Antes, en los años 50 y 60, las políticas de desarrollo de muchos países se orientaban a un concepto de modernidad que implicaba la abolición y represión total de otros sistemas de derecho y autoridad diferentes de los estatales. Se atacaba por todos los medios una visceral lealtad a comunidades y a un liderazgo no estatal que pudiera oponerse a las leyes y directivas nacionales. En lo político, las políticas de modernización del derecho y del Estado, se sustentaron en la idea de que había un progreso universal hacia un Estado y sociedad del tipo EE.UU. La guerra fría impulsó el temor de que las masas populares, despojadas de su arraigamiento tradicional por la descolonización o por programas poscoloniales de modernización económica, se dirigirían a movimientos extremistas (es decir, comunistas). (Höland, 1993: 473). Por tanto, las políticas extranjeras de apoyo al desarrollo destacaban el fomento de cooperativas y otras comunidades modernas de base capaces de ofrecer cuadros alternativos integristas. Fi-

* Este ensayo recoge parte de las ideas que expuso el autor en el marco del Congreso de los Americanistas, del 7 al 12 de julio de 1997 en Quito, Ecuador.

** Doctor en derecho y sociología. Catedrático de sociología del derecho, Universidad de Amsterdam. hoekema@jur.uva.nl

¹ Ver Simposio Indolatinoamericano, "Derecho indígena y autonomía", Oaxaca, México, 1995.

losóficamente, se concibió el Estado como un “Estado liberal, unitario y monocultural, basado en el principio de derechos iguales para individuos iguales” (Sierra 1995: 244). O, como lo dice un investigador australiano: “La sociedad es nada más que un conjunto de individuos –ciudadanos aislados– y, puesto que el derecho no sólo puede sino también debe ocuparse de las relaciones entre el Estado y el ciudadano, no tiene por qué ocuparse de las diferentes identidades de los grupos en sí” (MacLachlan, 1988: 368).

Seguramente eran aplaudidas, incluso fomentadas, en forma folclórica, las diferencias culturales siempre y cuando no interfirieran con los conceptos sobre el derecho y el Estado.

Varios factores han incidido en la eliminación de este concepto asimilacionista de la modernidad. La “modernidad” ahora, salvo en unos cuantos Estados con obstinada orientación neoliberal, conlleva el reconocimiento de que no se avanza sin la cooperación genuina con elementos de la sociedad civil. Se mencionan brevemente tres factores.

1. Fracaso completo de las políticas de los gobiernos centrales. Reordenamiento de tierra, manejo sostenible de recursos forestales, reformas agrarias, programas sociales, suelen fracasar si se trazan como un proyecto centralizado, elaborado y dirigido desde un departamento y dictado en todos sus detalles. Bien documentados son fracasos en el ámbito de la reforma agraria. A menudo la finalidad de estas reformas era quitar la presunta confusión e inseguridad de la tenencia de tierra, dando títulos individuales a los campesinos. A ellos les incumbía, basados en la nueva seguridad legal, invertir capital y avanzar hasta la posición firme de un campesino próspero con actitudes estables no-revolucionarias. Pero el resultado muchas veces era un aumento del caos y la inseguridad, hasta la destrucción de comunidades locales (Shipton, 1988) Desde entonces, han sido redescubiertos los sistemas de tenencia de tierra comunal, es decir, el derecho local, el derecho indígena².
2. Particularmente la gestión sostenible de los recursos naturales debe ser una obra participativa. Después del cambio del clima político internacional en torno a la degradación masiva de los recursos naturales, surgió un movimiento bien fuerte de gestión participativa. Por ejemplo, en materia de *forest management* (gestión de recursos forestales) se manifiestan iniciativas en todas partes del mun-

² Escribe un relator del Banco Mundial: “Los tradicionales sistemas de tenencia comunal de tierra en África originan considerable seguridad en cuanto a la tenencia de tierra cultivada a través de regulaciones consuetudinarias de propiedad comunal de tierra y conceden derechos a los miembros de la comunidad sobre el uso de la misma” (Cleaver, 1993). Por supuesto, cada miembro de una comunidad indígena, incluso cada antropólogo de derecho, sabe esto. Se necesitaron varias decenas de años y un gran daño humano, antes de que las políticas nacionales e internacionales de desarrollo lo supieran también.

do con el elemento común de que se comparta esta gestión entre oficiales estatales y líderes y grupos locales (Lynch y Talbott, 1995). Es verdad, esta tendencia no se debe a una toma de conciencia de que las comunidades tengan derecho a ser diferentes dentro de la sociedad mayor, se debe a consideraciones y valoraciones de efectividad de conservación de recursos.

Particularmente en el área de gestión sostenible de recursos naturales se presentan escenas que provocan desconfianza. Se presenta el espectáculo de autoridades nacionales que, por razones políticas propias, desfiguran y hasta inventan esta racionalidad indígena local. Les gusta alabar profusamente la sabiduría local. Se habla de la invención de la tradición levantándola a formas míticas. Hace poco, abordando el tema de la regulación para la gestión de recursos naturales como por ejemplo una forma de pesca más ecologista, un catedrático indonesio de derecho aludió al pensamiento tradicional oriental y a la rica historia del gran número de las variadas comunidades étnicas de Indonesia. Ante la impotencia y el fracaso total de la legislación nacional y de las políticas del gobierno para frenar el deterioro medioambiental, este catedrático recurrió a lo que resta de la *sasi*, una forma comunal de tenencia de la tierra en las islas Molucas. *Sasi* había sufrido cambios drásticos y, sin duda alguna, funcionaba muy distinto a lo trazado en fuentes escritas por funcionarios (holandeses) que, en lugar de realizar buenos trabajos antropológicos sobre terreno, tenían otros planes en mente. Pese a ello, el catedrático citó esas fuentes, elogió la eternidad de *sasi* y le atribuyó características que nunca había tenido, o que ya habían dejado de existir.

Así representada e inventada, esta “tradición” logró proveer apoyo y dar rango de autoridad nacional a prácticas locales con el fin de llevar a cabo una eficaz gestión de los recursos naturales. El espíritu de la comunidad local, con sus reglas, instituciones y autoridades, nacidas tan orgánicamente, fue aplaudido en esta ocasión (Zerner, 1994: 111). De esta forma, la tradición es un mito. No conlleva compartir poderes con fundamento en el respeto mutuo del carácter distinto de varias comunidades. El aplauso para la sabiduría y la racionalidad locales puede volverse muy engañoso. Pero aun así, un fuerte acento en la gestión participativa aumenta la presión para injerir en las estructuras políticas y el orden legal imperantes y revisarlos drásticamente.

3. La toma de conciencia indígena de su posición de marginación y la lucha por el territorio y la dignidad. Los pueblos indígenas lograron captar la atención de muchos líderes políticos, de la opinión pública, de órganos internacionales, ONG, etc., articulando una

presión social y moral muy fuerte³. El resultado puede ser resumido a continuación: el modernismo de hoy exige el respeto mayor a las instituciones locales de autoridad y de derecho. Indirectamente la tendencia de una cooperación más equitativa entre el Estado y la sociedad civil abre espacios en pos de la conquista del reconocimiento formal de estas estructuras dentro del orden político y legal, en otras palabras, la modernidad de hoy reclama un pluralismo jurídico no sólo de hecho sino oficialmente reconocido.

Muchos países reconocen ahora que dentro de la reforma del Estado se contemple seriamente la necesidad “de transferir recursos y atribuciones a la sociedad: a comarcas, distritos, municipios y comunidades” (Iturralde y Krotz, 1996: 82)⁴; este aspecto haría parte de un cambio radical de las estructuras estatales y legales en casi todo el mundo, puesto que abre oportunidades para conquistar formas políticas y legales que van más allá de una mera descentralización del Estado y de su filosofía de agilizar los procesos administrativos; abre además oportunidades para avanzar hacia formas político-legales que encarnen una pluriétnicidad, una pluralidad de derecho y una autoridad genuina.

Pero no es lo mismo la devolución de poderes estatales a las entidades como distritos y municipios (descentralización) que devolver poderes estatales de una gama amplia a las comunidades indígenas, con base en un pacto social entre las capas dominantes del país y los pueblos étnicos o las comunidades diferenciadas, que les permita no sólo la preservación de su identidad sino también sus formas de autogobierno y de poder.

En el primer caso se ofrecen unas competencias de control y fiscalización, quizás competencias de participación en la toma de decisiones, a órganos y grupos civiles sin un cambio de la filosofía del Estado jerárquico ni de la filosofía de la nación, más o menos homogénea. Pero algunos países, entre los cuales resaltan algunos países latinoamericanos con su historia sangrienta de lucha entre varias facciones de la población, han abandonado su proyecto de forjar una nación homogénea. Dichos países están dispuestos a crear un sistema de pluralidad de autoridad pública y de pluralismo jurídico formal del tipo *igualitario*. En la práctica política, no

³ La situación actual de los movimientos indígenas en los países latinoamericanos es el tema que expone el libro compilado por Asies, Willem Gemma van der Haar; André J. Hoekema, *El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, Amsterdam, Cedla, 2000.

⁴ Recientemente, funcionarios de la nueva república multiétnica de Suráfrica, por ejemplo, comenzaron amplios estudios para desarrollar una filosofía política y una práctica de concertación entre el nivel centralizado, nacional, y los muchos líderes tradicionales que hasta ahora desempeñan oficios informales de autoridad política dentro de las varias comunidades étnicas surafricanas. También, en la nueva Eritrea en el noreste de África, en el anteproyecto de una nueva constitución se ofrece un lugar destacado a los líderes tradicionales. Antes, las autoridades tradicionales locales fueron discriminadas y atacadas como obstáculos mayores al orden y progreso nacional, así como a programas unitarios y centralizados de desarrollo.

obstante, si se reconoce pluralismo jurídico, casi siempre se introduce la figura menos radical del pluralismo jurídico *unitario* en que se mantiene una relación de subordinación entre el Estado con “su” derecho nacional y el otro sistema.

Una excepción importante acerca de esta revalorización de derecho y autoridad autóctonos se da en países donde reina un neoliberalismo radical, el cual rechaza drásticamente la idea de que haya islas de bienes de comercio o producción fuera del mercado, en manos de pueblos y autoridades que no se dejan mandar fácilmente desde las posiciones altas del Estado. El concepto de territorio indígena no sólo les da asco a los políticos por sugerir un Estado dentro del Estado (sugerencia completamente falsa) sino también por sugerir una pérdida considerable de oportunidades unilaterales de explotación económica de los recursos locales. Aunque no hay autonomía sin restricciones, sin mecanismos de articulación de intereses locales y nacionales, por ejemplo, para garantizar que los intereses nacionales en el caso necesario prevalezcan sobre los intereses locales, estos mecanismos no proporcionarán la misma facilidad con la que ahora entran empresarios y autoridades en zonas indígenas. Este temor, probablemente, explica la actitud del gobierno de Chile que hasta ahora mantiene una ley de aguas que quita al agua su carácter colectivo, su carácter fuera del mercado (Castro, 1996). También la política oficial chilena niega totalmente el derecho de las comunidades campesinas e indígenas que se está poniendo en la práctica durante siglos atrás; la misma tendencia neoliberal se manifiesta en el Perú.

Los conceptos sociales de derecho indígena, pluralismo jurídico y autonomía

Para agilizar el debate sobre propuestas de coordinación entre el derecho indígena y el orden legal nacional (e internacional) se necesita un aparato conceptual cuyo diseño sigue a continuación.

Desprecio terminológico del derecho indígena

Un concepto clave en los debates actuales sobre el derecho es el sentido y alcance del pluralismo jurídico, en particular del derecho indígena. Este derecho se incluye dentro de un gran grupo de “derechos”, tipos de derecho no estatales, que se resumen a menudo bajo el lema *folk law*, derecho informal y otros. Todos estos términos tienen un carácter ambiguo –hasta peyorativo–, ya que muchas veces se orientan a reafirmar la existencia de en el derecho dominante, creado y sancionado por el Estado.

Particularmente el término derecho consuetudinario tiene rasgos negativos. Sugiere que su base de eficacia y validez reside en el visto bueno del Estado así como en la ideología jurídica dominante al derecho consuetudinario se le suele asignar, igualmente, un papel subordinado o subsi-

diario, puesto que es tomado en cuenta sólo cuando el derecho oficial deja un espacio abierto, por ejemplo, para ser aplicado de manera supletoria a las normas jurídicas estatales. De esa manera no es sustitutivo al orden legal dominante y no es reconocido como sistema de regulación y control con plena vigencia y autonomía para ejercerse dentro del territorio (Iturralde y Krotz: 98). A menudo las regulaciones constitucionales que otorgan reconocimiento a normas y procedimientos indígenas (como el artículo 171 de la Constitución boliviana) no explican claramente si se trata de derecho complementario o sustitutivo. Por interpretación de la Corte Constitucional de Colombia la fórmula del Artículo 246 de la Constitución colombiana que confiere facultad jurisdiccional a autoridades indígenas, ha otorgado al derecho indígena un carácter más amplio, sustitutivo.

Del carácter meramente complementario del derecho consuetudinario uno debe desconfiar. Con toda razón líderes indígenas responden a los antropólogos de derecho (y a los políticos) lo siguiente: “Nuestra producción se llama artesanía, y la de ustedes es industria. Nuestra música es folklore y la de ustedes es arte, nuestras normas son costumbres y las de ustedes son derecho”⁵.

Concepto social de derecho

Hay algunos investigadores que para definir lo que es derecho en su sentido social, optan por un concepto muy amplio según el cual es el conjunto de normas y prácticas morales y sociales que rigen la vida y las relaciones en los pueblos respectivos. Este concepto lleva a una dificultad grave, ¿cómo distinguir entonces el “derecho” de las costumbres, de la tradición, de las regularidades sociales y de las reglas de lengua y reglas morales que se presentan en la comunidad?

Otros prefieren enfocar el concepto alrededor de la presencia de autoridades sin “oficina” –no profesionalizadas– que tienen la competencia social de cuidar el orden social. De esa manera no se cubre el caso –relativamente raro ahora– de un pueblo tan poco diferenciado en sus instituciones que no se puede identificar a las personas que desempeñan el rol social de mantener orden. Orden hay, por supuesto, pero la vida social todavía no se ha diferenciado.

Otros autores combinan los dos aspectos del orden jurídico del derecho indígena, es decir, afirman que dentro de éste tanto el aspecto normativo como el de la tradición cultural juegan un papel determinante. La investigadora mexicana Carmen Cordero (1996: 3), verbigracia, conceptualiza este carácter dual, así: “el derecho consuetudinario se puede definir en una forma amplia como el conjunto de normas que rigen la vida y las

⁵ El autor mexicano Óscar Correas apuntó estas observaciones en un manuscrito preliminar a su artículo “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, publicado en la revista *Crítica Jurídica*, N° 14, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994.

relaciones en los pueblos y que la autoridad hacía o hace respetar u observar basándose en las costumbres jurídicas del pueblo, para evitar que alguien perturbe el orden público o la vida pacífica de la comunidad o cause perjuicio material (...)”. De acuerdo con la autora, y con otros doctrinantes como Correas (1994: 26), el concepto incluye y combina normas primarias y normas secundarias.

Dicho lo anterior, siguiendo las huellas de B. Tamanaha (1993, 1995), no es aconsejable tratar de combinar los dos aspectos, ya que fomenta la falsa sugerencia de que las autoridades siempre –por definición– se basan en “el derecho del pueblo” y expresan un sentimiento social y moral necesariamente común. Pero, sin sugerir que las autoridades indígenas suelen haber perdido sus lazos íntimos con su comunidad, hay que destacar que en todas las comunidades se presentan o se presentarán tensiones, conflictos entre el moral que inspira las normas promulgadas y aplicadas por las autoridades y la moral ejemplificada en las normas de conducta de los demás comuneros⁶.

Existe un dinamismo marcado dentro de las comunidades indígenas. Constantemente se deben inventar nuevas formas de coordinación y liderazgo, tales como la federación. Hace falta que los líderes antiguos y nuevos introduzcan nuevas reglas de conducta por ejemplo sobre la tala de bosques, aun en casos de uso doméstico, mostrando así conciencia de su tarea de mantener el uso sostenible de los recursos. A menudo hay una competencia grande entre autoridades tradicionales y autoridades del nuevo estilo, en torno a la facultad de emitir o garantizar normas de conducta para los miembros de la comunidad.

Lo mejor entonces, para fines comparativos, es definir el derecho en su sentido social como las normas para la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, cambiadas y mantenidas vigentes y sancionadas por los oficiales a quienes conforme a la normatividad pertinente se les otorgó el poder de ejecutar este cargo⁷.

Algunas situaciones que ilustran estas luchas internas pueden ser revisadas en los ejemplos investigados por Magdalena Gómez (en Chenaut y Sierra 1995: 193-219) como el caso de expulsión; otro ejemplo lo suministra el debate sobre la justificación de las normas que determinan la escasez de oportunidades para las mujeres indígenas de participar equitativamente en la gestión de la familia y de la política interna (Cfr. Simposio Indolatinoamericano de Jaltepec de Candayoc, 1995: 28-35). Para evitar confusión quiero subrayar que todo esto se ciñe al discurso académico. Hay otros discursos bastante importantes. En el derecho internacional por ejemplo ya se prevé el reconocimiento de que pueblos indígenas –bajo condiciones determinadas– tienen su derecho propio y tienen el derecho colectivo de practicarlo dentro de su territorio. No se dice exactamente a qué fenómenos se refieren con esta terminología. Al igual, en el discurso político, tal como el generado por la marcha por el territorio y la dignidad en Bolivia o la marcha semejante en Ecuador, se plantea su propio derecho indígena. Esto sirve para rechazar la tesis etnocentrista de que meramente el derecho nacional estatal incide en el orden social de la sociedad. Asimismo enfatiza la existencia de una comunidad distinta permeando todos los aspectos de la vida de sus integrantes, autorregulándose, que

Estas normas sí deben ser eficaces en el sentido de que se trata de una autoridad estable y no sólo presunta o usurpada. Al ser así funciona una institución que identifica, aplica y hace respetar normas de conducta. Pero no necesariamente son eficaces en el sentido de que reflejan automáticamente normas de conducta. Seguramente, si las autoridades no manejan normas que los comuneros estimen obligatorias, el derecho no tiene ninguna eficacia social, lo que me parece un caso límite. Normalmente parte de las normas emitidas o protegidas por autoridades no se cumplen en la práctica, mientras que otra parte se obedece regularmente. Por tanto, es mejor abrir espacio para estudios en que precisamente se investigue la relación entre el nivel de la normatividad en manos de la autoridad y el nivel de la conducta diaria de los demás comuneros, esto con el propósito de establecer qué tan eficaces son las normas consuetudinarias.

Pluralismo jurídico social

Con base en el concepto de derecho en su sentido social se puede pasar a definir pluralismo el jurídico en sus varias formas. Hay que distinguir el pluralismo jurídico social y el formal. Dentro del último, se distinguen dos tipos: el unitario y el igualitario.

La coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social no ha sido reconocida en el derecho oficial, salvo la posibilidad de que los jueces, en algunos casos, tomen en cuenta en sus providencias los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de normas de *folk law* sin ser esto un mandato formal de parte del derecho estatal.

No obstante, esta práctica en los operadores jurídicos constituye una situación que de hecho existe en muchos países. Cuando hay reconocimiento por el Estado de la existencia de varios sistemas jurídicos, se entra en el ámbito del pluralismo jurídico formal.

Pluralismo jurídico formal “unitario”

La coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social ha sido reconocida en el derecho estatal, incluso en la misma Constitución. Pero el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos.

La situación mencionada en la que se reconoce meramente un papel complementario al “derecho consuetudinario” cae bajo esta categoría. También la posibilidad de aplicación, sea excepcional o regular, por autoridades “de afuera”, de ciertas normas y costumbres indígenas en materias de carácter

como tal merece reconocimiento como entidad pública dentro del Estado. Por supuesto en este uso polémico de los términos no hace falta profundizar la esencia del derecho indígena. Pero en el campo de las investigaciones sí es imprescindible una clarificación.

familiar y patrimonial o en delitos menores, normalmente depende de la indulgencia de determinadas leyes o actitudes especiales que tomen en consideración una parte de la cultura local en algunos ámbitos. Aquí se manifiesta un pluralismo jurídico débil, es decir, unitario. El Convenio 169 de la OIT está dentro de este límite.

Sin embargo, lo anterior no significa una autonomía del derecho indígena. El pluralismo jurídico unitario es fruto del deseo social de respetar algunos rasgos culturalmente distintos y de reconocer sus leyes o procedimientos. Muchas veces las políticas de reconocimiento del derecho indígena no van más allá de esta atención selectiva. Son políticas de compensación de las desventajas sufridas por quienes son miembros de un grupo marginado, minoritario. Se contempla generalmente la multiculturalidad en unas leyes pero no se reconoce la existencia y validez legal de todo un sistema de derecho indígena. No es que estas compensaciones no valgan, sino que no se equiparan al pluralismo jurídico en su sentido más maduro.

Pluralismo jurídico formal “igualitario”

En este caso, el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos. El derecho oficial en esta perspectiva del pluralismo jurídico reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional.

Entonces, reina una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho (Esteban Krotz, citado en Chenaut y Sierra, 1995:351). El derecho indígena sustituye al derecho nacional en los ámbitos sociales donde su aplicabilidad es prevalente. Anteriormente, entre las elites y abogados se observaba que este tipo de pluralismo jurídico formal igualitario era un retroceso en la evolución política de la nación (Stavenhagen, 1990: 44, nota 9, citando a Aguirre Beltrán, 1981). Salvo en las elites de algunos Estados que confiesan un neoliberalismo radical, ya no mantienen esta idea de una evolución uniforme hacia una nación, una cultura y una sociedad homogénea.

Los dos tipos de pluralismo jurídico formal pueden complementarse, en el caso de que, aparte de la plena autonomía del derecho indígena (o de varios sistemas distintos indígenas) en la aplicación de las leyes y los reglamentos nacionales, se tome en consideración la cosmovisión y/o la cultura específica de uno de los partidos involucrados. El aspecto pluricultural debe reflejarse en todas las leyes y procedimientos (Simposio Indolatinoamericano, 1995: 5 y 57).

Reglas y procedimientos legales federales

El carácter del pluralismo igualitario no se pierde cuando hay una reglamentación que fije límites para la vigencia del derecho indígena en el ámbito territorial o personal. Por ejemplo, es concebible una regulación que estipule que este derecho tiene vigencia solamente cuando se trata de dos personas miembros de la misma comunidad, mientras para conflictos mixtos entra en vigor el sistema nacional o un sistema de reglas especiales –que no son reglas materiales sino sencillamente reglas de referencia– que indican por cuál sistema pueden optar los operadores jurídicos. En el derecho occidental se llaman reglas del derecho privado internacional.

Es importante tener presente que todo sistema de pluralismo jurídico formal igualitario implica la existencia de reglas del tipo mencionado arriba, es decir, reglas que conciertan las competencias de dos o más derechos que convergen en el tratamiento de una situación. A condición de que estas reglas no puedan ser cambiadas unilateralmente por la autoridad nacional, no se le quita su carácter autónomo al derecho indígena.

Entonces, para instituir sistemas de pluralismo jurídico formal –el tema de este escrito– hace falta reflexionar sobre la manera como se articulan los dos o más sistemas. Dado que las maneras de concertar tipos distintos de derecho normalmente revisten formas legales y políticas, vale la pena denominar este tipo de reglas de concertación como reglas y procedimientos legales federales⁸.

Estas reglas federales son reglas de derecho formal nacional que, en una situación de pluralismo jurídico formal, tienen la vocación de asegurar valor legal y definitivo (caso juzgado) a soluciones y decisiones producidas en, y tomadas según las normas y los procedimientos propios de los sistemas de derecho y autoridad indígenas. También establecen los ámbitos de competencia de los mismos y las normas de dirimir conflictos de competencia así como las instancias y los procedimientos de apelación.

Esto no quiere decir que solamente se reconozca derecho indígena en forma de una federalización del Estado en que todo el territorio nacional se halle dividido en departamentos, estados o provincias más o menos autónomos del mismo tipo y rango constitucional. Así son constituidos los estados federales como Estados Unidos, México o Canadá. Se puede extender este concepto a la situación que instituye una nueva provincia como Nunavut en el norte de Canadá, que como entidad pública en ningún aspecto se distingue de las demás provincias, pero que al ser el territorio donde viven los Inuit, de hecho puede servir como modelo de otorgamiento de autonomía a los Inuit que son la población mayoritaria allí. Hay otras reconstrucciones

En el derecho civil internacional se usa el nombre reglas de conflicto para indicar reglas que tienen una función igual.

federativas donde se reconocen territorios especiales otorgándoles un estatuto especial (“privilegiado” como dicen miembros reacios de la elite), bien sea por su carácter multiétnico como la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua (RAAN), o étnico como las comarcas de Panamá. La reglamentación que consagra este último tipo debe instituir autonomía y también incluir el concepto de reglas y procedimientos legales federales expuesto aquí.

Surge a continuación la pregunta central: ¿qué reglas federales promueven una autonomía política genuina que sirve a las necesidades de la comunidad entera? Para responder es necesario tratar el tema de la autonomía en sus variadas dimensiones.

El concepto de autonomía

Arriba se ha usado el concepto de autonomía de manera bastante indiscriminada. Hay varios ámbitos de autonomía, tales como la autonomía política, social, cultural, económica, etcétera.

La autonomía política, se entiende como una forma de encarnar el derecho de libre determinación que incumbe a los “pueblos”. Se refiere a la capacidad formalmente garantizada en manos de una comunidad, un territorio o ambos, de autogobernarse, de tener su propio gobierno y territorio, de autogestionarse y de administrar recursos según sus propias normas y criterios. (Iturralde y Krotz 1996:113). Esta capacidad puede ser ubicada dentro del orden político-legal internacional, es decir, se encuentra garantizada por el derecho internacional. Se trata de la soberanía de los Estados. Pero me restringiré a la “autonomía interna” (*home rule*) excluyendo los casos en los que los pueblos indígenas aspiren a la independencia total (secesión) del Estado. No se trata de negar la legitimidad de los intentos de conseguir independencia total, por la que luchan ciertos pueblos, pues prácticamente la gran mayoría de los pueblos indígenas optan justamente por la autonomía interna. Tampoco de abarcar la especial situación de aquellos pueblos que pugnan por tener autonomía por el mero hecho de que el territorio en que viven está situado fuera del territorio efectivamente controlado por el Estado nacional.

Hablar de la autonomía interna es hablar de todo el país, para parafrasear un dicho de un dirigente indígena de Bolivia, don José Guasebe, dirigente de la Central de los Pueblos Indígenas del Beni (CPIB). Es decir, la autonomía política interna implica la existencia de un régimen nacional político-legal de devolución de poderes legislativos, administrativos y jurisdiccionales en cuanto a un ámbito amplio de asuntos de vida, así como poderes de participación en la renta nacional y en la toma de decisiones nacionales o provinciales que afecten la vida de un grupo específico de individuos y/o de los habitantes de un territorio determinado.

Hay una gran diferencia en grado y alcance de los poderes en manos de las comunidades o territorios autónomos. Los dos casos extremos son:

- a) El caso en que están conferidos poderes legislativos meramente en algunos terrenos y/o limitándose a carteras menos importantes (poder legislativo limitado, por ejemplo, sin facultad de autogestionar recursos). En cuanto a los poderes administrativos limitados se refiere a la simple ejecución de políticas superiores y no tanto a las decisiones sobre el contenido de tales políticas.
- b) Otro caso es aquel en el cual se confieren poderes legislativos en muchos terrenos –incluyendo a veces las carteras más importantes–, y amplias facultades legislativas, administrativas, jurisdiccionales, financieras y otras.

Opino que un territorio o una etnia que solamente tiene el poder de participar en las modalidades de ejecución de políticas superiores, sin poder legislativo ni poder de (co) determinar las políticas mismas, no merece la calificación “autónomo”. Por ejemplo, aunque se adoptan políticas de participación popular para forjar la modernización del Estado y de la sociedad entera, estas políticas de descentralización no implican reconocimiento de autoridad pública en manos de pueblos indígenas. Fácilmente se pueden imaginar los conflictos entre las políticas oficiales y las políticas inspiradas y basadas en una cosmovisión e intereses muy diferentes, impulsadas por las entidades de base indígenas o campesinas. Particularmente, existe este riesgo cuando la participación popular se concibe meramente como medio para agilizar procesos de gestión o ejecución de políticas trazadas en los ministerios nacionales o por las burocracias municipales, sin competencia formal para poder incidir también en la toma de decisiones máximas, es decir, sobre las líneas generales de las políticas y su elaboración; una participación popular así suele fracasar por estar restringida a detalles ejecutivos de las mismas que son dictadas en otro sitio (Depew, 1994).

Evidentemente, hay una escala de situaciones muy diferentes que impide trazar una línea exacta entre modelos que no merecen el nombre de autonomía política y los que sí lo merecen.

Con una autonomía política (del tipo amplio) se presenta para los habitantes del territorio étnico una gama de oportunidades de autogobernarse en asuntos importantes como las maneras de seleccionar a los dirigentes, de vivir y recuperar sus valores, de promoción y estudio del idioma, etcétera. Normalmente implica autonomía cultural y social. Sin embargo, es posible que a la autonomía política le falte reconocer un dominio pleno o suficiente sobre recursos o sobre la educación o la salud. Hay que destacar que no hay autonomía política amplia sin economía propia, sin influencia decisiva en la educación básica, sin facultad de decidir libremente qué tipo de medicamentos a preferir. En fin, la autonomía política suele promover autonomía en otros ámbitos, pero mucho depende del grado o alcance de la autonomía concedida y de su efectividad.

Tres conceptos de autonomía política

En los debates a menudo se confunden tres conceptos de la autonomía política formal, efectiva y propia. Veamos:

La autonomía política formal se refiere al régimen político-legal esbozado antes. Básicamente se investiga por vía de estudios jurídicos comparativos.

La autonomía política efectiva responde a la pregunta ¿hasta qué punto se cumplen las normas de devolución de poderes que definen las competencias mutuas de las instituciones estatales –en sus entes territoriales– y las que pertenecen al territorio o comunidad autónoma? Muchas veces las atribuciones autónomas no se cumplen en la práctica; el Estado sigue otorgando concesiones forestales en la zona autónoma de RAAN (Nicaragua) aunque la Constitución y la ley orgánica dicen que queda prohibida esta actuación (Acosta, 1996; Anaya y Crider, 1996).

La autonomía política propia o genuina es aquella que se justifica al plantear el tema de la autonomía plena o del autogobierno, se la suele defender alegando que ésta contribuirá al desarrollo sano del pueblo o del territorio involucrado (Simposio Indolatinoamericano, 1995: 27). Entonces se plantea la difícil y decisiva cuestión de ¿para qué y para quiénes sirve esta autonomía política formal y (supongamos) efectiva?. ¿Cómo se manifiesta este desarrollo? Claramente implica un aporte importante a las necesidades de la comunidad tales como son definidas en un proceso de consulta y toma de decisiones libre dentro de las comunidades involucradas. Se trata de un proceso de libre determinación del valor y desarrollo de las instituciones, metas y políticas de la comunidad, así como de sus relaciones con la sociedad mayor y el mundo internacional.

La autonomía política pública y étnica

Según el tipo de reglas federales se distinguen dos maneras diferentes de plasmar la autonomía política: la autonomía pública y la autonomía étnica.

a) Autonomía pública (gobierno público) o autonomía “etno-nacionalista” (María Sierra, 1995: 245)

El Estado ha conferido poderes legislativos, administrativos o judiciales a órganos locales con base en el concepto de la soberanía estatal legal. El Estado se reserva la competencia de anular esta transferencia y de retomar los poderes conferidos. También suele reservarse la competencia exclusiva de dictar leyes plenamente válidas referentes a asuntos dentro de la competencia local, o de dirimir conflictos de competencia entre las dos jurisdicciones, por ejemplo, la descentralización del Estado por medio de la Ley de Participación Popular en Bolivia.

Esta autonomía suele implicar algún grado de pluralismo legal unitario, aunque no necesariamente. Es concebible una descentralización del Estado sin reconocimiento de la presencia, con validez legal, de otro derecho ni de una otra institución de autoridad. Lo más decisivo es que no se concibe la sociedad como una “federación” de comunidades distintas. Particularmente, cuando hay una región mixta, donde viven miembros de varias comunidades, indígenas y no indígenas, es difícil reconocer el otro derecho y la otra autoridad. ¿El derecho de quién? ¿La autoridad de qué tipo de comunidad? Así es la situación en RAAN y RAAS en la Costa Atlántica de Nicaragua o en el altiplano del Ecuador o Bolivia.

Para complicar más lo dicho, dentro del régimen constitucional de RAAN y RAAS se otorga validez legal al derecho indígena de unas comunidades dentro del territorio autónomo, con este ejemplo se ilustra un sistema de autoridad pública con elementos de una autoridad étnica.

Normalmente, el autogobierno público no contiene garantías especiales para que no se limiten unilateralmente las atribuciones del territorio en cuestión. Se trata de una concesión y no se dan reglas que exijan negociaciones equitativas entre las capas sociales involucradas para fijar o cambiar las competencias mutuas. Pero hay casos de un gobierno público dentro de un sistema federal (Nunavut, en Canadá) en el cual todas las partes federales (las demás provincias) están bien protegidas contra un cambio unilateral (o contra un cambio dominado por sólo una de estas partes) de las estructuras políticas. Las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, en Nicaragua, son otro ejemplo. No es autonomía étnica, pero como autonomía pública no se suprime (legalmente) con la misma facilidad con la que se suelen modificar las leyes nacionales. Entonces, hay casos de autogobierno público que efectivamente se acercan a la categoría siguiente, la autonomía étnica. No obstante esta excepción, el tipo “público” se calificaría como una autonomía limitada.

b) Autonomía étnica: sistema de pluralismo jurídico formal igualitario

Ésta reconoce la existencia de comunidades distintas de índole étnica dentro de la sociedad nacional que, como tal, tienen el derecho de desarrollar su propio sistema de instituciones, entre otros su derecho propio, como una parte diferente pero de igual valor al orden político-legal del país. La transferencia de poderes afirma la situación social donde existen dos o más sistemas de derecho y de autoridad legítimos. Este reconocimiento legalmente no puede ser revocado ni delimitado fácilmente. Se basa en el reconocimiento de que existe un sector social diferenciado del resto de la sociedad nacional que, en vista de su situación social débil y/o su historia, con debida razón reclama y obtiene el derecho colectivo de tener un espacio propio dentro del orden político-legal (Roldán, 1996: 54). En este tipo de autonomía, para reajustar las relaciones “federativas” se necesita una consulta especial de toda la población según un procedimiento especial. En este pro-

cedimiento se encuentran, o deben encontrarse, garantías para prevenir una toma de decisiones con una mayoría sencilla u otras maneras de subordinar fácilmente el territorio o pueblo autónomo.

En este modelo podemos calificar la autonomía política como profunda. Un pluralismo jurídico igualitario implica la autonomía profunda. El otro pluralismo jurídico formal puede manifestarse sin régimen coexistente de autonomía política, o, en otro caso, con la autonomía política limitada.

Con fundamento en este aparato conceptual se abordarán situaciones clave en las que se impone la cuestión de cómo plasmar un pluralismo jurídico al nivel legal y político nacional. Se distinguen tres campos importantes y decisivos de intercambio de normas y procedimientos diversos a nivel penal, civil y administrativo. Revisémoslos brevemente.

Reconocimiento del derecho penal y del poder jurisdiccional indígena, su concertación con el derecho nacional

Abordando primero el derecho penal indígena (término etnocentrista, aunque cómodo) se observa que, entre otras, la Constitución Boliviana en su Artículo 171 reconoce una administración de justicia indígena por las “autoridades naturales”. Hasta ahora no se ha dado seguimiento al mandato constitucional de promulgar una ley de concertación de los dos niveles y tipos de administración de justicia. Autoridades públicas bolivianas y expertos privados están ponderando sobre cómo instituir el pluralismo jurídico en materia penal. En vista de las diferencias a menudo grandes entre uno y otro sistema, no hay soluciones sencillas. En un encuentro en Cochabamba sobre “Prevención de conflictos y solución en comunidades indígenas” (1995), se dieron a conocer algunas prácticas ambiguas de parte de las autoridades policiales nacionales y departamentales. Durante años la policía oficial y los juzgados oficiales no han hecho presencia en gran parte del territorio boliviano, debiendo las comunidades autorregularse, lo que hacen con eficacia; por ejemplo, apoyadas en comités de vecinos, asambleas generales y otras formas de organización comunitaria han venido resolviendo los conflictos de intereses entre las personas. Entonces, existe un derecho local de hecho, un pluralismo jurídico social en la materia penal. Pero de vez en cuando, la policía entra en el local del comité y detiene a sus miembros por haber usurpado poderes públicos que no tienen y por haber privado a los comuneros de sus bienes o de su libertad ilícitamente.

Una autonomía sin poder jurisdiccional no vale. Con razón las constituciones de Bolivia y de Colombia otorgan esta facultad de decir justicia, aunque las maneras de concertación y de articulación entre una(s) jurisdicción(es) indígena(s) y la nacional se ha tardado.

No hablamos de una autonomía ilimitada, una especie de independencia. Esto no es posible ni viable dentro de una sociedad íntegra. En ningún sistema federativo existe esta independencia absoluta en torno a materias como la administración de justicia. Ni los pueblos indígenas la reclaman. Nuestra perspectiva va más en el sentido de lo expresado en la Declaración del Servicio del Pueblo Mixe, que enfatizando por un lado el debido respeto a la naturaleza propia de su ordenamiento jurídico, y opinando por otro lado “que en esos casos los mismos indígenas debemos hacer el esfuerzo de ir adecuando todas nuestras normas y sanciones al pleno respeto de los derechos inherentes a la naturaleza humana, pues creemos que éste debe ser el marco al que deben ceñirse todos los ordenamientos jurídicos” (Servicios del Pueblo Mixe, 1995: 25), logra armonizar los dos sistemas normativos.

Esta última toma de posición Mixe parece representar un punto de vista común entre los comentaristas indígenas. Abre espacio para la autocrítica del sistema de justicia y normatividad. En el Simposio Indolatinoamericano sobre Derecho Indígena y Autonomía (1995), se discutió la posición socio-jurídica de la mujer. Varias participantes hicieron hincapié en su insatisfacción por la desigualdad existente entre hombres y mujeres en cuanto a la participación en la vida política interna y en la vida familiar. Se criticaron ciertas prácticas y aspectos de la normatividad vigente, pero no es claro aún cómo promover y garantizar un espacio para esta autocrítica. ¿Por qué no dejarlo a la comunidad involucrada? Dejarlo a la comunidad presentaría un privilegio demasiado grande, ya que hasta los Estados mismos se encuentran bajo un sistema internacional de tutela en torno a los derechos humanos. Suscitara la sospecha infundada de que las comunidades indígenas quieren una independencia en lugar de una autonomía.

Sabemos que la sociedad mayor no aceptaría poderes legislativos y judiciales en manos de comunidades distintas sin sistemas de concertación de estos poderes y de los principios estimados como básicos en el país entero⁹. Además, hay problemas bastante graves en cuanto a la aplicación de unos tipos de penas. Sirve al interés de todas las comunidades étnicas saber mostrar que la autonomía no implica el sometimiento de las mujeres u otros miembros de la comunidad.

Sobre todo lo visto, se tienen dos conclusiones:

- a) Es necesario plasmar reglas y procedimientos federales, coordinando los dos o más sistemas de justicia.
- b) Dentro de este cuadro se necesita un sistema de tutela jurídica superior y decisiva por vía de la cual las decisiones locales pueden ser sometidas a la prueba en lo que se refiere a su compatibilidad con normas de un rango superior.

En Australia, en el famoso caso Mabo sobre el reconocimiento de derechos territoriales de los aborígenes, los jueces estipulan que un reconocimiento debe quedarse dentro de los *sketal legal principles* (principios básicos) del orden legal nacional. Ver Butt y Eagleson, 1993.

Surge entonces la cuestión de cómo llevar a cabo la “comprobación” de prácticas públicas o privadas a la luz de principios rectores de una gran envergadura (del tipo derechos humanos básicos). ¿Cómo se puede legitimar una tutela estatal en favor de individuos de las comunidades involucradas? En Colombia desde hace varios años ya se está practicando tal tutela¹⁰, por vía de los jueces y de la Corte Constitucional. Cada individuo colombiano puede recurrir a instancias especiales buscando protección contra decisiones de las autoridades locales que presuntamente violaban sus derechos humanos, consagrados en la Constitución. De la misma forma, con la creación de la comisión estatal de derechos humanos en México, las personas que se sienten afectadas por decisiones locales recurren a esta autoridad (Simposio Indolatinoamericano: 34; también Magdalena Gómez, en Chenaut y Sierra, 1995). De esta forma queda un poder apreciable de control en manos de abogados y jueces no indígenas. Éstos, aún siendo partidarios del concepto de la pluriétnicidad y pluriculturalidad de la nación, incluso de su orden legal, dictan y determinan el alcance de la autonomía unilateralmente y quizás sin tener en cuenta la esencia de esta autonomía local.

Hay que colocar este problema dentro de su marco apropiado. En muchos países ni siquiera hay un mínimo de reconocimiento para dar espacio a un funcionamiento independiente de órganos e instituciones indígenas. Al contrario, los tribunales ordinarios, tanto como sus empleados y los abogados, manifiestan por regla general una ignorancia –hasta desprecio– por los culturalmente diferentes, por ser procedimientos y reglas de la justicia penal indígena.

Tal vez se deba a que, hablando de la administración de justicia, en lugares con una marcada presencia de población indígena, la mayoría de las personas sometidas a juicios penales y por tanto a penas de prisión, procede de los pueblos locales aborígenes. La “justicia blanca”¹¹ y la justicia local chocan dramáticamente en lo que afecta a procedimientos y visiones generales sobre objetivos y formas de sancionar. Esta situación no sólo requiere un cambio institucional sino también trabajos educativos continuos, como el que realizó, por ejemplo, la antropóloga colombiana Esther Sánchez (1992)¹², autora que participó en una obra de teatro, que puso en escena la confusión fundamental entre los conceptos indígenas sobre la comunidad, el crimen y el castigo, y los del Estado colombiano.

¹⁰ Sobre el impacto de la jurisprudencia de la Corte colombiana en cuanto a la posición legal y social de los pueblos indígenas, consúltese a Esther Sánchez, 1998.

¹¹ En un video titulado *White Justice* se da una imagen intensa de la alienación que sufren los inuit de una comunidad nórdica (en la provincia de Quebec) a consecuencia de la “justicia blanca” de los canadienses. El video fue producido en 1987 por Informa Action. Es distribuido por Cinema Guild, 1697 Broadway, New York, NY 10019, tel. 246 5522, fax. 246 5525.

¹² Aquí también cabe mencionar a la antropóloga mexicana Magdalena Gómez.

Tomando en cuenta esta relación de desequilibrio entre ambas jurisdicciones, el sistema colombiano ofrece tanto un reconocimiento explícito de una administración de justicia en manos de los cabildos indígenas como un sistema de tutela adecuado de los derechos, constituyendo esto un gran paso adelante, tanto más que la Corte cuando ha ponderando casos en los que surgen conflictos sobre la naturaleza y el alcance de la jurisdicción indígena, ha observado estrictamente un concepto de autonomía indígena amplia.

Aunque los mecanismos de protección y vigilancia de la justicia indígena pueden ocasionar un abuso grave y hasta represión indirecta del espacio libre de una jurisdicción indígena, es imprescindible aceptar una forma de tutela pero todo depende del método jurídico, de los criterios y las actitudes del personal profesional que asume la tutela.

Para instituir estos límites de una manera prometedora, permitiendo el desarrollo de una autonomía genuina, tenemos que impugnar toda cláusula –encontrada en muchas constituciones– según la cual las autoridades locales tienen todas las facultades en tal o cual materia “siempre y cuando no contravengan las leyes nacionales (o las leyes de la república) ni la constitución”.

Esta fórmula debe ser rechazada enérgicamente. Con esta fórmula no se reconoce el pluralismo jurídico; al contrario, dice que solamente cuando lo tolera el orden legal nacional, se aceptaría la normatividad local. Eso no significa autonomía. A lo sumo conforma un sistema de pluralismo jurídico unitario. Igualaría a la situación colonial en que se aceptaba el otro derecho siempre y cuando no fuera repugnante para la gente civilizada británica o holandesa. El meollo de la cuestión es precisamente el reconocimiento de sistemas distintos, hasta contrarios, de derecho y de autoridad. La OIT en su Convenio 169, Artículos 8 y 9, desafortunadamente, no va más allá de este tipo de pluralismo jurídico unitario.

La Corte Constitucional de Colombia, interpretando este tipo de fórmula limitadora, dice que “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales”, pues “de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”.

La Corte nos ha enfrentado con el problema, por ejemplo, del conflicto que se presenta entre una pena impuesta por la comunidad a un comunero para que haga trabajos obligatorios en el servicio de la comunidad y el concepto de trabajo forzado defendido por la Constitución¹³. El método adoptado por la Corte de Colombia no significa automáticamente que esta pena comunitaria sea inválida. Vamos a examinarlo.

Profundizando el tema de la tutela contra prácticas violadoras de los derechos humanos, es interesante destacar el método que usa la Corte

¹³ Así dice por ejemplo la Constitución mexicana: “Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento” (Artículo 5).

Constitucional de Colombia. Más adelante se tratará el mismo caso del cual se tomó la fórmula de interpretación “siempre y cuando no contravengan...”. Su método de contraponer los intereses autónomos de las regiones, de posibilitar la práctica de su autonomía y la realización de los intereses de individuos dentro de esas comunidades parece adecuado. Aunque en el caso presentado a continuación, también hay elementos débiles en el razonamiento.

El caso es el siguiente (Sentencia T-349, 8 de agosto 1996)¹⁴. Un exdirigente indígena en estado de embriaguez mató a un comunero. Fue capturado por los auxiliares locales del cabildo local. Se le encerró en el calabozo de la localidad. Se escapó una semana después y se entregó a la Fiscalía colombiana. La Fiscalía inició una investigación y, mientras tanto, el Cabildo Mayor Único de Risaralda le comunicó que éste había sido condenado a ocho años de cárcel. Un mes después la asamblea general de la comunidad resolvió aumentar la condena a 20 años de cárcel. Supuestamente el sindicado fue una persona que durante su cargo de dirigente se comportó muy mal; hubo más acusaciones. El defensor de oficio sugirió interponer tutela, la que efectivamente fue interpuesta por el acusado.

Es de anotar que la sentencia de la Corte se restringe a casos, como el del objeto de este fallo, en los que la comunidad juzga comportamientos de sus miembros (a diferencia de casos en los que se ven involucrados miembros de otras comunidades indígenas distintas o de la sociedad “blanca”, y casos “mixtos”, que quizás necesiten otros principios limitadores). Se debe tener presente esta restricción del alcance del fallo.

Los siguientes comentarios se restringirán a dos puntos, uno sobre el método que usa la Corte –método sano en opinión del autor–, y otro sobre el resultado menos convincente.

1. La Corte aborda ampliamente el principio constitucional de la protección a la diversidad cultural, consagrada en la Constitución colombiana en los Artículos 10, 70, 171 y 176, entre otros. Con toda justificación alega que, para determinar el contenido de este principio, hay que tomar en consideración que los elementos sociales conforman una cultura, o mejor dicho, una etnia. Luego de tratar dos condiciones –una subjetiva (la auto identificación) y una objetiva (características objetivas tales como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas)– se deduce “como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por tanto, la de minimización de las restricciones a las in-

¹⁴ Ciro Angarita entra en un análisis profundo de las sentencias de la Corte referentes a pueblos indígenas en una ponencia presentada al seminario de expertos “Régimen constitucional y pueblos indígenas en países de Latinoamérica (1995, Colombia). Las ponencias fueron publicadas en Coama, 1996. Consultar también a Ciro Angarita *et al.* (1995). Sobre las prácticas de la tutela y sus efectos sobre la autonomía indígena, ver también a Esther Sánchez, 1998.

dispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”. Una conclusión feliz con fundamento en un razonamiento antropológico sano. De esta forma se evita la práctica común, pero nefasta, de evaluar una decisión local directamente a la luz de una lista de derechos humanos y otros principios básicos del orden legal nacional. Entre esta lista de derechos y la evaluación de la decisión local, según la Corte, se interpone el peso del principio de la maximización de la autonomía indígena. Cualquiera que sea el resultado de examen de la decisión local, el método es sano. Este fallo colombiano conforma el primero en todo el mundo en que se muestra este método. Su difusión a gran escala puede ayudar a ampliar las experiencias en otros ordenamientos con pluralismo jurídico.

2. El segundo punto se refiere al resultado, particularmente al método de buscar principios a través de los cuales se pueda determinar “cuáles son los límites que la Constitución impone al ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades de las comunidades indígenas” al juzgar la conducta de uno de sus miembros. Hay que determinar estos principios antes de poder comprobar, en el caso objeto de revisión, si fueron sobrepasados estos límites.

El método es escrutar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos adoptados por el Estado de Colombia, que además cuenten con un amplio sustento internacional. De este escrutinio, según la Corte, se deducen tres principios intangibles: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Aunque en la tutela se alegó por ejemplo tortura durante la semana en el calabozo, la Corte no hizo caso de esta alegación.

Aparte de estos derechos humanos “clásicos”, la Corte reconstruyó otro principio limitativo, con fundamento en el Artículo 246 de la Constitución que reconoce la autonomía indígena de dictar justicia, salvaguardando la legalidad en el procedimiento, la legalidad de los delitos y de las penas. Aceptado este principio, se deducen varios principios más concretos. Uno es el del debido proceso, parte del cual es un derecho de defensa. Otra vez, a la luz de las tesis del acusado, invocando este principio, la Corte repitió su punto de partida bien sano: “... dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta”.

Con fundamento en un razonamiento antropológico, la Corte no concedió tutela por violación del derecho al debido proceso, a una defensa, etcétera. Pero, según la Corte, el principio de la legalidad conduce también a la exigencia de que las actuaciones de las autoridades sean previsibles.

El acusado tiene que tener “un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades”. Lo que era previsible para el actor, dice la Corte, después de citar estudios antropológicos sobre el ordenamiento jurídico de la comunidad, es que se impusiera una sanción de alrededor de tres años de trabajo forzado dentro de la comunidad y de cepo. Así era la práctica. La otra opción bien conocida por todos era la remisión de un caso a la justicia ordinaria. Pero nunca se podría prever la imposición de una sanción completamente extraña a su ordenamiento jurídico: “una pena privativa de la libertad que debía cumplir en una cárcel ‘blanca’...”.

No es que la Corte juzgue que la duración imprevisible de la pena en sí ya signifique una violación del principio de la legalidad, “ya que la duración de la sanción sí puede ser objeto de modificaciones, según las costumbres de la comunidad”. Hace énfasis en la previsibilidad del tipo de pena. De acuerdo con esto, la Corte decidió conceder tutela (restringiéndose al asunto del tipo de pena) y le otorgó a la comunidad la facultad de decidir “si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales o si, por el contrario prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria”.

Otra vez la Corte obra con prudencia y claramente está tratando de respetar en lo posible la autonomía de la comunidad para decidir sus asuntos (expresión que se usa en el fallo mismo). Pero no parece convincente la idea de que la Constitución colombiana consagre el principio de la legalidad en este sentido. La frase del Artículo 246 C. “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos...”, hace referencia a la existencia del derecho indígena, es decir, a un orden social típico que se manifiesta, entre otras, en maneras más o menos constantes de concebir, tipificar y definir actos que deben ser reprimidos colectivamente (“delitos”) así como maneras más o menos constantes de procesarlos. En otras palabras, el artículo simplemente dice: se reconoce el derecho indígena. Desde este punto de vista hay que subrayar que no es el elemento de constancia o durabilidad lo que es decisivo, simplemente se reconoce la cuestión de la existencia de un derecho indígena.

No obstante hay que considerar un caso límite, como es aquel en el cual hay tanta variedad de prácticas jurisdiccionales que hacen prácticamente imposible identificar las prácticas de mantenimiento del orden jurídico. De igual manera, no siempre es fácil identificar qué prácticas sociales conforman el derecho indígena. Se abre acá el debate sobre los fenómenos que cuentan como indicadores de esta existencia.

El Artículo 246 C se refiere a esta existencia del derecho indígena y basta. Esta fórmula al efecto se encuentra en otras constituciones, así como en muchas leyes. Con esta fórmula el constituyente no indica principios limitadores, sino solamente indica que las normas y los procedimientos son los de la comunidad involucrada. Podríamos levantar la cuestión de cómo afirmar que cualquier tipo de normas y procedimientos es “pro-

pio". Faltando procedimientos formales de emitir normas, tenemos que dejar la respuesta a la comunidad misma. No hay otra solución. La comunidad misma es una entidad dinámica. Quizás quieren modificar sus normas y prácticas de manera abrupta, hasta adaptarse a principios y tipos de pena no indígenas. ¿Quién juzgaría si este cambio se basa en el deseo genuino común o sólo expresa políticas partidarias de la elite local? Parece prudente, por ejemplo, que la Corte no entre en la cuestión de si una pena de duración más larga que de costumbre justifica una intervención.

La conclusión es que a partir del Artículo 246 C no se puede deducir nada en cuanto al tipo del principio de la legalidad. Pero es concebible que una Corte opine que la autonomía de las autoridades locales indígenas no debe extenderse sin límites (salvo los tres derechos humanos intangibles). Ninguna autoridad de ninguna parte de la sociedad, libre y caprichosamente, puede desviarse de sus políticas estándares. En las sociedades de tipo occidental el principio de la no-arbitrariedad de las decisiones públicas es de conocimiento general. No cabe espacio para profundizar en este principio ni para discutir su aplicabilidad en sistemas de reglas federativas. Pero obviamente, con esto introducimos una categoría de límites, de principios limitadores, menos universales que los derechos del tipo que prohíben la tortura y el derecho a la vida.

Estos principios no quedan consagrados claramente en la Constitución y aunque fuera el caso, simplemente no formarían parte de la lista de principios limitadores a la autonomía indígena. Entonces, se necesita un razonamiento muy especial para sustentar la vigencia de este principio de la legalidad, en el sentido ya restringido que asumió la Corte.

La conclusión del tratamiento del caso colombiano es que la tutela, tal y como se practica por la Corte, tiene rasgos muy positivos. No hay que comprobar simplemente los actos locales a la luz de una gran fila de principios supuestamente universales o por lo menos básicos dentro del orden legal nacional. Y los principios y las normas nacionales posiblemente no son ajenos a la práctica local. Cabe subrayar el gran valor constitucional de la autonomía indígena y luego balancearlo contra unos cuantos intereses individuales transcendentales, y por lo demás se debe dejar en paz la normatividad indígena.

También –en este caso– se manifiesta un elemento débil, el de “inventar” sin sustento propio un principio presuntamente básico de “legalidad” de los actos públicos de autoridad del resguardo. Aunque el resultado complace, no ocurre lo mismo con el fundamento en el que se basa.

Terminando el tema, cabe preguntarse ¿qué tipo de Corte puede actuar respetando el principio de autonomía del derecho de los pueblos indígenas?, o ¿de qué tipo debe ser el tribunal o la Corte que tenga por cargo dirimir conflictos de competencia entre dos o más sistemas de derecho, que no simplemente tienen una relación de subordinación pero se equivalen en su validez? Dejar la tarea en manos de los juzgados ordinarios no es

una solución muy satisfactoria. Los jueces ordinarios no suelen interesarse mucho en sistemas de derecho que desconocen. Entonces, mejor instituir un juzgado especial. Ya la Corte Constitucional de Colombia ha avanzado en la dirección de una Corte especial de este tipo. No obstante, una estructura legal verdaderamente pluralista e igualitaria exige una entidad que pueda contar con la confianza de todas las comunidades involucradas. El nombramiento de jueces debe organizarse de tal manera que también expertos indígenas puedan entrar en la Corte, o por lo menos que personas de afuera pero de confianza para las comunidades indígenas participen en las sesiones y decisiones de estas instancias judiciales. Todo esto sin desmedro de una gran calidad profesional jurídica.

Derecho civil, tenencia de tierra y recursos comunales en el orden legal nacional

Ya que la tierra con sus recursos constituye un conjunto de elementos de importancia vital para la vida social indígena, tenemos que prestar atención especial al régimen de derecho local pertinente. Se hará dentro de un reclamo más amplio. Como dicen los autores del informe “La Amazonia: economía indígena y mercado” de 1996: “Los pueblos indígenas no pueden alcanzar un desarrollo propio si no tienen control colectivo sobre su territorio y sus recursos”. La lucha por este control ha venido marcando todos los movimientos indígenas en los últimos quince años. Ahora, suponiendo la disposición de los grupos sociales dominantes a otorgar un grado de control del territorio y los recursos –por lo menos de los renovables– a comunidades locales, se discutirán maneras de concertar los dos derechos de “propiedad”.

Para entrar en el tema tenemos que conocer con mayor profundidad los rasgos de este derecho indígena referentes a la tenencia de tierra, al uso de los recursos naturales y de otros recursos, y tratar de revisar su congruencia, comprender sus sentidos y posibles formas de concertación respecto a las formas positivas del derecho civil preponderantes en la sociedad. Varias preguntas surgen al respecto: ¿cómo se concierta este derecho con los conceptos de propiedad, usufructo, prenda, alienabilidad, etcétera, del orden legal dominante de índole occidental que manifiesta principios y valores completamente diferentes? Las maneras de concertación que se pueden incluir en el caso de que no haya reconocimiento formal ¿favorecen o bloquean un desarrollo propio y genuino de las instituciones indígenas, particularmente de aquellas que regulan su economía?

Cada pueblo indígena tiene su derecho civil. El término “civil” se presta a una confusión grave. Dentro del mismo sistema de tenencia de recursos se encuentran reglas que designan a las autoridades una función de control y distribución de recursos, función que, en países occidentales, se encargaría a una autoridad pública.

Este derecho civil precisamente no tiene “código”, pero funciona como un sistema de derecho, en el sentido expuesto antes.

Se pueden estudiar las normas, los conceptos, valores y procedimientos a través de los cuales se otorgan derechos a la comunidad indígena sobre el control, uso, aprovechamiento o la administración de los recursos naturales ubicados en su territorio, bien para que dichas facultades las ejerzan miembros de la propia comunidad o personas extrañas. Hay que diferenciar entre varios tipos de recursos: el monte alrededor de la comunidad, los frutales, las chacras, el agua, las zonas con plantas medicinales y recursos minerales, entre otros. Se deben estudiar las maneras en que se distribuyen los ingresos o los productos de las chacras, de la caza o de la pesca. Se puede estudiar cómo está regulada la herencia, las normas y los procedimientos para resolver conflictos sobre linderos; también las reglas mediante las cuales se regulan asuntos como la compra-venta de tierras o recursos, el préstamo y otros.

Existe por otro lado el derecho indígena familiar y personal. Hasta la fecha solamente en unos países se transparenta un reconocimiento formal de la validez y obligatoriedad de este derecho. Los decretos supremos que instituyen territorios indígenas en Bolivia (la Ley INRA¹⁵) así como la nueva Ley Forestal, se refieren a este derecho: “La distribución y redistribución para el uso y aprovechamiento individual y familiar al interior de las tierras comunitarias de origen y comunales tituladas colectivamente se registrarán por las reglas de la comunidad, de acuerdo a sus normas y costumbres”.

Asimismo, los cabildos indígenas colombianos se autogobiernan con su propio derecho civil. En Canadá, el James Bay and Northern Quebec Agreement otorga plena validez al sistema comunal de tenencia de recursos de los Crees y los Inuit. En la Costa Atlántica de Nicaragua, el sistema de autonomía también reconoce el derecho civil local. Por supuesto, en muchas comunidades se aplican reglas propias en cuanto al acceso, la distribución, el usufructo, etc., de las tierras y otros recursos. Pero hablamos de un reconocimiento formal, ordenado además por el Convenio 169 de la OIT y ley nacional en algunos países.

Aunque hay algunos ejemplos de tipos (modestos) de reconocimiento, hace falta por un lado un conocimiento amplio de los rasgos de la tenencia de tierra y de los recursos comunales y, por otro, una reflexión profunda sobre la manera de concertar la vigencia de este derecho con la vigencia de reglas y conceptos civiles en el derecho nacional. ¿Cómo reconocer el otro concepto de propiedad? Así se pondría la cuestión central en una forma sumaria. Claro que el término de propiedad no conviene a los intereses de las colectividades indígenas.

¹⁵ Ley del servicio nacional de reforma agraria (Ley 1715 de 18 de octubre de 1996). *Gaceta oficial de Bolivia*, año XXXVI, N° 1954, La Paz.

Lamentablemente son escasos los estudios realizados para conocer mejor estos sistemas de derecho. No obstante, están los supervisados por Miguel Chase-Sardi en Paraguay, editados por Cerec y Gaia, 1992 y 1993; el libro de Alberto Wray y otros (1993); los libros e informes de los antropólogos del Instituto Colombiano de Antropología (Perafán y otros); el trabajo de Urteaga, de Mayén en Guatemala, así como el de Cordero de Durand (1995).

No es fácil armonizar y vincular dos o más sistemas de derecho en cuanto a la disposición de recursos ni evaluar si la coordinación existente impide o favorece un desarrollo genuino económico e institucional de las comunidades involucradas. Antes de enumerar unas experiencias neurálgicas al respecto, será útil precisar una vez más el aparato conceptual, esta vez referente a la tenencia de tierra comunal.

Lo que resumí antes sobre un derecho civil indígena apunta a la existencia social de un sistema de distribución de derechos y privilegios en torno a la tierra y los recursos. Generalmente este sistema se denomina régimen social de propiedad, o propiedad como fenómeno social. “Propiedad” en este sentido no tiene nada que ver con el concepto excesivamente individualista de la propiedad generalmente elaborado en la jurisprudencia occidental de tradición europea continental o anglosajona, por lo que es mejor evitar el término “propiedad”. Es preferible denominar estos fenómenos como *régimen social de disposición de bienes importantes*.

Cada régimen social de disposición de bienes importantes incluye: un conjunto de reglas, principios, procedimientos de decisión y de solución de conflictos que determinan quiénes tienen control y acceso legítimo a los medios de supervivencia y a los medios de producción. Igualmente, determinan cómo se pueden adquirir y transferir estos recursos por vía de herencia, asignación (atribución), intercambio o trueque, compra y venta u otras formas de ceder el uso o disfrute (y otras funciones) de los recursos (así F. von Benda-Beckmann, 1995).

Hemos caracterizado este régimen de disposición como una institución social. Cada sociedad, tanto la occidental como la del otro tipo, tiene tal institución. Prevalece en comunidades indígenas y generalmente en comunidades campesinas un régimen con rasgos específicos: la tenencia de tierra y recursos es comunal. En inglés se propone el término *community based* (Bruce, 1996; Lynch y Talbott, 1995).

La tenencia de tierra comunal como institución social conforma un régimen social de disposición de bienes importantes que, en cuanto a tierra y recursos naturales, definen derechos de control socio-políticos (“públicos”) conferidos a las autoridades de la comunidad así como derechos de uso, transferencia, etcétera (“privados”) en manos de grupos (familia, clan, linaje, otras corporaciones) e individuos. (M. Colchester, 1995: 6).

Tiene las características siguientes:

- a) Se fundamenta en la visión de que los intereses de la comunidad prevalecen sobre los intereses individuales. No son negados los derechos individuales. Sin embargo, este régimen no es tan individualista como el de Occidente, que parte de una importancia grande del concepto de propiedad privada.
- b) Se funda en el concepto de territorio implicando una relación especial entre, por un lado, la comunidad y sus miembros y, por otro, la tierra y los demás recursos. La cosmovisión imperante define la identidad de los miembros de la comunidad de tal manera que incluye una relación de guardián del medio ambiente.
- c) Se sienta en la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de la tierra. Este principio excluye una transformación total de elementos del territorio en bienes mercantiles.

El principio reto de este concepto es la comunidad entera y sus necesidades. Las obligaciones y los derechos de cada uno se ejercen bajo la suposición de que sirven no sólo a los intereses individuales o familiares sino también a los intereses comunes. Funcionan a la larga como un conjunto de bienes “embargado con una hipoteca social”. No existe la teoría jurisprudencial de que las obligaciones morales de los individuos deben especificarse de antemano en reglas formales bien detalladas. No implica en absoluto el acceso libre a los recursos.

Existen recursos como la tierra con vocación agropecuaria que están controlados y manejados bajo este régimen. También existen recursos como el agua o el bosque agreste que conforman objeto de propiedad común, es decir, propiedad en manos de un grupo sin mostrar elementos de derechos de familias, corporaciones o particulares.

Con Bruce (1996), hay que distinguir esta propiedad común que no es semejante a, si no suele formar parte de, un sistema de tenencia de tierra comunal. Bruce define la propiedad como el derecho a la tierra –y a otros– recursos conferido a un grupo, pero con el límite de que sobre tales recursos no pueden ejercerse derechos de dominio individual, pues por su naturaleza estos recursos no pueden ser divididos fácilmente entre particulares (como el agua, la fauna o los peces), o que al dividirse, conllevan costos bastante altos. Por tanto, la posesión de la tierra y de sus recursos, en el contexto de las comunidades indígenas, implica sólo un sistema de tenencia comunal.

Muchas veces se definen recursos de este tipo como recursos de cuyo uso no se excluye fácilmente a las personas. Tampoco es un régimen de libre acceso. Al contrario, la comunidad normalmente excluye a foráneos del uso y disfrute de estos recursos y solamente los acepta bajo condiciones muy especiales. Internamente se encuentran definidas reglas sobre el orden y los usos permitidos de los recursos colectivos por parte de los integrantes de la comunidad.

La convivencia entre sistemas de disposición de bienes

Teniendo en cuenta los conceptos previos se abordarán unos puntos neurálgicos sobre la convivencia entre pueblos que mantienen esta institución de tenencia de tierra comunal y la sociedad circundante con instituciones distintas y muchas veces opresivas. He aquí dos casos diferentes.

Por un lado se discute la cuestión de qué sucederá con una comunidad con tenencia de recursos comunal en el caso de que no se le reconozca su derecho o se haga tal reconocimiento de manera precaria. La modernidad de ayer reclamó la abolición y opresión total de estos sistemas “colectivos”. Autoridades nacionales muchas veces han sumergido a estos pueblos en una situación de desprotección, anulando sus instituciones y abriendo espacios para reemplazarlas por títulos de propiedad individual occidental. Aún en situaciones en las que se han otorgado ciertos títulos a las comunidades, éstos estuvieron restringidos, por ejemplo, a pequeñas parcelas, y otros se entregaron a manos privadas, condiciones que “casi, con seguridad, conducirán a un empobrecimiento de la economía del dueño de la parcela, de la economía local y de la propia cultura indígena” (Amazonia, 1996: 272).

Hasta la fecha elites nacionales que se plantean maneras de reparar la falta absoluta de derechos territoriales indígenas suelen encontrar soluciones dañosas al asunto, cortando un territorio ancestral en parcelas individuales limitadas y declarando todo el resto del territorio como propiedad pública, de dominio estatal. Aunque estas decisiones contravienen directamente el Convenio 169 de la OIT, ley nacional en algunos países, permite estas prácticas hasta la fecha. Ya se señalaron países en que un neoliberalismo radical conlleva la abolición de todos o muchos sistemas de tenencia comunal quitándole el carácter de inalienabilidad como ocurre en Perú con la tierra y en Chile con el agua.

Por otro lado, surge la preocupación sobre las condiciones favorables a un desarrollo genuino económico, en el caso de comunidades indígenas que quieren comercializar sus productos o bienes al mercado nacional o internacional.

Entre las condiciones básicas se halla la del reconocimiento del derecho indígena a complementar los vacíos jurídicos, estableciendo “reglas federales” para solucionar los conflictos entre los dos derechos. También se necesita plasmar legalmente nuevas figuras jurídicas que permitan –por lo menos formalmente– una vinculación armónica.

Solamente si hay reconocimiento de gran parte de los conceptos, las normas y los procedimientos locales indígenas, se abre la posibilidad de que actores indígenas que se relacionan con el mundo de afuera no sean forzados a organizarse en formas legales ajenas o a someterse a normas que desconocen o que implícitamente desprecian a sus propios conceptos y normas. El hecho de tener que adaptarse a un sistema de derecho ajeno

suele producir desventajas enormes para las comunidades indígenas. De esta manera suelen imponerse condiciones de desigualdad grave entre ellos y los demás.

Por ejemplo, surge el problema de cómo encontrar formas jurídicas que cubran empresas y regímenes de tenencia comunal basados en esos conceptos. La ley nacional sobre la libertad de asociación u otros semejantes, no suele abarcar este tipo especial de estructuras de cooperación colectiva. Una mezcla de disposiciones legales esparcidas aquí y allá supone el riesgo de una existencia legal muy frágil de la recién nacida entidad cooperativa. Entonces existe la necesidad de que se promulguen estatutos especiales para otras asociaciones, para asuntos acerca de la responsabilidad, y para estructuras en favor de la toma de decisiones. Sólo cuando existen tales estatutos especiales para la representación y la organización locales, estas organizaciones pueden evadir la tendencia de los juzgados del derecho comercial convencionales de forzar estas “curiosas” entidades cooperativas en el molde del derecho civil vigente (compárese Alberto Wray, 1993: 56/57). Particularmente Bruce (1996) trató con gran profundidad este tema.

Asombrosamente, en el valioso informe *Amazonia: economía indígena y mercado* (Coica y Oxfam América, 1996) no se menciona esta condición institucional. En este informe que se basa en estudios de casos de empresas e iniciativas de comercialización por parte de comunidades de la Amazonia, se plantean ampliamente las condiciones básicas para mejorar las oportunidades y para el éxito de estas iniciativas. Son iniciativas que se dirigen al mercado nacional e internacional. La mayoría de las observaciones se encaminan a factores micro y macroeconómicos del tipo capacidad de gestión empresarial, ejecución de un estudio de diagnóstico y planificación, disponibilidad de recursos y capital, rotación del capital, condiciones del mercado nacional y global, y otros por el estilo. También se trata de la viabilidad sociocultural y ecológica de las iniciativas, así como de la viabilidad política. Dentro de este último marco están mencionados dos problemas que merecen atención por su carácter jurídico.

El problema de *obtener capital ajeno (crédito)* cuya obtención conlleva grandes dificultades ya que normalmente no existe una solución sencilla en cuanto a cómo ofrecer una prenda aceptable como garantía del préstamo. Bancos agrarios suelen negar las condiciones de las comunidades indígenas y no aceptan otras formas de crédito a las conocidas. Así nos informa un representante de RAAN (Nicaragua) sobre las políticas nefastas del Banco Nacional (Simposio Indolatinoamericano, 1995, “Sigue la mentalidad colonizadora”, p. 18).

La solución estándar, la hipoteca, conduce a la pérdida de tierra y no es apta para las necesidades locales. Además, el reconocimiento formal de una “propiedad colectiva” indígena entrañaría en muchos casos, que ésta sería inalienable y no arrendable, y tampoco podría servir de fianza, lo cual es conforme a los deseos y las necesidades de la comunidad de quedarse

con su territorio. De esta manera, el territorio queda aislado de la vida económica de la sociedad, factor favorable para el mantenimiento de la relación vital con el territorio, pero a la vez factor negativo si las comunidades quieren ir más allá de una economía de subsistencia vinculándose con la sociedad entera.

Pero hay maneras de superar este obstáculo. El informe sobre la Amazonia no profundiza en las soluciones, aunque sí sugiere preguntas y posibilidades:

- Formas de crédito especializadas, a lo mejor, proporcionadas por el Fondo Indígena.
- Prevé un papel para las ONG para que inventen “arreglos innovadores o novedosos” (Amazonia, 1996: 252).

Dicho informe sobre la Amazonia desilusiona un tanto pues, aparte de ser muy completo y valioso, no evalúa algunos arreglos innovadores que ya han sido puestos en práctica. De todos modos se necesitan urgentemente estudios sobre estas experiencias de arreglos de ofrecer prendas que no arriesguen el control de los recursos de la comunidad.

Otra manera de reconocer dentro del orden jurídico nacional las finanzas creadas conforme al derecho indígena fue abordada en el informe de Raúl Arango sobre una nueva Ley de tierra boliviana (Arango, 1994).

Una –y únicamente una– de las posibilidades estriba en facilitar una forma de arrendamiento de la tierra bajo el control de una asamblea general de la comunidad, poniendo a disposición la cosecha como fianza para conseguir un préstamo.

Otro de los problemas que se vislumbra en este contexto es el de *seguridad de recursos y sistemas de tenencia de tierra*. En el informe “Amazonia: economía indígena y mercado”, esta discusión enfoca la necesidad de tener el título de un territorio vasto, sin el cual no hay una base para un desarrollo económico sostenible en sentido ecológico. Ya se explicó que sin título solamente los pueblos muy aislados pueden sobrevivir. Los demás serán arrinconados cada vez más a un territorio pobre con la constante amenaza de ser privados de sus derechos. Nadie esperaría una economía sostenible bajo estas condiciones. Eso dice el informe, con toda razón.

Pero hay otro tema que no aborda. En la literatura sobre el desarrollo siempre surgió el debate sobre estímulos necesarios para arrancar un desarrollo económico. La seguridad de la tenencia de tierra siempre cuenta entre las condiciones primarias para tal propósito. Normalmente, hasta hace poco se equiparaba al reclamo de otorgar títulos privados occidentales, ahora los expertos han cambiado sus consejos. Como ya se expuso, la seguridad de disposición de recursos y de los frutos de una actividad económica se garantiza también mediante sistemas de tenencia de tierra comunal con tal de que éstos tengan un espacio garantizado para su funcionamiento y no sean marginados.

En este sentido son políticas muy negativas (en términos del fomento de una autonomía genuina indígena) las que conllevan la abolición de “propiedad” comunal y del carácter de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras comunitarias de origen (Perú, Chile, México entre otros). Afortunadamente, en unos países se avanza en otra dirección más positiva en cuanto al pluralismo jurídico y en cuanto a condiciones favorables para un desarrollo genuino.

El rumbo más positivo en este sentido, sin duda alguna, es hacia la adopción de “un nuevo tipo de propiedad, diferente al concepto romanista de propiedad privada”, que tiene su lugar dentro de otros conceptos de “propiedad” privada, pública, de patrimonio y otras (Arango, 1994: 35). Sin esta renovación del código civil nacional imperante, esquemas de otorgar derechos especiales a comunidades o pueblos enteros fracasarán muy probablemente debido a la resistencia de jueces y abogados, y por mera ignorancia.

Derecho administrativo: formas de participar en las políticas nacionales

El asunto de que se puede colocar dentro del ámbito, no muy preciso del derecho administrativo la cuestión de organizar sistemas de participación de las comunidades y de los pueblos locales en la elaboración de políticas provinciales y nacionales y en la ejecución de las políticas nacionales, resulta también problemático.

Especialmente la participación en temas de sanidad y educación, pero también en el manejo de los recursos naturales, en el marco del derecho internacional, encarnado en, entre otras, el Convenio 169 de la OIT, y en otros esquemas nacionales para la devolución de competencias estatales a las comunidades indígenas, ha sido contemplada a través de mecanismos de coparticipación que conceden facilidades consultivas o codecisivas a los cuerpos locales participantes en los circuitos políticos encargados de formular políticas. El interrogante entonces es si los órganos comunes (u otras entidades sociales políticamente distintas que disponen de una base jurídica) creados para la toma de decisiones aumentan las posibilidades para una nueva cooperación entre el Estado y los pueblos indígenas.

Dicha pregunta es el título de un informe del autor en el que analiza la evidencia empírica de los efectos positivos y negativos de determinadas maneras para implementar tales órganos, y se pregunta en qué medida tales órganos fomentan o entorpecen la autonomía local (Hoekema, 1994).

Particularmente la malograda vinculación entre los racionales conocimientos profesionales nacionales de estilo occidental y los conocimientos locales derivados de otras fuentes y contruidos según métodos y principios diferentes, plantea problemas arduos. Amenaza con reducir la participación local a un nivel donde funcione meramente como medio apropiado para una elaboración más eficaz de la política nacional.

Suponiendo que se otorgue el derecho de coparticipar en las decisiones sobre la gestión de ciertos sistemas de salud, educación y justicia, entonces ¿cómo organizar una verdadera influencia de la gente local en la definición de sus propias necesidades y en el manejo de los fondos y de la infraestructura pertinente? Un autor canadiense, Robert C. Depew, ha tratado este tema ampliamente en *First Nations Organizations: an Analytical Framework*. (Informe para el Ministerio Canadiense de Asuntos Indios y Desarrollo del Norte, julio 1994).

A partir de las experiencias en Canadá, este autor plantea por ejemplo que en estos sistemas de coparticipación no existe verdadera influencia indígena. Si sólo se decide sobre los planes operativos sin, al mismo tiempo, influenciar en las decisiones “políticas”, es decir las decisiones sobre la composición personal de la autoridad máxima y sobre las políticas generales incluyendo el presupuesto anual, la coparticipación no significa una influencia decisiva.

Se aplican estas tesis a un asunto urgente, el asunto de cómo combinar los estatutos de un territorio: como territorio indígena y al mismo tiempo parque nacional o área protegida. Semejante situación se produce en Bolivia, en el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure (Tipnis) entre otros. En Honduras también se debate mucho esta combinación y no se espera un gran beneficio para los habitantes, en estos casos “reconocen derechos pero a la vez abren espacio para apropiarse de los recursos naturales de los Pueblos Indígenas” (Simposio Indolatinoamericano, 1995: 58).

Este problema tiene rasgos generales que se dan en muchos países. Aunque en la Cumbre de Río de Janeiro ha sido reconocido por primera vez el papel importante de los pueblos indígenas en la conservación de la naturaleza, en la práctica de las relaciones políticas-legales no se han desarrollado sistemas de planificación y manejo de la biodiversidad en que los habitantes indígenas tengan una voz influyente y hasta decisiva.

Es fácil imaginar conflictos en cuanto al “uso racional” de los recursos, a asuntos de ecoturismo, a la conservación de la biodiversidad, a la comercialización de algunas especies de madera. También se pueden imaginar opiniones muy diferentes acerca de las condiciones bajo las cuales se permita introducir en una área protegida la explotación o la exploración minera, las obras viales y similares. ¿Quién decidirá sobre estos asuntos? Es posible, por ejemplo, que un Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente (así se llama en Bolivia) pierda la pelea política entre los intereses de desarrollo económico y los de la conservación de la biodiversidad. Supongamos que se concede el ingreso de petroleros, o el otorgamiento de concesiones forestales en un parque nacional a empresas de afuera, sean nacionales o internacionales, entonces ¿qué competencia queda en manos del gobierno indígena para poder contrarrestar esta decisión?

Un sistema de coparticipación igualitaria sería una meta razonable. Pero es sabido que no hay coparticipación seria sin reconocimiento previo

de la autoridad plena del gobierno de un territorio –con derecho a vetar planes de manejo y de impuestos unilateralmente tomados por el Ministerio–. (Este sistema debería completarse con un sistema de arbitraje por personas neutras en el caso que no se llegue a un consenso.)

Algunos anteproyectos de leyes o marcos normativos adoptados por países suramericanos han establecido el deber de las autoridades estatales de integrar a los habitantes de una área protegida, un parque nacional, etc., en la gestión y fiscalización de los planes generales de manejo. Sin embargo, estos tipos de reglamentación suponen varias desventajas graves:

- no especifican de qué tipo de derecho se trata (ser consultado o participar en la toma de decisiones);
- ni sobre qué asuntos (¿solamente asuntos de ejecución y gestión dentro del marco de los programas elaborados y promulgados por otras autoridades?);
- no ofrecen garantías legales y políticas que permitan a las autoridades locales influir en la toma de decisiones desde una posición equitativa, desde una posición firme e igual a la de los demás participantes.

Observación final

Aunque ni la lucha social ni el desarrollo del derecho internacional han producido resultados definitivos en cuanto al problema de un reconocimiento pleno de una jurisdicción indígena plena, es hora de dedicarse de manera sostenida, coordinada y durable a estudiar las experiencias que varios pueblos indígenas ya tienen con la articulación de dos o más sistemas de autoridad, derecho, instituciones sociales y cultura.

Esta articulación, claro está, se manifiesta en primer lugar en el nivel de las actitudes y los encuentros diarios entre personas de las varias comunidades del país. En segundo lugar, se desarrolla donde se ejercen prácticas sociales y culturales que mantienen una convivencia pacífica entre varias comunidades. Pero para relaciones más durables y estables se necesita la introducción de modelos políticos y legales que instituyan nuevas relaciones. Lo que pasa en torno al autogobierno en los ámbitos de vida social mencionados arriba, solamente sirve como ejemplo de las piedras en el camino hacia un pluralismo jurídico formal igualitario.

Aparte de las luchas sociales adaptadas a la situación concreta de cada territorio y país, es preciso producir, comparar e intercambiar las experiencias con las muy diversas maneras de concertar el derecho y la autoridad indígena con el nacional. Por tanto, se ha querido abordar el tema de la evaluación de varios sistemas políticos y legales que dotan de un grado determinado de “autonomía” a ciertas comunidades indígenas. Para esta finalidad se ha abordado el concepto de autonomía, aunque fuera sólo para

contrastar descentralización del Estado y autonomía política. Un intercambio intenso de este tipo de experiencias, dentro de un cuadro comparativo, servirá para contribuir a una reestructuración de las relaciones sociales de una sociedad y de su estructura estatal abriendo espacios para una convivencia verdadera entre los varios componentes relativamente distintos de esa sociedad.

Bibliografía

- ACOSTA, María Luisa (1996), “La comunidad de Awastingni demanda a Nicaragua ante la OEA”, en *Revista del Caribe Nicaragüense*, 24-36, junio-septiembre, Wani.
- (1996), *Amazonia: economía indígena y mercado: los desafíos del desarrollo autónomo*, Quito, Coica; Oxfam América.
- ANAYA, S. James y S. Todd CRIDER (1996), “Indigenous Peoples, The Environment, and Commercial Forestry in Developing Countries: The Case of Awas Tingi, Nicaragua”, en *Human Rights Quarterly*, 18, pp. 345-368.
- ANGARITA, Ciro *et al.* (eds.) (1995), *Derecho, etnias y ecología*, Santafé de Bogotá, Presidencia de la República – Colciencias.
- ARANGO OCHOA, Raúl (1994), *Reforma de la Constitución Política de Bolivia en relación con los Pueblos Indígenas. Propuesta de Articulación sobre Comunidades de Pueblos Indígenas para el Anteproyecto de Ley de Tierras. Informe de Misión*, Santafé de Bogotá, Organización Internacional del Trabajo.
- ASSIES, Willem Gemma van der Haar y André, J. Hoekema (2000) (eds.), *The Challenge of Diversity. Indigenous peoples and reform of the State in Latin America*, Amsterdam, Thela Publishers.
- BENDA-BECKMANN, Franz von (1995), “Anthropological Approaches to Property Law and Economics”, *European Journal of Law and Economics*, 2, pp. 309-337.
- BRUCE, John W. (1996), *Legal Bases for the Management of Forests Resources as Common Property*, s.l.: Land Tenure Center and Department of Forestry, University of Wisconsin-Madison, S. J.
- BUTT, Peter y Robert EAGLESON (1993), *MABO - What the High Court Said*, Sydney, The Federation Press.
- CASTRO LUCIC, Milka (1996), *Water, rights and culture in the Andes of north of Chile. An approach from juridic anthropology*, documento presentado en 1996 en la conferencia de la Commission on Folk Law and Legal Pluralisme, Accra, Ghana.
- Cerec, Gaia Foundation (1992), *Derechos territoriales indígenas y ecología*, Bogotá, Londres.
- (1993), *Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en la Amazonia*, Bogotá, Londres.
- CHASE-SARDI, Miguel (1987), *Derecho consuetudinario chamacoco*, Asunción, Paraguay, RP Ediciones.

- (1990), *El derecho consuetudinario indígena y su bibliografía antropológica en el Paraguay*, Asunción, Paraguay, Biblioteca Paraguaya de Antropología, Universidad Católica.
- (1992), *El precio de la sangre. Tugüy Ñeë Repy. Estudio de la cultura y el control social entre los Avá-Guaraní*, Asunción, Paraguay, Biblioteca Paraguaya de Antropología, Universidad Católica.
- CHENAUT, Victoria y María Teresa SIERRA (coords.) (1995), *Pueblos indígenas ante el derecho*, México, Ciesas, Cemca.
- CHICO, Rodeo (1994), *Una expresión de pluralismo jurídico*, Cochabamba, Bolivia, Casdel - Centro de Asesoramiento Legal y Desarrollo Social.
- CLEAVER, Kevin M. (1993), *A Strategy to Develop Agriculture in Sub-Saharan Africa and a Focus for the World Bank*, Washington, D.C., The World Bank technical paper No. 203.
- Coama (1996), *Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*, Memorias del Seminario Internacional de Expertos sobre Régimen Constitucional y Pueblos Indígenas en países de Latinoamérica, Villa de Leyva, Colombia, julio 17-22, 1996.
- COLCHESTER, Marcus (1995), "Some dilemmas in asserting Indigenous intellectual property rights", en *Indigenous Affairs. IWGIA*, 4, (Copenhagen), pp. 5-8.
- CORDERO AVENDAÑO de Durand, Carmen (1995) (primera edición 1977), *Contribución al estudio del derecho consuetudinario Triqui*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- (1995), *El derecho consuetudinario*, México: Coloquio sobre los "derechos indígenas" en el marco de la Consulta Nacional a los Pueblos Indígenas, organizado por el Congreso de la Unión y el Gobierno Federal, Oaxaca, 16-18 febrero, 1996.
- CORREAS, Óscar (1994), La teoría general del derecho frente al derecho indígena, en *Crítica Jurídica*, 14, pp. 15-32.
- DEPEW, Robert C. (1994), *First Nations Organizations: An Analytic Framework*, Ottawa, Ontario, Department of Indian Affairs and Northern Development.
- GÓMEZ, Magdalena (1995), *Derechos indígenas: lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, Xochimilco, México, Instituto Nacional Indigenista.
- HOEKEMA, André J. (1996), *Algunas reflexiones sobre modernidad y el derecho de hoy o: cómo instituir un pluralismo legal*, Amsterdam, Universidad de Amsterdam, Facultad de Derecho, Depto. de Sociología y Antropología del Derecho.
- (1994), "Do joint decision-making boards enhance chances for a new partnership between the state and indigenous peoples?", Assies, W. J. y A. J. Hoekema (eds.), *Indigenous peoples' experiences with self-government*, Copenhagen, IWGIA, pp. 177-194.
- (1995), *Imágenes de autonomía: documentación audiovisual de experiencias con la autonomía de los pueblos indígenas. Los logros y fracasos en cuanto al reconocimiento de autonomía a los pueblos indígenas bolivianos*, Amsterdam, Universidad de Amsterdam, Facultad de Derecho, Depto. de Sociología y Antropología del Derecho.

- HÖLAND, Armin (1993), "Évolution du droit en Europe centrale et orientale: assiste-t-on à una renaissance du "Law and Development?", en *Droit et Société*, 25, pp. 467-488.
- ITURRALDE, D. y E. Krotz (comps.) (1996), *Desarrollo indígena: pobreza, democracia y sustentabilidad*, Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe, La Paz.
- LYNCH, Owen J. y Kirk Talbott (1995), *Balancing acts: community-based forest management and national law in Asia and the Pacific*, Baltimore, World Resource Institute.
- MARINISSEN, Judith (1995), *Legislación boliviana y pueblos indígenas. Inventario y análisis en la perspectiva de las demandas indígenas*, Santa Cruz, SNV-Cejis.
- MAYEN, Guisela (1995), *Derecho consuetudinario indígena en Guatemala*, Ciudad de Guatemala, Asies - Asociación de Investigación y Estudios Sociales.
- McLACHLAN, Campbell (1988), "The recognition of aboriginal customary law: pluralism beyond the colonial paradigm", en *International and comparative Law Quarterly*, 37, pp. 368-386; ver también Peter Sack y Jonathan Aleck (eds.), *Law and anthropology*, Dartmouth, Aldershot-Hong Kong-Singapore-Sydney, 1992, pp. 449-467.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (1996), *La cuestión étnico nacional y derechos humanos: el etnocidio. Los problemas de la definición conceptual*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- PERAFÁN SIMMONDS, Carlos César (1995), *Sistemas jurídicos. Paez, Kogi, Wayúu y Tule*, Santafé de Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología-Colcultura.
- PERAFÁN SIMMONDS, Carlos César et al. (1996), *Sistemas jurídicos. Tukano, Chami, Guambiano y Sikuani*, Bogotá, Colciencias-Ican.
- ROLDÁN, Roque (1996), "Anotaciones sobre la legalidad y reconocimiento de los derechos territoriales indígenas en los países amazónicos", Instituto de Estudios Indígenas *Pentukun* 49-67, Temuco, Chile, Ediciones Universidad de la Frontera.
- SÁNCHEZ BOTERO, Ester (ed.) (1992), *Antropología jurídica*. Santafé de Bogotá, Sociedad Antropológica de Colombia.
- (1998), *Justicia y pueblos indígenas de Colombia, La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, Santafé de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho.
- Servicios del Pueblo Mixe A.C., *Contribuciones a la discusión sobre "Autonomía y derecho indígena"*, para el Simposio Indolatinoamericano, octubre 23-27 1995, Jaltepec de Candayoc, Mixe.
- SHIPTON, Parker (1988), "The Kenyan Land Tenure Reform: misunderstandings in the public creation of private property", Downs, R. E. y S.P. Reyna (eds.), *Land and Society in Contemporary Africa*, Hanover and London, University Press of New England, pp. 91-135.
- SIERRA, María Teresa (1995), "Indian Rights and Customary Law in Mexico: A study of the Nahuas in the Sierra de Puebla", en *Law & Society Review*, pp. 227-254, 29/2.

- Simposio Indolatinoamericano, segunda sesión, Derecho Indígena y Autonomía, octubre 23- 27, 1995, Jaltepec de Candayoc, Mixe, Oaxaca, México.
- STAVENHAGEN, Rodolfo y Diego ITURRALDE (eds.) (1990), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México.
- TAMANAHAN, Brian (1995), "An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 15/4, pp. 501-535.
- (1993), "The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism", en *Journal of Law and Society*, 20/2, pp. 192-217.
- URTEAGA CROVETTO, Patricia (1992), *El sistema jurídico y la cultura aborigen. El caso del grupo étnico Aguaruna del Alto Mayo*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- WRAY, Alberto *et al.* (1993), *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*, Quito, Ediciones Abya-Yala.
- ZERNER, Charles (1994), "Through a green lense: the Construction of customary environmental law and community in Indonesia's Maluku islands", *Law and Society Review*, 5, pp.1079-1122.

Emergencia étnica, conquista territorial y conflicto entre comunidades indígenas y negras en Brasil y Colombia —notas exploratorias*

JOSÉ MAURICIO ANDION ARRUTI**

Presentación

Este trabajo es un ejercicio exploratorio que no pretende efectuar una comparación sistemática, sino una primera confrontación entre dos situaciones sociales emergentes. Se trata de la emergencia de comunidades negras rurales colombianas y brasileñas como sujetos políticos autónomos, así como de las estrategias políticas, administrativas y jurídicas a las cuales recurren los Estados nacionales en que éstas se localizan para enfrentar la novedad que representan.

Existe un importante punto de convergencia entre las cartas constitucionales colombiana (1991) y brasileña (1988): ambas atribuyen, por primera vez, un lugar específico al reconocimiento de los derechos culturales y fundacionales de sus comunidades negras. Aunque la segunda haya sido más clara, amplia y precisa en la atribución de esos derechos, se pueden destacar desde ya dos características comunes a ambas. Primero, tales innovaciones constitucionales no sólo respondieron a cambios operados en esos campos políticos nacionales o incluso en el contexto internacional; ellas principalmente crearon realidades allí donde sólo pretendían reconocerlas. En segundo lugar, la aparente originalidad de tales innovaciones frente a un ordenamiento jurídico abiertamente omisivo con relación a la existencia y la situación vivida por sus poblaciones afrodescendientes, sólo puede ser comprendida en función de la superposición de la "cuestión indígena".

El segundo punto es especialmente importante porque, más allá de esa analogía formal, podemos observar numerosas y variadas situaciones en que poblaciones negras e indígenas viven en estrecha interacción,

XXII International Congress of the Latin American Studies Association, 16-18 March 2000, Miami (Florida), Panel: Black and Indian Identities in Comparative Perspective (Colombian Section). Organizadores: Kiran Asher (Bates College) y Peter Wade (University of Manchester).
Doctorado del PPGAS del Museu Nacional – UFRJ // arruti@ax.apc.org

lo que repercute en sus procesos de movilización política y conquista de derechos territoriales. De esto resulta que el cuadro de las cuestiones comparativas se amplíe en pos de los flujos de cultura, las estrategias sociales y los mediadores entre esas comunidades.

Este documento se concentrará primeramente en la descripción de las temáticas –cómo se ha presentado en Brasil–, para pasar inmediatamente a la comparación con la situación colombiana¹.

Brasil: el Artículo 68 y su amplio campo de indefiniciones

La legislación brasileña que reconoce los derechos territoriales de las comunidades negras rurales está lejos de alcanzar la relativa precisión observada en el caso colombiano. El Artículo 68 de los ADCT (Actos Dispositivos Constitucionales Transitorios) continúa siendo el único texto oficial sobre el tema en el que aquellos que son los sujetos de los nuevos derechos son definidos por medio de una categoría residual, la de “remanentes”, relacionada con la categoría histórica “quilombos”². Esta segunda categoría, tributaria de una legislación represiva de origen colonial que para ser eficaz se tornaba genérica y exterior a quienes designaba, remite a un tipo de formación social histórica que, en principio, habría desaparecido con la esclavitud y que se caracterizó justamente por la búsqueda de invisibilidad frente al Estado. Más allá de eso, cuanto más los historiadores se detienen sobre la documentación (la cual ganó nuevo impulso con la propia Constitución), menos homogénea es la idea que resulta de sus estudios sobre los quilombos.

Frente a estas dificultades se estableció el debate de los proyectos de ley, que expresan claramente el doble origen del uso del término quilombo en el seno de los movimientos sociales. Uno de ellos fue presentado por la senadora Benedita de la Silva, del PT, importante figura de la política de bases étnicas del estado de Río de Janeiro, mientras el otro fue propuesto por el diputado federal Alcides Modesto, también del PT, expárroco militante de las luchas campesinas del *sertão* o del nordeste, entre ellas la de Río das Rãs (BA), que después de 1988 se transformó en uno de los casos más eminentes de “comunidad remanente de quilombo”.

En la primera versión de este ensayo se ha buscado justamente comparar situaciones etnográficas precisas de interacción entre poblaciones negras e indígenas en proceso de movilización política por la tierra en Brasil y en Colombia para, a partir de éstas, reflexionar sobre aspectos más generales. En esta versión, sin embargo, por las limitaciones de espacio y de la presentación ante un público especializado en Colombia, tanto el material etnográfico como la descripción del contexto colombiano fueron suprimidos.

² El Artículo 68 de los Actos Dispositivos Transitorios de la Constitución de 1988 es el siguiente: “A los remanentes de las comunidades de quilombos que estén ocupando sus tierras les es reconocida la propiedad definitiva, debiendo el Estado emitirle los títulos respectivos”.

A continuación se tratará de aclarar por qué, a pesar de todo eso, la Asamblea Constituyente de 1988 llegó a la formulación del Artículo 68 de los ADCT.

La década de los 80 y la Constituyente estuvieron marcadas por el “proceso de redemocratización” y, como uno de sus corolarios, por la reanudación de las discusiones sobre una reforma agraria amplia y democrática. Ese fue un momento de vigoroso avance de los movimientos campesinos, indígena y de categorías de trabajadores hasta entonces subrepresentados, como los “afectados por las represas”, los *seringueiros* [extractores del caucho en la selva amazónica] y *garimpeiros* [que practican el garimbo, búsqueda y extracción de oro y piedras preciosas]. Frente a esa movilización y a la renovación de sus cuadros políticos, el Ministerio de la Reforma Agraria y los órganos fundiarios vinculados a este son obligados a reconocer la necesidad, apuntada por la militancia y por sectores académicos, de reconocer la existencia y dar una definición operacional de las “ocupaciones especiales”, o sea, aquellas ocupaciones fundiarias que no se encajaban en las categorías de censo o catastrales hasta entonces utilizadas por los órganos gubernamentales. Entre esas “ocupaciones especiales” estaban aquéllas entregadas a, o adquiridas por familias de antiguos esclavos organizados en quilombos, con o sin título legal (Almeida, 1999). Como parte de la presión popular por ese cambio de postura de los órganos oficiales, en 1986, se organiza en el Maranhão el 1º Encuentro de Comunidades Negras Rurales –que se repite en 1988–, es simultáneamente el 1º Encuentro de Raíces Negras en el Pará. En 1990, después de promulgada la Constitución, se formará la Asociación de Comunidades de Remanentes de Quilombos de Oriximiná, la primera en su género (Marin, 1995). Por tanto, entre aquellas primeras movilizaciones y la reapropiación del término “quilombo” por dichos grupos campesinos, hay un espacio que no es llenado si permanecemos sólo en el plano de las discusiones sobre las citadas “ocupaciones especiales”. Para comprender el surgimiento de la figura legal y política de los “remanentes de quilombos” es necesario hacer referencia a otro contexto.

A pesar de que éste no es el lugar para reconstruir el recorrido que la metáfora de los quilombos (y, sobre todo, la del Quilombo de los Palmares) trazó en el campo de los movimientos sociales en el Brasil hasta alcanzar el estatuto de tema constitucional, se señalarán brevemente algunos marcos importantes con el objetivo de comprender el crecimiento de su fuerza y la variedad de sus contenidos.

Aunque no haya sido el primero, el libro de Edson Carneiro, *O Quilombo de Palmares*, escrito en 1944, fue el primer texto de aliento y rigor historiográfico sobre el tema, influenciando toda la biografía posterior. Su historia es, en sí misma, indicativa de la simbología a la que el tema de los quilombos estuvo asociado: escrito en 1944 como metáfora de la resistencia al Estado Novo de Getúlio Vargas, este libro fue publicado primero

en México, y solamente en 1947, después de la caída del régimen varguista, viene a ser publicado en Brasil, con una dedicatoria a Astrogildo Pereira, líder comunista que habría sido el primero en proponer una interpretación clasista de la lucha de Palmares, en 1929 (Oliveira, 1988).

A finales de la década de los 70 y a comienzos de los 80, la metáfora de los quilombos ya parece haber sido definitivamente apropiada como ícono de la resistencia negra, ganándose su especificidad en el campo de las luchas sociales, alterando –aunque en cierta medida preservando– su “comunismo” genérico o “primitivo”. En 1980, Abdías do Nascimento publicaba *O Quilombismo*, en el cual buscó definir justamente el contenido simbólico que debería conferirse a los “quilombos”³: movimiento social de resistencia física y cultural de la población negra que se estructuró no sólo bajo la forma de los grupos en fuga hacia la selva en la época de la esclavitud, sino también, en un sentido bastante amplio, bajo la forma de todo y cualquier grupo tolerado por el orden dominante en función de sus declaradas finalidades religiosas, recreativas, de beneficencia, deportivas, etc. Desde ya, una resemantización que procuraba retirar el término histórico de su historicismo para alcanzar un sentido político: “Quilombo no significa esclavo fugitivo. Quilombo quiere decir reunión fraterna y libre, solidaridad, convivencia, comunión existencia” (Nascimento, 1980: 263). A partir de ese momento Abdías propone que el “quilombismo” sea adoptado como un proyecto de “revolución no violenta” de los negros brasileños, que tendría por objeto la creación de una sociedad (el “Estado Nacional Quilombista”) cuya marca sea la recuperación del “comunitarismo de la tradición africana”, en el que se incluiría la articulación de los diversos niveles de vida para asegurar la realización completa del ser humano y por la propiedad colectiva de todos los medios de producción.

El año siguiente, 1981, en la fecha de la muerte de Zumbi de los Palmares, que el Movimiento Negro Unificado (MNU) había declarado poco tiempo antes como “verdadero día de la conciencia negra”, se celebró en la ciudad de Recife la primera misa en el Brasil –y quizás en todo el mundo católico– en que altos representantes de la Iglesia, ante una multitud de aproximadamente ocho mil personas, hicieron penitencia y pidieron perdón por la actividad histórica de la Iglesia frente a los negros, al África y, en especial, frente a los negros aquilombados, considerados durante siglos como los mayores enemigos de la empresa cristiana. La “Misa de los Quilombos” se transformó en un marco del revisionismo histórico de la Iglesia en el Brasil, que propuso una reapropiación simbólica de las luchas y de la vida del negro

³ Para sostener su definición el autor recurrió, como refuerzo político y poético de su argumentación, a manifestaciones anteriores, como la del Movimiento Negro Unificado Contra el Racismo y la Discriminación Racial, y la del sambista Candeia, fundador de la Escola de Samba (Gremio Recreativo Arte Negra) “Quilombo”, ambas de 1978. Lo que requiere prestar atención a un contexto en que el tema parece haber ganado cierta evidencia y que todavía precisa ser mejor situado.

contemporáneo, como dato cultural que debería ser incluido en la reflexión de los agentes eclesiales comprometidos socialmente, hasta entonces refractarios a la cuestión racial. Así, en la misma línea de reapropiación del simbolismo quilombola, el foco de la Misa de los Quilombos no era solamente la memoria histórica, sino fundamentalmente un estilo de vida presente, que se hacía resistente y debería ser reconocido como tal para que pudiese transformarse en una “lucha cultural” consciente de sí misma: “Quilombo en Brasil es actualidad, no pasado” (Hoornaert, 1982: 12).

Pese a toda esa movilización, el Artículo constitucional transitorio 68, que trata de ese tema, sólo sería objeto de una atención más amplia en 1995, año del centenario de Zumbi de los Palmares, y nuevo marco de las conmemoraciones de la conciencia negra en Brasil. En ese año se inicia la discusión relativa a la reglamentación de este Artículo, dando una gran visibilidad al debate y provocando una amplia repercusión, incluso bajo la forma de una franca expansión del número de Comunidades Remanentes de Quilombos hasta entonces notificado. A lo largo de la segunda mitad de los años 90, dichas “comunidades remanentes” trasponen los límites de Maranhão y Pará hasta alcanzar los estados más insospechables, como el de Río Grande do Sul o el de São Paulo.

Como el nuevo dispositivo es de aplicación nacional, hay una gran indeterminación con relación al número y localización de esas comunidades. Así, mientras crecen las dudas relativas a los instrumentos y procedimientos de aplicación del Artículo constitucional, crecen también las expectativas sociales con relación a su aplicación. El órgano gubernamental responsable por el tema, por su parte, ha colaborado en la ampliación de esa expectativa social, al multiplicar los actos oficiales de reconocimiento de “Comunidades Remanentes de Quilombos” sin demostrar que está en condiciones de promover la continuidad del proceso, el cual debería conducir a la regulación de las tierras de esas comunidades. Después del primer despacho de la Fundación Cultural Palmares (FCP) aprobando un “informe de identificación y reconocimiento territorial de comunidad quilombola” a fines de 1995, la FCP sólo publicaría otros cinco “despachos” en 1997, cuando fue organizada una nueva lista de comunidades posibles de ser “reconocidas”, llegando al número de 50 áreas.

Para ilustrar el fenómeno creador de aquellos actos que en principio son pensados tan sólo como el reconocimiento de una situación dada, tomemos el ejemplo del estado de Bahía⁴. El primer despacho de la FCP de

El caso de Bahía es interesante por más de un motivo. Primero, por tratarse de un estado nacionalmente conocido por su “cultura negra, que alcanzó umbrales de “industria cultural”, ganando *status* de producto de exportación. Segundo, porque en ese estado hubo un gran número de revueltas esclavas, bastante documentadas a lo largo de los siglos XVIII y IX. En tercer lugar, porque, pese a todos esos factores, Bahía se encuentra hoy en un lugar intermedio en relación con los otros estados en lo que respecta al número de comunidades estimadas y al nivel de organización del gobierno y de las organizaciones del movimiento social.

1995, reconoció justamente la comunidad de Río das Rãs, localizada en Bom Jesus da Lapa (BA)⁵. A comienzos de 1997, entre los otros cinco despachos había otra comunidad bahiana, de Sacotiaba, y en la lista de 50 áreas, otras tres, todas en torno de Bom Jesus da Lapa e involucradas en antiguos conflictos fundiarios. Pero eso parece estar lejos de agotar el repertorio disponible: el movimiento negro de Bahía, por ejemplo, trabaja con un estimado de 120 comunidades, cuya fuente es un relevamiento del Instituto de Tierras del estado, de 1986, realizado por medio de consultas a las administraciones municipales y agencias gubernamentales y de la sociedad civil, para fines de reforma agraria por medio de las nuevas categorías fundiarias, tales como la de "tierras de negro". Sin embargo, terminada aquella administración, el relevamiento fue olvidado y ninguno de aquellos 120 registros fue posteriormente revisado. Recientemente una nueva lista informal señaló la existencia de quince comunidades más, y un nuevo relevamiento oficial empezó a ser organizado por el Incra-BA. En los últimos encuentros de la Comisión Nacional Provisoria de las Comunidades Remanentes de Quilombos, la Comisión Pastoral de la Tierra, de la Iglesia católica, anunció la existencia de otras 18 comunidades localizadas en el centro-sur del estado, lejos, por tanto, del área de concentración anterior.

Todo eso permite afirmar que los trabajos de identificación y "mapeo" de comunidades remanentes de quilombos en una determinada región no registran una situación ya "dada", sino que son uno de los principales elementos que alteran el estado de la cuestión, en la medida en que sirven como propagadores de mayores informaciones sobre el tema en rincones donde éstas hasta ese momento no habían llegado, o como demostración de la importancia, positividad y utilidad de la demanda para comunidades que hasta entonces no creían en ella o temían sus consecuencias. En fin, dada la novedad de ese dispositivo jurídico, faltan informaciones suficientes no sólo sobre las comunidades, sino también para las comunidades. Cuando hablamos de esos relevamientos, no lo hacemos respecto a un número desconocido, sino a un número indeterminado de comunidades, que los propios trabajos de investigación alteran al mismo tiempo que ayudan a definir.

Desde 1977, la comunidad de Río das Rãs vivía en conflicto con "grileiros" [usurpadores de tierras ajenas mediante títulos de propiedad falsos] por sus tierras, conflicto que llegó a ser varias veces noticia en la prensa regional. Nunca, sin embargo, tales noticias hicieron mención a su condición de negros, tratándolos simplemente como *posseiros* [quienes se apropian en usufructo sin poseer título legal de la tierra], trabajadores rurales, familias humildes, etc. Solamente después de 1992, con ocasión de cambio de postura de la Comisión Pastoral de la Tierra y la Comisión Evangélica de los Derechos de la Tierra, que les prestaban asesoramiento, y después de 1993, con la apertura de un proceso iniciado por la Fiscalía General de la República en defensa de las familias, estas últimas ganan visibilidad étnica, ya en función de la demanda por una resolución del conflicto mediante la aplicación del Artículo 68 (Steil, 1998).

Para una perspectiva comparada

Lo que viene a continuación puede servir como una primera pauta para un trabajo comparativo entre el proceso de reconocimiento de derechos territoriales de comunidades negras rurales en Colombia y en Brasil, o simplemente como un cuadro sobre el cual el panorama del análisis de situaciones particulares adquiere mayor nitidez y precisión. De cualquiera manera, nuestro objetivo es el de establecer algunos parámetros básicos para una perspectiva comparada. Comenzaremos por los puntos desemejantes para después, guardadas las particularidades del caso, sugerir algunas analogías.

Particularidades

Con relación a lo que podemos distinguir como los precedentes de aquellos procesos de reconocimiento de derechos, en el campo de las investigaciones académicas, en 1991 Colombia ya presentaba un considerable conjunto de estudios antropológicos sobre las poblaciones que serían contempladas en el artículo constitucional, esto es, las comunidades negras rurales del Pacífico⁶. Tales estudios estaban profundamente marcados por el paradigma establecido por la antropología de los grupos indígenas, dejando un gran vacío con relación a las poblaciones negras urbanas o semi-urbanas (Restrepo, 199*). En Brasil, al contrario, cuando surgen los estudios sobre la población negra en moldes académicos, éstos estarán casi exclusivamente dirigidos hacia el contexto urbano. Principalmente después de la década de los 50, tales estudios enfatizan las cuestiones del prejuicio racial y de la movilidad social, distanciándose mucho de un abordaje etnológico, que sólo sería contemplado en algunos trabajos a lo largo de la década de los 80. Los primeros abordajes sobre comunidades negras rurales en términos de etnicidad serán casi simultáneos al periodo de la Constitución de 1988, año en que se conmemoró también el centenario de la abolición de la esclavitud, trayendo con eso una especial y gran atención hacia el tema.

De eso se deriva que la legislación colombiana reconoce los derechos territoriales de un grupo poblacional tanto social como geográfica e históricamente bien definido. Eso hace que no haya mayores dudas sobre quiénes son los sujetos de esos nuevos derechos, ni para los legisladores, ni para las agencias de apoyo o para los científicos sociales que han trabajado en el tema, sin hablar de aquellos que son los propios bene-

⁶ En la Costa del Pacífico, donde el 93 % de la población es negra y el 60 % es rural, se constituyeron comunidades negras rurales con bajísimo índice de mestizaje en un país en que los negros representan sólo el 8% de la población. Esa región siempre fue de importancia económica residual, y su población ocupó una especie de no-lugar frente a la ideología y a la política nacionales. No obstante, es a ésta que el Artículo 55 de la Constitución y la Ley 70 de 1993 se dirige, apropiándose de la ideología cimarronista, pero dándole un contenido más restringido, al asumir un perfil regional.

ficiados⁷. Las cuestiones que dominan el debate colombiano sobre el tema son, por eso, relativas a las formas por las cuales se dará su regularización fundiaria: cómo tales comunidades administrarán la autonomía (la autogestión) que adquieren cuáles serán sus instancias de representación, qué canales formales de relación tienen con los poderes del Estado, etc.

La situación en Brasil es bastante diferente, caracterizándose por la larga indefinición sobre cuáles y cuántas serían las comunidades beneficiadas por la nueva legislación. La propia categoría escogida para nombrar a aquellos que serán los sujetos de los nuevos derechos revela esa indefinición⁸.

La respuesta encontrada para esa indefinición, partiendo de la *démarche* indigenista, fue la de recurrir a los profesionales de la antropología, dado el bagaje de experiencia que éstos ya presentaban en procesos semejantes relativos a poblaciones indígenas, profesionales que de este modo pasan a tener la atribución de identificar semejantes remanentes. En general, el criterio utilizado también en ese caso es el de la auto-atribución, convirtiendo un problema que era de tipología y morfología histórica en un problema de identidad étnica. De esa forma, más allá de las cuestiones relativas al reconocimiento y a la regularización fundiaria, a las formas de organización, gestión y representación, la cuestión de los remanentes de quilombos en el Brasil enfrenta el problema de la identificación de esos sujetos, lo que ha delineado un campo específico de especialistas, disputado por antropólogos, sociólogos, historiadores y arqueólogos, así como por agencias gubernamentales y no-gubernamentales.

Todo eso hace que, de un lado, tengamos en Colombia un universo más o menos evidente y estable de comunidades negras rurales que sabidamente son los sujetos de esos nuevos derechos; mientras que por otro lado en Brasil el universo de esas comunidades aún se presenta absolutamente abierto, tanto cualitativa como cuantitativamente hablando, disperso por todo el territorio nacional y sujeto a todas las variaciones de las condiciones socio-históricas, ambientales y políticas que en él se abrigan.

Con relación a las motivaciones que condujeron al reconocimiento de tales derechos territoriales, en uno y otro caso están asociadas a con-

La Ley 70 de 1993 define las comunidades negras como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la tradición campo-poblado y conservan conciencia de identidad que las distingue de otros grupos étnicos”.

En una antología reciente (Reis y Gomes 1996) se compilaron ejemplos de quilombos que nos permitirían hablar de un amplio horizonte tipológico. Los ejemplos van desde una organización territorial en gran escala militarizada, productivamente autónoma y regida por una jerarquía de jefaturas que reproduce el modelo estatal (o como quieren algunos, específicamente el modelo africano de Estado), que es el ejemplo del famoso quilombo de los Palmares, hasta minúsculas asociaciones de esclavos fugitivos, sin base física, que vivían de asaltos a caminos y de la solidaridad de las senzalas, pero que son de igual manera clasificados como quilombos en los documentos históricos.

textos y factores muy distintos. En Colombia se trata de la presión impuesta al Estado por la violencia interna concentrada en las regiones rurales, que a fines de la década de los 80 queda fuera de control e impone la búsqueda de nuevos canales y formas de relación con la sociedad civil. Eso llevó a una amplia revisión política que incluyó en el ordenamiento jurídico nacional las ideas de autonomía y autogestión de los grupos indígenas y campesinos, así como la noción de multiculturalismo, con todas las derivaciones institucionales del caso, todavía en pleno desarrollo. En ese cuadro, el reconocimiento de los derechos territoriales negros gana razones que son independientes de la baja politización del tema y de la fragilidad de la representación parlamentaria negra, como se percibe a través del sinuoso recorrido que tales conquistas tuvieron que cumplir⁹.

En Brasil, el contexto más amplio está relacionado con la llamada “redemocratización” del país, asociada a la amnistía política y al impulso de revisión de las instituciones y normas vigentes. En ese momento, hay también un resurgimiento del movimiento campesino y de la campaña por la reforma agraria, en la que cobró voz la exigencia de una ampliación de las categorías descriptivas oficiales sobre las formas de apropiación y uso de la tierra. Por otro lado, como 1988 fue también un año dedicado a una amplia celebración nacional por el centenario de la abolición de la esclavitud, la cuestión negra ganó una visibilidad que la hizo casi obligatoria incluso para políticos que no tenían la más mínima relación histórica con el tema. El resultado fue una Constitución adjetivada de ciudadana, y tomada como ejemplo de la posibilidad de reales avances institucionales rumbo a la plena consolidación democrática. Sin embargo, pese a la politización del tema y de haber sido considerada una Constitución avanzada en los planos político y social, al contrario de la colombiana, su texto continuó considerando la diferencia cultural como algo residual, como parte integrante de una identidad cultural única, por lo demás exaltada en ese contexto. Eso hizo que el reconocimiento de los derechos territoriales de los llamados remanentes de quilombos fuese visto no como derivado de una diferencia cultural en el presente, sino ubicado en el mismo plano de las otras *reparaciones de errores históricos*.

A pesar de esto, y mientras que en Colombia el Artículo 55 fue inmediatamente objeto de debate, siendo reglamentado por medio de la Ley

⁹ Durante los trabajos preliminares de la Asamblea Constituyente, un documento presentado a la Comisión de Igualdad con propuestas relativas a las “poblaciones indígenas, negras y de otros grupos étnicos”, rompía con la tendencia dominante de sólo hablarse de grupo étnico con relación a los grupos indígenas, atribuyéndoles a todos ellos el mismo estatuto. Más adelante, sin embargo, durante la Constituyente, tal documento fue ignorado a favor de un nuevo documento, producido por dos delegados indígenas, en el cual se presentaba una propuesta únicamente para los grupos indígenas, sin hacer cualquier otra referencia a las poblaciones negras. A pesar de esas dificultades, una alianza negro-indígena permitió la aprobación del Artículo constitucional transitorio N° 55.

70 de 1993, a dos años apenas de promulgada la Constitución¹⁰, en Brasil el Artículo 68 permaneció un largo tiempo sin provocar ningún debate, ganando espacio político y repercusión social una vez pasados siete años de la Constitución de 1988. Fue en 1995, en medio a las conmemoraciones del tricentenario de Zumbi de los Palmares, que los proyectos para su reglamentación fueron presentados y de este modo una parcela más expresiva de grupos de la sociedad civil toma conocimiento de sus potencialidades para la resolución de conflictos fundiarios o como fuente de mayor atención de los poderes públicos con las poblaciones carentes. Fue, asimismo, básicamente después de ese año que la presencia de demandas por el reconocimiento como remanentes de quilombos se generalizó en las comunidades de todos los estados del país.

Así, por un lado, en Colombia se está ante un proceso de titulación que se sustenta en la organización de consejos comunitarios, responsables por todo el trabajo de argumentación sobre la forma y extensión de las áreas reivindicadas, que entonces es presentado al órgano fundiario nacional, el Incora, para dar lugar a la demarcación oficial; por otro lado, en Brasil hay un proceso de identificación y mapeo de las comunidades por parte de diferentes agencias estatales o no, seguido de los trabajos de pericia antropológica o etnohistórica, sobre los cuales las asociaciones comunitarias, creadas por exigencia del modelo de titulación y muchas veces en el centro mismo del proceso de identificación, tienen poco control. Mientras que en Colombia se tiene previsto para los consejos comunitarios un lugar entre las agencias responsables por la toma de decisiones en cuanto al desarrollo de su región¹¹, en Brasil las asociaciones comunitarias no tienen foros regionales, reuniéndose apenas anualmente en un encuentro nacional de carácter informal, el cual no desempeña un rol normativo en las asociaciones o representativo frente al Estado.

¹⁰ Complementando la Ley 70 surgieron una serie de decretos sobre el derecho de propiedad colectiva (Decreto 1745), sobre la creación de un instituto de investigaciones responsable también por la etnoeducación (decreto 2249), sobre la representación de esas comunidades negras e indígenas en los organismos gubernamentales de desarrollo (Decreto 2314). Así como sobre la creación de un espacio de interlocución entre esas comunidades y el Estado, pensado como “instancias territoriales y nacionales” (Decreto 1371).

¹¹ El Proyecto de Zonificación Ecológica de la Región del Pacífico Colombiano, por ejemplo, coordinado por el IGAC, en el marco del Programa Ambiental de Manejo de los Recursos Naturales del Ministerio del Medio Ambiente, tenía por objetivo promover la participación comunitaria e institucional de las comunidades negras e indígenas en el proceso de zonificación, en la búsqueda de consenso e instrumentos prácticos. Esos objetivos respondían a las necesidades impuestas por otra ley, derivada de aquellas innovaciones, la Ley 99 de 1993, según la cual esas comunidades ascendían al estatus de coformuladoras de planes, programas y proyectos de desarrollo que incidiesen en sus territorios, de forma análoga a las administraciones municipales (Vargas).

Analogías

Hay, no obstante, una serie de convergencias y analogías entre esas situaciones nacionales. En ambas, la experiencia histórica de fuga de la esclavitud, que se tornará símbolo de una deseada negación radical del orden vigente, es reapropiada por la militancia política negra en los años 60 y 70. En la búsqueda de vocabularios y paradigmas propios, capaces de librarlos de la dependencia de las consignas del movimiento negro norteamericano, los movimientos negros en Brasil y en Colombia, ambos exclusivamente urbanos, toman los quilombos, mocambos, cimarrones y palenques como su fuente de inspiración original. Las metáforas del quilombismo y del cimarronismo son asociadas a una concisa mitología cuyo foco o imagen síntesis es la de una gran comunidad de negros fugitivos, notable por su capacidad de resistencia al asedio militar o económico de la sociedad colonial y nacional, y por la supuesta reproducción de un modo de vida africano en América: en el caso brasileño, el Quilombo de los Palmares, en el caso colombiano, el Palenque de San Basilio¹².

Finalmente, en la década de los 90, esa metáfora gana fuerza normativa a lo largo de los respectivos procesos de revisión de esos ordenamientos jurídicos nacionales, dando origen, en conexión con demandas de grupos rurales, a nuevas categorías de derecho fundiario y, a ellas asociadas, a nuevas categorías poblacionales. Tal conquista en el plano normativo implica, sin embargo, pérdidas en el plano simbólico, al restringir el campo de significados conferido por los movimientos negros –siempre urbanos– a aquella simbología, más bien poética o ideológica que sociológica.

Si el vacío de conocimiento calificado sobre la situación de las comunidades negras rurales es más evidente en el caso brasileño que en el colombiano, las citadas formas tradicionales, en la suposición de los legisladores colombianos, no son descritas en forma suficientemente definida ni en la Constitución ni en su legislación complementaria. Eso hace que tal legislación, tanto en Brasil como en Colombia, al mismo tiempo que abre un nuevo campo de derechos, abre también un vacío conceptual que coincide con un nuevo campo de indagaciones en las ciencias sociales¹³.

¹² En Colombia, una ideología de la negritud de mayor penetración sólo surgiría a partir de los años 70, ligada a la metáfora del cimarronismo y al surgimiento, en 1982, de la organización *Cimarrón*, nacida a partir de un grupo de estudios originalmente formado por estudiantes oriundos de la región del Pacífico, pero que se expandió bajo la forma de pequeños grupos de estudio por todo el país, marcando toda una generación de jóvenes negros cultos y urbanizados (Wade).

¹³ La necesidad de definición impuesta por esa nueva legislación hizo que las tradicionales cuestiones de los antropólogos acerca de la diversidad de la organización social, de la normatividad y de la transmisión del patrimonio material y simbólico de los grupos sociales, hasta entonces direccionadas exclusivamente hacia los grupos indígenas, pasasen a ser planteadas también al respecto de las comunidades negras (Camacho, Restrepo, Arruti).

En función de la novedad que representa para dichos Estados y para sus movimientos negros, la territorialidad negra rural pasa a ser abordada a partir de un modelo preexistente y consagrada en la legislación nacional e internacional: el modelo indígena o indigenista. Con eso, a las referidas comunidades negras rurales pasan a serles atribuidas cualidades y problemas que hasta entonces se restringían a las poblaciones aborígenes, asociadas a la imagen de guardianes de la tierra: lazos de ancestralidad, una cultura propia, tradiciones y costumbres, ocupación colectiva de la tierra y formas de producción tradicionales, cuestiones relativas a la autonomía política y económica, etc.¹⁴, todo lo cual define sustantivamente el universo de interlocutores, mediadores, especialistas y agencias del Estado, no sin conflicto en lo que respecta al ámbito de las respectivas competencias, aún en proceso de adaptación a ese nuevo e híbrido objeto de intervención.

La dificultad de contacto entre las comunidades contempladas por esos nuevos derechos y su restringido acceso a la educación formal, entre otros factores, presentes tanto en Brasil como en Colombia, condicionan la amplitud del conocimiento al que estas comunidades pueden acceder sobre las nuevas posibilidades abiertas. Además, la dificultad de organización de sus propias agencias de representación, la morosidad en el surgimiento de líderes destacados regional o nacionalmente, la carencia de recursos para viabilizar la organización comunitaria o multicomunitaria, han llevado a una dependencia con respecto a las entidades gubernamentales o no gubernamentales de apoyo (mediación) y financiación. Tales entidades, a su vez, pueden asumir un carácter más o menos asistencialista, desarrollista, racializante, etc., en función de la vinculación de sus pautas de trabajo a las pautas de las agencias humanitarias y de cooperación internacionales, responsables por sus fuentes de recursos. Esto hace que el perfil que dichas movilizaciones negras rurales asumen debe ser comprendido no sólo como la manifestación de demandas intestinas, que habrían estado silenciadas durante todos esos años pasados, sino también, en una porción considerable, como producto de esa conexión entre micro y macroprocesos, resultantes de relaciones globalizadas. Un punto que, pese a todo lo que ya fue dicho sobre la globalización, aún resulta difícil de abordar sociológica o etnológicamente.

Como corolario de las consideraciones anteriores, parece confirmada la adecuación e incluso la funcionalidad de esas nuevas formas de

¹⁴ Hoffmann señala cómo en la Ley 70 existe esa lectura de la cultura negra en los mismos términos ya establecidos para la cultura indígena. Además, continúa la autora, todos esos dispositivos legales presuponen la existencia de formas colectivas de regulación del acceso a la tierra, menos por conocimiento empírico que por las analogías con la experiencia indígena. De allí la formulación de un nuevo cuerpo normativo aparentemente sostenido de manera exclusiva en silogismos, capaz de crear instancias de decisión que, bajo la invocación de estar reconociendo la legitimidad de estructuras "tradicionales", en realidad inventan una nueva modalidad de relación que va a imponerse sobre el plan local, por medio de la reproducción del modelo indígena.

organización socioeconómica y de resolución de conflictos basadas en microcolectividades relativamente autónomas, con respecto a una estrategia mucho más amplia, en la actualidad designada como neoliberal. Como sugiere C. Gros, el modelo de Estado preconizado por ésta sería el de una agencia bastante más distanciada de las cuestiones locales, transferidora de responsabilidades, con limitadas funciones de regulación del flujo de capitales y conflictos en que dichas colectividades pasarían a estar insertas.

Tal adecuación y funcionalidad se daría en dos sentidos. Primero, tales movimientos serían una respuesta a las nuevas necesidades de organización social impuestas por las dificultades de las organizaciones campesinas para mantenerse en el plano nacional en términos de un sindicalismo combativo. De allí también deriva una importante inversión en la práctica de los movimientos indígenas actuales: en lugar de surgir como tentativas de una vuelta al pasado, se presentan como demandas por modernización y por inclusión social, por vía de la educación, salud y apoyo a la producción. Segundo, como sugiere Gros, en ese nuevo modelo de Estado el reconocimiento de las organizaciones indígenas (y negras rurales) permitiría reducir la intervención estatal, limitándola a una intervención de baja intensidad, frente a la cual las propias comunidades estarían obligadas a una contrapartida hasta entonces inexistente. Eso aliviaría la carga de conflicto normalmente depositada sobre el Estado cuando éste interviene directamente, administrando recursos o ejecutando proyectos. Explicaría también por qué las organizaciones indígenas (y negras rurales) no son concesiones, sino exigencias de ese nuevo Estado: cuando ellas no existen es preciso crearlas.

Finalmente, la etnización de los conflictos fundiarios en los que esas poblaciones negras están involucradas puede ser examinada desde dos perspectivas que, como en el caso indígena, corresponden a dos escalas de observación. Una de ellas, apoyada en un recorte muy genérico e internacionalista, en la cual hay una producción de una macro-identidad que se opone a la de las poblaciones blancas europeas o europeizadas, que sobrepasa fronteras nacionales y recortes etnológicos para vincular grupos muy distintos, bajo categorías corrientes como la de pueblos tradicionales, poblaciones étnicas o aun pueblos autóctonos, como si se oficiara una recaptura, con los valores invertidos, de la categoría primitivos.

En la otra escala, dirigida al plano local, hay una producción de identidades excluyentes, que reúnen y separan poblaciones vecinas por medio de pertenecimientos culturales y territoriales demarcados por particularidades aparentemente sustantivas, como color de piel, origen, cultura material, lengua etc.¹⁵. Aparentemente sustantivas porque sabemos que, en

¹⁵ En la costa del Pacífico colombiano, por ejemplo, los negros asumieron el lugar de principales agentes locales del proceso de avance del Estado y del mercado (Losonczi), pero sus tierras nunca fueron legalizadas u oficialmente reconocidas. Cuando en la década de los 60 surge la movilización indígena por la definición de sus resguardos (reservas), ellos son clasificados como invasores",

esos casos, aunque se haga mención a hechos y experiencias reales y diferencias concretas, las fronteras que éstas delimitan no están predeterminadas por dichas experiencias y diferencias. Ellas dependen sobre todo de una casuística, definida en función de los nuevos recursos materiales y simbólicos disponibles, así como de las categorías clasificatorias que les sirven de referencia¹⁶.

Tenemos así un movimiento de recuperación de las diferencias culturales que conduce simultáneamente a amplias conexiones verticales entre grupos muy diferentes por todo el globo, y a un particularismo horizontal, en que se generan, alimentan o agudizan minúsculos conflictos fronterizos e identitarios. Una paradójica composición entre tendencias globales y parroquiales, frente a la cual el Estado y la política nacionales asumen posturas ambiguas. Los nuevos *derechos* (indígenas en las décadas de los 60 y 70 y negros en los años 90) tienen por efecto promover una confusión o sobreposición entre identidad y tierra que lleva al desequilibrio del régimen de relaciones establecido a lo largo de una historia secular de convivencia.

El mismo régimen que promueve el derecho a territorios de uso común y consuetudinario, también promueve la indistinción entre, por un lado, algo esencialmente relacional, mutable y plástico como las identidades sociales y, por el otro, algo que tiende a ser fijo, sustantivo y delimitado por fronteras precisas, como la tierra. En ese segundo caso, no se trata ni siquiera del amplio concepto de territorio, al cual todas esas iniciativas parecen remitir, sino de su cristalización jurídico-administrativa en la forma de áreas reservadas (o resguardos) que, por norma estatal, deben ser exclusivas de personas de una misma identificación. Una mimetización y cristalización de identidades y territorios que tiene implicaciones políticas importantes, como la promoción de prácticas de exclusión pautadas en criterios sustantivos (presentados como étnicos) y formalmente establecidos en donde antes existían territorios vecinos o superpuesto compartidos y administrados por medio de un complejo juego de compensaciones entre lazos rituales, parentesco y alianzas coyunturales.

llevando a que algunos de esos resguardos indígenas englobaran poblaciones negras que pasaron a ser amenazadas de expulsión (Wade).

¹⁶ Como en Brasil no existe una región relativamente homogénea concentrando las comunidades rurales, los ejemplos disponibles son muy dispersos y variables. En mi caso particular, realizo trabajo etnográfico sobre una situación en que tal juego de la casuística en la definición de identidades y alianzas o de conflicto de identidad, con base en la redefinición de las categorías poblacionales con derecho territorial, es particularmente evidente (Arruti, 2000).

Justicia embera, identidad y cambio cultural* (Reflexiones en torno a una experiencia)

MARÍA DEL PILAR VALENCIA G. **

Hoy en nuestra comunidad se hace realidad un sueño, en donde se hará entre todos para un consenso y búsqueda de una convivencia y tolerancia, donde prime la autonomía de un Gobierno propio, con la Ley Propia, usos y costumbres. Todo esto será un avance histórico para los Embera Chamí y los demás pueblos indígenas y una nueva relación con los kapurías¹.

Vamos a construir desde nuestra identidad una jurisdicción especial bajo la participación de todos, buscando el fortalecimiento de la unidad con el perfil de un Gobierno propio, manteniendo el consenso de convivencia pacífica, garantizando los derechos y deberes fundamentales.

(Cristianía, mayo de 1998)

Las formas de administración de justicia de los pueblos indígenas son elemento fundamental de su identidad y afirmación cultural. Son también una expresión más del fenómeno denominado pluralismo jurídico. Dicha identidad está en permanente proceso de construcción determinado no solamente por la tradición, la vida cotidiana y doméstica de la comuni-

* A manera de advertencia, debe aclararse que estas reflexiones son producto del trabajo de acompañamiento a comunidades Embera de Antioquia, Caldas, Risaralda, Alto Sinú y en especial la asesoría prestada al cabildo Embera de Cristianía entre mayo y diciembre de 1998, pero los puntos de vista y las conclusiones no comprometen ni a los participantes ni a su organización, pues el análisis obedece no solamente al dato empírico, sino a una forma de ver el mundo que no necesariamente es compartida por las demás personas con quienes se ha tenido el gusto de trabajar conjuntamente. Otras miradas a la misma experiencia contribuirían a enriquecer el debate.

** Abogada, asesora legal de pueblos indígenas. Ha hecho acompañamiento a experiencias de fortalecimiento de gobierno indígena, control social y ordenamiento territorial. *Kapuría* es la palabra con la cual se designa al no indígena.

dad, sino también por una red de relaciones interétnicas de índole económico, jurídico, político y social.

La administración de justicia de los pueblos indígenas es un ejercicio que precede al Estado, funcionó de manera paralela y relativamente "invisible" durante todo el periodo de la República. El reconocimiento de un espacio legal tanto en la Constitución Nacional como a través del Convenio 169 de la OIT (aprobado mediante la Ley 21 de 1991) y la ley sobre administración de justicia en Colombia es producto de la participación del movimiento indígena en el debate internacional, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Congreso de la República².

La Corte Constitucional ha adoptado por la vía de la tutela importantes decisiones que han marcado la pauta para la aplicación de la jurisdicción indígena en Colombia. Basada en el Art. 246 de la Constitución reafirma su vigencia inmediata sin necesidad de una ley previa que la reglamente³ y condiciona su ejercicio a cuatro criterios⁴: a mayor conservación de la cultura, mayor autonomía judicial tiene la comunidad; respeto por los derechos fundamentales; respeto por las leyes de orden público, y la no obligación de cumplir las leyes menores o dispositivas.

Se llama la atención sobre estos criterios de interpretación, relacionados con dos aspectos. En primer lugar, la acción de tutela no es aplicable a decisiones judiciales, salvo que éstas constituyan vías de hecho. Pero a pesar de ello, la Corte Constitucional y otras instancias judiciales aceptan la revisión de las sentencias indígenas. El segundo aspecto se refiere a la proporción directa que establece la Corte entre el grado de conservación de la cultura y la autonomía.

En el primer seminario nacional sobre jurisdicción indígena y territorio realizado en Popayán en marzo de 1996, el exmagistrado Carlos Gaviria Díaz, refiriéndose al primer aspecto, manifestó que "cuando una decisión judicial tiene un vicio bastante grave puede considerarse que no hay siquiera decisión judicial, que lo es sólo en apariencia, que formalmente hay decisión judicial pero materialmente no, y por esa vía la corte ha revisado esas decisiones... por los problemas que plantea muy específicamente la jurisdicción indígena, para la Corte Constitucional es importante ir ensayando, impartiendo directrices que pueden ayudar a una mejor armonización entre la jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones indígenas"⁵. De esta postu-

Numerosos documentos de archivo en la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y otras organizaciones dan cuenta de su participación en estos debates.

Este punto es importante ya que en las primeras decisiones judiciales de jueces municipales y del circuito condicionaban el reconocimiento de la jurisdicción indígena a la expedición de una norma que reglamentara el Art. 246 y el Convenio 169 de la OIT.

Ver entre otros los fallos de la Corte Constitucional T-254 de mayo 30/94 y C-139 de abril 9/94.

Carlos Gaviria Díaz, "Alcances, contenidos y limitaciones de la jurisdicción especial indígena", en *Del Olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*, Bogotá, Ministerio de Justicia, CRIC, Ministerio del Interior, 1997, p. 173.

ra se desprende la siguiente presunción: toda decisión judicial indígena adolece de vicios graves mientras no se demuestre lo contrario.

Es preocupante la instauración de este criterio, pues se establece a través de él una *presunción de ilegalidad de las decisiones indígenas*, por consiguiente, impone a las comunidades la carga de la prueba sobre su legalidad.

En cuanto al segundo aspecto, deja un sabor agrídulce el criterio asumido por la Corte Constitucional. De un lado, reconoce la relación entre cultura y autonomía como fundamentos de la jurisdicción especial, en este sentido se da aplicación al principio de multiétnicidad y pluriculturalidad de la nación colombiana. Pero de otro lado, pareciera que en este razonamiento subyace una concepción conservacionista de la cultura. De ser así se estaría haciendo caso omiso del cambio cultural inherente a cualquier grupo humano⁶, y se estaría exigiendo, como en algún momento lo planteó el profesor Luis Guillermo Vasco, carné de antigüedad a las comunidades para el reconocimiento de la identidad cultural y los derechos inherentes a ella.

Las experiencias que sirven de fundamento a este artículo nos enseñan que las comunidades en su proceso de cambio cultural, y ante las nuevas realidades y problemáticas actualizan su cultura, y por consiguiente, sus regímenes de administración de justicia. Ello es un producto de la interacción entre mecanismos de origen tradicional y otros que proceden de las relaciones interétnicas. No cabe pues partir, sin más, de la presunción de vía de hecho establecida por la Corte Constitucional, por el contrario, se trata de un proceso exploratorio que aunque no exento de contradicciones, conflictos y crisis indica una búsqueda autónoma de revitalizar y actualizar las formas propias de gobierno y control social. De otra parte, el hecho de que algunos de tales mecanismos se alimenten de la interacción con el Estado y se adopten ciertas formas propias de otras culturas de ninguna manera le restan autonomía, ni están en desmedro de su integridad, por el contrario, son un factor de enriquecimiento de ellas. La autonomía aquí se expresa por la capacidad de la toma de decisiones y no por el mayor o menor grado de conservación de su cultura tradicional.

Quedan además entre el tintero algunas preguntas: ¿es posible el ejercicio del pluralismo jurídico, si de antemano se le ponen a las formas de justicia indígena limitaciones exógenas a las culturas (como son los preconceptos sobre la cultura, los convenios de derechos humanos y la constitución nacional)? ¿Dejan estos sistemas de ser una expresión de pluralismo jurídico por el hecho de estar reconocidos por el derecho positivo? ¿Con el fenómeno de la aculturación impuesta por la sociedad nacional tienen todavía posibilidades reales los sistemas jurídicos indígenas, más aún en la coyuntura de la globalización e internacionalización de la economía?

Este texto no pretende responder estos interrogantes, pero busca aportar elementos que contribuyan a la reflexión.

Para desarrollar el tema se inicia con algunos elementos conceptuales y metodológicos, en segundo término, se hace una caracterización general del pueblo Embera para ubicar al lector en relación con el contexto cultural, luego se presentarán algunos resultados en el proceso denominado "Constituyente Embera" de la comunidad de Cristianía. Posteriormente se proponen para la discusión algunos elementos característicos del derecho consuetudinario indígena en la administración de justicia. En este punto se retoma no solamente la experiencia de Cristianía, sino la observación directa basada en el trabajo de acompañamiento a otras comunidades. Para terminar, se hace referencia al proceso posterior continuado por la comunidad de Cristianía.

Algunos elementos conceptuales y metodología adoptada

Aunque el punto de partida conceptual no fue explícito ni plenamente compartido por todas las personas que de una u otra manera aportaron en la experiencia, puede ser una herramienta útil analizar la jurisdicción y administración de justicia indígena.

Un aporte fundamental se retomó de la cultura Cuna o Tule. Entre diciembre de 1989 y enero de 1990 la naciente Organización Indígena de Antioquia (OIA) se preguntaba por su proyección política y cultural. Varios líderes del resguardo de Ipikikuntiwala propusieron como respuesta la estrategia de las "4 ERRES": Recuperar del pasado aquello que sea posible; Reafirmar el presente en lo que sea pertinente; Retomar de otras culturas lo que se necesite y Recrear o generar aquellas cosas nuevas que se requieran y que no se conocen ni en la cultura propia ni en las ajenas.

Teniendo como referencia este aporte de la cultura Cuna para la base del trabajo, se partió de recuperar la memoria histórica sobre organización social y política, territorio, autoridad y aplicación de justicia tradicional que es enriquecido con los elementos del presente y el aprendizaje de otras experiencias, para terminar generando alternativas frente a problemas que no están resueltos desde la tradición pero que las autoridades indígenas están abocadas a asumir. En el transcurso del proceso los Embera de Cristianía agregaron una quinta R: Resistir frente a los intentos integracionistas y aculturadores como una alternativa para mantener su identidad cultural, siendo la aplicación de la justicia indígena una de sus expresiones.

De la teoría del etnodesarrollo⁷ se retomó el propósito de reafirmar la capacidad que tiene un pueblo para tomar autónomamente las decisio-

nes para definir su futuro. Se busca el fortalecimiento de una cultura autónoma, para lo cual deben tenerse como referencia la interacción de dos ámbitos, el de los recursos (propios y ajenos) y el de las decisiones (propias y ajenas). En este orden de ideas si se quiere avanzar hacia una cultura autónoma se trataría de reforzar las decisiones propias, ya sea con base en los elementos de la cultura propia o ajena, reapropiar los elementos enajenados y desechar aquello de la cultura impuesta. En el caso de la administración de justicia indígena, nos ubicamos con elementos de la cultura inmaterial que tienen que ver con lo simbólico (ideológico, político, espiritual y jurídico) y lo material (territorio, recursos naturales, etc.).

Siguiendo a Rodolfo Stavenhagen se asume el estudio de caso como opción metodológica⁸. Según este autor ello permite desentrañar las normas y reglas no solamente como enunciados abstractos sino como elementos vivos y dinámicos del derecho de una sociedad dentro de un contexto histórico y estructural. Permite identificar los valores culturales, las ideologías, la personalidad, la psicología y el mundo simbólico, los grados de aculturación o sincretismo, la cooptación por el Estado, grados de autonomía, estructura familiar, religiosa, económica, etc.⁹.

Francisco Ballón plantea la pregunta: ¿Es el orden jurídico el orden social indígena? ¿Para reconocerlo como derecho debemos constatar la presencia de un sistema jurídico? Critica el lugar que le ha asignado la familia romano-germánica canónica al derecho consuetudinario, pues lo reduce a una fuente de derecho o se le niega todo rango jurídico. Asume que la idea amplia de derecho consuetudinario abarca las instituciones, las normas y las sanciones en permanente cambio y dinámica, no dependiente de una visión superior y completa que lo asigna como apéndice del derecho mayor.

Ballón, quien retoma a su vez a Hart, expone algunos elementos que definen el núcleo de un sistema jurídico: *Reglas primarias*. Son las que se encuentran en toda sociedad y le dan a ésta una estabilidad mínima. *Reglas secundarias*. Estas incluyen normas de *reconocimiento* (Permiten identificar cuando nos encontramos frente a una norma jurídica), de *cambio* (se refiere a los mecanismos de modificación) y de *adjudicación* (definen la autoridad encargada de la aplicación del derecho).

Teóricamente se plantearían también tres problemas: *Certeza*. ¿Cuándo nos encontramos frente a una norma jurídica? *Estática*. ¿En qué

⁸ Rodolfo Stavenhagen, "Derecho consuetudinario indígena en América Latina", en *Entre la ley y la costumbre*, Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (comps.), México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, pp. 27-46.

⁹ Dice Stavenhagen que uno de los recursos que se ha utilizado para el estudio del derecho consuetudinario ha sido la elaboración de listados de normas y reglas. Pero este método ha sido revaluado porque con frecuencia los datos provienen de algún informante, se lleva a cabo sin referencia al contexto social y cultural en que se originan y porque existe la tendencia a que el compilador encaje las normas en categorías jurídicas preestablecidas provenientes de otros contextos.

momento se presenta la modificación de una norma para dejar sin vigencia la anterior? *Presión*. Si la presión social es difusa, ¿cuál es la forma de garantizar su cumplimiento? La mirada desde la experiencia concreta al sistema jurídico Emberá que se hace en este artículo no es suficiente para contestar estos interrogantes, pero puede servir como aporte para el lector interesado en establecer paralelos entre los sistemas jurídicos positivos y otros de diferente naturaleza, como son los indígenas¹⁰.

En relación con la metodología de trabajo de acompañamiento adelantado con los indígenas no existe una fórmula, pero los elementos acabados de señalar, el acuerdo explícito establecido en la experiencia seguida con los Emberá, y el diálogo de saberes interculturales en el mismo proceso constituyó un punto de partida.

En el trabajo con comunidad el consenso sobre el enfoque y la metodología no fue fácil. Algunos emberás han ejercido cargos estatales¹¹ y han interiorizado una mitificación del derecho escrito. Pero al hacer un análisis sobre el funcionamiento del sistema judicial y su eficiencia en la administración de justicia, así como la aplicación de una serie de reglamentos escritos de la comunidad (sobre administración de tierras comunitarias, por ejemplo) se concluyó que no funcionaron como mecanismo de regulación social, pues en la práctica no fueron apropiados ni siquiera por quienes participaron en su redacción. Paralelamente, con este análisis se hizo un recuento sobre las formas tradicionales de administración de justicia y la implementación de mecanismos que en un momento determinado y para algunos casos habían funcionado o venían ya aplicándose en la comunidad.

Como características de la metodología adoptada se resaltan la interculturalidad, flexibilidad, oralidad, participación, responsabilidad comunitaria y el consenso. Pueden distinguirse tres momentos: la formulación y el diagnóstico participativo, formulación de propuestas, implementación de mecanismos, experimentación y consolidación.

Caracterización general de los embera

Según el diagnóstico del Plan de Etnodesarrollo de las comunidades indígenas de Antioquia realizado por la Organización Indígena de Antioquia (OIA), al momento del contacto con los hispanos los emberas habitaban los cursos medios y altos de los ríos Atrato y San Juan, y como consecuencia de los enfrentamientos y de las estrategias de resistencia, la población ocupó nuevos territorios en la región del Pacífico y en la Cordillera Occidental¹².

¹⁰ Francisco Ballón A., "Sistema jurídico Aguaruna y positivismo", en *Entre la ley y la costumbre*, op. cit., pp. 117-139.

¹¹ Algunos de ellos se han desempeñado como inspectores de policía, maestros, promotores de salud o ambientales.

¹² Actualmente se encuentran en todo el andén Pacífico, y de manera dispersa en Panamá, Ecuador y Colombia. En este último país se ubican en los departamentos del Chocó, Antioquia, Córdoba, Cal-

La comunidad indígena de Cristianía pertenece al grupo Embera Chamí; su población asciende, según el último censo, a 1.246 habitantes estables, sin contar la población flotante (sin censar) que está arraigada al territorio, pero que por razones de subsistencia sale por periodos en busca de trabajos ocasionales o temporales. Está ubicada en el municipio de Jardín (suroeste antioqueño), con extensión de 407.75 hect., de las cuales 72-6009 son de ocupación tradicional, 250-6175 corresponden a predios devueltos por el Estado entre 1982 y 1994, y 84.54 hect., fueron también restituidas entre 1994 y 1996. Sus tierras están parcialmente reconocidas como resguardo indígena, pues una parte del territorio está sin titulación colectiva. Coexisten títulos individuales con posesiones tradicionales, algunas de ellas (aunque ubicadas en la misma vereda) no hacen parte del asentamiento principal, y otras de ellas están localizada en la vereda Santa Inés, en el sitio Santa Bárbara. Este sector ha sido tradicionalmente utilizado como trabajador, y al parecer se encuentran algunos jaidé (sitios sagrados).

Cristianía se ubica en zona cafetera, y sus miembros se vinculan estrechamente a la economía de mercado, principalmente a través de cultivos como el café (70%) y la caña (5%), la ganadería (20%) y otros productos para el consumo (5%) lo que ha generado que la biodiversidad sea baja. Según el plan de desarrollo de Cristianía, elaborado en 1997, se encuentran dos manchas boscosas. En los patios caseros cultivan plantas comestibles y medicinales¹³.

El tránsito de los Embera de la dispersión a la centralización política

La pauta de organización social tradicional era la fragmentación a través de parentelas, cada una de las cuales tenía su propio "jefe" quien cumplía el papel de autoridad interna y se relacionaba a su vez con los otros jefes para efectos de conciliar o resolver conflictos entre sus miembros. También se llevaban a cabo alianzas coyunturales con miras a enfrentar la guerra con grupos de otras etnias, para esos efectos se nombraba un "jefe guerrero" de carácter temporal. Cada parentela conservaba la autonomía para resolver sus asuntos internos.

En la Colonia se promovieron pueblos de indios, resguardos, cabildos y caciques. Estos últimos lograron cierta legitimidad para dirimir conflictos internos. Al disolverse la organización tutelada por la Colonia, y con el advenimiento de la República, al presentar altos grados de desintegración de la estructura segmentaria tradicional y el cacicazgo colonial, se acentuó el patrón de dispersión territorial y político configurándose en pequeñas organizaciones segmentarias y dispersas.

das, Risaralda, Quindío, Valle del Cauca, Cauca, Putumayo, Nariño y Caquetá. En esta etnia se encuentran varios grupos con variaciones dialectales como los Eperara Siapidara, los Chamí y los Katíos.

¹³ Comunidad Indígena de Cristianía, Plan de Desarrollo de la comunidad, 1997.

Las formas tradicionales de organización social de los Embera no han tenido un organismo o sector de la sociedad dedicado a ejercer las funciones de tipo público, salvo en las últimas décadas, cuando las comunidades decidieron conformar cabildos como formas contemporáneas de gobierno. En un primer momento éstos operaron como una suerte de trasplante hecho por instituciones estatales y religiosas, aunque después y ante la necesidad de defender los territorios y los derechos indígenas, esta figura del cabildo fue convertida en una estrategia de defensa y paulatinamente como un símbolo de la autonomía y la reconstrucción social y política de aquellos sectores que hoy en día se ven enfrentados a la fragmentación y dispersión por las presiones externas. En Antioquia, en la década de los 70, la comunidad de Cristianía fue la primera en adoptar autónomamente esta figura como forma de gobierno¹⁴. En los últimos 20 años el cabildo ha cobrado fuerza entre la mayoría de las comunidades Emberá como forma centralizada de gobierno, aunque con muchos altibajos y contradicciones, propios del aclimatación de una figura exógena y por consiguiente extraña a los patrones de la cultura tradicional.

En un primer momento su papel fundamental no se concentró en el ejercicio de la autoridad sino en la representación de la comunidad para la defensa de sus derechos, principalmente los territoriales. Paulatinamente ha asumido funciones como autoridad y en la gestión administrativa. Este último papel no ha atendido patrones tradicionales, por el contrario, ha obedecido a la necesidad de generar nuevos lazos de cohesión social que les permitan sobrevivir como grupo cultural inmerso en una sociedad nacional integracionista y etnocentrista.

Las experiencias que sirven de base a este documento registran como uno de sus antecedentes el programa de capacitación de un grupo de promotores organizativos de la OIA (Organización Indígena de Antioquia) llevado a cabo entre 1989 y 1991. Se discutieron temas como territorio, gobierno y autoridad indígena. Al analizar los problemas relacionados con el territorio y la crisis de autoridad se llegó a la conclusión de que los cabildos indígenas fueron introducidos a los pueblos indígenas de Antioquia sin que se hiciera un análisis previo sobre el estado actual de la cultura y la organización social y política.

Se hizo por parte de los líderes una categorización de cabildos así: familiares, locales y mayores. Los cabildos familiares se consideraron inútiles como forma de gobierno por cuanto coinciden con el ámbito doméstico, y allí ya existe la autoridad del padre de familia y ancianos sin necesidad de ningún tipo de formalidad, pues no cumple funciones de representación sino de autoridad tradicional. Vistas así las cosas, estos cabildos eran inoperantes pues en algunas ocasiones el gobernador era el padre y los cargos

de secretario, alguacil, tesorero, etc., eran ejercidos por los hijos, esposas, yernos, nueras y nietos.

Los cabildos locales representan una comunidad o un conjunto de asentamientos familiares; sin embargo, muchos de ellos no eran suficientemente representativos, pues en su elección no participaban (por múltiples razones que en este documento no es del caso profundizar) todas las parentelas o troncos familiares que la integraban, por consiguiente, cumplían una función de representación hacia el exterior, pero muy bajo o nulo ejercicio de la autoridad. Los cabildos mayores fueron institucionalizándose poco a poco hasta convertirse en instancias no sólo de representación sino también administradoras de justicia para casos que “se salían de las manos” de la familia o de las comunidades.

Analizada la estructura y funcionamiento, a partir de 1990 la OIA emprendió una campaña de reestructuración de cabildos¹⁵ para que se articularan a las formas tradicionales de organización social y política y a las necesidades que imponía la problemática actual de las comunidades, las cuales no encontraban respuesta ni en la cultura tradicional ni en las instituciones ajenas (estatales y no estatales).

La primera lectura de los líderes del programa de promotores indígenas fue profundizada en varias asambleas de gobernadores en las cuales se discutieron y propusieron medidas para hacer frente a los problemas del control social interno de las comunidades y en el del plan de etnodesarrollo formulado por la OIA. Se adoptó una política administrativa cuya base era el fortalecimiento de la capacidad de gobierno, gestión y administración de justicia por parte de las autoridades indígenas, y se decidió seguir experimentando con la reestructuración de los cabildos Embera.

En aquella época el diagnóstico del plan de etnodesarrollo mostró cómo en Antioquia, Cristianía era la comunidad con mayor déficit territorial y, al mismo tiempo, la que en proporción a su población presentaba mayores índices de criminalidad, conflictos internos, impunidad e incremento de las venganzas de sangre.

Pudo establecerse una relación directa entre la estrechez territorial y la conflictividad interna, debido, entre otras cosas, a que las circunstancias los habían obligado a vivir en comunidad sin que fuera ésta una decisión autónoma del grupo. Este hacinamiento tuvo varias implicaciones, entre ellas se destaca la sobrepoblación de jaibanás en un pequeño espacio territorial, la aparición y agudización de problemas de linderos, herencias, contaminación de aguas, manejo de desechos, pérdida de bosques, insuficiencia de tierras para trabajar, uniones matrimoniales de Embera con

¹⁴ OIA, “Historia de los cabildos y sailas de Antioquia”, primera cartilla, *Organización*, Medellín, Escuela de Gobernantes, 1994, p. 17.

¹⁵ Resultado de este trabajo fue la reestructuración de los cabildos mayores de Dabeiba y Murrí, y la conformación de los cabildos mayores de Murindó, Vigía del Fuerte, Zenúes, Apartadó, Chigorodó, Urrao, Turbo y numerosos cabildos locales de distintas zonas.

Kapuría, abandono de niños por sus padres que se veían forzados a laborar por fuera de la comunidad.

Todos estos problemas tuvieron como agravante el alto costo de la tierra en zona cafetera y la consiguiente lentitud para la ampliación y por consiguiente disponibilidad de áreas suficientes para el trabajo. Como si fuera poco, la ampliación de la carretera troncal del café (sin el correspondiente estudio de impacto ambiental) trajo como consecuencia la destrucción del montaje productivo comunitario y agudizó aún más las dificultades de subsistencia.

La Constituyente Embera de Cristianía¹⁶

De acuerdo con la concepción originaria de quienes formularon el proyecto se esperaba que al final del trabajo se definiría una especie de código o constitución indígena que regulara la vida comunitaria. Sin embargo, al iniciar el proceso, en consenso con el cabildo y los líderes, se le dio un nuevo enfoque que apuntara más bien al establecimiento de un sistema de administración de justicia apropiado para las circunstancias actuales de la comunidad.

Se analizó el papel del cabildo como administrador de justicia, encontrándose muchos problemas. Entre ellos se ubicó que las funciones de gestión, como por ejemplo, la administración de los recursos provenientes de los ingresos corrientes de la nación, absorbían demasiado tiempo, descuidándose otras funciones relacionadas con el control social. Se consideró que en ciertos asuntos el cabildo no operaba como administrador de justicia pues a veces los cabildantes o sus parientes hacían parte del problema y, por consiguiente, no había mucho interés en establecer sanciones o tomar medidas. También se presentaba el caso de que un cabildo recién posesionado recibía problemas sin resolver por parte del cabildo saliente y rehuía la resolución de los mismos bajo el pretexto de que eso era cuestión de la administración anterior.

Aunque se observaron éstas y otras debilidades, el cabildo ya se había convertido en parte de la tradición de la comunidad y había adquirido legitimidad como forma de gobierno y máxima autoridad. Se observó también cómo los ancianos y jaibanás venían perdiendo peso en la toma de decisiones que anteriormente se ejercían en la cultura tradicional y en el papel que juegan como autoridad ciertos líderes por su condición ética y compromiso con la comunidad. Igualmente se tuvieron en cuenta experiencias

¹⁶ El proyecto denominado "Constituyente Embera" se formuló en el marco del Plan de Vida de la comunidad. Es un proceso de reflexión de la comunidad acerca de su destino y organización interna, su propósito central es mejorar la convivencia al interior de su territorio y asegurar al futuro la supervivencia del grupo. La primera fase se llevó a cabo entre mayo y diciembre de 1998, la segunda fase entre 1999 y el año 2000. En el 2001 se dio el proceso de consolidación.

de otras zonas Emberás y regiones, como por ejemplo el Consejo de Justicia de los Emberas del Chocó (creado en 1990).

Con base en los puntos anteriores, se decidió experimentar un mecanismo que recogiera elementos de la tradición, que incorporara también al cabildo como máxima autoridad, y que generara nuevas maneras de prevenir y resolver los conflictos comunitarios. Esta fue la base para la creación del Consejo de Conciliación y Justicia que a continuación se caracteriza.

Hacia la actualización de un sistema de justicia propio y autónomo

Caracterización del conflicto interno

Como resultado de los talleres y reuniones realizadas en la primera fase del trabajo, se hizo un listado de los principales problemas que se presentan en la comunidad. Luego se realizó una agrupación o clasificación de los mismos con el fin de definir prioridades para la discusión y el análisis. Después de elaborada la lista se identificaron en cada grupo una serie de casos pendientes de resolución (no se anotan por considerar que es un asunto interno de la comunidad). Se definió que a la hora de plantear propuestas se partiría de analizar estos casos, los cuales servirían de referencia para decidir conflictos futuros.

Problemas familiares: abandono de menores, atropellos a las mujeres, violaciones a niños y niñas, discusiones y peleas en el hogar, padres y madres que aceleran la prostitución de sus hijos, falta de educación e irrespeto.

Territorio y ambiente: quemas de cultivos y monte, destrucción de bosques; linderos, herencia y parcelaciones; desechos y contaminación; aplicación de químicos; adjudicaciones de tierras; destrucción de fuentes de agua.

Jaibanismo y maleficio: el *Jai*¹⁷ malo es el uso indebido del chamanismo el cual es de distintos tipos: *Jai* por envidia, *jai* por desacuerdo, *jai* por competencia de conocimiento, *jai* de mentiroso o por encubrimiento, y maleficio por odio o venganza.

Gobierno y administración: falta de etnoeducación, falta de planeación y cronogramas de trabajo, falta de apropiación de la comunidad a su autoridad y programas, falta de manual de funcionamiento del cabildo.

Control social y delitos: lesiones personales, faltas contra la integridad moral, violación sexual, homicidio, robo, chismes y calumnias.

¹⁷ *Jai* significa espíritu. *Jai bia* es espíritu bueno y *jai cachirua* es espíritu malo o maleficio propio de la cultura. *Embera jai* es problema o enfermedad propia de su cultura, mientras que *Kapuría Jai* es problema o maleficio propio de la cultura occidental.

Calificación de las faltas

Básicamente se establecieron tres tipos. Errores o faltas leves, medianas y graves. Aunque no se hizo una lista precisa sobre estas categorías, a lo largo de la discusión y análisis quedó claro por lo menos que el homicidio, el *jai* malo, la violación sexual, el abuso de autoridad y mal manejo de los recursos y bienes de la comunidad, y la destrucción de los pequeños bosques son casos calificados como graves.

La calificación o clasificación de las faltas tiene sentido en la medida en que determina si es posible o no la conciliación, la instancia que debe resolver el caso y la posibilidad o no de remisión a la justicia ordinaria, la necesidad o no de llevar conflictos a consideración de la asamblea comunitaria.

Los casos leves pueden seguir siendo investigados y resueltos por la Consejería de Control Social del Cabildo (que en ese momento era la vicegobernadora), que fundamentalmente ayuda a resolver los problemas por la vía de la conciliación y el seguimiento de los acuerdos establecidos entre las partes.

Los otros problemas serían de competencia del Consejo de Conciliación y Justicia, pero sólo los casos graves serían llevados a la Asamblea de la comunidad cuando las decisiones le “queden grandes al grupo”.

Para casos como el homicidio, violación sexual o lesiones personales graves la resolución del conflicto no puede reducirse a la conciliación, si ésta existe debe simultáneamente aplicarse una sanción o pena que puede ser por el momento privación de la libertad. De acuerdo con los antecedentes de la persona y la capacidad locativa del cabildo los sancionados podrán enviarse a las cárceles kapurúa (no porque se considere la mejor alternativa, sino porque la comunidad carece de mecanismos alternos más efectivos).

Las instancias para la resolución de los conflictos comunitarios

La conclusión del trabajo final llevó a ratificar espacios existentes al proceso denominado “Constituyente Embera” (cabildo, Consejería de Control Social del cabildo y la Asamblea) y a la creación de una nueva instancia: “El Consejo de Conciliación y Justicia”.

Aunque se conservan instancias que ya existían, a éstas se les precisaron sus funciones y relaciones con las demás, incluyendo la justicia ordinaria.

La Consejería de Control Social. Aunque en estricto sentido es un cargo del cabildo, se expone aparte por tener funciones específicas relacionadas con el control social que la hacen diferente a los otros cargos. Es una figura relativamente nueva, data de hace menos de cinco años. Recoge el espíritu de un mecanismo tradicional (el *ituadé*) a través del cual la autoridad indígena (normalmente un anciano) reunía a las partes en conflicto,

los aconsejaba y propiciaba una conciliación. Ha mostrado cierta eficacia, especialmente en conflictos familiares y chismes (que de no controlarse a tiempo pueden derivar en problemas mayores).

La persona que ocupe este cargo es la encargada de adelantar las conciliaciones, realizar las investigaciones, efectuar las capturas, ordenar la detención preventiva en la cárcel, de aplicar las sanciones para faltas leves o medianas, incluyendo la sanción de calabozo, de vigilar que las sanciones se cumplan, etc.

Las boletas de detención que se envíen a las cárceles sólo podrán remitirse con la firma de la consejera de control social o quien haga sus veces.

El cabildo. A través de la consejera (quien será la coordinadora) de control social, que hace parte con voz y voto en el Consejo de Conciliación y Justicia, el secretario del cabildo hará las veces de secretario de dicho Consejo. Por medio de los alguaciles se encarga de las citaciones y aprehensiones, sus miembros tienen abierta la posibilidad de asistir a las sesiones del Consejo y debe participar en la preparación y el desarrollo de las asambleas comunitarias. Además debe incluir en el plan de inversión de los ingresos corrientes de la nación asignados al resguardo un rubro para la administración de justicia. Como representante legal de la comunidad es el responsable de formalizar acuerdos con la justicia ordinaria para la coordinación, el apoyo y la eventual remisión de expedientes.

Los miembros del cabildo podrán participar en las reuniones del Consejo para dar sus conceptos, pero no tienen voto. Además, ni el cabildo ni el gobernador del mismo podrán cambiar las decisiones que allí se adopten.

El Consejo de Conciliación y Justicia. Competencia: le corresponde conocer y solucionar casos o situaciones graves sucedidos entre miembros de la comunidad, así ellos hayan ocurrido por fuera del territorio, tales como homicidios, lesiones personales graves, robos, quema de terrenos, daños en fuentes de agua, robo o desvío de los recursos de la comunidad, violación sexual, abandono de niños, maltratos graves al cónyuge, *jai* malo, etc. También entre indígenas de otras comunidades que sucedan dentro del territorio. Sus decisiones deben ser acogidas no solamente en Cristianía sino por los otros cabildos o autoridades indígenas y por la justicia ordinaria.

Si por cualquier circunstancia la comunidad considera que una falta no puede resolverse al interior del territorio indígena, puede enviarse el caso a la fiscalía y los jueces ordinarios para su investigación y juzgamiento.

También asumirá los casos que le sean remitidos por el cabildo a través de la consejera de justicia (vicegobernadora) o quien haga sus veces.

Composición: se conformó inicialmente con cuatro personas de reconocido compromiso con la comunidad, comportamiento ético (reservados en sus asuntos), tener actitud neutral frente a sus familias y no tener antecedentes.

Periodo: son nombrados para periodos de un año, prorrogable si se demuestra responsabilidad y cumplimiento de sus funciones. Podrán ser removidos por la Asamblea en caso de que no cumplan con sus obligaciones.

Investigaciones: cuando se trate de casos de *jai* malo (uso dañino del jaibanismo o chamanismo) para investigar y tomar decisiones se asesorará del estamento de jaibanás.

Cuando del cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia lo consideren necesario o conveniente, puede buscarse el apoyo de medicina legal, del Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI), de la Fiscalía General de la Nación y de otras entidades oficiales.

La asamblea general. Tanto el cabildo como el Consejo de Conciliación y Justicia deberán informar a la Asamblea General acerca de las investigaciones, los procedimientos y las decisiones que hayan tomado.

La persona sancionada con pena de cárcel debe estar presente ante la Asamblea General para que se lea la sentencia y la sanción sirva para su propia tranquilidad y ejemplo de la comunidad. Cuando haya conciliación, los jefes de familia de las partes conciliadas también deben presentarse a la Asamblea General y comprometerse con el cumplimiento.

Aunque no quedó formalmente definida la potestad de la Asamblea para cambiar las decisiones adoptadas en las otras instancias, se prevé que en caso de desacuerdo pueda hacerlo, ya que por regla general en las comunidades Emberá ésta es la máxima instancia para la toma de decisiones.

Conciliación y sanciones

Antes de imponer sanciones, el cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia deben buscar reconciliación entre las partes y sus familias, llegando a compromisos y condiciones de cumplimiento.

Si la falta que se concilia es motivo para sanción privativa de la libertad, el responsable debe permanecer detenido mientras se paga el valor acordado en la conciliación (generalmente por parte de la familia).

En caso de incumplimiento de los acuerdos a los que se llegue en la conciliación se impondrá otro tipo de sanción que el responsable o culpable tenga que cumplir.

La conciliación no procede en relación con el homicidio, violencia sexual y los casos graves de lesiones personales que evalúe el Consejo de Conciliación y Justicia.

Cuando por el incumplimiento de una conciliación suceda una venganza, el Consejo determinará si puede haber o no una nueva conciliación.

De no ser posible la conciliación se pueden imponer entre otras las siguientes sanciones:

- Amonestación pública en Asamblea General.
- Multa.
- Inhabilitación para ejercer cargos dentro de la comunidad.
- Trabajo comunitario simple.
- Trabajo comunitario con dormida en el calabozo.
- Calabozo (en la comunidad o en otras comunidades).
- Cárcel (por fuera de la comunidad). Esta pena se aplicará solamente como último evento, después de agotar otras vías, o según los antecedentes del sancionado o la gravedad del caso (esta pena siempre se aplicará a los casos de homicidio y violación sexual). Hasta tres meses se purgarán en la cárcel de Jardín, y si es por un tiempo superior en la cárcel de Andes, de acuerdo con los convenios suscritos con los directores de estos establecimientos.

Cuando se aplique una sanción, también debe decidirse sobre el pago de los gastos y perjuicios que se hayan ocasionado.

El tipo de sanción a aplicar se determinará teniendo en cuenta las pruebas, los antecedentes de las personas, la gravedad de los hechos y las secuelas dejadas, entre otros factores.

Según acuerdos que establezcan los cabildos con autoridades indígenas de otras comunidades, las penas se podrán pagar por fuera de Cristianía. Deberá adelantarse en conjunto con la OIA un proyecto para cambiar el calabozo actual por uno que ofrezca condiciones dignas y seguras, y seguir trabajando en las propuestas de centros de rehabilitación.

Quedan prohibidas las penas de muerte, tortura o esclavitud.

Defensa del procesado y derechos fundamentales

El procesado tendrá el derecho de defensa, el cual podrá asumir por sí mismo o con la intervención de su familia. Deberá investigarse tanto lo favorable como lo desfavorable, se recibirán las declaraciones al procesado y a quienes él indique como testigos.

Cualquier miembro de la comunidad de Cristianía podrá acudir a la acción de tutela ante los jueces de Jardín o Andes cuando consideren amenazados o violados los derechos fundamentales propios o los de otra persona, en especial: cuando no se permitía ejercer el derecho de defensa; cuando hayan pasado dos meses de una detención preventiva, sin que se le resuelva la situación al detenido, cuando ocurra una falta y el cabildo o Consejo se niegue injustificadamente a adelantar la investigación y buscar la solución, cuando el cabildo o el Consejo de Conciliación y Justicia se demoren injustificadamente para adoptar una decisión.

Colaboración de la comunidad y sus familias

La comunidad tiene tanto el derecho de exigir justicia como la obligación de colaborar para que ésta se aplique:

- Denunciando las faltas de que tengan conocimiento.
- Facilitando las informaciones que se les requieran.
- Asistiendo a las Asambleas Generales.
- Eligiendo a los cabildantes y consejeros.
- Visitando y acompañando a los presos.
- Los dueños de las tiendas y establecimientos de venta de bebidas embriagantes deberán prestar colaboración en las medidas de control que adopte el cabildo, pudiendo ser sancionados por su falta de solidaridad.
- Los parientes no deben impedir que se administre justicia a ninguno de sus miembros.

Aportes para una caracterización del derecho consuetudinario indígena en la administración de justicia¹⁸

A partir del acompañamiento realizado durante varios años por la autora de este documento a diferentes experiencias relacionadas con el control social y administración de justicia con comunidades de la etnia Emberá, se hace un intento de caracterizar el derecho consuetudinario indígena en la administración de justicia. Esta particularización es sólo un punto de vista, no puede entenderse como definitiva, pues es la interpretación subjetiva de fenómenos observados, y por consiguiente están sujetos a la controversia.

1. *La generación de la norma.* Tiene origen en la solución de problemas concretos, a diferencia del derecho positivo, para el cual (teóricamente) la ley es general, impersonal y abstracta. Los intentos que se han hecho por copiar el esquema del derecho positivo han sido infructuosos, se han quedado en letra muerta y no han sido interiorizados como norma. Ejemplo de ello son algunos reglamentos sobre administración de tierras y montajes productivos en los años 80 y 90 en Cristianía, el transplante de la experiencia traducido a "código" del Cabildo Mayor de Dabeiba al Cabildo Mayor de Murri entre 1991 y 1992, los primeros estatutos del Cabildo Mayor Único de Risaralda en 1993, etc.
2. *El carácter de la norma.* Es una pauta de referencia para la resolución de casos semejantes, de ninguna manera se considera como una regla fija para aplicar mecánicamente en todos los casos. Es ilustrativo la forma como se resolvían casos de chantaje, investigación y sanción de jaibanás en el Cabildo Mayor de Dabeiba a partir

¹⁸ Para ilustrar se hace referencia a casos reales ocurridos, pero se han cambiado los nombres para mantener la privacidad de las personas involucradas.

- del caso de Martiniano Domicó, o de homicidio en Mutatá a inicios de los 90, explotación indebida de maderas en el Atrato Medio antioqueño, irresponsabilidad familiar en Cristianía, etc.
3. *Flexibilidad y permanente renovación.* La administración de justicia en comunidades indígenas no parte de un corpus de normas acabadas. No obstante, habría que diferenciar dos elementos: los patrones "fijos" o por lo menos más perdurables (fruto de la identidad cultural, cosmovisión y memoria histórica), y los "factores de transformación" que le permiten su dinamización constante y flexible (aparición de nuevos conflictos, relaciones interétnicas, injerencia de elementos externos, cambios culturales, etc.). Entre los patrones perdurables puede considerarse la caracterización que se hace del *jai* malo (ejercicio indebido del chamanismo) y las distintas formas de maleficio que no son consideradas siquiera como delito o contravención en el régimen penal o policivo del Estado. Un hecho típico, nuevo en la cultura y generador de conflictos, es el manejo de bienes comunitarios de origen estatal, la administración de los ingresos corrientes de la nación con destino a los resguardos indígenas.
 4. *Simultaneidad entre la generación, modificación y aplicación de la norma.* En materia de administración de justicia –a diferencia del derecho positivo donde la norma precede a la toma de decisiones, bajo los principios de legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad– en el derecho consuetudinario indígena la norma se genera, modifica o confirma (total o parcialmente) en el momento mismo de la resolución del conflicto. En las discusiones sobre penalización o no del aborto en Dabeiba y el Atrato Medio antioqueño surgieron diferencias, las cuales se determinaron a partir de los casos de Romelia Domicó y Ropandina Bailarín, pues se examinaron condiciones tales como su estado civil, edad, existencia de hijos, grado de responsabilidad de los maridos en su crianza y otros factores. En 1991, para resolver una violación sexual de la cual fue víctima una menor de edad en Nusidó, el caso se sometió a discusiones en la comunidad sin que fuera posible tomar una determinación, por esta razón la decisión final se tomó por acuerdo entre delegados de los Cabildos Mayores de Murri y Dabeiba.
 5. *Espacios comunitarios para la toma de decisiones.* Aunque existen órganos de gobierno y administración de justicia, éstos no operan ni con el mismo nivel de especialización de la justicia ordinaria (estatal) ni con total autonomía, pues la decisión final está sujeta a una posible revisión por parte de la Asamblea. Ésta puede ser tácita o expresa. Es tácita cuando no se pide información sobre los casos resueltos (en el caso de Cristianía por el cabildo, la Consejería de Justicia o

el Consejo de Conciliación y Justicia), o cuando al ser informada no se propone ninguna modificación a la decisión adoptada.

En 1990 en la comunidad de Popalito se reunió una asamblea de comunidades del Cabildo Mayor de Dabeiba, allí se resolvieron varios casos de desavenencias entre vecinos, enfrentamientos entre jaibanás, y se revisó el caso de Martiniano Domicó. La Asamblea determinó que la sanción impuesta por el Cabildo Mayor fue muy drástica y decidieron disminuirla. En el municipio de Mistrató (Risaralda) en 1994, la Asamblea decidió aumentar la pena que por homicidio había impuesto el Cabildo Mayor a Gonzalo Wasorna (caso que fue revisado en tutela por la Corte Constitucional).

6. *La pena es acumulativa, compleja e imprescriptible.* Entre los Embera, cuando se castiga no se hace por el último error, falta o delito. Es frecuente que la imposición de la pena esté determinada por conductas reprobables no sancionadas en el momento en que se cometieron. En la investigación y en el momento del juzgamiento siempre salen a relucir conductas anteriores. Por esta razón es muy difícil que dos hechos aparentemente iguales sean solucionados de la misma manera, ya que los antecedentes de cada persona son diferentes. Esto también explica por qué, al imponerse una sanción, en ocasiones no se involucre sólo la persona directamente juzgada sino que se impongan obligaciones que irradian a sus familias.

En el Cabildo Mayor de Dabeiba se iba a sancionar un dirigente por incumplimiento en sus funciones; durante la investigación y las discusiones se recordó cómo en épocas anteriores había incurrido en lesiones personales, desobediencia a decisiones tomadas durante la investigación por la comunidad, mal manejo de recursos comunitarios, y finalmente se consideró la última falta cometida. Para definir la sanción final se “le cobraron” las faltas anteriores que no habían sido sancionadas o cuyos castigos no se habían cumplido. La consideración principal es que ya se le había perdonado varias veces y que éste era el momento de responder por todos los hechos.

En la comunidad de Cristianía, mientras se adelantaba la experiencia de la “Constituyente Embera”, se tuvo la oportunidad de asistir a reuniones familiares y del cabildo donde se debatía el caso de lesiones personales, daño de parcelas, porte ilegal de armas y otros conflictos sucedidos entre dos jóvenes de la comunidad. Allí se pudo establecer que si había algo por sancionar no era solamente la última conducta sino todo el acumulado de acciones que no habían sido castigadas a pesar de haberse hecho varios requerimientos e intentos de conciliación entre las partes enfrentadas.

7. *El derecho de defensa se ejerce directa o indirectamente.* Es una práctica que data de la tradición y aún se mantiene. Igual o mayor

importancia tiene la intervención de la familia que la presencia del sindicado en el momento de hacer los descargos, controvertir las distintas versiones y puntos de vista e imponerse las sanciones u obligaciones.

Durante el proceso de la “Constituyente Embera” se tuvo la oportunidad de presenciar una audiencia en la cual se buscaba solucionar un problema de lesiones personales. Allí asistieron además de los directamente implicados, el grupo familiar de cada uno de ellos. Durante el debate quedó claro que éste no era un conflicto aislado, pues era parte de una cadena de situaciones que se expresaba a través de hechos tales como un homicidio llevado a cabo años atrás, al parecer producto de una serie de venganzas en el cual estaban enfrentadas las mismas familias. Para encontrar una solución definitiva en la decisión a adoptar debía comprometerse cada grupo familiar, pues de lo contrario, sancionando exclusivamente al último infractor el asunto quedaba sin resolver. Fue así como la vocería principal no fue por parte de los “sindicados”; la defensa fue tomada por el grupo familiar quien debía asumir compromisos más allá del castigo a imponer al último infractor.

Este no es un caso aislado; en el mismo conflicto entre los jóvenes mencionado en el punto anterior, quedó claro cómo la raíz se encuentra en un problema entre familias, el cual incluye la muerte de un jaibaná a manos de un miembro del otro grupo (sin que se haya podido establecer explícitamente la raíz última de la cadena de retaliaciones). Este caso fue resuelto por la justicia ordinaria a finales de los 80, logrando que se absolviera al homicida alegando razones culturales que justificaban el hecho. A pesar de quedar jurídicamente resuelto el problema (en el ámbito del derecho estatal), para las familias afectadas el hecho permanecía sin resolución. Lo único claro es que el grupo familiar estaba comprometido en la búsqueda de un arreglo definitivo, donde el último eslabón eran las lesiones personales.

8. *Transitoriedad de la cárcel como mecanismo de sanción y aplicación de justicia.* Existe una gran desconfianza en la comunidad sobre la cárcel como mejor forma de resolver los delitos o faltas graves. Sin embargo, mientras se establece una mejor manera de dar salida a estos casos, para frenar las venganzas de sangre se ha decidido temporalmente acudir a este mecanismo. No hay unidad de criterios todavía en este sentido, pues algunas personas siguen teniendo este referente de la cultura occidental como mecanismo adecuado.

Ya en varios cabildos se ha presentado el fenómeno de remitir a personas sancionadas con penas privativas de la libertad a cárceles municipales mientras se generan mecanismos propios para resolver problemas graves. Parte de los acuerdos suscritos entre

Cristianía y la justicia ordinaria incluyen este punto. En efecto, durante este año el Consejo de Conciliación y Justicia ha remitido a varios indígenas para ser recluidos en centros penitenciarios ubicados por fuera de la comunidad. Además, una de las conclusiones de este trabajo es seguir buscando alternativas diferentes a la cárcel kapuría. Esta medida puede cumplir transitoriamente por lo menos con contener las venganzas de sangre y la agudización del conflicto interno.

Nota final

El trabajo de acompañamiento a “La Constituyente Embera de Cristianía” realizado por la autora finalizó en diciembre de 1998, pero se ha hecho seguimiento indirecto al proceso a través de la lectura de informes¹⁹ y conversaciones con líderes y asesores de la comunidad. Esta circunstancia permitió constatar que los mecanismos acordados se están implementando²⁰. Aunque se han presentado algunas dificultades propias de la adaptación a nuevos procedimientos e instancias, el Consejo de Conciliación y Justicia se ha ido legitimando como espacio para la resolución del conflicto interno.

El balance realizado por la propia comunidad y la OIA arroja resultados positivos. El proceso es fundamental no sólo para la comunidad de Cristianía sino para otras comunidades Emberá, especialmente del departamento de Antioquia, pues enseña derroteros metodológicos, de participación comunitaria y relaciones con el Estado para trabajar esta misma problemática en otras zonas.

Ellos trabajaron las siguientes áreas: divulgación a través de un programa semanal sobre constituyente Embera y justicia propia en la emisora comunitaria; con el Consejo de Conciliación y Justicia realizaron talleres de capacitación y visitas a la experiencia de justicia indígena de la Orewa²¹; acompañamiento al Consejo y la comunidad; se han realizado también reuniones con instancias judiciales del departamento; se ha brindado apoyo al cumplimiento de las funciones de los consejeros; dieron continuidad a la reflexión sobre la “Constituyente” por medio de talleres de capacitación con el grupo coordinador y consejeros, y mantuvieron por un año más la asesoría jurídica a través de uno de los abogados que participó desde el comienzo.

¹⁹ Fueron consultados, entre otros, documentos tales como “Documentos relativos al proyecto Constituyente Embera – II Fase”, 1999; “Documentos relativos a la prestación del servicio carcelario por el Inpec a la comunidad indígena”, 2000, y borrador de cartilla sobre la Constituyente Embera, 2001.

²⁰ Se resolvieron 35 casos remitidos por la justicia ordinaria y otros casos nuevos, entre ellos la malversación de fondos comunitarios realizada por quien era gobernador del cabildo en la época en que se inició el trabajo de la Constituyente Embera. Actualmente se haya recluido en una cárcel municipal por decisión de la comunidad.

²¹ Organización Regional Embera Wounaan del Chocó.

Como resultados obtenidos en esta segunda fase pueden destacarse: afianzamiento de la Justicia propia a través de la legitimación del Consejo de Conciliación como instancia para la resolución de conflictos, reforzamiento de las relaciones interinstitucionales con la justicia ordinaria para ganar mayor respaldo a la jurisdicción especial de la comunidad, prestación del servicio de reclusión por parte de la administración municipal de Jardín, para mantener los indígenas presos remitidos por el cabildo y el Consejo de Conciliación, trámites ante el Inpec (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario) para que se reciban en las cárceles ordinarias a los indígenas condenados apenas privativas de la libertad, mientras se define un mecanismo propio para los casos más graves. La OIA y el cabildo de Cristianía han producido el borrador de cartilla de difusión que da cuenta de la experiencia de la Constituyente Embera.

La evaluación de este proceso daría luces tanto a la comunidad de Cristianía como a otras comunidades de la etnia Embera (por lo menos en el departamento de Antioquia) para emprender la búsqueda de nuevos mecanismos para el control social y la administración de justicia indígena, partiendo de la reafirmación cultural y asumiendo de manera autónoma las decisiones pertinentes acordes con el cambio cultural producto de las relaciones interétnicas. Será materia de otra reflexión la articulación con la justicia ordinaria y otras instancias estatales y no estatales con miras a identificar elementos que contribuyan al tránsito del Estado monoétnico al Estado multiétnico y pluricultural.

Bibliografía

- BALLÓN A., Francisco, “Sistema jurídico Aguaruna y positivismo”, en *Entre la ley y la costumbre*, Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (comps.), México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- BONFIL B., Guillermo, Premisas jurídicas y políticas del etnodesarrollo, fotocopia.
- CAICEDO, Luis Javier, y María del Pilar VALENCIA G., “Informe sobre el Proyecto Constituyente Emberá de Cristianía”, Organización Indígena de Antioquia, Medellín, 1998.
- Comunidad Indígena de Cristianía, Plan de Desarrollo de la comunidad, 1997.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1977.
- Ministerio de Justicia y del derecho, CRIC y Ministerio del Interior, *Del olvido surtimos para traer nuevas esperanzas*, Bogotá, 1997.
- Organización Indígena de Antioquia. (OIA), “Cultura Embera”, Memorias del Simposio sobre cultura Embera, V Congreso Colombiano de Antropología, 1990.
- , “Diagnóstico de las comunidades indígenas de Urabá”, Medellín, 1992.
- PARDO R., Mauricio, “El convite de los espíritus”. Notas sobre los Jaibanás del Chocó, Bogotá, 1983, mecanog.

- , “Regionalización de indígenas Chocó. Datos etnohistóricos, lingüísticos y asentamientos actuales”, en *Boletín Museo del Oro*, N° 18, I-IV, Bogotá, 1987.
- SANTA CRUZ, Milton; María del Pilar VALENCIA G. y Liliana CASTAÑO, “La madre está desnuda”, en *Tierra profanada. Grandes Proyectos en Territorios Indígenas de Colombia*, Santa fe de Bogotá, Disloque editores, 1995.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, “Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina”, en *Entre la ley y la costumbre*, Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (comps.), México, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- VALENCIA G., María del Pilar y Luis Eduardo AGUDELO, “Estudio sobre control social y criminalidad entre los Embera del Departamento de Risaralda”, Diagnóstico, Defensoría del Pueblo, Risaralda, doc. interno, 1995.
- , Memorias de los talleres para promotores indígenas de Organización - Convenio OIA-Corpourabá, Medellín, 1989, 1990, 1991.

Sociedad civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia

ANTONIO CARLOS WOLKMER*

Introducción

En la medida en que las transformaciones científico-tecnológicas y las mudanzas socioeconómicas determinan una realidad mundial cada vez más fragmentada y globalizada, se abre el espacio para la discusión de paradigmas alternativos acerca de una nueva organización social y de un nuevo modo de legalizar la vida material. La exigencia de discutir y buscar un nuevo “modo de vida”¹ estimula e introduce la incursión en nuevos procedimientos políticos, nuevos modos de reglamentación social, y nuevas prácticas de realización de la justicia. Se destacan así las demarcaciones necesarias para otra forma de concebir la relación entre sociedad, Estado y justicia. La fuerza emergente no volverá a privilegiar con exclusividad al Estado, y sí a la sociedad civil, mientras un nuevo espacio público se hace efectivo para el ejercicio de la democracia y las prácticas legales y populares.

La esfera pública proyectada trae al escenario institucional valores culturales y formas de prácticas políticas y jurídicas que ponen en juego nuevos actores sociales. La correcta discusión paradigmática en este fin de siglo, involucrando a la sociedad, al Estado y a la justicia, no puede ser redefinida sino mediante un proceso resultante del nuevo espacio comunitario, fundado en una “descentralización democrática”, en la “participación

* Profesor titular en los cursos de pregrado y posgrado en derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina. Doctor en filosofía del derecho y de la política. Autor de diversos libros entre ellos: *Introducción al pensamiento crítico*, 2ª ed., São Paulo, Acadêmica, 1995; *Ideología, Estado y derecho*, 2ª ed., São Paulo, Revista de los Tribunales, 1995; *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en derecho*, 2ª ed., São Paulo, Alfa Omega, 1997; *Derecho y justicia en la América indígena: de la conquista a la colonización*, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 1998.

¹ Se reproduce aquí la expresión “Nuevo modo de vida” en el sentido político, social y cultural desarrollada y utilizada por el pensador y jurista brasileño Tarso Genro, en sus textos: “Socialismo y nuevo modo de vida”, en *Humanidades en Revista*, Ijuí, Unijuf, N° 1, 1995, p. 15; “El nuevo espacio público”, *Folha de São Paulo*, Cuaderno MAIS, 1996, p. 3.

comunitaria”, en el “poder local”, en los “nuevos sujetos históricos” y en los “derechos, siempre que satisfagan las necesidades”. Esto es lo que se pretende exponer a continuación.

Sociedad civil, democratización y participación

Innegablemente hoy, el cuestionamiento de los cambios paradigmáticos en la esfera de lo político y lo jurídico, marcados por nuevos sujetos sociales², hace imperioso recuperar la noción de “sociedad civil”. En este aspecto, se tiene que concebir a la sociedad civil como el complejo autónomo de estructuras político-sociales que intermedian las acciones de los individuos o los grupos con las formas organizadas e institucionalizadas del poder. Además de ser el espacio de articulación de los actores sociales, de manifestación de segmentos asociativos y de explicitación de la comunicación pública, la sociedad civil se revela como el *locus* de interacción entre el Estado y el mercado. La sociedad civil asume una función política que no está relacionada “con la conquista ni con el control del poder, sino con la generación de influencias en la esfera pública cultural”³.

Naturalmente, la dimensión política de la sociedad civil no se restringe a la contestación o a la resistencia de sus agentes formadores. Más de lo que se contrapone al Estado y al mercado, o de ser encarada como un conjunto no estático de instituciones, se puede y se la debe ver “también activamente, como el contexto y el producto de actores colectivos que se autoconstituyen”⁴. Se descarta, de este modo, la concepción de sociedad civil vinculada tanto a sujetos abstractos de derechos introducidos por el orden socio-político liberal-democrático, como de los sujetos aparentemente dinámicos y participativos engendrados por políticas distributivistas del Estado de bienestar, mediante medidas captativas y clientelistas. Y nace aquí la necesidad de redefinir a la sociedad civil como espacio público pulverizado por la legitimación de nuevos sujetos sociales que, en permanente ejercicio alternativo, implementan sus necesidades fundamentales y se habilitan como instancias productoras de un derecho comunitario.

Tales nuevos sujetos sociales están situados “como identidades colectivas conscientes, más o menos autónomos, con capacidad de auto-organización y auto-determinación, interconectadas por formas de vida con intereses y valores comunes, compartiendo conflictos y luchas cotidianas que expresan privaciones y necesidades por derechos, legitimándose como fuerza transformadora del poder e instituyente de una sociedad democrática, descentralizadora, participativa e igualitaria”. En Antonio C. Wolkmer, *Pluralismo jurídico - Fundamentos de una nueva cultura en el derecho*, 2ª ed., São Paulo, Alfa Omega, 1997, p. 214.

³ Lizst Vieira, “Sociedad civil y espacio global”, en *São Paulo en perspectiva*, Nº 4, oct/dic., São Paulo, 1996, p. 108.

⁴ *Ibíd.* Observar también: Andrew Arato y Jean Cohen, “Sociedad civil y teoría social”, en Leonardo Avritzer (coord.), *Sociedad civil y democratización*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 149-182; Sergio Costa, “Esfera pública, redescubrimiento de la sociedad civil y movimientos sociales en Brasil”, en *Novos estudos*, São Paulo, 1994, Cebrap, Nº 38, p. 38-52.

En estos términos, la sociedad civil como espacio público comunitario, a través de organizaciones representativas, de los nuevos movimientos sociales y de los múltiples cuerpos intermediarios, está llamada a co-regir su destino. En la pluralidad de interacciones de las formas de vida, emplear procesos comunitarios significa adoptar estrategias de acción transformadora vinculadas a la participación consciente y activa de nuevos actores sociales. Significa ver en cada esencia humana (individual y colectiva) a un ser capaz de actuar de forma solidaria, responsable y ética, separándose del inmovilismo pasivo y del beneficio individualista comprometido. De todos modos, tiene razón Montoro cuando apunta dos caminos para realizar las transformaciones de sentido comunitario: primero, “por la adopción de procesos comunitarios y de participación. Segundo, por la defensa y el fortalecimiento de las comunidades intermedias en todos los niveles de vida social⁵.” La continuación de este retorno de la idea-fuerza de la alternativa comunitaria, sigue un amplio complejo de exigencias e interacciones alrededor de una política democrática fundada en procesos de “descentralización de los espacios”, “participación de base”, “control comunitario”, “poder local” y la legitimidad de prácticas legales populares, a partir de la acción de nuevos sujetos sociales.

Es evidente que la construcción de una sociedad democrática basada en las necesidades de las identidades colectivas locales no depende sólo de la participación integral de una ciudadanía consciente y actuante, dado que todavía tiene su condición previa en los marcos de descentralización político-administrativa y en la redistribución racional de los recursos, las competencias y las funciones. Es posible asociar el proceso de descentralización con la administración democratizante de la sociedad, del Estado y de la justicia, así como del dislocamiento flexible de funciones y el fortalecimiento de las múltiples formas autónomas de gestión local, distrital o municipal⁶. La implementación y el alargamiento de la sociedad democrática descentralizadora sólo se completa con la efectiva gestión y con el control descentralizado por parte de las asociaciones voluntarias, de movimientos sociales, grupos comunitarios y de las redes de organizaciones representativas. En la medida en que la democracia burguesa formal y el sistema convencional de representación (partidos políticos) envejecen y no consiguen

⁵ André Franco Montoro, “Libertad, participación, comunidad”, comunicación presentada en el II Congreso Brasileño de Filosofía Jurídica y Social, promovido por el Instituto Brasileño de Filosofía, realizado en la USP, 1-5 de septiembre de 1986, pp. 6-7.

⁶ Pedro Jacobi, “Descentralización municipal y participación de los ciudadanos. Apuntes para el debate”, en *Lua Nova*, São Paulo, Cedec, mayo 1990, 129-141; Tomás R. Villasante, *Comunidades Locales. Análisis, movimientos sociales y alternativas*, Madrid, Instituto de Estudios Adm. Local, 1984, p. 240. Sobre la descentralización, consultar a Edson Nunes, “Poder local, descentralización y democratización: un encuentro difícil”, en *São Paulo en perspectiva*, Nº 3, São Paulo, Seade, 1996, pp. 32-39; Peter Spink, “Descentralización: ¿luto o lucha?”, en Tânia Fischer (org.), *Poder local gobierno y ciudadanía*, Río de Janeiro, FGV, 1993, pp. 65-88.

absorber y canalizar las demandas sociales y las necesidades de justicia, se crean condiciones de participación para identidades colectivas insurgentes.

Así, las reivindicaciones y las luchas para acceder a la justicia y por derecho a las necesidades esenciales, pasan a través de las instancias estatales de jurisdicción, fluyendo para una pluralidad de espacios públicos participativos. No se trata más de sujetos de una “ciudadanía regulada” y presos de las formalidades del voto delegado, sino de “sujetos en relación”, una dinámica alternativa con el otro, con la comunidad y con el poder político, objetivando la solución de sus problemas, de sus carencias y del reconocimiento de sus derechos. Por esto, cabe sustituir sujetos destituidos de poder por el subterfugio de la “delegación” y de la “representación”, por sujetos individuales y colectivos con poder de acción y decisión, capaces de, en pleno ejercicio de la ciudadanía, ejercer mecanismos de control democrático sobre el Estado o sobre cualquier otra forma de poder instituido⁷. Es fundamental que la participación llegue mediante un proceso permanente de interacción entre los nuevos actores y el sistema social. De este modo, se impone crear, desarrollar y dar efectividad a mecanismos democráticos de participación comunitaria en las esferas del Legislativo (iniciativa legislativa popular, plebiscito, referéndum, comisiones de consultoría, representación de minorías, etc.), del Ejecutivo (planificación popular, presupuesto participativo, participación en la administración descentralizada, etc.) y del Judicial (tribunales distritales de viviendas y de consumidores, centros de justicia del barrio, comités de conciliación y mediación, comisiones de arbitraje, juzgados especiales, jueces electos, etc.)⁸.

Todas estas medidas logran un pleno significado si el espacio público comunitario alcanza, en diferentes niveles, formas de democracia participativa de base. Cuando se piensa en un nuevo paradigma para hacer política, no se está abandonando o excluyendo totalmente a la democracia representativa burguesa y a sus limitadas, combatidas e insuficientes reglas institucionales formales (como partidos políticos, reglas de la mayoría, proporcionalidad, votos, etc.), pero avanzando y ampliando el proceso mediante formas de democracia directa (participación presupuestaria, gestión compartida y sistema de consejos) capaces de convivir con ciertas institu-

Mauricio Tragtemberg, Carlos E. Martins, Célia G. Quirino, José A. Moisés, “Régimen político y cambio social: comentarios”, *Revista de Cultura y Política*. Rio de Janeiro, Cedec/Paz e Terra, 1981, pp. 27-46. Sobre la temática de la “participación”, leer José Álvaro Moisés, *Ciudadanía y participación*, São Paulo, Marco Zero, 1990, p. 15-33; Luigi Bagolini, *El trabajo en la democracia*, Brasilia, UNB, 1981, pp. 73-97; Francisco José Figuerola, *Teoría de la democracia social*, Buenos Aires, Depalma, 1986, pp. 314-80; Tomás R. Villasante, *Las democracias participativas*, Madrid, Hoac, 1995. Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico - Fundamentos de una nueva cultura*, op. cit., pp. 227-230. Ver también: Dalmo de Abreu Dallari, et al., “Mecanismos de participación popular en el gobierno”. *Problemas y reformas: subsidios para el debate constituyente*, São Paulo, OAB/Depto. Editorial, 1988, pp. 193-5. Boaventura de Souza Santos, et al., *La participación popular en la administración de la justicia*, Lisboa, Livros Horizontes, 1982, pp. 84-7.

ciones positivas de la democracia por delegación. La convergencia de los procesos democráticos tiene que tener en cuenta, sobre todo, la participación, el control y la representación vinculante de los intereses de todos los sectores de la sociedad, en nivel local, ya sea sobre la experiencia de sujetos individuales, o sobre la expresión de sujetos colectivos.

En la medida en que múltiples formas de la vida cotidiana son colocadas en una continuidad acelerada, las reglas de juego de la democracia formal acaban envejeciendo y volviéndose ineficaces, sobre todo cuando se fundan en los desdoblamientos del poder económico transnacional, en la manipulación de los medios de comunicación globalizados y en la imposibilidad político-cultural engendrada por figuras o símbolos personalizados. Delante de esto, las prácticas democráticas han adquirido mayor legitimidad comunitaria, reflejando los intereses y los conflictos de las diversas fuerzas sociales del cotidiano local.

Se trata de la práctica de la justicia marcada por la fluidez y porosidad porque, al estar en permanente cambio, aglutina alrededor de las cuestiones específicas y “en el momento exacto, los intereses que son sentidos por la comunidad”⁹. Habiendo apreciado la relevancia de un “modo de vida”, tipificado hegemónicamente por procesos comunitarios, democráticos y participativos, se verifica la tendencia a diagnosticar críticamente el presente escenario nacional y mundial, objetivando justificar la emergencia histórica de nuevos actores sociales capaces no sólo de legitimar prácticas de justicia sino, especialmente, sujetos con fuerza de presión, tanto para democratizar el proceso de justicia, como para desencadenar prácticas de resistencia a la desreglamentación y a la desconstitucionalización de la vida.

Estado, globalización y comunidad local

Componer un nuevo “modo de vida”, constituido por sujetos sociales legitimadores de nuevas prácticas que envuelven creación, resistencia y efectivación de derechos, implica tener conciencia y entrar contra imposiciones normalizadas que caracterizan la sociedad mundial en este fin de milenio, como el debilitamiento de los Estados nacionales; la supremacía salvaje del mercado, la panacea de la globalización y la hegemonía ideológica del neoliberalismo. En una breve mención, recorriendo el análisis de Octávio Ianni, se entiende globalización como “la intensificación de las relaciones sociales en escala mundial (...) una realidad en proceso, que (...) alcanza a las cosas, a las personas y a las ideas, así como a las sociedades y a las naciones, a las culturas y a las civilizaciones (...)”, colocándose “el problema de contrapunto globalización y diversidad (...)”¹⁰.

⁹ Tomás R. Villasante, op. cit., p. 222.

¹⁰ Octávio Ianni, “Globalización: nuevo paradigma de las ciencias sociales”, en *La sociología entre la*

Parece claro que el fenómeno de la globalización, introducido en la década de los 70 (M. McLuhan) en la esfera de la comunicación y de la cultura, acaba siendo adoptado y difundido en los parámetros de la sociedad internacional relacionada con la mundialización de políticas económicas, comerciales y financieras de grandes conglomerados empresariales. El proceso de globalización o de mundialización del espacio no-nacional es contingente, ciertamente, de los avances científicos y de las revoluciones tecnológicas (informática, telecomunicaciones, biotecnología, nuevas formas de energía como el láser, etc)¹¹.

Aunque sean procesos concomitantes y que están interactuando a fines de los 90, se debe diferenciar la globalización (ampliación del espacio, desterritorialización y transnacionalización, principalmente económica, tecnológica y cultural) de la doctrina teórico-práctica de justificación y legitimización denominada neoliberalismo. Por consiguiente, la interpretación y la práctica de la ideología neoliberal en América Latina se ha proyectado como "concepción radical del capitalismo, que tiende a absolutizar el mercado, hasta convertirlo en medio, en método y fin de todo comportamiento humano inteligente y racional. Según esta concepción, quedan subordinados al mercado la vida de las personas, el comportamiento de la sociedad y la política de los gobiernos. El mercado absolutista no acepta ninguna forma de reglamentación"¹².

Este sistema de principios y valores despoja toda la responsabilidad del Estado, limitando su intervención y actuación en el sentido de garantizar el mínimo de bienes para todo ciudadano. Si el neoliberalismo ajustó y estabilizó la economía capitalista, consiguiendo alcanzar la caída de la inflación, la implementación de la austeridad fiscal y la recuperación de los lucros, acabó, entretanto, contribuyendo a acelerar inmensos desequilibrios económicos, altas tasas de desempleo, profundas desigualdades sociales y acentuados desajustes en lo cotidiano de las comunidades locales. El surgimiento de nuevas formas de dominación y exclusión producidas por la globalización y por el neoliberalismo afectó sustancialmente las prácticas políticas, las formas de representación y de producción de los derechos, así como la propia instancia mayor y tradicional de poder: el Estado nacional y soberano.

modernidad y la contemporaneidad, Porto Alegre, Ed Univ. UFRGS, 1995, pp. 13-25. Constatar del mismo autor *La sociedad global*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1996.

¹¹ Ladislau Dowbor, "Gobernabilidad y descentralización", en *São Paulo en perspectiva*, Nº 3, São Paulo, Seade, 1996, p. 23. "De la globalización al poder local: la nueva jerarquía de los espacios", en M.C. de Freitas (org.), *La reinención del futuro*, São Paulo, Cortez, Bragança Paulista, USF-IFAN, 1996, pp. 55-75.

¹² Carta de los supervisores provinciales de la Compañía de Jesús de América Latina, *El neoliberalismo en América Latina*, São Paulo, Loyola, 1996, pp. 19 y 21. Otro material sobre una apreciación crítica del neoliberalismo, en Emir Sader y Pablo Gentile, *Pos-liberalismo - Las políticas sociales y el Estado democrático*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Graphia, 1995; Paulo Nogueira Batista, *El consenso de Washington. La visión neoliberal de los problemas de América Latina*, 2ª ed., São Paulo, Pedex, 1994.

En este aspecto, se hace evidente un cierto agotamiento del Estado-nación en relación con su actualidad y conceptualización. No parece correcto afirmar, como advierte Ianni, que dejará de existir, pero está definitivamente en decadencia, buscando reformularse en este momento crítico. Por cierto que "las formas sociales, económicas, políticas, culturales, geopolíticas, religiosas y otras, que operan en escala mundial, desafían al Estado-nación, con su soberanía, como el lugar de la hegemonía. Siendo así, los esfuerzos del Proyecto Nacional, sea cual fuere su tono práctico o económico, se reducen, se anulan o solamente pueden ser recreados sobre otras condiciones. La globalización crea desuniones y establece parámetros, anula y abre horizontes"¹³.

Frente a la declinación de las funciones tradicionales y a la inoperancia de la democracia representativa formal, se abre la discusión para el rescate y el reordenamiento consciente del espacio público comunitario, descentralizado y participativo. En esta esfera de participación democrática de todos los segmentos sociales, el poder local pasa a ser el palco directo del ejercicio de una ciudadanía activa y solidaria. A partir de una nueva relación entre Estado y sociedad se crea, como escribe Tarso Genro, un nuevo espacio público, "de carácter no estatal, que funde el Estado y la Sociedad en el público: un esfuerzo de decisiones no controladas ni determinadas por el Estado, pero inducidas por la Sociedad Civil"¹⁴.

En esta perspectiva, el poder local se proyecta como espacio privilegiado, por cuanto moviliza de forma concreta la relación más directa entre Estado y sociedad, favoreciendo la radicalización de un proceso comunitario participativo y definiendo nuevos mecanismos de ejercicio democrático y acceso a la justicia. Mientras tanto, al trabajar con el poder local, por tratarse de un concepto impreciso y de contorno difuso, como reconoce Tania Fischer, se lo debe insertar en un universo más amplio y abstracto, sin circunscribirlo a una categoría identificada simplemente "a una calle, a un barrio o a una ciudad"¹⁵. Naturalmente, en un sentido más específico, poder local, comprende el "espacio abstracto de relaciones sociales que se quieren privilegiar", indicando "movimiento e interacción de grupos sociales que se articulan y se oponen alrededor de intereses comunes"¹⁶. Ya como referencial genérico o local, se refiere, en los términos de Fischer, al "conjunto de redes sociales que se articulan y superponen, con relaciones de cooperación o conflicto, en torno de intereses, recursos y valores, en un espacio cuyo contorno está definido por la configuración de este conjunto"¹⁷.

¹³ Octávio Ianni, *op. cit.*, p. 17. Sobre la problematización del Estado-nación y su discusión actual, ver también David Held, "Democracia, el Estado-nación y el sistema global", *Lua Nova*, Nº 23, São Paulo, CEDEC, 1991, pp. 145-194; Jorge Luis Fiori, "Globalización, Estados nacionales y políticas públicas", *Ciencia hoy*, Vol. 16, Nº 96, 1993, pp. 24-31.

¹⁴ Tarso F. Genro, "Socialismo y nuevo modo de vida", *op. cit.*, p. 15.

¹⁵ Tania Fischer (org.), *Poder local, gobierno y ciudadanía*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 11.

Visto lo expuesto, importa ahora, para el propósito de esta reflexión, direccionar el significado de poder local, tanto como reacción a las prácticas políticas centralizadoras y a los modelos tecnoburocráticos de gestión, como ruptura con las normas paternalistas, clientelísticas o autoritarias de la administración pública¹⁸. Más allá de estos objetivos, con el poder local se quieren reinventar formas más dinámicas, directas y participativas de gestión en un ámbito espacial delimitado, descentralizado y democrático, constituido por nuevos actores sociales, imbuidos de legitimidad y autonomía para la ejecución del control, la toma de decisiones y la práctica de servicios legales populares. Es en esta perspectiva de una gestión local descentralizada y democrática que se encuadraría la rica e innovadora experiencia del presupuesto participativo popular, vivenciado en los años 90, en algunas ciudades brasileñas (Porto Alegre)¹⁹.

Con la articulación lógica de la presente propuesta teórica, o sea, la reordenación política y social del espacio público local, se llega al examen de la producción de derechos y de acceso más democrático a la justicia, como resultante de las prácticas, relaciones y necesidades de los nuevos sujetos sociales.

Sujetos sociales y prácticas jurídicas alternativas

En la crisis de valores que atraviesa la realidad mundial y que degenera las relaciones de la vida cotidiana local, una de las alternativas posibles para trascender la exclusión y las privaciones proviene de la presión y de la fuerza movilizadora de los nuevos sujetos sociales que, por voluntad propia y por la conciencia de sus reales intereses, son capaces tanto de crear nuevos derechos como de luchar por el mantenimiento y la efectividad de derechos ya conquistados. No hay duda de que la situación de miseria, exclusión y seguridad por una vida digna, constituyen la razón motivadora y la condición de posibilidad del apareamiento de derechos engendrados por la historicidad de los nuevos actores.

Hoy, el “nuevo sujeto” histórico se articula alrededor “del sufrimiento, a veces centenario, y de las exigencias cada vez más claras de dignidad, de participación, de satisfacción más justa e igualitaria”²⁰ de las necesidades humanas fundamentales de grandes parcelas sociales excluidas, dominadas y explotadas de la sociedad.

¹⁸ Laranjeira, Sonia M. G., “Gestión pública y participación: la experiencia del presupuesto participativo en Porto Alegre”, en *São Paulo en perspectiva*, Vol. 10, Nº 3, Seade, São Paulo 1996, p. 130. Igualmente sobre el poder local, ver Ladislau Dowbor, *¿Qué es el poder local?*, São Paulo, Brasiliense, 1994; Villas-Boas, Renata (org.), *Participación popular en los gobiernos locales*, São Paulo, Polis, 1994.

¹⁹ Observar a propósito, Genro Tarso F. y Ubiratam de Souza, *Presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre*, Porto Alegre, Perseu Abramo, 1997; Luciano Fedozzi, *Presupuesto participativo: reflexiones sobre la experiencia de Porto Alegre*, Porto Alegre, Fase (IPPUR), 1997.

²⁰ Antonio C. Wolkmer, *op. cit.*, p. 213.

Es de este modo que, caracterizando la noción de sujeto como identidad, que implica lo “nuevo” y lo “colectivo”, se privilegia aquí, en una pluralidad de sujetos, a los llamados nuevos movimientos sociales. Es relevante señalar que tales actores organizados de la sociedad civil ejercen función pública esencial en la medida en que se proyectan como instancia de crítica, resistencia y presión político-cultural. En esta dimensión utópica de una política colectiva radical, los movimientos sociales se revelan sujetos que “reaccionan a la rectificación y a la burocratización, proponiendo la defensa de las formas de solidaridad amenazadas por la racionalización sistemática. Ellos disputan con el Estado y con el mercado la preservación de un espacio autónomo y democrático de organización, de reproducción de la cultura y de formación de identidad y solidaridad”²¹.

Es en este contexto de exclusión, opresión, injusticias e ineficacias de los tribunales de justicia del Estado, y de legislaciones positivas desactualizadas o desvinculadas de la realidad social que se coloca el tema de los servicios legales alternativos. En efecto, el discurso sobre la existencia y la práctica de la justicia alternativa se armoniza perfectamente con el reordenamiento de la sociedad civil, con la consolidación de un espacio local más plural, democrático y participativo. La cuestión de alternatividad en el derecho, en la perspectiva brasileña de los años 90, conduce a discusiones sobre los fundamentos y las fuentes de producción de la justicia. Sin dejar de considerar o negar los procesos convencionales de engendrar derechos por los órganos oficiales del Estado, se trata aquí de destacar formas alternativas y populares de generar jurisprudencia teniendo presente las prácticas cotidianas locales de organización social.

Para situar el tema, en primer lugar se advierte que reconocer el derecho moderno como la corporificación de la voluntad estatal, como la condensación de las relaciones de fuerzas, y como el control represivo a favor de los grupos dominantes, no autoriza a concluir taxativamente que este mismo derecho sea sólo ocultación/dominación, pues es posible forjar y utilizar el derecho como instrumento de lucha, de defensa y de liberación contra la dominación impuesta. Se trata de visualizar el derecho como instancia de construcción de una sociedad más justa.

Es dentro de este escenario práctico que aparece la propuesta de lo “alternativo” en el derecho. Igual que admitir una multiplicidad de sentidos y toda una gama de dislocamientos diversos, la dimensión de lo “alternativo” en la inserción del “fenómeno jurídico” traduce una variante de justicia distinta de la que fue instituida como obligatoria y burocratizada, o sea, otro procedimiento normativo no convencional, distinguiéndose del formalmente impuesto por el poder oficial del Estado²². Además, se puede encarar igualmente como la disyunción u opción entre dos procedimientos que no

²¹ Vieira, Lizst, *op. cit.*, p. 111.

²² Antonio Carlos Wolkmer, *op. cit.*, p. 257.

se excluyen necesariamente, pues “constituyen una unidad dialéctica en que uno es la condición de posibilidad del otro”²³.

La alternatividad rompe con el postulado de la llamada neutralidad científica de la modernidad y con la objetividad técnica del positivismo, tomando partido ahora por el revés de lo instituido, por la diferencia de lo institucionalizado, por cambio de lado: se trata del comportamiento con las mayorías sin justicia, oprimidas y marginalizadas.

Es la transgresión teórico-práctica de formulaciones o criterios fijados a través del consenso normalizado. Se trata de la pretensión de alterar los aspectos desfavorables de una forma de ser representada por el derecho. De cualquier forma, como fue señalado por Luiz F. Coelho, “sólo se puede hablar de alternativo en el campo del saber y en el de los comportamientos, cuando se reconoce la existencia de un saber dominante, u oficial, o una norma de comportamiento tenida como normal pero que lo alternativo contesta y procura superar”²⁴.

Parece no haber dudas de que, en el sentido genérico y en la óptica del sentido común, existe hoy un entendimiento entre teóricos y operadores prácticos de que el derecho alternativo expresa el inconformismo y la crítica a la estructura jurídica estatal con sus aparatos institucionales y a la necesidad de superación de la justicia tradicional. Esta perspectiva, preocupada por una nueva cultura jurídica en la inserción de una sociedad civil democrática, aunque presente un discurso aparentemente innovador, trae postulaciones acerca de la legitimidad de la justicia y de la resistencia a las leyes opresoras que no son de hoy. Cabe esclarecer que, en Brasil, desde principios de esta década, la expresión “derecho alternativo” (sentido particular), ha propiciado algunos equívocos semánticos en la medida en que se refiere tanto a la interpretación progresista de la legalidad vigente hecha por jueces y abogados en los tribunales en beneficio de los menos favorecidos socialmente, como a la lucha de clases o de grupos subalternos por el reconocimiento de derechos insurgentes nacidos de sus necesidades y privaciones²⁵.

En función de los múltiples significados adquiere posturas y estrategias diversas, pero complementarias, en las instancias burocrático-institucionalizadas (tribunales del Estado) y en las instancias dinámicas y emergentes de la sociedad civil. De aquí que, dependiendo de la elección del campo de actuación (Estado o sociedad civil) y del tipo de estrategia para

²³ Agostinho R. Marques Neto, “Derecho alternativo y marxismo - Apuntes para una reflexión crítica”, en *Revista de derecho alternativo*, Nº 1 São Paulo, Acadêmica, 1992, p. 39.

²⁴ Luis F. Coelho, “El pensamiento crítico en el derecho”, en *Seqüência*, Nº 30, Florianópolis, UFSC/CPGD, p. 69.

²⁵ Antonio Carlos Wolkmer, “Derecho alternativo: propuesta y fundamentos éticos”, en Narciso F. Anjos y José Renaldo Lopes (orgs.), *Ética y derecho: un diálogo*, Aparecida Ed. Santuario, 1996, pp. 128-129.

la lucha, el derecho alternativo presenta la particularidad de manifestaciones que van de los cambios formales del “positivismo de combate” o del “uso alternativo del derecho” hasta las prácticas más informales del “derecho comunitario paralelo”, del “derecho insurgente” o del “derecho encontrado en la calle”.

En una breve descripción de estos tres frentes de lucha se puede afirmar que:

1. Positivismo jurídico de combate es el uso de ciertos mecanismos del propio derecho positivo para hacer efectivos textos legales ya conquistados y elaborados, pero que no son aplicados en favor de los segmentos populares. Es la lucha de los operadores jurídicos para hacer valer las conquistas legales ocultadas por el propio aparato oficial del Estado.
2. Uso alternativo del derecho es la práctica interpretativa hecha por jueces progresistas en los tribunales en beneficio de los grupos sociales menos favorecidos, sin justicia y excluidos.
3. Derecho insurgente es un derecho paralelo, vivo y comunitario que emerge permanentemente de los intereses y las necesidades de la sociedad. Es la creación y el reconocimiento de derechos fundamentales (derecho a la vida, a la libertad, a la sobrevivencia, etc.), distinto de las normas positivas oficiales, engendradas en los conflictos y en las luchas de grupos sociales, pudiendo coexistir u oponerse a las leyes elaboradas por la actividad estatal²⁶.

En verdad, tales manifestaciones de alternatividad en el mundo del derecho comprenden un fenómeno socio-político mayor, denominado pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico siempre abogó por la existencia en un mismo espacio territorial, de la multiplicidad de prácticas jurídicas.

Además de las especies de prácticas de juridicidad alternativa, importa apuntar algunos criterios político-sociológicos caracterizadores del movimiento en Brasil, como son:

- a) El derecho es un instrumento de lucha en pro de la emancipación de los menos favorecidos y sin justicia, en una sociedad de clase como la brasileña; consecuentemente, se descarta el carácter apolítico, de imparcialidad y de neutralidad de los operadores y de las instancias de jurisdicción.
- b) Uno de los principales objetivos del “movimiento” es la construcción de una sociedad caracterizada como socialista y democrática.
- c) La elección metodológica de gran parte de sus adeptos es por el método histórico-social dialéctico, utilizándolo en una interpretación jurídico-progresista, cuyo objetivo es explorar las contradicciones, omisiones e incoherencias de la legalidad vigente.

²⁶ Antonio Carlos Wolkmer, “Derecho alternativo...”, *op. cit.*, p. 130.

d) Los “alternativos” privilegian, como parámetro fundamental, el hacer efectiva la legitimidad de las mayorías y la implementación de la justicia social²⁷.

En el derecho alternativo no se quiere negar la legalidad en lo referente a la positivación de derechos conquistados, tampoco identificar la ley únicamente con represión, sino tener presente la necesaria búsqueda de una interpretación superadora de las “malas leyes” o de las “leyes injustas”.

El derecho no puede y no debe ser identificado pura y simplemente con la ley descrita. Las normas de derecho deben reproducir la manifestación de lo “justo” y revelarse como garantía contra lo arbitrario sin límites del poder. En síntesis, la construcción de una cultura jurídica popular y alternativa fundada en los valores del colectivo social más excluido y oprimido, está claramente interconectada a los criterios de una nueva legitimidad, de una nueva sociedad civil.

No es menos relevante consignar que la fuerza de vigencia y validez de las prácticas legales alternativas, producidas por los nuevos sujetos, organizaciones populares y movimientos sociales, a partir de sus necesidades fundamentales, depende íntimamente de ciertos principios de valoración ética aceptados y compartidos por todos. Naturalmente, en una nueva cultura jurídica democrática, descentralizada y participativa, la consensualidad del instituyente se asienta en la moralidad de una vida humana con dignidad y con justicia²⁸.

Consideraciones finales

Más allá de la propia experiencia innovadora, flexible y antidogmática que atraviesa determinado segmento del mundo jurídico, se vuelve necesario, como se procuró evidenciar en este texto, buscar redefinir a la sociedad civil, recuperando la esfera comunitaria y redimensionando conscientemente el poder local como estrategia para contraponerse a la crisis y a las nuevas formas de colonización presentadas por la sociedad globalizada.

Algunas preocupaciones aquí presentadas no dejan de reflejar el espacio público de sociedades periféricas latinoamericanas, como la brasileña, que viene sufriendo el impacto de la crisis del estado nacional, de la globalización de la economía y de las influencias del neoliberalismo. Se justifica así la utilización del derecho como instrumental de construcción de una sociedad civil más justa y de efectivación de valores éticos nacidos de prácticas sociales emancipadoras. El desafío paradigmático inherente al acceso a la justicia y al propio derecho alternativo está, en fin, en implementar valores insurgentes, priorizando la justicia y la plena satisfacción de las necesidades humanas.

²⁷ Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, 2ª ed., São Paulo, Acadêmica, 1995, p. 145.

²⁸ Antonio Carlos Wolkmer, “Derecho alternativo...”, *op. cit.*, pp.141, 143.

Igualmente hoy, en la consolidación de una justicia democrática y participativa, la presencia y el papel de los nuevos sujetos sociales (múltiples cuerpos intermediarios, asociaciones comunitarias y populares, redes de movimientos sociales, entidades de intermediación como las ONG), se revelan esenciales ya que se proyectan no sólo como polos de presión política y cultural, constitutivos de una nueva legalidad y de una nueva justicia, sino como agentes capaces de resistir y de luchar contra la violación de derechos básicos fundamentales, desencadenados por el pragmatismo y por la barbarie del neoliberalismo.

Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina

*Traspusimos la sórdida mixtura
de las sombras y lluvia, a pasos lentos,
tocando un poco la vida futura.
Por lo que hablé: maestro, estos tormentos
¿serán mayores tras la gran sentencia,
o menores, o iguales de violentos?
Y él a mí: no te olvides de tu ciencia,
según la cual cuanto algo es más perfecto
más bien o mal añade a su experiencia.
Divina Comedia, VI, 100-106*

ROSARIO GARCÍA*

Introducción

La referencia a los mecanismos alternativos de solución de conflictos es tan común y extendida como ambigua. Diversas expresiones se emplean para indicar, en principio, el mismo concepto: tratamiento alternativo de resolución de conflictos, mecanismos alternativos de tratamiento de conflictos, medios alternativos de solución de conflictos, justicia informal, justicia comunitaria, entre otros. Todos estos términos se emplean en la mayoría de los países de la región aludiendo a fórmulas de justicia similares, si bien tienen orígenes diferentes. Sin embargo, cualquiera de estas acepciones nos remite a fórmulas de hacer justicia diferentes a la jurisdicción ordinaria.

Con carácter general, se puede decir que dentro de este tipo de mecanismos se incluyen fórmulas tan variadas como la mediación, el arbitraje, la conciliación, la conciliación en equidad, la justicia comunitaria, la negociación, la consulta, la construcción de consensos y las diferentes fórmulas de justicia tradicional indígena.

Ya sólo con esta mera enumeración de las diversas fórmulas existentes, se puede deducir una primera conclusión, y es que, desde una pers-

Licenciada en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Especializada en derecho administrativo.

pectiva jurídica, no han sido objeto de una elaboración conceptual, teórica o académica previa a su implementación, como una categoría homogénea y fundamentada en bases socio-jurídicas. Su heterogeneidad es tan amplia como lo son sus diversas denominaciones, sus orígenes o sistemas de funcionamiento.

Para poder centrar de una manera elemental el tema, y siempre desde una óptica jurídica, se puede partir de una definición que nos permita aproximarnos a los mismos en esta introducción. Gladys Stella Álvarez¹ dice que “se incluye bajo este nombre toda forma de resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto”. Se trata de una definición realizada en forma negativa en la que se expresa lo que no son estos mecanismos y, por ello, no contiene un concepto que permita construir una categoría jurídica. Ésta es precisamente la dificultad de una aproximación teórica.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos se encuentran frecuentemente ligados a conceptos como el acceso a la justicia, por tratarse de fórmulas que permiten acceder al sistema de justicia a los excluidos de las instancias ordinarias; de igual manera, y en relación con fórmulas de justicia indígena, los encontramos vinculados al pluralismo jurídico.

En el primer punto de este trabajo se analizará si existe o no relación con la teoría del derecho alternativo, ya que es continua la referencia a la alternatidad, y resulta necesario precisar el concepto y cuál es su sustento teórico. Este análisis exige, además, una aproximación al contexto en que se desarrolló esta teoría en América Latina debido a su peculiar construcción respecto a su expresión original.

A continuación, se tratará de deslindar dentro de las múltiples figuras existentes, a qué se podrían denominar mecanismos alternativos de resolución de conflictos, agrupándolos por categorías y analizando las diferentes funciones que cumple cada categoría de ellos en relación con la administración de justicia, excluyendo aquellas fórmulas que no deberían quedar integradas bajo este concepto.

Se hará seguidamente un análisis de cuál ha sido el contexto Latinoamericano de los últimos años que ha dado origen a la implantación de estos mecanismos de forma muy generalizada en la región. Toda figura jurídica nace en unas determinadas condiciones sociales y políticas –y dentro de sistemas jurídicos concretos–, y por ello resulta imprescindible conocerlos para ver cuál puede ser su alcance.

¹ Gladys Stella Álvarez, Los métodos alternativos de resolución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas. Ponencia de la conferencia internacional “Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo”, celebrada en Bogotá del 28 al 31 de julio de 1998. Publicado en *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Alfredo Fuentes Hernández (ed.), Bogotá, 1999, p. 333.

Teniendo en cuenta la categorización de los diferentes mecanismos, se realizará una exposición del actual panorama regional, que no tiene la pretensión de ser exhaustiva ni en relación con los países descritos ni en el funcionamiento de cada sistema. Se trata más bien de tener una muestra representativa. Este trabajo no pretende agotar el tema ni contener una exhaustiva relación bibliográfica, ni si quiera una descripción de los sistemas existentes en todos los países de la región como ya se ha expresado anteriormente. Su pretensión está más orientada a mostrar las tendencias teóricas y las figuras regionales más significativas.

Por último, se realizará una valoración de estas fórmulas de resolver conflictos, qué se espera de ellas, cuál es la realidad conocida hasta ahora de los resultados que se están produciendo, y qué riesgos se corren en su implantación.

Este trabajo quiere servir de punto de partida para una reflexión sobre en qué situación estamos y qué podemos esperar de estos mecanismos, cuáles son sus fisuras y qué aportan a la consecución de la justicia en un momento en que todos los países se encuentran inmersos en procesos de reforma.

Es precisamente esta gran cantidad de proyectos de reformas judiciales en curso, que contienen fórmulas diversas de estos mecanismos, y paralelamente, la constatación de la existencia de variados cursos de formación de conciliadores o mediadores, organizados tanto por universidades como por organizaciones no gubernamentales o asociaciones privadas, gran multiplicidad de páginas web con estos contenidos, seminarios, talleres y congresos, lo que hace que nos preguntemos las causas de tal proliferación y su capacidad para mejorar la administración de justicia, algo tan necesario en la región.

¿Tienen que ver los mecanismos alternativos de resolución de conflictos con el derecho alternativo?

No obstante la diversidad de expresiones con las que se denominan estos mecanismos, se están refiriendo siempre a una determinada forma de hacer justicia, de solucionar conflictos. Como elemento común a todas las expresiones ya reseñadas, incluso aunque no se contengan expresamente en la propia designación, es la continua remisión a la alternatidad. Pero, ¿tienen algo que ver con la teoría del derecho alternativo o del uso alternativo del derecho?

La alternatidad del derecho es un concepto surgido en la judicatura y academia italiana de los 70, y hace referencia a la utilización del derecho positivo vigente para fines diferentes de la consolidación de la clase dominante que fue la que lo creó. Esta teoría nació en Italia en un momento en que, como consecuencia de la coexistencia de normas aprobadas en realidades políticas y tiempos muy diferentes –y las contradicciones que sur-

gían entre ellas—, se podía hacer uso de ellas para solucionar conflictos sociales en una forma distinta a la prevista por esas mismas normas. De esta manera, la magistratura cumplió una intensa labor interpretativa del derecho y puso de manifiesto la clara función política de la jurisdicción².

Esta concepción no se desarrolló de la misma forma en América Latina donde, en opinión de Bergalli³, remite a la práctica realizada por servicios legales más que a los aspectos epistemológicos que se propusieron en los orígenes de su aplicación. A mediados de los 70, cuando en la región predominaban los regímenes militares, aparecen la mayoría de los servicios legales alternativos como una forma de realizar acciones sociales y políticas que las dictaduras no permitían en sus propios espacios.

“La estructura de exclusión económica y política de los oprimidos impide el desarrollo social latinoamericano. Son los abogados los que legitiman esta estructura en América Latina, pero a la vez, algunos de ellos han aceptado el desafío de apoyar el cambio social”, expresado así por Fernando Rojas⁴, mientras en Europa la ley tiene una función básica de dar cauce a un proceso transparente de participación y discusión en las decisiones, para la constitución de un Estado democrático, en América Latina el derecho escrito no es garantía, sino arbitrariedad; representa sólo la fuerza del que impone y, por otra, encubre un proceso de pura dominación o manipulación⁵.

En este contexto se desarrolla, a través de los servicios legales alternativos, el uso alternativo del derecho en América Latina, concebido más como un derecho alternativo que como un uso alternativo del derecho. La razón de existir es su contribución a la activa participación de las comunidades en la solución de los conflictos, mediante metodologías y estrategias que promuevan su organización, la difusión del derecho y el diseño de un nuevo orden legal. De esta manera, la propia sociedad debe estar en capacidad de contribuir a la elaboración de normas jurídicas.

Parece importante detenerse aquí en la descripción de las características definitorias de esos servicios legales por los paralelismos y las similitudes que pueden tener sus propuestas con las de los mecanismos que nos ocupan, que según las define Fernando Rojas son⁶:

1. Organizaciones que buscan promover o directamente introducir cambios sociales, que implican a su vez un nuevo tipo de justicia. Se

Roberto Bergalli, “Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿Conviene seguir empleando la expresión ‘uso alternativo del derecho’?”, en revista *El otro derecho*, Vol. 4, 1, Bogotá, marzo de 1992. *Ibid.*

Fernando Rojas, “Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina”, en revista *El otro derecho* Nº 1, agosto 1988.

Germán Burgos, “Los servicios legales populares y los extravíos de la pregunta en lo político” revista *El otro derecho* Nº 21, Bogotá, 1996.

Fernando Rojas, *op. cit.*

- busca sustituir la igualdad formal por la real, más basada en la solidaridad.
2. Instrumentos para buscar cambios fundamentales que conduzcan a un nuevo concepto de justicia y democracia. Mecanismos para combatir el capitalismo, vehículos aptos para introducir cambios de largo alcance.
 3. Utilización de instrumentos tradicionales además de herramientas educativas y políticas.
 4. Creación de un poder político en manos de las minorías, comunidades de base y grupos discriminados.

Han sido los servicios legales los que de tiempo atrás han llevado a la práctica fórmulas diversas para resolver los conflictos que el Estado no ha resuelto como consecuencia de una probada inoperancia institucional, y obviamente, judicial. De la misma forma, estos servicios han sido los que en la región iniciaron una investigación empírica socio-jurídica, con una visión crítica del formalismo y del positivismo. El derecho es un medio, y es la sociedad la que participa en su propia construcción⁷.

El contexto político en el que surgió y se desarrolló este concepto alternativo del derecho se ha ido modificando en América Latina con el desarrollo de conflictos armados en Centroamérica en la década de los 80 y el retorno de la democracia en aquellos países gobernados por regímenes autoritarios. En la década de los 90 se desarrollaron los procesos de paz en Centroamérica con la reconstrucción de su convivencia democrática.

Aparejado a los cambios políticos llegó la transformación del modelo económico imperante en la región y por ambas razones se hicieron necesarias las reformas constitucionales e institucionales. Sin embargo, la realidad social no sólo no ha cambiado en su estructura básica, sino que por el contrario se ha vuelto mucho más injusta, ya que paralelamente se ha complicado con la aparición de grandes núcleos urbanos, despoblación rural e incremento de las desigualdades sociales⁸.

J. E. Faria dice muy elocuentemente⁹:

En América Latina se desenvuelven interacciones conflictivas y convivencias contradictorias entre una concepción instrumental, formalista y normativista del orden legal, y concepciones alternativas de orden justo legítimo y pluralista, todas ellas de carácter finalístico e historicista, concibiendo un derecho en

⁷ Manuel Jacques, “Concepción metodológica del uso alternativo del derecho”, en revista *El otro derecho*, Nº 1. Bogotá, agosto de 1988.

⁸ Para tener un panorama regional en cifras, ver: José Eduardo Faria, “Democracia e governabilidade: Os direitos humanos a la luz da globalização econômica”, en *Ética, justiça e direito. Reflexões sobre a reforma do Judiciário*, Vozes, Petrópolis, 1997.

⁹ José Eduardo Faria, “El poder judicial frente a los conflictos colectivos”, en revista *El otro derecho*, Nº 5, marzo de 1990.

condiciones de reconocer como efectivamente iguales todos los actores sociales y la diversidad de los conflictos en juego y sus respectivas propuestas políticas. Para minimizar los efectos disfuncionales de estas interacciones conflictivas y de esas conveniencias contradictorias, el Estado ha utilizado sutiles estrategias de informalización, descentralización y desburocratización de la justicia, por un lado, demostrando "buena voluntad" al "aceptar" mayor participación de los ciudadanos en la resolución de sus propios conflictos, pero, de otro lado, valiéndose de esa aparente condescendencia para con el derecho resultante de los juzgados de conciliación y juzgamiento, con el propósito de aprisionar y domesticar "el derecho encontrado en la calle.

Ya a principios de los 80 comenzaron a realizarse las primeras reformas a los sistemas de justicia. Y como señala Germán Burgos¹⁰,

uno de los aspectos más particulares del proceso de reforma legal y judicial en América Latina, es la presencia activa de las ONG de abogados en los procesos de reforma legislativa, judicial y de los mismos estudios de derecho. Las necesidades actuales de pensar el derecho de una manera menos formalista y más atada a las condiciones sociales de comunidades, sectores sociales, etc., han llevado a reconocer a los abogados ligados a los sectores sociales como interlocutores válidos y necesarios dentro de los procesos de reforma judicial y legal de nuestros países. Su necesidad en buena parte radica en su conocimiento de las expectativas y obstáculos sociales para el acceso a la justicia, la reforma legal y el funcionamiento del derecho en nuestras sociedades. Esto está atado directamente con el papel que han cumplido hasta hoy en la promoción de una perspectiva antidogmática y sociológica de lo jurídico.

Son ambas causas, la utilización por parte del Estado de postulados de desformalización, pluralismo y participación defendidos desde tiempo atrás por los servicios legales populares, y la incorporación de éstos a los procesos de reforma, las que han originado que hoy se hable de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Pero como muy bien dice Faría, son maneras sutiles de incorporar formalmente demandas derivadas de las experiencias y los estudios socio-jurídicos de los servicios legales populares y otras organizaciones. Aún habrá que añadir otras influencias a este proceso complejo de creación de fórmulas alternativas a la justicia tradicional.

Pero los actuales mecanismos alternativos poco tienen que ver con los postulados establecidos por la teoría del derecho alternativo, y por el contrario, se puede crear confusión en cuanto a lo que verdaderamente son estas fórmulas.

¹⁰ Germán Burgos, *Los servicios legales populares y la investigación sociojurídica en América Latina*, ponencia, 1996.

¿Qué son los mecanismos alternativos de resolución de conflictos?

Como ya se ha expresado en la introducción, existen un conjunto de formas a las que según el autor de que se trate, se las denomina mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Ante la falta de una definición clara, vamos a tratar de ir deslindando cada figura, con el fin de buscar a qué se podría definir como tal.

La existencia de formas diversas como la negociación, la mediación e incluso el arbitraje (amigable componedor, "el hombre bueno"), se encuentran ligadas a la sociedad misma, a las comunidades rurales, los niveles más básicos de entidad social. Estas forman parte de las reglas de conducta y de control social que se pueden encontrar en la historia de las sociedades, y que no tienen su origen ni su legitimidad en una organización especializada como es el Estado¹¹. Se encuentran de forma más intensa en sociedades precapitalistas, en las primeras fases del desarrollo capitalista o en pequeñas comunidades, en las que el conflicto no estaba judicializado y su solución se efectuaba a través de instituciones sociales¹².

Estas fórmulas no deben entenderse en sentido estricto como mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como parte del sistema de hacer justicia de un país. Su tratamiento tiene una perspectiva puramente sociológica, sin reflejo jurídico alguno, y sus procedimientos, finalidad y significancia son analizados desde los conocimientos que aportan la antropología, sociología o psicología social, aunque no por ello pierden validez sociológica.

En Colombia, muy especialmente, estas fórmulas se están promoviendo desde una gran multiplicidad de instancias públicas y privadas, y su proliferación tiene que ver con la necesidad sentida ampliamente de reconstruir una sociedad totalmente desestructurada y con muy altos niveles de conflicto solucionados violentamente, que condicionan todo el actuar personal y social. La extensión de numerosos programas de este tipo tiene más contenido de participación social, educación para la convivencia, de acciones de asistencia social y justicia social que formas de administrar justicia.

Así, nos encontramos con numerosos autores que tratan los mecanismos alternativos desde esta última perspectiva, como sería el caso de J. Humberto Lizarazo¹³ en un ángulo psicosocial; Mario Jaramillo¹⁴ que aboga

¹¹ André J. Hoekema, *Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*. Documento sin publicar, 1999.

¹² Edgar Ardila Amaya, "Justicia comunitaria. Participación en la construcción de la paz", en *Los Jueces de Paz. Una justicia para el nuevo milenio*, Cali, Ediciones Escuela Ciudadana, 1999.

¹³ Jesús Humberto Lizarazo Ortega, *Resolución dialogada de conflictos. La negociación y la mediación como alternativas*. Ponencia para el seminario organizado por la Consejería de Proyectos, Bogotá, julio de 1999.

por la resolución de los conflictos entre los individuos al margen de la intervención del Estado; Álvaro Sepúlveda Franco¹⁵ y José J. Bayona Esguerra¹⁶, con propuestas de variadas fórmulas de participación ciudadana y de resolución de conflictos.

Existe otro grupo al que también suele denominarse mecanismos de resolución de conflictos, no integrados en el poder judicial del Estado, constituido por los diferentes sistemas indígenas de hacer justicia. Después de muchos años en los que han pervivido marginados e ignorados la organización social, cultural y las costumbres de los muy numerosos pueblos indígenas existentes en la mayoría de los países de la región, se ha venido produciendo el reconocimiento constitucional paulatino de estos sistemas. Este reflejo constitucional supone, con grados diferentes según los países, el abandono del monismo del Estado unitario, consagrando el principio del pluralismo jurídico como una aceptación de las sociedades plurales que son la mayoría de los países Latinoamericanos.

Pero, como expresa Hoekema¹⁷, una autonomía sin poder jurisdiccional no tiene valor. Así, el pluralismo jurídico sólo tiene efectividad cuando el reconocimiento de la cultura y organización de los pueblos indígenas van acompañados del reconocimiento de su propio poder para impartir justicia. Por lo que respecta específicamente a la administración de justicia encontramos estas consagraciones constitucionales en Bolivia, si bien hasta ahora no se ha producido la aprobación de la ley que permita una concertación de los dos niveles y tipos de administración de justicia. En Colombia se encuentra constitucionalmente previsto que las autoridades indígenas puedan administrar justicia de acuerdo con sus costumbres en el ámbito de su territorio.

En Perú, la Constitución de 1920 ya reconoce la capacidad de organización de las comunidades campesinas, y en 1993 se les da autonomía jurisdiccional para resolver sus conflictos. En 1997 se reconoce poder jurisdiccional a las comunidades nativas.

Al margen del reconocimiento constitucional, existen muchas comunidades indígenas en México, Nicaragua, Honduras, Ecuador, etc., que tienen y aplican sus sistemas tradicionales de administrar justicia.

Todos estos sistemas podríamos denominarlos justicia indígena, en razón de su origen, y existen con independencia del reconocimiento estatal. En el caso en el que exista reconocimiento del Estado donde se en-

¹⁴ Mario Jaramillo, *Justicia por consenso. Introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos*, Bogotá, Institución universitaria Sergio Arboleda, 1996.

¹⁵ Álvaro Sepúlveda Franco, "La justicia comunitaria. Una alternativa de justicia", en *Los jueces de paz. Una justicia para el nuevo milenio*, op. cit.

¹⁶ José Joaquín Bayona Esguerra, "Santiago de Cali: un municipio de paz en el próximo milenio", op. cit.

¹⁷ André J. Hoekema, op. cit.

cuentran, se podrá decir que hay una consagración del pluralismo jurídico, con más o menos intensidad, pero tampoco deberíamos integrarlos dentro de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Tienen un origen histórico específico, nacidos en el seno de la propia comunidad en la que se aplican. La manera específica de impartir justicia es una manifestación más de una concreta organización social y de una manera de entender el mundo, de su propia cosmogonía.

Existen figuras a las que también se denomina con estas expresiones, como son los arbitrajes derivados de negocios jurídicos, en los que las partes de mutuo acuerdo excluyen expresamente la resolución de sus posibles conflictos de la intervención de la justicia ordinaria designando ya, en su acuerdo de inicio, a la institución que realizará el arbitraje en caso de ser necesario, o las reglas que regirán la designación de los árbitros.

En este mundo de economía globalizada, los conflictos derivados de acuerdos y contratos entre empresas ya no se resuelven por los tribunales ordinarios, sea cual sea la nacionalidad de las mismas. Dada la demora general de las resoluciones judiciales de cualquier país que queramos estudiar y los elevados costos de los procesos, el mundo económico ha buscado fórmulas más adecuadas para sus intereses.

Un caso paradigmático de cómo están caminando los operadores económicos lo acabamos de ver reflejado recientemente en la prensa especializada. La compañía Norteamericana y gran multinacional matriz de Arthur Andersen y Andersen Consulting, para resolver un conflicto surgido entre ambas y no habiendo obtenido resultados definitivos ante la jurisdicción ordinaria de Estados Unidos, optó en 1997 por someter dichos conflictos al arbitraje de la Cámara de Comercio de París. La decisión arbitral fue dada a conocer en el mes de julio de 2000, siendo el árbitro el colombiano Guillermo Gamba. Este hecho pone de manifiesto claramente el aspecto pragmático que prima en la vida económica para las resoluciones de conflictos, frente a cuestiones como la nacionalidad de la jurisdicción o leyes positivas nacionales.

Este tipo de mecanismos, que se encuentran consagrados en todas las legislaciones nacionales de los países de la región, también quedarán fuera de nuestra categoría de mecanismos alternativos por entender que, si bien se encuentran totalmente generalizados, responden a razones derivadas de la economía globalizada y no tienen como finalidad resolver conflictos sociales.

Una vez determinadas las figuras ajenas, la categoría de mecanismos alternativos de resolución de conflictos podría definirse como el conjunto de fórmulas que se encuentran reglamentadas legalmente, mediante las cuales se administra justicia a la generalidad de los ciudadanos, no están integradas en la justicia ordinaria y sus actos no se imponen a través de la fuerza coactiva del Estado.

Nuestra propuesta de definición trata de fijar un marco en el que puedan caber todas las fórmulas existente de mecanismos, aunque en algunos casos se pueden presentar contradicciones como veremos más adelante en el panorama regional.

Aquí nos encontraríamos ante las siguientes fórmulas: jueces de paz, arbitraje, justicia en equidad, conciliación. Las características que las definen serían:

1. Su creación, distribución territorial, funcionamiento operativo y procedimientos de resolución de los conflictos se encuentran regulados por ley. Incluso, como en el caso de Perú, Venezuela y Colombia, están previstos constitucionalmente.
2. Los jueces, árbitros o mediadores no se encuentran integrados dentro de la justicia ordinaria, ni funcional ni jerárquicamente.
3. Los procesos que se siguen responden a procedimientos más flexibles, rápidos y de menores costos que los procesos judiciales.
4. Las materias propias que se resuelven por medio de estos mecanismos son las que podríamos denominar pequeñas causas, tanto civiles como penales, derivadas de conflictos de convivencia y cuya pretensión es dar un mayor acceso a la justicia a las clases generalmente excluidas de la justicia ordinaria.
5. Los actos realizados dentro de estos procesos no se imponen por la fuerza coactiva del Estado. En este punto no parece existir mucha unanimidad entre los distintos autores. Así, la Comisión Andina de Juristas los define como aquellas formas de administrar justicia por medio de las cuales, de manera consensual o por requerimiento, los protagonistas de un conflicto —ya sea al interior del sistema judicial o en una etapa previa— concurren legítimamente ante terceros a fin de encontrar la solución del mismo a través de un acuerdo mutuamente satisfactorio cuya resolución final goza de amparo legal para todos sus efectos, como por ejemplo su ejecutabilidad¹⁸.

A nuestro juicio, no sólo la ejecutabilidad de la resolución final sino también la posibilidad de obligar al cumplimiento de actuaciones durante el proceso es de muy dudosa ejecución práctica dado que en ningún caso, salvo en la especialidad de la fórmula de Argentina, los jueces o conciliadores disponen de medio alguno para llevar a la práctica de forma coactiva tales decisiones.

Estas son las características comunes a todos los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, aunque existen aspectos con una muy diferente regulación según los países. Así, nos encontramos con formas

¹⁸ Página Web de la Unidad de Modernización Judicial de la Comisión Andina de Juristas, <http://www.cajpe.or.pe>

diferentes de selección de jueces, pueden ser letrados o legos, puede requerirse la presencia de abogado o no, se puede requerir la elaboración del acta de las actuaciones llevadas a cabo o no, etc.

Su denominación como alternativos debe entenderse desde la perspectiva de ser unas formas diferentes y distintas a la justicia ordinaria. Aunque no estén integrados dentro del poder judicial no dejan de formar parte de la administración de justicia, como materia reservada al poder del Estado, ya que es la legislación del Estado la que los crea y les atribuye el poder de solucionar conflictos.

¿Cómo entender una forma de justicia que no está integrada en el poder judicial? Estas nuevas perspectivas de desjudicialización han hecho plantearse a muchos si estamos ante una privatización de la justicia, si el Estado actual está renunciando de alguna manera, conforme se organizan nuestros Estados, al equilibrio de poderes en el que el poder judicial supone el control de los otros dos y la garantía para los ciudadanos de hacer valer y garantizar sus derechos violados.

Sin buscar polemizar en este tema, pero sí para apuntar alguna respuesta, citaremos a Pastor Prieto¹⁹ para el que la tutela judicial puede ser inferior, ineficiente a otros mecanismos alternativos a ella, tales como la tutela administrativa, la autocomposición (conciliación, mediación, arbitraje) y la tutela a través del mercado. A menudo la tutela judicial exige elevados costes y proporciona escasa efectividad. Por ello, el objetivo de la política no debe ser necesariamente proporcionar a los ciudadanos más tutela judicial. Esta tutela ocasiona mayor litigiosidad y, quizá dilación. El objetivo sería facilitar el acceso a aquel procedimiento más efectivo, al que proporciona más tutela, más disuasión de ilícitos y menos conflictividad potencial.

Esto supondría que ante la necesidad de que la justicia evolucione y supere la crisis en la que se encuentra, y no exclusivamente en Latinoamérica, se busquen medios diferentes de los tradicionales. La política judicial trataría por estos medios de aumentar el acceso a la justicia o minimizar los costes sociales de los procesos.

En el caso de América Latina a estas razones se suman otras. En palabras de Luis Pásara²⁰,

el rol de la justicia realmente existente se mantiene lejano de aquel que podría imaginarse de la letra constitucional ... Los grandes conflictos sociales no están en manos de la justicia —se resuelven mediante arbitrajes u otros medios más eficaces pero menos presentables—, y el control judicial sobre el ejercicio del poder casi no se ejerce.

¹⁹ Santos Pastor Prieto, *¡Ah de la justicia! Política judicial y economía*, Civitas, 1993.

²⁰ Luis Pásara, Legitimidad para resolver conflictos, en un contexto de globalización. Ponencia presentada a la Conferencia Internacional de Justicia Comunitaria y Jueces de Paz, Bogotá, Universidad Nacional, 1999.

Por qué aparecen y se generalizan los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

Como consecuencia de los cambios políticos y del establecimiento de democracias formales en la región, desde el comienzo de los años 80 se empezaron a gestar y desarrollar diferentes reformas institucionales.

Las reformas en la región no se han limitado a las puramente políticas mediante el reflejo constitucional de principios democráticos de gobierno. De la misma forma han existido profundas reformas económicas derivadas de la apertura de los mercados internos a empresas extranjeras y multinacionales, exigencias impuestas por la globalización económica mundial.

Los cambios económicos han reclamado de los diferentes países no sólo que ajusten sus economías sino también su institucionalidad. Dice Fernando Carrillo Flórez que:

La reforma del Estado aparece en la mayoría de los países de la región como un prerrequisito para el desarrollo sostenible y la gobernabilidad. En este mismo contexto, y de manera coetánea, la reforma de los sistemas de justicia ha venido consolidándose como parte del conjunto de actividades prioritarias para garantizar tanto la vigencia del Estado de derecho como la sostenibilidad democrática²¹.

En este periodo de tiempo han sido muchas las transformaciones económicas y políticas que se han producido, sin que en la mayoría de los casos hayan originado las necesarias transformaciones sociales. Muy al contrario, la población excluida ha ido en aumento ya que los programas de estabilización económica han incrementado los niveles de pobreza en toda América Latina.

Derivado de las causas anteriores, las tensiones y contradicciones sociales se han ido multiplicando, lo que ha originado el surgimiento de nuevos y variados conflictos a los que el poder judicial ha sido incapaz de dar respuesta.

La situación de inoperancia de la justicia presentaba –aunque desgraciadamente es una utopía hablar de ello en tiempo pasado– el siguiente balance:

1. Falta de legitimidad de la justicia. “Nuestros jueces no fueron pensados para resolver, con legitimidad, los grandes conflictos sociales, hemos heredado un poder judicial sin poder”²².

²¹ Fernando Carrillo Flórez, Los retos de la reforma de la justicia en América Latina, Ponencia de la conferencia internacional “Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo”, *op. cit.*, p. 37.

²² Luis Pásara, *op. cit.*

El ordenamiento jurídico y las políticas gubernativas que presenta el Estado, en donde deberían cristalizar los principios elementales de justicia, no recogen los intereses de los diversos actores sociales ni responden a las expectativas de justicia de los sectores mayoritarios de la población; antes al contrario, proponen una idea de justicia que en absoluto es compartida por éstos, ya que ésta desconoce la realidad social que a diario vive el ciudadano, por lo que no permite su comprensión, siendo así discutible la legitimidad de esa concreta Justicia que se encuentra diseñada de espaldas a la voluntad popular²³.

2. El poder judicial no es independiente, se encuentra muy interferido por el poder político.
El clientelismo político es una práctica que abunda.
3. La configuración de la judicatura como una casta cerrada, no sólo hace que no proponga reformas sino que incluso a veces las obstaculiza y las impide. La corrupción es una característica de la que ningún sistema judicial se libra.
4. La burocratización, la lentitud y carestía de los procesos, la falta de medios materiales y personales son un patrón común que impiden la mínima eficiencia de su actuación.

Ante un diagnóstico como el anterior los nuevos operadores económicos llegados con la globalización han visto la necesidad de que se produzcan no sólo cambios constitucionales, sino también el necesario reforzamiento de las instituciones, y dentro de ellas, de la administración de justicia.

De esta manera, en las reformas a los sistemas judiciales se podría hablar de causas internas, derivadas de los propios procesos políticos vividos en los países de la región, y causas externas a los mismos, generadas como consecuencia del proceso de globalización.

Este interés externo ha quedado demostrado por la muy amplia participación de la banca multilateral –Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo– en el financiamiento de proyectos de distintas reformas de la justicia en diferentes países, agencias de desarrollo como la AID de Estados Unidos y BMZ de Alemania, mediante donaciones para la ejecución de proyectos concretos, y por último, y de forma más reciente, el PNUD.

Durante el periodo que va del inicio de los ochenta hasta la actualidad, Latinoamérica se ha convertido en un laboratorio de múltiples reformas de la justicia, en el que han operado visiones y factores muy diversos, y cuyo objetivo primordial ha sido dar un contenido democrático a la misma.

²³ Luis Puentes del Barrio, *Juzgados de paz en la costa norte de Perú*, Lima, Centro de estudios y publicaciones, 1997.

Aunque Latinoamérica no ha sido la única región en la que estos proyectos se han desarrollado, sí ha sido objeto de una mayor atención. Y así lo demuestran cifras tales como las de la banca multilateral (Banco Mundial y BID) en el periodo 1994-1998, en el que se han otorgado préstamos para reformas a la justicia en América Latina, Asia, África y Europa del este por un total de 612.07 millones de dólares, de los cuales 377.57 han sido destinados para Latinoamérica y el Caribe. Es decir, el 62% del total²⁴.

Germán Palacio²⁵ sostiene que "al igual que el Estado nacional va siendo destronado, igual le ocurre a la legalidad estatal y una red de interlegalidades representa mucho mejor la imagen del derecho contemporáneo que la idea de la pirámide. No importa que esos mecanismos sean o no oficiales, ya que si ellos contribuyen a disminuir las distintas formas de violencia, el ser purista vale de poco".

Este autor atribuye la amplia implantación y el significado político de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos a cinco factores básicos:

1. Los procesos de globalización.
2. La crisis de la justicia oficial y del Estado de derecho liberal.
3. La dificultad para construir una autonomía entre lo jurídico y lo político.
4. Los intentos de movilizar el derecho por ciertos agentes y colocarlo a su favor.
5. La crisis y el surgimiento de nuevos modelos jurídicos conceptuales.

Según lo expuesto, se podría concluir que han existido dos tipos de factores que han dado origen a reformas de la justicia a partir de las cuales los mecanismos alternativos de resolución de conflictos han entrado con fuerza en las reformas judiciales:

1. Factores políticos y sociales originados en la región a partir de reformas constitucionales, y de la necesidad de democratizar la justicia y permitir una mayor participación ciudadana.

Siguiendo a Faria²⁶, se encontrarían las siguientes causas:

- a) En la redefinición de las relaciones del Estado con la sociedad ésta aparece construida en el interior de una nueva representación de lo social y de lo político, por medio de la cual adquiere sentido en cuanto espacio de experiencias originales y en cuanto espacio de constitución de nuevos sujetos.

²⁴ Jorge Carvajal, *Los préstamos de la banca multilateral para la reforma a la justicia en América Latina y el Caribe*, Bogotá, ILSA, 1999.

²⁵ Germán Palacio, "Resolución alternativa de conflictos: ¿la nueva cara de la política judicial?", en *Conflicto y contexto*, 1ª ed., Bogotá, Instituto Ser de Investigación, 1996, pp. 21 y 22.

²⁶ José Eduardo Faria, "El poder judicial frente a los conflictos colectivos", *op. cit.*

- b) Las redefiniciones de esas relaciones entre el Estado y la sociedad en el ámbito del capitalismo son siempre contradictorias para nuevas luchas por transformaciones alternativas de las estructuras socioeconómicas.
- c) Los nuevos conflictos colectivos exigen nuevos procedimientos judiciales para poder ser canalizados, filtrados y decididos en el ámbito de las instituciones formales del Estado.

A estas causas habría que unir lo que ya se dijo anteriormente sobre las sutiles estrategias del Estado para informalizar la justicia, "aceptando" mayor participación de los ciudadanos.

2. Factores externos llegados con la financiación de proyectos concretos por parte de las agencias de cooperación internacional y la banca multilateral. En los últimos veinte años en América Latina han confluído numerosos consultores, modelos judiciales y criterios de pura eficacia judicial que han promovido de forma generalizada los mecanismos de resolución de conflictos.

En este proceso no es desdeñable la influencia que ejerce en la delimitación de lo que es justicia el criterio ofrecido por instancias internacionales, que concretamente sobre este particular ha ido configurando un concepto de justicia que pretende ser universal y que es ampliamente aceptado en la comunidad mundial como deseable²⁷.

Entre los grandes desafíos que debe afrontar la justicia, Correa Sutil²⁸ incluye el responder con flexibilidad y diversidad

ante esta diversidad creciente de formas y conflictos jurídicos. No parece razonable que el Estado provea sólo con la respuesta jurisdiccional tradicional de estricta aplicación del derecho frente a conflictos y formas de tanta diversidad. Sobre todo frente a litigios entre partes que se proponen continuar colaborando, se hace necesario explorar formas alternativas de resolución de conflictos que tiendan no sólo a asignar responsabilidades, sino también a mantener la colaboración entre las partes y a maximizar los intereses en juego, finalidades que típicamente se logran mejor a través de sistemas como la mediación, que por medio de decisiones jurisdiccionales.

Los procesos de reforma judicial, en opinión de Ligia Bolívar²⁹, están marcados por diversas tensiones, paradojas y contradic-

²⁷ Luis Puentes del Barrio, *op. cit.*

²⁸ Jorge Correa Sutil, "Modernización, democratización y sistemas judiciales", en *La economía política de la reforma judicial*, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 176.

²⁹ Ligia Bolívar Osuna, "La reforma del sistema judicial en Venezuela", en revista *Nueva Sociedad*, 160, Caracas, 1999, p. 151.

ciones que, en mayor o menor medida, se encuentran presentes en cada una de las iniciativas emprendidas para un mejor desempeño de la justicia. Podría decirse que, en los últimos años, la reforma judicial, bien sea en aspectos procesales, sustantivos, políticos u organizativos, se ha convertido en una suerte de moda.

Esta “moda” le ha llegado también a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, pero como expresa igualmente Ligia Bolívar³⁰,

La ausencia de estudios de contexto tiene consecuencias significativas en lo que se refiere a la ruta escogida para impulsar procesos de reforma, ya que las motivaciones iniciales para emprenderla podrían estar siendo fundadas más en factores exógenos que en un interés genuino para alcanzar una justicia independiente, eficaz, oportuna, equitativa, transparente y democrática, tal como lo reclama la población.

Panorama regional

Este apartado no pretende ser una radiografía de la situación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos de todos los países de la región. Apenas se trata de conseguir una visión de aquéllos en los que estos mecanismos han tenido un reflejo, el modelo que se ha empleado y el balance de sus resultados.

Es importante que quede claro igualmente que los dos países más grandes de la región, Brasil y México, no han adoptado disposiciones legales que de forma amplia hayan incluido estos mecanismos como una forma general de resolver conflictos. México ha realizado escasas reformas judiciales, y Brasil ha seguido un camino algo distinto en sus planteamientos.

Argentina

Como consecuencia de un estudio para realizar el diagnóstico de la situación de la justicia medido por investigaciones y encuestas, se comprobó que el 85% de los encuestados opinaron que no había justicia en Argentina, poniéndose de manifiesto problemas de acceso a la justicia, aumento del número de juicios, alto costo y tiempo del litigio, bajo número de conciliaciones y bajo nivel de satisfacción del usuario.

A partir de este estudio se produjo una redefinición de objetivos públicos en materia de justicia. De esta forma se pretendió brindar a los sujetos de derechos la posibilidad de acceder a la tutela judicial y acceder, con el menor costo posible, a un procedimiento efectivo, no necesariamente judicial, de tutela de los propios derechos. En opinión de Gladys Stella Álvarez³¹

³⁰ *Ibíd.*, pág. 155.

³¹ Gladys Stella Álvarez, *op. cit.*

el deber del Estado de tutelar los derechos amenazados de sus ciudadanos no se satisface con la sola organización de un poder judicial eficiente, probo, transparente; es necesario ofrecer y apoyar otros mecanismos de solución de controversias que pueden resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos, rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto impidan la recurrencia del conflicto, y socialmente más valiosos si posibilitan y mejoran la relación futura entre las partes.

A la luz de estos planteamientos, se aprobó la ley de “Mediación y Conciliación”, que comenzó a regir en abril de 1996, por la que se declaraba la emergencia nacional judicial por un periodo de cinco años en el que la mediación debía ser previa a todo juicio con carácter obligatorio para un importante grupo de conflictos. Se excluyen de la mediación las causas penales, aquellas en las que el Estado sea parte y algunas cuestiones de familia.

Previamente hubo una experiencia piloto entre en 1993 y 1995. En este periodo hubo un porcentaje de acuerdos del 67%, descendiendo posteriormente al 51,60%.

Las mediaciones están ligadas a los tribunales ordinarios, ya que es en ellos donde se formaliza el pedido de mediación, se lleva el registro de mediadores –que deben ser abogados con dos años de antigüedad–, se sor-tea mediador o se elige (mediación privada), juez y fiscal, y las partes deben concurrir con letrado.

Estos medios alternativos de resolución de conflictos son un tanto atípicos respecto a la definición que se ha dado de los mismos, ya que en este caso, al no existir órgano específico para la mediación y conciliación, dichas solicitudes se sustancian ante los tribunales ordinarios, que inter-vienen en el control del proceso en la medida en que los acuerdos son eje-cutivos. Sólo requieren homologación judicial las causas de menores e incapacitados, y en la medida en que éstos no se cumplan, son los tribuna-les los que obligan a su cumplimiento a través de la fuerza coactiva del Es-tado, si bien estas medidas se contemplan con carácter excepcional.

La implantación de la mediación y conciliación se ha realizado en este país como una medida transitoria, por lo que transcurrido el plazo de emergencia no se sabe si va a existir o no continuidad o se van a producir reformas al sistema. Las razones de su implementación han sido la des-congestión judicial, la agilización e informalización del procedimiento, y per-mitir un mayor acceso a la justicia, objetivos que con carácter general se han cumplido. Un préstamo del Banco Mundial ha servido para implementar estas reformas.

Sin embargo, sí se han observado deficiencias tales como la cali-dad desigual del servicio que prestan los mediadores. Al haberse generali-zado la mediación y conciliación, se han homologado excesivos programas

de formación, lo que ha ido en detrimento de la calidad de los procesos en los que intervienen. Otro aspecto que se encuentra cuestionado son los bajos honorarios cobrados por los mediadores y conciliadores.

El apoyo de la sociedad civil mediante organizaciones no gubernamentales, como es el caso de la Fundación Libra en la Argentina, resulta ser indispensable para llevar adelante un programa de mediación. El liderazgo que las mismas pueden ejercer por la seriedad de su accionar o el prestigio de sus miembros resulta de alto valor para obtener el consenso de la sociedad civil, los abogados y los jueces. Debe recordarse que el poder de las partes para solucionar sus propios conflictos es la expresión de una sociedad democrática y el acceso a la justicia para los grupos más débiles es la expresión de una sociedad justa³².

Brasil

En el caso de Brasil³³, recientemente se han creado los llamados juzgados especiales civiles y criminales, como órganos de la justicia ordinaria para conciliación, proceso, juicio y ejecución. Son verdaderos tribunales, pero especiales, que han recibido numerosas críticas, siendo catalogados como juzgados de segunda clase.

Su innovación consiste en la flexibilización del proceso, haciéndolo más ágil y rápido, buscando solucionar los conflictos de manera negociada. En materia penal, sigue la tendencia de despenalización y descriminalización, privilegiando los espacios de consenso. Se han puesto en práctica cuatro nuevas instituciones: a) la extinción de la punibilidad, ante la reparación del daño civil. b) La transacción en aplicaciones de pena restrictiva de derechos o multa. c) La ampliación de la exigencia de representación a la acción penal relativa a los delitos de lesiones corporales leves y lesiones culposas. d) La suspensión del proceso relativo a crímenes en general, cuya pena fuera igual o inferior a un año.

Por otra parte, en algunos estados federales existen experiencias, nada representativas por el momento, de justicia ambulante, justicia itinerante, justicia de barrio, justicia de vecindad, etc.

Colombia

Ya con carácter previo a la aprobación de la Constitución de 1991 se habían presentado proyectos de mecanismos alternativos de resolución de conflictos³⁴, que sin embargo no llegaron a culminar su aprobación legislativa.

³² *Ibíd.*

³³ José Renato Nalini, *Juzgados especiales en el Brasil. Ponencia de la conferencia internacional "Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo"*, *op. cit.*

³⁴ Documento de Unijus.

A partir de la Constitución de 1991 se han incluido diversas fórmulas de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y el reconocimiento de la justicia indígena y el pluralismo jurídico, aunque no se ha desarrollado reglamentariamente en algún caso. La jurisdicción indígena aún no ha sido reglamentada, si bien la Constitución prevé que las autoridades indígenas podrán administrar justicia de acuerdo con sus costumbres, lo cual representa el reconocimiento de la realidad de estas comunidades.

En el caso de las comunidades negras³⁵ ya se ha reglamentado por Ley 70 de 1994 y son sus Consejos Comunitarios, que en muchos casos se encuentran bien definidos, los que tienen la función de resolver las controversias que surjan al interior de ellas.

Existe igualmente la figura de los Comités de Conciliación de Juntas de Acción Comunal. Estos Comités tienen como misión posibilitar que los desacuerdos internos de cada una de esas organizaciones sean resueltos sin recurrir a mecanismos externos. Su elección está ligada a los mecanismos electorales de una junta, que tienen vínculos con una organización comunitaria, que es una gran ventaja en pequeños poblados y áreas rurales.

Con relación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y atendiendo a la definición expuesta anteriormente, la Constitución han reconocido³⁶:

Arbitraje

El Artículo 431 de la Constitución establece la posibilidad de que las partes de un negocio jurídico habiliten, de común acuerdo, a un árbitro, para resolver su conflicto.

Las personas jurídicas, y en particular las que no tengan ánimo de lucro, como es el caso de las cámaras de comercio, pueden crear un centro de conciliación. Las personas habilitadas deben ser abogados cuando la conciliación sea en derecho.

Amigable composición

La Ley 446 de 1998 lo establece para los casos en que dos o más personas particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular.

Conciliación

Dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado

³⁵ Edgar Ardila Amaya, *op. cit.*

³⁶ Hernando Herrera Mercado, *Medios alternativos de resolución de conflictos. Ponencia de la conferencia internacional "Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo"*, *op. cit.*

conciliador. El papel del conciliador es puramente propositivo, es un facilitador en la búsqueda de la solución del conflicto.

Además de las organizaciones sin ánimo de lucro que pueden crear centros de arbitraje y conciliación, la conciliación en equidad está regulada por la Ley 23 de 1991. Los conciliadores son personas que el juez nombra a partir de candidatos definidos en la comunidad. Una vez nombrados, las actas de conciliación que ellos suscriban tienen los mismos efectos de una sentencia judicial.

La conciliación en equidad se está llevando a cabo a partir de las Casas de Justicia. Estos entes agrupan a todas las autoridades administrativas relacionadas con la administración de justicia extrajudicial, y especialmente, a los funcionarios habilitados para conciliar, como los inspectores de policía, los defensores de familia, etc.

Jueces de paz

Esta figura se introdujo en la Constitución de 1991, definiéndose por Ley 497 de 1999, con base en el antecedente de la misma institución peruana, que no entrará en vigor hasta enero de 2000.

El juez de paz es la primera instancia judicial, lo cual querría decir que se encuentra integrado dentro del poder judicial, si bien esto es meramente formal. Su carácter judicial hace referencia a la coercibilidad que le permite, a través del aparato del Estado, si bien con carácter excepcional, hacer comparecer a las partes o imponer una decisión a alguna de ellas.

Su pretensión es que solucionen de una forma integral los conflictos que se les presenten, siendo la equidad su herramienta para la solución del conflicto. La Ley no exige requisitos específicos para ser juez, cuya elección será mediante votación popular, lo que plantea grandes enigmas³⁷. Esto significa que la capacitación de los jueces será fundamental para el futuro desarrollo de la figura³⁸.

Las competencias que van a resolver los jueces de paz serían no sólo las pequeñas causas, sino que podrían llegar a resolver homicidios culposos, ya que podrán conocer los asuntos susceptibles de transacción, conciliación y desistimiento, siempre y cuando no estén sometidos a solemnidades y cuyo objeto litigioso no sea superior a cien salarios mínimos legalmente vigentes.

Es difícil obtener conclusiones de todas estas figuras tan recientemente implementadas. Sin embargo, la multiplicidad de fórmulas superpuestas unas a las otras, y las dudas surgidas con la definición de los jueces de paz, entre otras, por el sistema de elección, sin definición todavía en las

³⁷ Ricardo Serrano, "Aportes para la comprensión de la Ley 497 de 1999", en *Justicia de paz en Colombia*, revista *Justicia y desarrollo: debates*, año II, 8, Corporación Excelencia en la Justicia, junio de 1999.

³⁸ Camilo Borrero G., "Jueces de paz: aquí y ahora", en *Justicia de paz en Colombia*, op. cit.

reglas del juego, y la falta de remuneración de los jueces, no presentan buenas perspectivas para su consolidación.

Todas las experiencias llevadas a cabo hasta ahora son sumamente parciales, con incidencias muy limitadas en el espacio y cuya supervivencia en el tiempo no parece muy garantizada.

Guatemala

Como consecuencia de la firma de los acuerdos de paz, tras más de 35 años de guerra y un proceso de negociación de ocho años, se estableció una agenda política y social en la que se incorporaban como acciones principales, en relación con el tema aquí tratado, la reforma de la Constitución de 1985 y la aprobación de diversas leyes encaminadas a reconocer a la mayoría de la población guatemalteca de diferentes etnias indígenas y que históricamente había sido tratada como minoría, no sólo su cultura y cosmovisión, sino también sus normas, autoridades, procedimientos y sanciones³⁹.

Por decreto de septiembre de 1997 se crean los Juzgados de Paz Comunitarios, de forma provisional y por un periodo de diez años. Estos Juzgados no se corresponden con los compromisos de los acuerdos de paz toda vez que no se respetó la identidad social y cultural, ni las costumbres, tradiciones e instituciones de las comunidades indígenas.

Lo que debía haber sido un reconocimiento claro del pluralismo jurídico de un país en el que conviven varios sistemas culturales y jurídicos –además del sistema jurídico estatal se encuentran el maya, garífuna y xinca–, ha resultado ser un método alternativo de resolución de conflictos en el sentido indicado en la definición anterior.

Los jueces de paz están obligados a aplicar los usos y las costumbres, no su propia legislación, de conformidad con los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal. El sistema creado obliga a los jueces a conocer instituciones jurídicas ajenas a su cosmovisión, además de que al ser legos, desconocen la legislación nacional. Estos tribunales hacen un reconocimiento parcial de la identidad de los pueblos indígenas, al permitir que los miembros de una comunidad indígena que cometan un delito sean sometidos en las primeras diligencias a un tribunal conformado por personas de la propia comunidad, con la misma cultura y que hablan el mismo idioma, pero siempre sometidos a la lógica de la legislación nacional, y dependiendo del tipo de delito, remitirán el caso a un juzgado de primera instancia.

En el primer año de vigencia del Decreto de establecimiento se crearon cinco juzgados. No obstante, y a pesar de la falta de un real reconocimiento

³⁹ Luis Ramírez y Justo Solórzano, Los tribunales comunitarios, una simbiosis cultural. Tesis de posgrado sin publicar. Base de la ponencia expuesta en la Conferencia Internacional de Justicia Comunitaria y Jueces de Paz, Bogotá, agosto 1999, Universidad Nacional.

del pluralismo jurídico existente en el país, sí se pueden considerar grandes avances: el hecho de la participación de la comunidad en la elección de los miembros del tribunal permite una aproximación a la legitimación de los jueces, que hablan su propio idioma y tienen la misma cultura, y al principio del juez natural. Obviamente también permite el acceso a la justicia a un sector que claramente estaba excluido de ella.

México

Para materias laborales únicamente existen las Juntas de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, éste como órgano de segunda instancia, y la Comisión de Arbitraje Médico para la resolución de conflictos médicos difíciles de atender en tribunales ordinarios y que se presentan con cierta recurrencia⁴⁰.

La Procuraduría Federal del Consumidor, dentro de sus funciones de protección a los derechos del consumidor, asume tareas similares de mediación y conciliación frente a los reclamos de los usuarios.

Nicaragua

Este país centroamericano ha optado por una solución bastante diferente a las de otros países, basada en la necesidad de resolver una problemática muy específica.

Como consecuencia de la guerra vivida en la década de los 80 y la llegada a la democracia en los 90, en Nicaragua se han generado un gran número de conflictos derivados de la aplicación de las leyes sobre la propiedad, tanto urbana como rural. Por esta razón la Ley 278 sobre propiedad reformada urbana y agraria publicada en la *Gaceta* el 16 de diciembre de 1997 crea la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos, Dirac.

La Dirac es una dependencia especializada de la Corte Suprema de Justicia de la que forman parte la Oficina de Mediación y la Oficina Nacional de Arbitraje, aunque esta última aún no se ha puesto en funcionamiento.

En el caso en que exista un trámite judicial pendiente o sea planteada una demanda judicial nueva sobre propiedad, el juez de la causa designará un mediador, que habrá de estar capacitado por la Dirac. De esta forma la mediación es instancia previa para la resolución de estos conflictos.

El proceso de mediación no requiere abogado, es más rápido que el proceso judicial ordinario y menos costoso. Los acuerdos logrados tienen el carácter de transacción judicial, por lo que el juez dicta sentencia, que será ejecutiva y no existirá otra instancia para este caso.

Éste es un sistema que combina aspectos de la jurisdicción ordinaria y aspectos propios de la resolución alternativa de conflictos. Esta expe-

⁴⁰ Germán Fernández Aguirre, *El sistema de justicia en México*.

riencia tiene la pretensión de ser piloto, por lo que si sus resultados son satisfactorios se extenderán a otras materias.

Perú

Este país es el que con mayor antigüedad ha reconocido la existencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. De hecho, la figura del juez de paz se estableció, como en otros países del área, en la época colonial, siendo prácticamente el único que lo conservó hasta el momento. Éste es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pero existen otras figuras que consagran el pluralismo jurídico que se verán a continuación.

A pesar de los intentos de subordinación de los sistemas jurídicos, las poblaciones indígenas han mantenido sus instituciones, autoridades y procedimientos para resolver conflictos. Se trata de expresiones del pluralismo jurídico existente en el país, que se refleja en las siguientes fórmulas⁴¹:

Comunidades campesinas

Ya en la Constitución de 1920 se reconoce la existencia legal y personería jurídica de estas comunidades, así como la imprescriptibilidad del derecho sobre sus tierras. Son organizaciones de pobladores asentados en determinados territorios, por la región de la costa y de la sierra, ligados por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales. Hay alrededor de 5.000 comunidades campesinas reconocidas, afectando a cinco millones de habitantes, lo que representa 1/5 de la población peruana.

La vigente Constitución de 1993 reconoce la función jurisdiccional de estas comunidades, como una jurisdicción especial, al igual que la militar, la arbitral y la del poder judicial.

El encargado de resolver los conflictos, generalmente derivados de la propiedad o posesión de la tierra, que es una inagotable fuente de discordias, es generalmente el presidente de la comunidad, y la Asamblea General de la Comunidad, en su calidad de máximo órgano de gobierno. La comunidad generalmente asume también la solución de casos menores.

Las sanciones aplicadas tienen por objeto básico el compensar los daños ocasionados.

Comunidades nativas

La comunidad nativa constituye la forma de organización de los indígenas amazónicos. Existen 1.145 comunidades censadas, con una población aproximada de 240.000 indígenas, pertenecientes a 42 grupos étnicos de, al menos, 12 familias lingüísticas.

⁴¹ Ana Teresa Revilla, La administración de justicia informal en el Perú. Ponencia de la conferencia internacional "Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo", *op. cit.*

Su atribución para resolver conflictos ya se produjo en 1978, con carácter previo al reconocimiento Constitucional en 1993 efectuado a las comunidades campesinas.

Al ser muy numerosas y de pequeño tamaño, existen una gran diversidad de formas de resolución de conflictos. Se suele tener en cuenta a las autoridades para su resolución. Incluso los grupos de edad son considerados como autoridades políticas por su experiencia y sabiduría cultural adquirida mediante visiones. Por ejemplo, en la vida aguaruna, existe una imbricada relación entre el poder y la magia, ya que conocimiento y *status* se obtienen a través del consumo de alucinógenos y de la observancia de la educación tradicional.

Rondas campesinas

Surgen para combatir los problemas de robos, asaltos y abigeato (robo de ganado en el campo). Estas organizaciones, cuya fecha de aparición no está muy clara pero se puede situar a fines de los 70, no cuentan con facultades legales para administrar justicia, aunque lo vienen haciendo en sus comunidades rurales. En la Ley de Comunidades Campesinas se reconoce su existencia únicamente como comité especializado, órgano de apoyo de las autoridades comunales.

Las rondas surgen en un departamento mayoritariamente rural, donde no existían organizaciones sociales. La ronda se gesta fundamentalmente para terminar con el robo de ganado. A pesar de ser una institución que le es útil tanto al campesino rico como al campesino pobre, son percibidas como una institución de la "comunidad", que sirve igual a todos sus miembros, asegurando de esta manera un consenso en torno a ellas. Aunque inicialmente fueron muy combatidas por las distintas autoridades estatales, se han extendido de una forma muy amplia en los departamentos del norte del país. Según un estudio de Orin Starn⁴², se han estimado 3.435 rondas campesinas.

Realmente, y a falta de reconocimiento legal, son instancias informales de resolución de conflictos, que cumplen básicamente una labor de control social que no sólo tiene que ver con el robo de bienes, sino con aquellas acciones que implican el incumplimiento de pactos colectivos para la vida comunal.

Jueces de paz

Es una institución que existe en el Perú desde los orígenes de la República, Constitución de 1823, como un paso previo, y obligatorio, para interponer demanda judicial.

⁴² Orin Starn, *Con llanques todo barro. Reflexiones sobre las Rondas Campesinas, protesta rural y nuevos movimientos sociales*, Lima, IEP, 1991. Citado por Ana Teresa Revilla en *La administración de justicia informal*.

Hoy en día se trata de un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria para resolver conflictos. Aunque constitucionalmente se dispone la elección popular de los jueces, todavía no ha sido reglamentado. Uno de los motivos para que no se promulgue esta ley es que para muchos la elección popular va a llevar a una politización de la justicia de paz.

A falta de esta reglamentación, las cortes superiores suelen designar a uno de la terna propuesta por la comunidad o incluso al elegido por la propia comunidad si reúne los requisitos.

La justicia de paz es la primera instancia formalmente establecida para la resolución de conflictos. Está presente tanto en los centros poblados como en muchos rincones del Perú donde no llegan las otras instancias judiciales. Es ejercida por los pobladores, mayoritariamente agricultores legos. También puede darse la figura del juez de paz letrado.

El cargo de juez no es remunerado, quizá porque el número de casos que pueden resolver al mes es muy reducido. El juez es en esencia un conciliador, y llega a una solución generalmente consensuada. En los casos en que debe resolver lo hace tomando en cuenta los usos y las costumbres del lugar.

Sus competencias son las relativas a pequeñas causas civiles y penales: pagos de pequeña cuantía, temas de familia y guarda de menores, daños a las cosas y las personas, seguridad y tranquilidad pública.

En opinión de Ana Teresa Revilla⁴³, si bien estas instancias de resolución de conflictos tienen muchas ventajas, en los temas relacionados con la familia no llegan a dar una respuesta adecuada que proteja los derechos de las mujeres y los niños.

Uruguay

Diferente es el caso de Uruguay, en el que la reforma judicial se ha encaminado a aprobar un Código Procesal Común, con el fin de homogeneizar y agilizar los procedimientos. De esta forma los procesos se han reducido en el tiempo y se ha facilitado su comprensión para los operadores jurídicos, lo que se ha visto como un notable éxito. Este tipo de reformas son muy oportunas y con unos resultados visibles, dada la formalidad y burocracia de las leyes procesales de la región.

Venezuela

La constitución recientemente aprobada, a finales de 1999, ha establecido en su Artículo 253 que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Declara que el sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Minis-

⁴³ Ana Teresa Revilla, *La administración de justicia informal en el Perú*, op. cit.

terio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.

Estos cambios constitucionales traerán lógicamente nuevas normas en lo que a la administración de justicia se refiere, aunque aun es muy pronto para conocer cuáles pueden ser. Lo que sí representa una novedad es el reconocimiento de que los medios alternativos forman parte del sistema de justicia. En ese sentido, se desconoce aún si se producirán modificaciones al sistema establecido por la Ley Orgánica de la Justicia de Paz aprobada en 1994. Aunque la experiencia en estas materias no fuera muy larga, ya existe alguna información sobre los medios alternativos de justicia.

Los jueces de paz son elegidos a través de la circunscripción especial intramunicipal. Es el municipio, a través del Concejo Municipal, el que organiza, coordina y supervisa el proceso de elecciones de jueces de paz. Se elige un juez, dos suplentes y dos consejeros.

Los conflictos que se someten a los jueces de paz son aquellos que ya hemos denominado pequeñas causas: conflictos familiares, vecinales, los derivados de ordenanzas municipales referidas a convivencia familiar o vecinal, arrendamiento o propiedad horizontal si no están atribuidos a la jurisdicción ordinaria o jurisdicciones especiales.

Los jueces pueden resolver los asuntos en calidad de conciliadores o por vía de equidad. En el primero de los casos serían todos los conflictos que las partes les presenten, sin más limitaciones que las derivadas del orden público y en la ley misma. Las decisiones basadas en la equidad serían los conflictos derivados de conflictos comunitarios, patrimoniales o no, siempre que no correspondan a la jurisdicción ordinaria.

En un estudio realizado después de un año de puesta en práctica de la justicia de paz se comprobó que muy pocos de los 3.500 casos resueltos en ese periodo, habrían llegado a la justicia ordinaria⁴⁴.

En opinión de Ligia Bolívar⁴⁵, “la justicia de paz, es sin duda, un mecanismo idóneo para la resolución de las llamadas pequeñas causas y para la creación de una nueva cultura ciudadana frente a la resolución de conflictos, pero sería ingenuo pretender que se trate, además, de un mecanismo para la descongestión de los tribunales ordinarios”.

Gran parte de estas reformas se han realizado mediante un préstamo del Banco Mundial.

⁴⁴ Julio Borges y Adriana Lander, “A un año de la justicia de paz”, en revista *Sic*, 589, Caracas, 1996.

⁴⁵ Ligia Bolívar Osuna, “La reforma del sistema judicial en Venezuela”, en revista *Nueva Sociedad*, 120, Caracas, 1999.

Análisis crítico de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

La exigencia de revisión de las instituciones deriva, en palabras de Correa Sutil⁴⁶, de que en América Latina

sin haber pasado por su historia o contar con el sustrato cultural de las sociedades europeas, asumimos el discurso de los ideales del constitucionalismo y de la codificación, intentando establecer instituciones que nunca lograron asemejarse mucho, en su funcionamiento real, a los ideales declarados. Hoy se trata de redefinir los papeles del sistema judicial, reconociendo nuestra realidad y los límites de los recursos disponibles, hacerse cargo del tema de la independencia, asumiendo una historia que no ha sido feliz en esta materia.

En la región se han llevado a cabo en algunos casos importantes procesos de desjudicialización, pero además, se han involucrado muchas esperanzas de dar solución por esta vía a un problema que aqueja todo el área.

“En ocasiones, la resolución alternativa de conflictos ha sido presentada como una suerte de panacea para lograr el descongestionamiento de los tribunales ordinarios”⁴⁷. No sólo esta razón, que en el caso Argentino parece evidente, sino que tal suerte de fórmulas diversas parecen destinadas a conformar las soluciones al problema del poder judicial y la administración de justicia cuando “se ha generado una tendencia, no suficientemente elaborada en términos teóricos, encaminada a sustituir la justicia existente, en vez de remediarla”⁴⁸.

En opinión de Luis Pásara⁴⁹, el más crítico de los autores al respecto de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, subyacen varios peligros para estas propuestas:

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos tienen que resolver los problemas derivados de la desigualdad social de las sociedades en las que nacen, y la desigualdad que eso puede ocasionar entre las partes, así como las tradicionales interferencias del poder en la justicia. No existe garantía alguna de que estas interferencias no existan en este caso.

Puede llegar a producirse una situación de justicia de clase para una determinada clase, de forma que se reproduzcan las desigualdades sociales existentes.

⁴⁶ Jorge Correa Sutil, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁷ Ligia Bolívar Osuna, *op. cit.*

⁴⁸ Luis Pásara. *La reforma judicial y la sociedad civil. La economía política de la reforma judicial*, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, cap. 12.

⁴⁹ *Ibíd.*

- En el caso peruano, usado a menudo como ejemplo paradigmático de justicia campesina no estatal, se ha comprobado que las llamadas rondas administran justicia con poca atención hacia las garantías del debido proceso y, en algunos casos, con poco respeto por los derechos humanos.
- Una excesiva descentralización puede ocasionar que en sociedades fragmentadas o en procesos no concluidos de construcción nacional, se constituyan en un factor de disolución de lo público, de lo colectivo.
- Nuestra gestación de instituciones jurídicas ha atendido más al exterior que a la consideración atenta y cuidadosa de nuestras propias realidades. Se ha contagiado de teorías aprendidas, mal y pronto, mediante el ejercicio del turismo intelectual, al que son tan afectos respetados académicos nuestros. La imitación normativa en nuestros países ha sustituido, con efectos parecidos, a la producción de normas desde la metrópoli. En muy distintas fases históricas, ley y realidad se han mantenido igualmente distanciadas.

Abundando sobre el caso peruano⁵⁰ hay que decir que existen casos diagnósticos y trabajos de investigación sobre la justicia de paz. Aún así, se han resaltado deficiencias tales como: probada falta de capacidad coercitiva, incierta articulación con las demás instancias del poder judicial y carencia de recursos. En opinión de estos autores, si se acomete una reforma de la institución de forma adecuada, dentro de unos años será una instancia de menor peso social, cuya competencia se irá limitando frente al poder de otras instancias, para quedar finalmente anquilosada en el tiempo.

No se puede negar que la implementación de estos mecanismos pueda considerarse como un avance respecto al lamentable estado de la justicia en la región, en cuanto significa un mayor acceso a la justicia, y sobre todo la creación de una mayor cultura ciudadana frente a la resolución de conflictos. Sin embargo, el paradigma de la justicia no pueden ser unos mecanismos que tienen muy poco tiempo de desarrollo y de cuya consolidación con eficacia nadie puede responder, amén de encontrarse restringidos a lo que podríamos llamar pequeñas causas. Las sociedades injustas de Latinoamérica no pueden esperar alcanzar la justicia social y distributiva por estos medios, lo que parece deducirse, en alguna medida, de la gran cantidad de organizaciones que están involucradas en programas de este tipo.

Otro riesgo que hay que observar de la regulación actual, es la inexistencia de fórmulas que permitan permear las experiencias obtenidas mediante estos mecanismos y puedan ser aprovechadas por la justicia ordinaria y los programas de enseñanza de derecho y sociología jurídica como medio

⁵⁰ Eduardo Castillo, Javier Ciurlizza y Lara Gómez, "La justicia de paz en el Perú", en revista *Derecho del Estado*, 7, Bogotá, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, 1999.

inestimable para conocer la realidad de la sociedad en la que se desarrollan.

Conclusiones

Quizá las conclusiones que se puedan extraer de lo expuesto en este documento deban ser más interrogantes respecto a la eficacia de estas medidas informales de hacer justicia, que realmente una valoración de los resultados y las experiencias en marcha. Únicamente el caso de Perú tiene consolidación suficiente para que su análisis sea representativo de una experiencia asentada.

Es innegable que abrir la administración de justicia a la participación de las clases excluidas, representa un avance respecto a los resultados y tratamientos que la justicia ordinaria ha dado hasta ahora a los conflictos en estos espacios de la sociedad. De esta forma, se vincula el tratamiento y solución de la conflictividad a la organización social y a las prácticas comunitarias, incorporando una realidad ignorada por la justicia, lo que claramente representa una mejora respecto al acceso a la justicia. Pero este relativo avance no puede desconocer que se plantean dudas y problemas no bien resueltos para colectivos como las mujeres y los niños.

De otra parte, hay que ser bien conscientes del limitado alcance de estos mecanismos por cuanto nunca van a llegar a resolver conflictos sociales interclases. Difícilmente puede esperarse, por la configuración de estos mecanismos, que resuelvan problemas derivados de las desigualdades sociales de las sociedades donde nacen. Se corre un gran riesgo al esperar otros resultados cuando los conflictos que se pueden resolver son muy limitados, y nos guste o no, son mecanismos que únicamente pueden resolver conflictos de clase, pero nunca otra cosa.

Es importante tener presente que son medidas parciales y limitadas en sus fines, y que el poder judicial y la justicia ordinaria siguen siendo los que tienen la atribución constitucional de resolver los complejos y amplios conflictos sociales que tensionan la vida latinoamericana. Mientras la justicia tradicional siga teniendo este papel, sólo las reformas de este poder, su democratización, transparencia, acceso y garantía de los derechos individuales y colectivos para todas las clases sociales pueden garantizar una real justicia social y distributiva.

Profundizar en la antropología cultural y la sociología jurídica resulta una exigencia obligada para que las nuevas y viejas instituciones incorporen una situación social ignorada, articulando procedimientos que reflejen la complejidad de la sociedad actual y den un carácter propio y adecuado a las mismas, evitando así que se conviertan en algo copiado e inoperante. Si actualmente se realizan amplios y muy valiosos estudios de antropología social y cultural precisamente para reconocer las características multiculturales de nuestras sociedades, el derecho no puede quedar fuera de estas aportaciones.

Justicia y comunidad: tras las huellas de un encuentro

Es verosímil que estas observaciones hayan sido enunciadas alguna vez y quizá muchas veces; la discusión de su novedad me interesa menos que la de su posible verdad.

Jorge Luis Borges, Otras inquisiciones

OLGA LUCÍA PÉREZ PERDOMO*

En Colombia, diversos espacios geográficos, socioculturales, económicos e institucionales son escenario de prácticas de resolución de conflictos que se nominan genéricamente “justicia comunitaria”. El denominador común en la lectura¹ de estas prácticas es considerar que a través de ellas se amplía el acceso a la justicia y se recompone el tejido social local; sin embargo, la homogeneidad en la denominación ensombrece los matices y las diferencias que se dan en el abanico de experiencias de organización social, sistemas normativos aplicados, formas de tratamiento de los conflictos e impacto social y político.

Con el proceso de reforma a la administración de justicia adelantado en los años noventa, la conciliación en equidad y los jueces de paz se posicionan como los primeros intentos legales de promover la justicia comunitaria e inauguran las políticas de informalización y flexibilización de la administración de justicia, entrecruzándose con las prácticas antaño existentes, pero en ocasiones también ignorándose o contradiciéndose². En

* Abogada y socióloga. Investigadora Equipo ILSA.

¹ Las interpretaciones sobre el tema de justicia comunitaria son abundantes, entre ellas remitimos a: Universidad Nacional, Facultad de Derecho, revista *Pensamiento jurídico*, Nº 12 y 13, Bogotá, Justicia Comunitaria, 2000; Corporación Región y Red de Justicia Comunitaria, *Las técnicas de la paciencia*, Medellín, 2000; Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional, Universidad de los Andes, Colciencias, ICAN, CES, 2001; ILSA, revista *El otro derecho*, Nº 6, agosto, 1990; Nº 7, enero 1991; Nº 16, 1994, Bogotá.

² Para este artículo no consideramos los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos implementados legalmente a partir de la Ley 23 de 1991 y siguientes. Para profundizar en este entrecruzamiento de las justicias informales y las comunitarias, en particular sus posibilidades para la democratización de contextos violentos, ver el artículo de Rodrigo Uprimny.

este contexto, la noción de justicia comunitaria se torna ambivalente en su sentido y significado: de un lado, es el resultado de la constatación de una administración de justicia precaria, inadecuada y excluyente, que presiona la creación de mecanismos y procedimientos menos positivistas para resolver los conflictos³. De otro, es la constatación de la marginalización social, económica y política de grandes sectores de la población la que lleva a formular alternativas al derecho y la justicia estatal, y que se traducen en el pluralismo jurídico existente en los sistemas normativos sociales⁴.

A partir de esta ambivalencia en la identidad conceptual de la justicia comunitaria, el propósito de este artículo es plantear una visión de ella desde de la hipótesis de que la justicia comunitaria se define en la oposición entre la experiencia del derecho y la ciudadanía frente a la vivencia de la violencia y la desigualdad. Dado lo anterior, la comunidad se constituye en el escenario privilegiado de las prácticas de grupos sociales excluidos que pretenden gestionar el tratamiento de conflictos y/o el reconocimiento y ejercicio de los derechos.

En este horizonte, realizamos un ejercicio de síntesis y comparación⁵ de diferentes prácticas de tratamiento de conflictos en áreas rurales y urbanas⁶, a partir de las variables indicadas a continuación, con el objetivo de sondear cuatro órdenes de problemas: a) la configuración de una tipología del conflicto; b) las formas más utilizadas por los grupos sociales en la resolución o tratamiento de los conflictos; c) las agencias mediadoras de conflictos buscadas por la población; d) la existencia de demandas políticas o jurídicas que se expresan en la dinámica comunitaria.

Entorno/área: señala el contexto rural o urbano.

Casos: especifica la comunidad estudiada.

Procedencia: señala las principales características del espacio.

Tipo de demandas: describe los asuntos o las necesidades que motivan las reclamaciones.

Tipo de conflictos: indica la causa inmediata que origina el conflicto.

³ Para conocer una aproximación a estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) ver el artículo de Rosario García, "Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina" incluido en este número de *El otro derecho*.

La historia del derecho alternativo se ha dado en torno a este presupuesto. Para una aproximación al debate ver: ILSA, revista *El otro derecho*, N° 1, agosto, 1988; N° 2, enero, 1989; N° 6, agosto/1990; N° 7, enero, 1991; N° 10, 1992; N° 15, 1994; N° 16, 1994; N° 21, 1996.

⁵ Para esta aproximación nos basamos en el trabajo de Leilha Linares (directora) y José Augusto S. Rodrigues (coordinador).

⁶ La sistematización de las experiencias de tratamiento de los conflictos en comunidades ubicadas en los barrios Bella Vista, San Cristóbal, Los Comuneros y Rafael Uribe Uribe de Bogotá D.C.; Moravia, El Bosque y El Oasis, Picacho, Picachito y Miramar de Medellín (Antioquia); y el el distrito de Aguablanca de Cali (Valle).

Tipología. Modalidad de procesamiento del conflicto: las modalidades resultan de la combinación entre el mecanismo (formal, informal) y el trámite (consensuado o coercitivo). También si se da respuesta individual y aislada o colectiva y concertada.

Canales de procesamiento: pueden ser de las demandas o de los conflictos, según se resuelva la necesidad o se tramite el conflicto, e indica el conducto escogido para aplicar justicia.

Este artículo presenta un análisis sobre la justicia comunitaria a partir de los presupuestos planteados, con el propósito de abordar las configuraciones normativas y de autoridad que se estructuran y movilizan en su práctica. Se trata de un objeto rico en posibilidades que no se pretende agotar en esta oportunidad, básicamente se quieren sondear los encuentros que se dan entre comunidades y prácticas diferentes de justicia con el fin de señalar algunas de las características de su configuración, como también las preguntas que nos sugieren a estas dinámicas sociales y las eventuales posibilidades de construir una alternativa más democrática y accesible de justicia.

Desde los barrios

Con el proceso de urbanización, partes periféricas de las principales ciudades del país son ocupadas por grupos de personas provenientes del campo que se ubican allí ("invaden" individual o colectivamente) para organizar sus vidas, suplir necesidades básicas, convivir. La población que ocupa estos territorios está sometida a un elevado grado de marginalización institucional en todos los niveles de inserción social y política; gran parte de los habitantes se integra a la economía por medio del trabajo informal o en relaciones de trabajo de hecho, y se puede afirmar que son sectores excluidos de la distribución de bienes públicos. Dicho entorno limita y determina en gran medida las dinámicas urbanas de lo público y lo privado, la justicia y la equidad, el conflicto y su trámite.

Este disfuncionamiento institucional lleva a la creación de un sistema de orden relativamente autónomo en el que las diversas organizaciones asumen la interlocución con el Estado. Una dificultad de estas formas asociativas está en la inexistencia de un ordenamiento jurídico que dé viabilidad a los derechos difusos de las comunidades, lo que genera un alto grado de fragmentación a las demandas de estos derechos colectivos. Sin embargo, la ausencia de mecanismos para resolver el conflicto distributivo con el poder público no está determinada solamente por factores de orden político interno o jurídico-institucionales; la propia diferenciación social en la comunidad contribuye a dificultar la generalización de intereses, de ahí que las dinámicas de organización para el abastecimiento de necesidades colectivas y de coexistencia están marcadas por el entorno, la cultura y las condiciones socioeconómicas e institucionales en que se desarrollan; veamos:

**PRÁCTICAS COMUNITARIAS DE TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS
ENTORNO URBANO**

Entorno	Área	Casos	Procedencia	Tipo de demandas	Tipo de conflictos	Tipología Modalidad de procesamiento de los conflictos	Canales de procesamiento	
							De las demandas	De los conflictos
Urbano	Bogotá	Barrio Bellavista (Cijus, 1997: 56-61)	Creado en 1983; originado por invasión de tierras por campesinos provenientes de otras regiones; población actual de 500 familias; ocupaciones principales: construcción, celaduría, economía informal.	Vivienda, servicios públicos, centro de salud, salón comunal, educación, empleo, templo.	Acceso al agua, delincuencia juvenil, maltrato infantil, chisme.	Informal consensual e informal coercitivo.	Comités temáticos, madres comunitarias, líderes comunitarios.	El Colectivo, Grupo de DH y Solidaridad Infantil, ONG.
Urbano	Bogotá	San Cristóbal (Borrero, 1988: 101-117)	De la década del 70, se ubica en la zona suroriental de la ciudad y está constituido por tres barrios (Corinto, Triángulos y Manantial). Se origina como invasión y urbanización pirata. Cuenta con una población aproximada de 5.000 personas.	Servicios públicos, adecuación de infraestructura urbana, seguridad, orden.	Chismes, pandillas, hurtos, venta de drogas, manejo de las basuras, manejo de áreas comunes, atropellos de la policía, propiedad de lotes, definición de linderos, riñas, atracos.	Informal coercitivo, individual diversa (chisme, retaliación, silencio, desprestigio, evasión): informal consensuada.	Juntas de Acción Comunal, ONG, madres comunitarias.	Asociación de Barrios Unidos, Juntas de Acción Comunal, mediadores, líderes informales.
Urbano	Bogotá	Barrio Los Comuneros (Cijus, 1997: 61-67)	Creado en 1981; originado por un grupo de personas que vivían en inquilinato y apoyados por un sacerdote, crean un barrio. Actualmente hay 130 familias.	Infraestructura, seguridad, productividad (carpintería y ornamentación).	Familiares, vecinales, chismes, jóvenes, limpieza social, policía.	Informal coercitiva, formal coercitiva; autocomposición, mediación (líder comunitario). *Deseo de mayor vínculo con lo formal (líder capacitado y autorizado legalmente para mediar conflictos).	Trabajo anterior de organización, comités, Asociación de vecinos, grupo de mujeres.	Líderes comunitarios.
Urbano	Bogotá	Localidad 18 "Rafael Uribe Uribe" (Villamil, 1997: 173- 216)	Surge en 1974, cuenta con 124 barrios ubicados de los estratos 1 a 4; la población proviene de migraciones campo-ciudad y de movilidad social; población aproximada 350.000 habitantes, con primacía de población infantil y joven. Alto índice de desocupación, vinculación a la economía informal y explotación de chircales.	Insuficiencia de espacios sociales y de recreación, hacinamiento, déficit de servicios básicos.	Invasión del espacio público, deterioro ambiental, familiares (inasistencia alimentaria, impugnación de la paternidad, cuidado de los hijos, separaciones, infidelidad, maltrato), de vecindad (linderos, filtraciones, arrendamiento, animales, ruidos, realización de obras, uso de servicios públicos), en la escuela, laborales y contractuales (incumplimiento), en vías y medios de transporte (ocupación del espacio público), chismes.	Informal consensuada (diálogo); informal unilateral (indiferencia, sometimiento, silencio, agresión, distancia, rompimiento); intervención de terceros (particulares o autoridades).	Juntas de Acción Comunal	Líderes comunitarios, consejos de amigos, orientadores religiosos, Junta de Acción Comunal. ***** ICBF, policía, Juzgados de Familia y Juzgados Penales, Alcaldía Menor, inspecciones de policía.
Urbano	Medellín	Moravia, El Bosque, El Oasis (Cijus, 1977: 72-77)	Originados en la década de los 70, se ubican en la Comuna 4 de la zona nororiental de la ciudad. Organizado inicialmente a través del Comité de Tugurianos apoyados por un sacerdote. Ocupación de la población: explotación de basurero aledaño, economía informal.	Vivienda, servicios públicos, salud, educación y trabajo; defensa frente al desalojo por parte de la policía, seguridad.	Divergencias sobre destinación de recursos comunitarios, violencia generada por las bandas juveniles, vecinales, familiares.	Informal coercitiva, formal coercitiva, informal consensual.	Comité de Tugurianos, Juntas de Acción Comunal, Consejo Comunitario, Mesa de Trabajo de Moravia.	Milicias del Valle de Aburrá (luego gestores de paz), Centro Com. de Resolución de Conflictos (organizado por líderes comunitarios-conciliadores).
Urbano	Medellín	Picacho, Picachito y Miramar (77-80)	Se originaron inicialmente como invasiones en las décadas del 60 y 70. Están ubicados en la zona noroccidental de Medellín.	Vivienda, seguridad, servicios públicos.	Violencia entre diferentes organizaciones o "combos barriales" y contra los habitantes del barrio (atracos, hurtos, violaciones), vecinales; familiares.	Informal coercitiva, informal consensual.		"Los Muchachos", Juntas de Acción Comunal, Iglesia.

PRÁCTICAS COMUNITARIAS DE TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS ENTORNO URBANO

Entorno	Área	Casos	Procedencia	Tipo de demandas	Tipo de conflictos	Tipología Modalidad de procesamiento de los conflictos	Canales de procesamiento	
							De las demandas	De los conflictos
Urbano	Cali	Distrito de Aguablanca (67-70)	Originado en las décadas del 70 y 80. Integrado por tres comunas (13, 14 y 15). La población inmigrante, y la construcción de los barrios se dio por invasión, venta pirata, vivienda de interés social, desplazamiento por desastres naturales. Representa el 20% de la población de Cali y el 45% de su población es menor de 18 años. Ocupación de la población: construcción albañilería y economía informal.	Vivienda, infraestructura, defensa frente al desalojo por parte de la policía.	Familiares (maltrato a la mujer y al menor, inasistencia alimentaria), conflicto entre menores y adolescentes.	Informal coercitiva; formal consensual y formal coercitiva.	Comités de cuadra, Juntas de Vecinos, Junta de Acción Comunal, grupos deportivos, grupos culturales, madres comunitarias.	Pandillas-parches, milicias.

Del análisis de la información presentada a partir de los cuatro aspectos que nos interesa explorar, podemos señalar que:

- Las demandas de los barrios revelan reiteradamente la centralidad de su conflicto distributivo con el poder público, especialmente reivindicaciones en torno a saneamiento básico, urbanización de la localidad, legalización de la propiedad. Esta carencia ha sido el origen de expresiones diversas de organización colectiva.
- Hay conflictos que involucran a todo el colectivo como el manejo de zonas comunes, de las basuras, la seguridad, la legalización del barrio, el uso de bienes comunes, la ocupación del espacio público. O bien, conflictos familiares (inasistencia alimentaria, infidelidad, separación, maltrato infantil o contra la mujer), vecinales (linderos, filtraciones, arrendamientos, ruidos, animales, realización de obras, uso de servicios públicos) o interindividuales (chismes, riñas, atracos). Los conflictos (Linares, Rodríguez, 1988: 31) se distribuyen en:
 - a) Conflictos de sociabilidad: son los conflictos intersubjetivos, emergentes en las interacciones de la vida cotidiana, debido a la transgresión por una de las partes de las expectativas de comportamiento producidas por la interpretación que hace la otra de los códigos normativos vigentes.
 - b) Conflictos de territorialidad: son todos los conflictos producidos por la apropiación del espacio (habitacional o de producción).
 - c) Conflictos patrimoniales: referentes a la apropiación de bienes muebles.
 - d) Conflictos familiares: derivados de las relaciones entre cónyuges o entre padres e hijos.

Considerando que el término formas alternativas de resolución de conflictos implica suscribir la hipótesis⁷ de que, en algún nivel significativo, las comunidades son capaces de utilizar mecanismos informales, operacionalizados o no a partir de la coacción física, y de algún tipo de consenso que legitime su función mediadora, encontramos que las demandas colectivas y de convivencia son canalizadas de manera informal/formal y/o consensuada/coercitiva. El encauzamiento de los conflictos se realiza con el concurso de los diversos códigos éticos existentes lo cual genera normas locales y canales sociales de intermediación (individuales o colegiados).

Para la canalización de los conflictos se presentan dos lógicas⁸: la del consenso y la de la coerción. En este marco surgen expresiones de justicia comunitaria en las que el colectivo asume un conjunto de valores, normas y procedimientos para la gestión de sus conflictos. Esta suerte de pluralismo de lógicas y agencias normativas representa una forma de especialización por áreas jurídicas a partir de subsistemas locales de interpretación de las respectivas normas sociales generales. La búsqueda de un grupo marginal detentador de medios coactivos se torna, por ejemplo, en fuente de derecho penal. Dimensionar la validez y eficacia de las agencias mediadoras y las condiciones específicas en que las personas acuden a una determinada agencia y bajo qué justificaciones es una tarea pendiente.

⁷ Esta hipótesis es planteada en el trabajo de Carol Villamil Ardila (1977).

⁸ Para mayor información sobre las lógicas de tramitación de los conflictos en zonas urbanas ver: Edgar Ardila (2000:43-52; García, 2000:167-208).

Al cruzar las modalidades de conflictos con las de procesamiento se percibe una mayor incidencia de soluciones informales coactivas para los conflictos de sociabilidad. Estos conflictos son los más frecuentes, se caracterizan por un desequilibrio de poder entre las partes y se refieren a las dificultades inherentes de compartir el mismo espacio por sujetos privados (espacio físico o social: conductas privadas en lo público) manifestándose la dificultad de establecer los límites de las pretensiones de los derechos subjetivos de las partes involucradas⁹.

Se pueden detectar algunas instancias o canales de ordenamiento y procesamiento de los conflictos con jerarquías de legitimidad diferentes. Por ejemplo:

- a) Las relaciones con la policía son problemáticas pues hay confrontaciones, ausencias y demandas de su presencia (se le asocia con violencia y corrupción).
- b) En algunos casos, con las pandillas o similares existe respaldo social aunque no constituye una tendencia predominante.
- c) Las instancias colegiadas (juntas de acción comunal, comités, asociaciones, líderes comunitarios, asociaciones de vecinos, entre otros), actúan en asuntos locales y no locales (especialmente la relación de la localidad con el poder público en lo tocante a problemas colectivos). En cuanto a su función pública interna ella se desempeña normalmente como agenciadora de los conflictos territoriales y vecinales.
- d) No hay, en términos prácticos, expectativas significativas de utilización del poder judicial para hacer efectivos los derechos de cualquier orden, a excepción quizá de asuntos de familia o laborales.

En razón de las características de creación de los barrios, las relaciones de vecindad se tornan un aspecto problemático de las relaciones sociales locales. La forma ilegal de ocupación hace inexistente cualquier derecho adquirido o imputable en términos del ordenamiento jurídico estatal; la manutención de los vínculos sociales consuetudinarios se normativiza a través de la creación de una legalidad paraestatal centrada en la asociación. De esta forma, se regula la construcción y transferencia de la propiedad siguiendo una matriz normativa: no contempla resoluciones de tipo adjudicativo, sino que busca a través de los procesos reconocer un derecho que permita determinar la solución justa. Esta forma de resolución de conflictos posee límites explícitos, pues su acción normativa se restringe a la formación de campos argumentativos (Linares, Rodríguez, 1988: 40).

En este sentido es ilustrativo el artículo de Camilo Borrero (1988: 101-117).

- Independiente de la implementación de agencias de distribución de derechos en la localidad y la producción consensual de las normas, existe una fragmentación importante en la capacidad de formulación de normas sociales generales capaces de organizar la vida cotidiana, y de patrones generales de intermediación de conflictos.
- A manera de conclusión podemos apreciar que la presencia de varios derechos temporal y espacialmente concomitantes en el amplio horizonte de la convivencia de las diferencias, reproducen las carencias y necesidades urgentes de los colectivos urbanos (Wolkmer, 1991: 29-46). Este escenario sugiere la existencia de una juridicidad alternativa vigente; lo que está por explorar es su capacidad emancipatoria

Desde el campo

En el análisis de los municipios de Caparrapí y Cabrera, del Departamento de Cundinamarca¹⁰, encontramos diversidad de manifestaciones de justicia comunitaria pero también elementos comunes propios del campesinado que se expresan en procedimientos, habilidades, figuras y mecanismos de tratamiento de conflictos.

Los mecanismos y procedimientos implementados en las prácticas de justicia comunitaria en áreas rurales expresan con mayor énfasis el tipo de relaciones existentes en la comunidad¹¹ y representan un factor de afirmación de la racionalidad del grupo, pues el establecimiento de alianzas se da con arreglo a intereses que difícilmente se encuentran en otros contextos. Para nuestro caso, el compadrazgo es una de estas alianzas que permite formas de justicia alternativa.

- Como tipo de alianza, el compadrazgo adquiere formas diferentes según el contexto social: si relaciona miembros de la misma clase es horizontal y si vincula miembros de clases o estratos sociales diferentes es vertical. Factores de la racionalidad campesina como la experiencia de movilidad sociocultural y económica deciden una y otra forma de relación y con ello, la forma de elección del compa-

¹⁰ Las reflexiones en torno a estas experiencias rurales son producto de un trabajo realizado en colaboración con Consuelo Acevedo y William Tolosa para la organización no gubernamental Asociación de Trabajo Interdisciplinario (ATI), "Justicia comunitaria en zonas campesinas: los casos de los municipios de Caparrapí y Cabrera, departamento de Cundinamarca, 1998". Una versión revisada de este trabajo se encuentra en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García (2001).

¹¹ La función básica que cumple la comunidad campesina es la de ejercer control social sobre los grupos domésticos y los individuos ya que es la fuente de un sistema de normas y valores vinculantes. Se establece también como el grupo de referencia que define la posición del individuo y la familia y por estas mismas razones determina la asimilación social de las nuevas generaciones. Ver Nadiesda Zabala y Efrén Piña (1977).

PRÁCTICAS COMUNITARIAS DE TRATAMIENTO DE LOS CONFLICTOS ENTORNO RURAL

Entorno	Área	Casos	Procedencia	Tipo de demandas	Tipo de conflictos	Tipología Modalidad de procesamiento de los conflictos	Canales de procesamiento	
							De las demandas	De los conflictos
Rural	Cundinamarca	Caparrapí (veredas de Canchimay y Riopata) (Tolosa, 1988)	Población inmigrante, región ganadera y de pequeñas parcelas con economía tradicional poco competitiva, precaria presencia del Estado y efecto polarizador de Bogotá.	Infraestructura en comunicaciones, carreteras, salud y educación.	Abigeato, hurto, homicidio, linderos, medianías, quemas, manejo de animales, repartición de fincas, sucesiones, posesiones legendarias, lesiones personales, daños, rendimiento de molindas, chismes.	Informal coercitiva, formal coercitiva, informal consensual.		La insurgencia, "Los Muchachos", inspección de policía, "la justicia de allá", "nadie manda en el fuego", arreglo directo, "líder u hombre de bien", Compadrazgo, el peritaje.
Rural	Cabrera (Acevedo, 1988)	Ubicado en la parte suroccidental del departamento, se origina en las luchas agrarias de los años 30 y por colonización (espontánea y dirigida). Constituido por pequeña y mediana propiedad dedicada a la agricultura y la ganadería. Políticamente predomina el partido comunista.		Lesiones personales, violencia intrafamiliar, hurto, linderos, medianías, daño en sembreras, familiares, entre vecinos.			Partido Comunista	Sindicato Agrario, asamblea, células; Comisión de Vigilancia y Control; conciliadores, hombres de bien, Junta de Acción Comunal, Asociación de Padres de Familia, Comité de deportes.

dre. El compadre vehicula entonces en su gestión de mediador los criterios y las normas que organizan la vida en la comunidad campesina en particular.

La función del compadrazgo es unir los grupos domésticos produciendo cohesión y tiene implicaciones significativas como servir, en algunos casos, de forma de adscripción política o de refuerzo moral de los valores familiares. Además, las relaciones de parentesco y vecindad satisfacen la necesidad de seguridad del individuo y del grupo en situaciones de crisis económica, religiosa o social.

En estrecha relación con las funciones económicas se dan relaciones de parentesco o vecindad que en algunos casos encubren in-

tereses económicos. El modo de producción campesina genera diferentes modalidades organizativas entre las que se cuentan la ayuda mutua¹², la quema¹³ (o "nadie manda en el fuego"), el peritazgo¹⁴ y

¹² "Ayuda mutua" o mano prestada se refiere a la práctica campesina de realizar trabajos en conjunto en cada una de las propiedades de los vecinos.

¹³ "La quema o nadie manda en el fuego" hace referencia a la práctica tradicional de limpiar y abonar los terrenos mediante la quema de los desechos, en particular al procedimiento de aplicación que requiere del aviso a los vecinos para que estén presentes en la quema, sólo la puede hacer un adulto y los daños causados por la expansión del fuego a causa del viento no son responsabilidad de nadie.

¹⁴ "El peritazgo" consiste en la intervención de dos árbitros (generalmente compadres), designados por cada una de las partes, para que valoren los daños ocasionados y cuyo dictamen es acogido por

que se extienden como mecanismo de resolución de disputas. Allí, el trabajo en grupo y la propiedad comunal de ciertos medios de producción permite ampliar las funciones de familias ya unidas por el parentesco o la vecindad a instancias en las que se resuelven conflictos ligados con la tierra, las cosechas, los animales.

- Cabe destacar que, en el municipio de Cabrera, las prácticas jurídicas están basadas en un fuerte movimiento de organización de la población que puede llegar a interpretarse como un movimiento social que se manifiesta en el campo jurídico. Esto permite suponer que las prácticas de organización y tratamiento de los conflictos inciden en las mentalidades, al permitir a las personas ser más autónomas, favorecer sentimiento de pertenencia, crear vínculos de solidaridad y constituir un medio de estructuración social.
- En términos generales podemos apreciar que la lógica en la utilización de los mecanismos y procedimientos depende del sistema de relaciones que define la realidad social y cultural de la comunidad. Es el sentido pragmático el que señala la pertinencia de uno u otro mecanismo según el tipo de conflicto, las circunstancias en que se presenta, las personas involucradas, las distancias e incluso el tiempo. El interés primordial es la preservación del ambiente comunitario adaptado a las necesidades de resolver la conflictividad cotidiana. Esta manera de hacer expresa creatividad y adaptación para tejer códigos éticos y de comportamiento que buscan hacer posible la coexistencia de diferentes realidades en un mismo espacio.

Para continuar la reflexión...

La idea de justicia comunitaria acoge de manera latente la noción de pluralismo jurídico pero no necesariamente la de una racionalidad emancipadora ni la de la reordenación del espacio público participativo en el contexto de nuevas formas de reorganización social (Wolkmer, 1991: 39). Sin embargo, sugiere la posibilidad de gestar una nueva ética y cultura política en el actual escenario de globalización y mercado pues, como lo expone Santos, el espacio comunitario “conlleva la idea de la obligación política de horizontalidad entre ciudadanos y de la participación y la solidaridad concretas en la formulación de la voluntad general, únicas susceptibles de fundar una nueva cultura política y, en última instancia, una nueva calidad de vida personal y colectiva basada en la autonomía y en el autogobierno, en la descentralización y en la democracia participativa, en el cooperativismo y en la producción socialmente útil” (Santos, 2000).

Estas propuestas constituyen un horizonte de construcción de la justicia comunitaria con potencialidades emancipadoras; pero está pendiente

las partes.

la tarea de abordar dos aspectos centrales: a) lo comunitario visto desde la construcción de lo colectivo, en particular en zonas urbanas y como escenario de construcción de identidades y b) las concepciones de la justicia que se dinamizan en estos espacios.

Bibliografía

- ACEVEDO, Consuelo (1988), “Justicia comunitaria en zonas campesinas: los casos de los municipios de Caparrapí y Cabrera, departamento de Cundinamarca”, ATI.
- ARDILA, Edgar (2000), “Justicia comunitaria: claves para su comprensión, en, revista Pensamiento jurídico, No. 12, Facultad de Derecho, Universidad Nacional.
- BORRERO, Camilo (1998), “La justicia en comunidades barriales. Una aproximación a la construcción de lo público”, en revista *Controversia*, N° 172, Cinep.
- Cijus (1997), Investigación sobre justicia comunitaria y propuestas de organización de los jueces de paz en Colombia, diciembre.
- GARCÍA, Mauricio (2000), “Justicia penal comunitaria en Bogotá”, en revista *Pensamiento jurídico*, N° 12, Facultad de Derecho, Universidad Nacional.
- LINARES, Leilha (directora) y José Augusto S. RODRIGUES (coordinador) (diciembre, 1988), “Formas comunitarias e intermediacao de conflitos”, Informe de investigación, OAB, Rio de Janeiro.
- Pluralismo Jurídico*, N° 12, Facultad de Derecho, Universidad Nacional, Bogotá, 2000.
- SANTOS DE SOUSA, Boaventura y Mauricio GARCÍA (eds.) (2001), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo II, Colciencias, ICAN, CES, Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Siglo del Hombre.
- SANTOS DE SOUSA, Boaventura (2000), *De la mano de Alicia*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre.
- TOLOSA GARZÓN, William (1988), “La justicia comunitaria en zonas campesinas: los casos de los municipios de Caparrapí y Cabrera, Departamento de Cundinamarca, ATI.
- UPRIMNY, Rodrigo (2000), “¿Son posibles los jueces de paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos?”, en *Pensamiento jurídico*, N° 12, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad Nacional.
- VILLAMIL ARDILA, Carol (1997), “La justicia comunitaria: ¿Una oferta para la paz? Una mirada urbana”, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional. Tesis de grado.
- WOLKMER Carlos (enero de 1991), “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”, en *El otro derecho*, N° 7, Bogotá, ILSA.
- ZABALA, Nadiesda y Efrén PIÑA, (1997), Campesinos, región y desarrollo. Una mirada a la provincia boyacense de Márquez. Tesis de grado, Facultad de Sociología, Universidad Nacional, Bogotá.

Los abogados populares: en busca de una identidad*

ELIANE BOTELHO JUNQUEIRA**

¿Quién es el abogado en los servicios legales alternativos? O mejor aún, ¿cuáles son las características sociales, académicas, profesionales y políticas del abogado dedicado a la defensa de los grandes sectores desfavorecidos de la sociedad brasileña? ¿Dónde actúa, cómo se inserta en el mercado profesional, qué grupos sociales promueve? ¿Por qué se opta por esta práctica jurídica? ¿Cuáles son las principales dificultades que enfrenta en su cotidianidad profesional? Este abogado ¿cómo es compensado en términos financieros? ¿Cuál es su inserción política en los partidos o en los movimientos sociales? ¿Cuál es su opinión sobre el poder judicial, el derecho y también sobre las facultades de derecho? ¿Cómo, a mediados de los 90, este profesional vinculado a un trabajo más político, analiza el interés de los estudiantes de derecho por este tipo de inserción profesional? ¿Cómo se percibe y cómo representa el papel que desempeña en el mundo del derecho y en la profesión jurídica? Las respuestas a estas preguntas¹ están fundadas en un sondeo realizado en el primer semestre de 1996 con abogados populares y que tuvo como propósito trazar el perfil profesional vinculado a una abogacía públicamente orientada en Brasil².

La abogacía, al no ser un bloque monolítico, incluye diferentes formas de inserción profesional dirigidas hacia el sector público o privado, inspira-

* Este artículo está basado en la investigación realizada en la Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro en 1996, a través del uso de un cuestionario enviado por correo a los abogados populares registrados en el censo del Instituto de Apoio Jurídico Popular. Agradezco a Silvia Beatriz Machado de Araújo y a Cristiana Vianna Veras que trabajaron como asistentes en la investigación.

** Profesora en la Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro y directora del Instituto Direito e Sociedade.

¹ El volumen organizado por Sarat y Scheingold intenta responder a preguntas semejantes a las de la citada investigación, a partir del análisis de diferentes experiencias (1998: 4).

² Maurice Cain tiene razón cuando llama la atención sobre la importancia de que se estudien los abogados no sólo desde el punto de vista del capital, sino a partir de la percepción de los sectores menos privilegiados (*underprivileged segment*) (1994: 16).

das por distintas y muchas veces antagónicas concepciones sobre estrategias y objetivos de la actividad profesional. Una de las tendencias de la abogacía, principalmente a partir de la segunda mitad de los años 80, está representada por lo que se acordó denominar como abogacía popular, actividad que no es exclusiva del Brasil o de América Latina. Diferentes expresiones tales como *cause lawyering*, *critical lawyering*³, *transformative lawyering*, *rebellious lawyering*, *lawyering for the good*, *social justice lawyering*, *public interest lawyering*, *activist lawyering*, *progressive lawyering*, *equal justice lawyering*, *radical interest lawyering*, *radical lawyering*, *lawyering for social change*, *socially conscious lawyering*, *lawyering for the underrepresented*, *lawyering for the subordinated*, *alternative lawyering*, *political lawyering*, *visionary lawyering*⁴ son utilizadas en Estados Unidos para indicar esta abogacía popular que asume su carácter político y que está comprometida con valores ético-sociales. Sin embargo, la diferencia conceptual entre estas numerosas expresiones es tenue porque la definición de cada una de ellas no es rigurosa. Por ejemplo, Sarat y Scheingold (1998) afirman que es imposible la construcción de una única definición del concepto *cause lawyering* –genéricamente comprendido como la abogacía por una causa² en oposición a la abogacía para clientes–, ya que la propia práctica depende de las condiciones concretas en que se desenvuelve. En otros términos, dicha abogacía está directamente influida por el régimen político, por el sistema jurídico, por la tradición jurídica, por la relación con el orden profesional y por el proyecto de transformación social.

Existen algunos intentos para definir esas prácticas. Esta abogacía, dirigida a los sectores bajos, enfatiza la transformación social a partir de una actividad profesional que humaniza al cliente, politiza la demanda jurídica, establece formas de colaboración entre el abogado y el cliente, crea estrategias de lucha y de resistencia y, además, anima a la organización colectiva de la clientela (Buchanan y Trubek, 1992). En Inglaterra, el *radical lawyer* se define a partir de su

commitment to the 'have-nots' in society; a tendency to think in terms of the class struggle; (...) and acceptance of a relatively modest level of income from a practice financed largely by legal

³ Trubek y Kransberger (1998) utilizan el término para señalar una abogacía inspirada en la *feminist jurisprudence* y en la *critical race jurisprudence*, teorías jurídicas norteamericanas que vuelven a pensar los fundamentos del *critical legal studies movement*.

⁴ Esta relación es dada por Menkel-Meadow (1998: 33). La autora define *cause lawyering* como "any activity that seeks to use law-related means or seeks to change law or regulations to achieve greater social justice - both for particular individuals (...) and for disadvantaged groups" (37) ("cualquier actividad que busque utilizar los medios relacionados con el derecho o que busque modificar el derecho para alcanzar una mayor justicia social, tanto para individuos particulares (...) como para grupos en desventaja").

⁵ En esta definición de *cause lawyering* como la abogacía de una causa es posible incluir una abogacía de derecha, fenómeno que viene creciendo en Estados Unidos (Sarat y Scheingold, 1998: 25).

aid - or through redistribution of the returns of lucrative commercial law to 'social conscience' work⁶ (Scheingold, 1994: 265)⁷.

Sarat y Scheingold, conscientes de las trampas existentes en cualquier definición y principalmente en un libro que reúne diferentes experiencias de *cause lawyering* no sólo en Estados Unidos sino también en otros países, optan por dar únicamente algunos parámetros a partir de los cuales se crea un *continuum* que va desde la abogacía dedicada a las cuestiones de impugnación y políticamente informadas y caracterizadas por un compromiso con determinados ideales, hasta una abogacía que concreta de manera explícita su contribución a la redistribución del poder político y a la construcción de una sociedad materialmente más igualitaria. Ese segundo modelo engloba tanto las prácticas fundadas en la defensa marxista de transformación de la macropolítica como las prácticas informadas por una visión posestructuralista que aboga por la transformación social en los microespacios del poder (1998: 7 y 9)⁸, incluso en las oficinas de la abogacía que, desde una perspectiva humanística, deben cuestionar la estructura organizadora de las oficinas tradicionales (Trubek y Kransberger, 1998)⁹.

A medida que el lector profundice en el perfil de los abogados populares trazado aquí, podrá percibir que la abogacía popular en Brasil y en otros países latinoamericanos asume explícitamente un proyecto de transformación social que presupone la utilización no sólo de los instrumentos clásicos de defensa de los derechos –o sea del propio orden jurídico– sino también de mecanismos más claramente politizados a través de la asociación con movimientos sociales y organizaciones de base.

Perfil político

Sarat y Scheingold asocian *cause lawyering* con el régimen liberal que abre mayores oportunidades para que los abogados desarrollen una acción afirmativa (1998: 5). Aunque en el caso brasileño la aparición de una

⁶ "compromiso con los desposeídos de la sociedad; una tendencia de pensar en términos de lucha de clases; (...) y la aceptación de un relativo modesto nivel de renta, financiado en gran parte por los programas de ayuda jurídica o por la redistribución de las rentas de una abogacía comercial lucrativa para un trabajo de 'conciencia social'".

⁷ Sin embargo, los *radical lawyers* ingleses están vinculados al Estado, al contrario de lo que ocurre en Brasil donde la propia categoría, así como las organizaciones no gubernamentales, nació contra el Estado (Moura, 1992).

⁸ De acuerdo con Sarat y Scheingold la opción por esta perspectiva posestructuralista sería una respuesta a los vacíos creados por la derrota de la ideología marxista en los últimos años (y, en consecuencia, de su proyecto de transformación social) que viene obligando a los *cause lawyers* a reducir sus expectativas, trabajando más en una estrategia defensiva, o a luchar por frustradoras estrategias transformadoras (1998: 9).

⁹ Esta tendencia se manifiesta sobre todo en las oficinas formadas exclusivamente por mujeres, como pudieron comprobar Trubek y Kransberger en la investigación que realizaron (1998).

abogacía popular sea anterior a la Constitución de 1988, sin duda que la apertura política de los años ochenta es la que permite el desarrollo tanto de los movimientos sociales como, en consecuencia, de una abogacía comprometida con los sectores populares. Al contrario de lo enfatizado por Stephen Ellmann (1998) parece que no hubo, por lo menos en Brasil, una influencia significativa del movimiento internacional de derechos humanos en la aparición de esos abogados populares, a pesar de no ser posible negar que el desarrollo de esa abogacía estuvo relacionado –principalmente en los años 80– con la financiación lograda por las organizaciones no gubernamentales internacionales¹⁰. Así, con menor incidencia del desarrollo de un movimiento internacional de derechos humanos, el origen y la expansión de la abogacía popular en Brasil procede, como anota Stephen Meili (1998), del crecimiento de los movimientos sociales.

La abogacía popular, vuelta sobre todo hacia la defensa de las cuestiones colectivas de los sectores bajos, tiene un origen político ya que se inicia cuando, en función del proceso de democratización, los abogados, ocupados en la defensa de los presos políticos, se dirigen hacia la defensa de otros sectores desfavorecidos de la población brasileña. Si el régimen autoritario no estimulaba la aparición de una abogacía popular –por el corte de derechos existente entonces y por la represión a cualquier forma de reivindicación contra el Estado–, por otro lado, y al menos en Brasil, la existencia de una abogacía básicamente defensiva, comprometida con los derechos políticos, crea la base para el desarrollo posterior de una abogacía más reivindicativa, dirigida a las solicitudes de otros sectores sociales. Por eso, y como era de esperarse, el índice de abogados afiliados a algún partido político es bastante alto (66,7%), sobre todo a un partido de izquierda – el Partido de los Trabajadores (PT), el Partido Democrático Laborista (PDT) y el Partido Social Demócrata Brasileño (PSDB)–, sin que se mencione ninguna vinculación a partidos de centro y de derecha.

También, como era de esperarse, la mayoría casi absoluta (94,4%) de los abogados participa de movimientos populares ya que la propia abogacía que ejercen está estrechamente vinculada a cuestiones colectivas, razón por la cual parece adecuada la denominación *social movement cause lawyers* utilizada por Stephen Meili (1998) para designar esta actividad. Entre los principales movimientos sociales mencionados por los encuestados se destacan el Movimiento Nacional de los Derechos Humanos¹¹, asociaciones de

¹⁰ Esta divergencia surge del riesgo asumido por Stephen Ellmann (1998) al analizar a los *cause lawyers* de dieciocho países distintos. Este equívoco se agrava por la perspectiva etnocéntrica del autor que, por ejemplo, atribuye a la guerra de Vietnam gran importancia en la aparición de los *cause lawyers*, circunstancia que no es el caso de América Latina.

¹¹ El Movimiento Nacional de los Derechos Humanos fue creado en 1986 durante una reunión de la Comisión de Justicia y Paz y de la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos (CDDH). El objetivo del movimiento en aquel momento era luchar por tierra, trabajo y contra la violencia (Oliveira, 1995: 56).

barrio, Campaña contra la Impunidad, niños y adolescentes, medio ambiente, movimientos estudiantiles, Movimiento Nacional de Lucha por la Vivienda, etc. Los abogados populares también tienen una fuerte relación con la Iglesia católica a través de sus comisiones pastorales –principalmente la Pastoral de la Tierra, la Pastoral del Menor y el Consejo Indigenista Misionero–, confirmando la tendencia detectada por Fernando Rojas de que la Iglesia en América Latina y, en especial, en Brasil representa la segunda y principal fuerza en la formación de esos grupos de abogados, en razón de su participación en la lucha contra la explotación económica y los regímenes autoritarios (1986: 61). Esta vinculación con la religión se traduce en el hecho de que 64,8% de los abogados son católicos y 42,6% son practicantes en sus respectivas religiones.

Los abogados populares en Brasil guardan una especificidad con relación a los *cause lawyers* de Estados Unidos y de Inglaterra. Por ejemplo, en Estados Unidos la relación que se establece entre esta categoría profesional y los movimientos sociales viene haciéndose más tenue¹² a pesar del carácter altamente politizado de esos abogados. Por su parte, en Inglaterra no se acepta que el abogado establezca una relación abiertamente politizada con su cliente (Scheingold, 1994: 271).

En su análisis sobre la motivación de los *cause lawyers* (1988), Menkel-Meadow observa que existe poca bibliografía disponible sobre el tema, aún en Estados Unidos, y cuestiona directamente las razones por las cuales determinadas personas se preocupan en “hacer el bien” (*to do “good”*)¹³. Esta cuestión es en especial intrigante al considerar la necesidad de una gran inversión, destinada a la obtención del diploma en derecho, y el reducido retorno financiero y profesional que este tipo de actividad permite. ¿Qué llevará a un determinado grupo profesional, con sacrificios personales, a meterse en la lucha por la justicia social a partir del derecho?

Los profesionales que se dedican a este tipo de abogacía en su mayoría siguieron una trayectoria vinculada a los sindicatos, a los partidos políticos –Partido de los Trabajadores– o a la Iglesia católica en su vertiente “liberadora”¹⁴, ya que muchos de ellos participaron previamente de las Comisiones Pastorales y, en especial, de la Pastoral de la Tierra. En síntesis, los siguientes motivos fueron señalados para la opción por una abogacía vuelta hacia los sectores populares y los movimientos sociales:

¹² Según Michael McCann y Helena Silverstein, esta vinculación depende del nivel de organización de los movimientos sociales, siendo más estrecha cuando la organización del movimiento es más fuerte (1998: 281).

¹³ Como observa la autora, esta cuestión es muy importante pues su respuesta podría incluso permitir que determinados comportamientos sean estimulados durante el curso de derecho (1998: 32).

¹⁴ Respecto a esto es importante recordar que la Iglesia católica ocupó un lugar fundamental en la lucha por los derechos humanos desde el periodo del régimen militar cuando, en 1968, creó la primera Comisión de Justicia y Paz que, a partir de 1971, comenzó a dar asistencia a las víctimas de la represión (Oliveira, 1995: 49).

Compromisos políticos: derivados de una vinculación política, principalmente con el Partido de los Trabajadores.

Compromisos ideológicos: derivados de un ideal socialista. Por ejemplo, uno de los abogados afirmó que fue motivado por la “indignación ante tantas injusticias y perversión capitalista” y otro justificó su opción “como consecuencia de la extrema opresión y explotación que sufren los trabajadores”.

Compromisos religiosos: derivados de la percepción de una “misión” en la actividad profesional a favor de los menos favorecidos. (“Creo que nuestra misión es implantar el reino de Dios que es modelo de fraternidad”, “estoy convencido del ejercicio de la abogacía como un instrumento de favor divino a la población”, “fe cristiana e inconformismo ante la injusticia que se provoca”.)

Compromisos profesionales: derivados de: a) la frustración por una práctica de la abogacía vuelta hacia la defensa de intereses individuales y preocupada con el éxito profesional y financiero, en función de la “incredulidad y desinterés en la abogacía tradicional”, “perspectiva de que se pueda compatibilizar con la actividad profesional remunerada” y b) la necesidad de poner el conocimiento técnico al servicio de los sectores populares, en razón de la “falta de profesionales envueltos con los movimientos sociales que tengan un conocimiento técnico de las leyes”. Uno de los abogados justificó su opción en función de la “necesidad de poner el conocimiento adquirido en una escuela pública a la disposición de la población excluida”.

Compromisos personales: derivados de una elección individual, fundada ya sea en una “solidaridad con los excluidos”, ya sea en una experiencia personal de identificación con esos sectores¹⁵. De acuerdo con esta lógica, un abogado que hubiera probado directamente una situación injusta estaría más motivado para actuar en el combate de esas o de otras formas de injusticia¹⁶.

Los motivos presentados por los abogados para decidirse por la abogacía popular conjugaron normalmente varios de los cinco compromisos mencionados antes e individualizados aquí sólo con un propósito analítico. En función de la trayectoria de vida, vinculada al Partido de los Trabajadores y a la Iglesia católica, los compromisos ideológicos, políticos, religiosos, profesionales y personales se encuentran relacionados estrechamente entre sí teniendo como operador lógico de esta relación la idea de

misión política o religiosa. Por eso, a los abogados populares los caracteriza un deseo de transformación social y de construcción de una sociedad más justa. Al contrario de la investigación sobre los *cause lawyers* realizada en Pittsburg (Kilwein, 1998), las respuestas no señalaron en nuestro sondeo la influencia de los factores familiares¹⁷. En Brasil, los abogados populares están más influidos por el contexto político. Si en Estados Unidos muchos de los *cause lawyers* iniciaron sus actividades durante la *war against poverty* de los años 70, en Brasil esta opción está vinculada tanto a las violaciones de los derechos humanos durante el régimen militar como a la necesidad de ampliar los derechos sociales de las capas populares después de la aprobación de la Constitución Federal de 1988.

Representaciones del campo profesional

Una mirada desde afuera tiende a identificar una vinculación entre la abogacía popular, desarrollada a partir de los años 80, y el movimiento de educación popular latinoamericano iniciado en la década de los 60. Así como la educación popular pretendía ser una forma alternativa al sistema educativo del Estado y a la ideología de las clases dominantes, y un instrumento de concienciación de los sectores populares (Lovisolo, 1990: 19), la abogacía popular o nuevo servicio legal (Rojas: 1986) pretendía utilizar el derecho y el procedimiento judicial también con un objetivo de concienciación.

De la misma manera como el movimiento de educación popular que, a través de los intelectuales vinculados a la Iglesia católica en la vertiente de la teología de la liberación¹⁸ y de los partidos políticos de izquierda, defendió el rescate de la cultura popular y de los saberes populares (Lovisolo, 1990: 19), la abogacía popular pretende rescatar el derecho popular, o sea, las formas jurídicas y las nociones de justicia producidas por los sectores bajos fuera del Estado y muchas veces contra él. Sin embargo, la afirmación de que este movimiento –como la educación popular– sería un “invento” de los intelectuales, debe ser relativizada por dos motivos. En primer lugar, es necesario recordar el proceso de organización popular de finales de los 70 cuando el escenario nacional vuelve a presenciar la reivindicación de los sectores populares con relación a los derechos colectivos. Investigaciones sobre estos movimientos –principalmente en el área urbana de Recife– marcaron los primeros pasos de una sociología empírica del derecho en Brasil, esto a partir de investigaciones que demostraron cómo el aparato judicial podía ser una de las estrategias de lucha para la conquista de nuevos derechos (Falcão, 1984). En otros términos, son los sectores populares los que, al organizarse alrededor de luchas específicas, abren camino hacia

¹⁵ Uno de los encuestados justificó su opción por el hecho de ser negro.

¹⁶ Al seguir esta línea argumental, y por lo menos en el caso brasileño, la motivación de algunos abogados populares estaría vinculada a su propio origen social que los aproximaría a las solicitudes de su clientela.

¹⁷ Por ejemplo, en Pittsburg fue citada la influencia de una madre que actuaba como abogada en la defensa de asuntos feministas.

¹⁸ Ver a Scherer-Warren (1993), capítulo 2.

este tipo de asesoría jurídica en un movimiento de doble mano. En segundo lugar, el propio origen social de los abogados populares no permite que se adjunte la tesis de una elite misionera que se disponga a “ir hacia el pueblo”. Muy al contrario, las organizaciones populares parecen haber reclutado a sus asesores jurídicos dentro del propio pueblo o, mejor aún, entre los sectores menos favorecidos de los graduados en derecho.

Autoimagen

Como observan Shamir y Chinski (1998), no se debería hablar sobre la abogacía popular o *cause lawyering* a partir de una percepción personificada, sino más bien en función de una construcción social: determinados profesionales del derecho son identificados y se identifican con este tipo de abogacía en circunstancias concretas.

Las bases para la definición de la autoimagen de la abogacía popular y de los servicios legales alternativos o servicios jurídicos populares están dadas por Miguel Pressburger, cuando hace explícito el papel político de la abogacía: así como no existe un derecho neutro tampoco existe una práctica jurídica neutra (1992: 61). Según Pressburger, los servicios legales populares tienen tres objetivos: explotar las contradicciones del derecho estatal, luchar por los nuevos principios jurídicos que estén de acuerdo con las necesidades de las clases populares, y demostrar el carácter desigual de la ley, la irracionalidad de la protección a la propiedad, la existencia de una esclavitud disfrazada como libertad contractual, la primacía del capital sobre la ciudadanía y las estrategias de individualización y burocracia en la gestión judicial de los conflictos sociales (1991: 38-9).

La abogacía popular es percibida como una lucha que busca el cambio del sistema y la contraposición a los intereses “burgueses”, auxiliando al pueblo para “conquistar y ampliar sus derechos”. Su clientela está formada por los trabajadores organizados, las clases populares, los que no tienen acceso a la justicia, los negros, los pobres, los “excluidos por el modelo económico vigente”; en fin, por el pueblo. Por eso, es una abogacía comprometida con los intereses de las capas más pobres de la población, “una contribución profesional y militante en la construcción del proyecto popular de liberación de las clases excluidas”. En esta última frase se nota una clara influencia de la teología de la liberación. Se trata de una “abogacía alternativa” que busca la “promoción de nuevos y fundamentales derechos” y la “construcción de un nuevo Estado de Derecho”¹⁹; o, aún más, busca la “construcción de un nuevo derecho que se contraponga al derecho existente, viejo y conservador”. Este tipo de actividad es responsable por el desarrollo de la conciencia política, moral y social de las poblaciones marginales a través de un “diálogo constante del jurista orgánico con los organismos populares

en busca de soluciones a los conflictos en la perspectiva de la construcción de la ciudadanía”²⁰. En suma, este tipo de abogacía contribuye a:

- La transformación social²¹, que permite “soñar con la igualdad de las partes”.
- La construcción de la ciudadanía en el aspecto individual o colectivo y en la sociedad civil, pero principalmente en lo colectivo pues el “poder judicial se vuelve mucho hacia las cuestiones individuales, relegando las solicitudes difusas y colectivas”.
- La liberación y concienciación jurídico-política de los pobres (“ayudar al pueblo pobre a luchar por sus derechos en el poder judicial”).
- El fortalecimiento de las luchas populares.
- La defensa de los derechos de los trabajadores²² y cambios en el poder judicial, mejorando y garantizando el acceso de los “más necesitados” a la justicia (“lucha por una vida digna y por la ciudadanía, buscando mejores condiciones para los más oprimidos”).
- Críticas al ordenamiento jurídico vigente y construcción de un nuevo derecho”.

Como la abogacía popular parte del supuesto de que las comunidades de base poseen su propio derecho, más adecuado a los valores y a las relaciones sociales de las poblaciones de baja renta, una de sus tareas sería rescatar las formas jurídicas producidas por los sectores populares (Rojas, 1986: 87).

La abogacía está pensada por los abogados populares como un medio para poner el conocimiento técnico al servicio de los que lo necesitan, ayudando en el proceso de concienciación. Según uno de los abogados, esta actividad cuestiona la abogacía tradicional, o sea, cuestiona directamente las actividades de colegas quienes, a pesar de considerar la abogacía popular una “opción bonita”, no la asumen. Por eso es necesario un doble trabajo. De una parte, es importante un esfuerzo en el sentido de difundir entre los abogados una práctica dirigida hacia las solicitudes de la población: “para despertar la conciencia de los abogados hacia la necesidad de contribuir a la mejoría de las condiciones de vida de la sociedad, concienciándose sobre sus derechos y también para que la ética sea observada en el ejercicio de la profesión”. De otra parte, es necesario actuar sobre la propia población.

²⁰ Se nota aquí una clara influencia de la idea de intelectual orgánico de Gramsci.

²¹ Ardila y Clark (1992) señalan cómo la tarea de producción del conocimiento y del poder en los movimientos sociales es más importante para los servicios legales alternativos de América Latina que la representación judicial. Ver también a Fernando Rojas cuando analiza los nuevos servicios legales latinoamericanos. La principal diferencia con relación a los servicios legales de Estados Unidos surge de que esta abogacía se piense como un desafío para el sistema jurídico capitalista y un instrumento para la introducción de un nuevo orden social (1986: 30).

²² Los servicios legales lograron vencer el primer desafío identificado por Joaquim Falcão que es entender los derechos sociales y económicos como manifestaciones de los derechos humanos (1989: 156).

¹⁹ Como llama la atención Luciano Oliveira, ya no se trata más, como sucedía hace algunos años, de prescindir del derecho, pero sí de utilizarlo en la construcción de una nueva sociedad (1995: 130).

En el sondeo, la cuestión ética fue mencionada como uno de los objetivos principales de esta abogacía: “busco también dotar a la abogacía de un papel ético”. Y hubo algunas respuestas más largas sobre los objetivos de la abogacía popular: “combatir la visión antigua sobre el abogado burócrata, el derecho sin crítica y la falsa neutralidad”, “intentar forzar decisiones innovadoras”, “desmitificar el saber jurídico”, “luchar por más y mejores condiciones de vida de cada persona, grupo, organización”, “impulsar el derecho, la ley, la justicia hacia una sociedad efectivamente democrática”.

A partir del entendimiento sobre una abogacía participativa, hago de la asistencia jurídica no un tipo de labor asistencial y del cliente tradicional un beneficiario del derecho. La experiencia ha demostrado que podemos reconstruir en la cultura popular la idea de que los abogados no son ladrones, aprovechadores que usan los derechos de los trabajadores, a pesar de que tanta gente actúa así.

Para los abogados populares, el trabajo que realizan está muy próximo al del pedagogo²³, un trabajo que “muestra que el pueblo también es gente”²⁴. Según uno de los encuestados, “el abogado popular, al defender a los oprimidos, aproximó el derecho vigente al ideal de justicia en la realidad y, con eso, transformó la abogacía aristocrática en una abogacía democrática”. En resumen, se trata de una abogacía no tradicional que “estudia con los necesitados las alternativas al conflicto, enseñándoles a hacer su proyecto y sus propuestas, y que apuesta en sus procesos de organización los cuales busca fortalecer”. Existe la preocupación por que se dé un tratamiento diferente a los clientes y por “aumentar el nivel de conciencia de los grupos envueltos en pedidos colectivos”.

Litigation provides a setting - a set of experiences - which might enable poor people to become more politically effective in their own lives. Participating in a lawsuit might help a group to better understand the workings of dominant institutions as well as to sharpen their skills at the tactical planning and coalition-building which are required for subordinate groups to achieve their political goals. Participation in their own lawsuits might build confidence in their ability to become more politically active in

²³ Además de que la educación popular ha desempeñado un papel fundamental en los servicios legales alternativos de América Latina (Ardila y Clark, 1992: 111), los propios servicios legales comparten los presupuestos del movimiento de educación popular.

²⁴ Para Joaquim Falcão, ésta sería la segunda paradoja de los servicios legales: prestar asistencia extralegal. La experiencia a comienzos de los años 80 demostró que el poder judicial era fundamental para combatir las violaciones a los derechos humanos. La estrategia utilizada era la de “instaurar el proceso, pero evitar la sentencia”, lo que obligó a los abogados populares a desarrollar otras actividades, tales como la presión política, la organización social y el uso de los medios de comunicación al ejercicio de la abogacía (1989: 150).

their communities during, and after the completion of, litigation”. (White, 1987-88: 439-40)²⁵.

Con relación al derecho²⁶, esos abogados tienen como propósito: transformar los dispositivos legales, concienciar a los clientes²⁷, desmitificar la justicia (“busco siempre llevar a los trabajadores a que presencien las audiencias para que conozcan los mecanismos del área judicial y el desarrollo de un proceso”) y construir un nuevo derecho (“el derecho es conquistado y, aún más, la lucha hace la ley”, “el derecho no es la ley, el derecho es la realidad en constante transformación”, “el derecho va transformándose según la necesidad y las luchas de las clases trabajadoras”).

De manera general, la contribución se da a partir de la defensa de tesis vinculadas al derecho alternativo y de la búsqueda de nuevas interpretaciones de la ley. Los abogados son traductores de las solicitudes y constructores de ideologías ya sea en las relaciones que establecen con sus clientes –pues estas relaciones constituyen una de las plazas donde el derecho es creado y traducido–, o también en las disputas entre las profesiones o en el interior de la profesión jurídica. “Lawyers produce ideology and ideology is a defining characteristic of their practice” (Harrington, 1994: 55)²⁸, no sólo porque ellos transforman las solicitudes de los clientes de acuerdo con el lenguaje jurídico, legitimándolas, sino porque ellos “*work on the law*” (Harrington, 1994: 56)²⁹.

²⁵ “El procedimiento judicial otorga un ambiente –un conjunto de experiencias– que debe permitir que las personas pobres se vuelvan políticamente más participativas en sus propias vidas. La experiencia de un proceso jurídico debe ayudar a un grupo a entender mejor los procedimientos de las instituciones dominantes, así como a moldear sus habilidades en términos de planeación táctica y construcción de coaliciones necesarias para que los grupos subordinados alcancen sus objetivos políticos. La experiencia de participación en los procesos jurídicos propios debe construir una confianza en sus habilidades para volverse políticamente más activos en sus comunidades, durante y después de la lid judicial”.

²⁶ “There is therefore a paradox within legal ideology, which in this respect appears to be the same in all the advanced industrial societies of the west. While lawyers know that changing the law is not just their job but the most prestigious part of the job, ‘The Law’ is none the less regarded as having existed from the beginnings of civilization, if not for all time” (Cain, 1994: 19) (“Por eso existe una paradoja en la ideología jurídica que, en este sentido, parece ser la misma en todas las sociedades occidentales industriales avanzadas. Mientras los abogados saben que el cambio de la ley no es sólo su tarea, pero sí la parte más importante en ella, empero ‘La Ley’ es percibida como presente desde el comienzo de la civilización, cuando no desde siempre”).

²⁷ En palabras de Gabel y Harris “the very public and political character of the legal arena gives lawyers, acting together with clients and fellow legal workers, an important opportunity to reshape the way that people understand the existing social order and their place within it” (1982-83: 370) (“el carácter público y político del escenario jurídico da a los abogados, al actuar en conjunto con clientes y colegas, una oportunidad importante de redefinir la manera a través de la cual las personas entienden el orden social existente y su lugar dentro de ese orden social”).

²⁸ Los “abogados producen ideología y la ideología es la característica que define sus prácticas”.

²⁹ Christine Harrington, en el marco de la sociología interpretativa, trabaja con el presupuesto de que tanto el derecho como las prácticas jurídicas se construyen social y políticamente (1994: 63).

Problemas

Las dificultades señaladas para el ejercicio de esta abogacía son muchas. Sin clasificarlas en orden de importancia, y observando que un mismo encuestado puede haber citado varias categorías de dificultades inherentes a la abogacía popular, los problemas pueden reunirse en cuatro grupos:

Profesionales. Son cuestiones derivadas de las dificultades financieras, de la insuficiencia de abogados populares, que provoca “demasiado trabajo”, y de la discriminación³⁰. En este ítem también se insertan los problemas relacionados con el campo profesional: los abogados se quejan de la falta de literatura especializada, de seminarios y oportunidades para el intercambio de experiencias con abogados más experimentados. A pesar del pequeño número (27,8%) de encuestados afiliados a la Asociación Nacional de Abogados Populares, algunos señalaron la necesidad de una mayor organización entre los abogados dedicados a esta actividad³¹. Según la observación de uno de los abogados, el cuestionario debía haber indagado el aislamiento de los abogados populares, otro problema serio enfrentado por este profesional:

¿Dónde están los abogados populares? ¿Cómo enfrentan la maratónica demanda social? ¿Dónde buscan su especialización? ¿Saben lo que sucede con sus colegas y piensan de forma idéntica en otros rincones del país? ¿Intercambian informaciones en cuanto a las innovaciones? ¿Cuáles son las ganancias en términos de justicia social?

Naturaleza del derecho. Se trata aquí de cuestiones derivadas de la “hegemonía de la visión conservadora y burguesa del derecho, divulgadas por las facultades y por las editoriales jurídicas”, y de la “concepción reaccionaria del derecho”.

Naturaleza de lo judicial. Varios problemas son señalados con relación al poder judicial. Por ejemplo, su lentitud, que ocasiona una gran demora en los procesos. Sin embargo, las críticas no se resumen a los aspectos coyunturales del funcionamiento de la justicia, que se dirigen principalmente a cuestiones de orden más sustantivo, relacionadas con el “compromiso de lo judicial con los intereses conservadores y burgueses”. De una manera general se señala la dificultad de acceso de la población de

baja renta y de los movimientos a la justicia por la estructura (“viciada y corrupta”) de la organización judicial, lo que es agravado por la “propia legislación y por la concepción positivista de nuestros jueces que no innovan, aplicando la ley al pie de la letra”. Sin una justicia comprometida con las solicitudes de los sectores populares, los abogados enfrentan una dificultad especial para obtener resultados positivos: “como trabajamos con derechos de los sectores desfavorecidos –posesión, etc.–, normalmente perdemos”. Por eso sería necesaria una “justicia (...) especializada en el sector popular”. En el mismo sentido, un abogado indicó como problemas para este tipo de abogacía: “a) las leyes brasileñas que, en general, ignoran los intereses de esos sectores sociales; b) mala voluntad e indisposición de los integrantes del poder judicial –jueces, funcionarios– para atender las solicitudes populares; c) prejuicio contra los abogados populares en el sector judicial”. Los abogados populares enfrentan aún más la “intolerancia de los magistrados”, además de “prejuicios ideológicos y de los tribunales” y la falta de “valoración profesional”.

Movimientos sociales. A pesar de que las dificultades enfrentadas por los abogados populares se centran sobre todo en el derecho y en el poder judicial, los propios movimientos sociales no salen indemnes de las críticas formuladas por los encuestados, algunos de los cuales atribuyen las dificultades del ejercicio profesional a la falta de organización de los participantes, a la “incomprensión de los propios trabajadores”, a la “inestabilidad de las ONG”, al “analfabetismo de gran parte de la población de menos recursos”, a la “clientela paupérrima”, a la “falta de reconocimiento de la importancia de esta abogacía por el movimiento popular”, a la “relación paternalista que los movimientos buscan ante ese tipo de abogacía, como si los abogados comprometidos tuvieran la obligación de prestar sus servicios gratuitamente” y a la “desconfianza histórica del pueblo pobre”. Por ejemplo, es sorprendente saber que, de acuerdo con los encuestados, las “organizaciones populares consideran secundario este trabajo”. Esta relación se explica en función de la identificación del abogado con el aparato estatal, principal objeto de repudio de los movimientos sociales (“el desprecio de los movimientos sociales por las cosas del Estado y de la justicia, muchas veces se extiende a los profesionales vinculados a la lucha por la construcción de la ciudadanía”). Para agravar estas dificultades convergen la “debilidad e irracionalidad de los movimientos sociales y políticos” y el “carácter gelatinoso de las organizaciones sociales en Brasil”. Incluso uno de los encuestados señaló como obstáculo para esta actividad “la expectativa de un discurso dogmático por parte de los dirigentes. Muchas veces los integrantes de los movimientos sociales reducen las acciones políticas a las acciones jurídicas, enfrentando verdaderos procesos”.

En resumen, se trata de una abogacía de “militancia, de abnegación y marginal; no reconocida profesionalmente”, fundada en el “voluntariado” y la “buena intención”. Es una actividad de “heroísmo, frustrante, agrada-

³⁰ De acuerdo con Stuart Scheingold, los abogados de izquierda “risk substantial marginalization insofar as their politics take them outside the moderate mainstream and insofar as they question the profession’s admonition that legal practice should not be politicized” (1994: 1) (“corren el riesgo de una sustancial marginación a medida que su política de actividad los lleva lejos de la corriente dominante y a medida que cuestionan el supuesto de que la práctica jurídica no debe politizarse”).

³¹ Sobre la importancia de las redes profesionales para apoyar las actividades de los abogados populares, cf. Abel (1985).

ble, sin futuro, importante, no reconocida”, “fascinante” pero con mucho “desgaste”.

“Un sueño. Una lucha contra la marea, que exige ante todo cualificación ya que entramos en el campo con desventaja: defendemos negros, pobres, ‘invasores de tierras’ y, todavía más, cuestionamos a la autoridad.

Es como si usted estuviera nadando contra las olas del mar”.

Resultados

Siguiendo la lógica más general de la profesión es posible imaginar que la abogacía popular garantiza un buen retorno financiero. Sin embargo, éste es un aspecto secundario para los abogados populares. Para varios encuestados, la realización personal y profesional es independiente de la remuneración, ya que económicamente la importancia de esa abogacía es reducida. Se trata de una “abogacía más apasionada” que “no se agarra solamente de la lucha por la supervivencia” y que permite que la profesión no se reduzca a la satisfacción económica, sino que provoca también una participación social. Desgraciadamente, se trata de una actividad que cada día atrae a menos abogados y funcionarios del derecho pues exige “mucho sacrificio personal, renunciaciones y discriminaciones en el propio ámbito judicial” (“los abogados están su mayoría vueltos sólo hacia los intereses personales y utilizan sólo la técnica del derecho, sin sacar provecho de las enseñanzas filosóficas, a fin de mejorar a la sociedad”). Según uno de los entrevistados, esta actividad permite mostrar a los otros abogados que es posible “hacer abogacía de un modo serio y humilde”.

Si la abogacía popular no se caracteriza por ser una actividad que garantiza un buen retorno financiero, es de esperar que la satisfacción por esa elección profesional sea derivada de forma específica de los resultados alcanzados en la militancia jurídica. Sin embargo, ésta no parece ser la realidad. Algunos de esos abogados tienen claridad sobre la insuficiencia de las luchas populares sin un apoyo jurídico. Uno de los encuestados reconoce que su contribución es pequeña pues “las causas populares son más conocidas por sus derrotas que por sus victorias”. Para otro, “nunca tuve la pretensión de la transformación del derecho a partir de mi práctica, pero la construcción de nuevas fases jurídicas aceptadas por la jurisprudencia tal vez pueda ser un camino hacia la transformación del derecho”. Uno de los encuestados, frustrado con los resultados obtenidos con la abogacía, transfirió su práctica hacia la militancia partidista pues la única manera de transformación está a través de la lucha política (“no creo en la ‘transformación’ de la abogacía”).

Para la mayoría de los abogados populares (57,4%), este tipo de actividad se encuentra en retroceso debido a las dificultades enfrentadas por el abogado en una “lucha desigual y desleal”, a la falta de capacidad financiera del pueblo (“el pueblo no tiene dinero”), y a la crisis financiera de

las organizaciones internacionales que sostenían a las organizaciones no gubernamentales en Brasil³². Los abogados populares “han encontrado muchas dificultades para mantenerse, además de que la cotidianidad es muy estresante. No existe sábado, domingo, feriado. Es un gran activismo, muchas solicitudes para pocos”. Las luchas en el Ejecutivo y el Legislativo han sido señaladas como sustitutas de las luchas judiciales en función de la mala fama del poder judicial. Algunos también señalaron como motivo para el retroceso de esa actividad a las facultades de derecho: “básicamente las universidades forman a personas ya comprometidas con el mantenimiento de la situación”, “no obstante el aumento de la demanda, los currículos escolares y la enseñanza jurídica no se preocupan por lo ‘popular’”.

Empero, los que apuestan por la expansión de esa actividad (29,6%) hablan de dos factores que contribuyen al aumento de las solicitudes por nuevos derechos. De una parte, con el proceso de democratización política y un mayor ejercicio de la ciudadanía y de la sociedad civil organizada (aumento de la conciencia para lo cual los propios medios de comunicación han contribuido), aumenta la demanda por derechos individuales y colectivos. Por otra, la globalización también representa un proceso de generación de nuevos derechos, pues “el nuevo orden internacional crea fuentes de estrangulación de las relaciones sociales que alcanzan a las personas, a los grupos etc., víctimas de la violación constante de sus derechos humanos y civiles”. En este cuadro de expansión de derechos, la abogacía popular está representada como “fundamental para la calidad de la lucha popular. Es más un soporte, además de la organización, para las luchas populares. Fortalece nuevos derechos o vuelve el derecho un instrumento de realización de la justicia social”³³.

Representaciones del poder judicial

Si en un primer momento durante el régimen militar las instituciones del Estado –incluyendo el poder judicial– eran percibidas como al servicio del gobierno autoritario, con la democratización formal y la introducción de nuevos derechos y de nuevos instrumentos para la garantía de esos derechos por la Constitución Federal de 1988, lo judicial se vuelve una arena privilegiada de la lucha jurídico-política, aunque para los abogados populares –aún después de la democratización política– esta instancia sea vista como “comprometida con los intereses burgueses y con prejuicios políticos contra las organizaciones populares”. Permanece entre los abogados populares la visión de que lo judicial, con excepción de los sectores más jóvenes de la justicia federal, es civilista, privatista, corporativo, lento, elitista,

³² En relación con esto, Germán Burgos (1996) analiza la financiación de los servicios legales alternativos en América Latina.

³³ La expansión o retracción de la abogacía popular debe relacionarse con la expansión/retracción de los movimientos sociales.

conservador, cerrado, obsoleto, acomodado, moroso, autoritario, corrupto, ineficiente, burocrático y positivista³⁴. Y también algunas respuestas más largas:

“El poder judicial no es democrático pues discrimina, y por varias razones, a los más débiles en beneficio de los más fuertes: esto cuando los más débiles logran llegar hasta él. Personalmente tengo muchas críticas contra el poder judicial y lo que me falta en este momento es espacio”.

“Es el cáncer de nuestra sociedad. Si hay corrupción en el Ejecutivo y el Legislativo, si hay impunidad de la elite, es gracias a la omisión o connivencia del poder judicial”.

“Órgano que cumple rigurosamente su papel, es decir no funciona y existe para que no funcione, pero que reacciona rápido especialmente si es para juzgar a la huelga abusiva o a la expulsión de los campesinos de la tierra”.

Para algunos, los defectos del poder judicial se relacionan con el sistema económico: la justicia es “permeable a las influencias del poder económico”, “vulnerable a las presiones políticas” y “arraigada en los privilegios propios y en los de las clases dominantes”, encontrándose al “servicio del capitalismo”. Esta opinión es compartida por Miguel Pressburger al criticar las reformas que se pretenden introducir en el poder judicial³⁵.

No obstante, algunos abogados populares perciben la existencia de nuevos aires: “el poder judicial, por lo menos en Passo Fundo, ha mejorado mucho en el sentido que algunos jueces se vuelven hacia el derecho de los pobres”; “hay jueces democráticos que honran sus funciones”; “alguna cosa se ha hecho para cambiar como son los Juzgados Especiales”. En otros términos, los servicios legales –o, por lo menos, algunos de sus representantes– vencieron el segundo desafío identificado por Joaquim Falcão, superando la percepción monolítica del Estado para reconocer éste como un *locus* fragmentado y contradictorio (1989: 157).

Algunas respuestas señalaron más las funciones deseadas que aquéllas que los encuestados efectivamente consideran que el poder judicial estaría cumpliendo. Si el derecho es el “conjunto de normas que tiene como objetivo orientar y presidir las relaciones humanas, apoyado o no por la fuerza organizada”, a lo judicial cabe la tarea de “distribuir abundante y buena justicia en especial a los más desiguales ante la ley (pobres)”, “establecer normas democráticas de convivencia social, creando un sistema jurídico garantizado por el Estado”, “garantizar el Estado de Derecho”, “reglamentar las relaciones de derechos y deberes sociales puestos al ser-

vicio del control de las clases más desfavorecidas”, “modificar la realidad”, “establecer paz en las relaciones sociales”, “dirimir conflictos”, “crear el orden social”, “regular las relaciones sociales, económicas y políticas, incentivando la tendencia del Estado democrático de Derecho” y “regular toda relación política, económica y social, buscando el bienestar de la población y el desarrollo del país”.

Específicamente con relación al movimiento de los “jueces alternativos”, como son conocidos los magistrados progresistas³⁶, llama la atención el hecho de que 24,1% de los encuestados desconocen el movimiento o tienen poca información al respecto³⁷. Para los demás, el movimiento de los jueces alternativos representa una oportunidad de “ventilar las mentes del poder judicial y desmentir la tesis de la neutralidad de los jueces”, permitiendo abrir el “poder judicial a la sociedad y a la democratización del derecho en Brasil”, “quebrar el conservadurismo del derecho” e iniciar “una insurrección que podría ser una revolución”. Empero, algunas críticas se hicieron oír: se trata de un movimiento “intelectualizado” y “lejos de la cotidianidad de la población”, un “movimiento que la mayoría de las veces está extremadamente equivocado, pues imagina que con algunas sentencias ya está solucionando problemas. Pero no será con sentencias a la ‘izquierda’ o no reaccionarias que tendremos soluciones a los conflictos”; “aunque me parezcan bien intencionados, encuentro que están más preocupados en ser considerados los creadores de un derecho alternativo que en promover un aumento en el nivel de la conciencia popular. Están más preocupados con la propaganda que con los fines”. Otros reconocen que el movimiento es bueno, pero de “reducida repercusión en el ambiente forense y judicial”: se trata de un movimiento todavía “tímido”.

Todos se mostraron de acuerdo con el control externo del poder judicial ya que “en el Estado democrático de derecho todos los órganos estatales deben tener transparencia, sujetándose al control público”. El control al poder judicial es condición para el “perfeccionamiento de la democracia”; “en toda democracia debe haber ‘peso’ y ‘contrapeso’”. Sin embargo, para unos este control debe incluir a los participantes de la sociedad civil –centrales sindicales, confederaciones sindicales y patronales, trabajadores, etc.– pues “el poder judicial, como los demás poderes, debe ser controlado por el pueblo” ya que “todo poder emana del pueblo”.

Lo judicial, formado por hombres, no puede ser distinto del Ejecutivo, del Legislativo. La población paga, quiere que se rindan cuentas; quiere denunciar no pocos errores existentes, quiere sentirse respaldada por decisiones. La democracia es eso... El

³⁶ Al respecto cf. Carvalho, 1997.

³⁷ Esta poca información surge a pesar de la referencia a los jueces alternativos en el número 1 del *Coletivo de Juristas Populares*, donde se resumen las palabras de Amílton Bueno de Carvalho, uno de los principales representantes del movimiento de los magistrados (Nº 1, abril/julio 1991, pág. 4).

³⁴ Sin embargo, no hubo referencias a la creación de otras formas de administración de la justicia fuera del poder judicial al estilo de las experiencias de la *popular justice*, de las cuales la San Francisco Community Board es el mejor ejemplo. Respecto a esa experiencia, cf. Merry y Milner (1996).

³⁵ Publicado en el *Coletivo de Juristas Populares*, Nº 10, octubre/diciembre 1996, pág. 5.

control debe ser político y no administrativo. El control es para que “sean jueces mientras sean buenos jueces.

El control externo es para exigir que el poder judicial realice su función y no sólo “aplique el derecho en el caso concreto”, realice su función de poder y no de servidor del Estado, burócratas preocupados con las estadísticas de producción. Realizar su función es ser poder político y, como tal, democrático. Hacer justicia, aunque para ello tenga que resistir a los eventuales encargados del poder.

Para muchos, la falta de control al poder judicial es responsable por su autoritarismo, arbitrariedad, conservadurismo, corporativismo e ineficacia:

Lo judicial tiene que ser vigilado. Hay decisiones absurdas, basadas en un principio de que nada lo toca. El autoritarismo de lo judicial deriva de este superpoder que él tiene. Si la sociedad no controla habrá siempre mucha arbitrariedad y quien sufrirá los efectos será la propia sociedad. (La justicia es el pan del pueblo – Brecht).

De acuerdo con uno de los encuestados, la legitimidad del poder judicial debería refrendarse por el sufragio (“¿Por qué no escoger a los juzgadores?”, “defiendo las elecciones para lo judicial; la renovación y el cedazo popular”)³⁸. Aquí se critican las propuestas que prevén sólo la participación de la Orden de los Abogados del Brasil en los mecanismos de control del poder judicial, por considerar que esta institución no ha contribuido a la solución de los “males” brasileños. Uno de los encuestados afirmó:

Los principales dirigentes de las instituciones, de las entidades públicas y privadas, no están necesariamente comprometidos con la realización de la “justicia”. Personalmente he practicado y defendido una experiencia de control externo directo, ejercido por la población, por los militantes de derechos humanos y por los instrumentos jurídicos disponibles para su intervención. El resultado es: sustitución de jueces malos, fiscales, comisarios, etc., o la apertura del diálogo democrático a partir de un proceso popular en construcción.

Para muchos, el poder judicial debería fiscalizarse a través de un órgano mixto formado por la Orden de los Abogados del Brasil, el Ministerio Público, los parlamentarios y representantes del propio poder judicial. Uno de los encuestados expresó estar contra el control en caso de que éste fuera político-partidista. Otro abogado recordó que este control ya existe:

³⁸ El sufragio para el poder judicial es criticado por Eugenio Raúl Zaffaroni. No es verdad que la única forma de democracia es la elección popular. En el caso de las funciones que exigen una cualificación técnica importa más la idoneidad en el proceso de selección (1996: 112).

Hoy en verdad no hay total libertad del juzgador, quien siempre se preocupa con la reforma de sus decisiones por las instancias superiores y también porque su postura profesional le puede hacer inviable el acceso a las altas cortes. Si existe un fuerte y disfrazado control sobre el poder judicial, sólo que por aquellos que tienen en sus manos los destinos del país.

Representaciones acerca del derecho

El discurso de los abogados populares está marcado por una fuerte influencia del marxismo³⁹, lo que además no pasa desapercibido cuando se analiza el *Coletivo de Juristas Populares*⁴⁰. Por ejemplo, el número 1 de ese informativo indica al lector una extensa bibliografía con autores marxista soviéticos –como Stucka y Pasukanis– e incluye autores marxistas latinoamericanos como Eduardo Novoa Monreal. El marxismo vuelve a estar explícitamente presente en el número 2 de ese boletín con la transcripción de una “entrevista” de Gramsci a la revista *Leia*.

Esta influencia se manifiesta explícitamente cuando se analizan las representaciones de esos abogados con relación a la función del ordenamiento jurídico, percibido como un instrumento que refuerza el statu quo y mantiene las injusticias y desigualdades sociales: “encuadrar a los dominados, manteniéndolos domesticados o domesticándolos, todo como si la ley fuera obra divina, como si reflejara el espíritu ‘universal’ de justicia. En fin, busca la legitimación del poder dominante”. O, en otras palabras, el ordenamiento jurídico tiene el objetivo de “ordenar las relaciones sociales y jurídicas de acuerdo con la ideología dominante”. El ordenamiento jurídico sirve para “frenar los avances del movimiento social y sindical” y está vinculado al modo de producción en el cual se inserta. Uno de los encuestados afirmó: “ratifico en todos los términos la concepción del derecho en Karl Marx”, o sea como una superestructura que mantiene la dominación económica.

Este tipo de respuesta es heredera inmediata de la percepción del ordenamiento jurídico de las organizaciones de derechos humanos durante el régimen militar, cuando la lucha se dirigía no hacia la aplicación de la ley –símbolo de arbitrariedad– pero sí a que ella no se aplicara (Falcão, 1989: 147). Por eso la consecuencia de esta situación, identificada por Joaquim Falcão como la primera paradoja vivida por los servicios legales a mitad de los años 80, se refiere a la necesidad de utilizar simultáneamente la legislación vigente para la defensa de los derechos a tiempo que se busca transformarla.

Algunos encuestados aceptan que la ley pueda ser utilizada también como un “instrumento de garantía para los derechos de los excluidos”

³⁹ Publicado en el *Coletivo de Juristas Populares*, N° 10, octubre/diciembre 1996, pág. 5.

⁴⁰ Al respecto ver a Carvalho, 1997.

y hasta puede “servir en la lucha de los explotados y oprimidos”. Al final, la ley no es sólo instrumento de represión sino también una “*arena of struggle*” como lo percibe E. P. Thompson (1975). Además de la protección del orden jurídico contra las arbitrariedades cometidas por el propio Estado, los derechos constitucionales permiten la construcción de un discurso de resistencia afirmativa que expone la desigualdad sustantiva, fundada en divisiones de género, raza, clase, etc. (Sarat y Scheingold, 1998: 9). Sin embargo, esta corriente es minoritaria dentro de la categoría, lo cual indica que de ninguna manera los abogados populares en Brasil anteponen la ley y el procedimiento judicial como estrategia de transformación social, al contrario de lo que determinada vertiente de la literatura norteamericana detecta con relación a los *cause lawyers*, cuya actividad está marcada sobre todo por una creencia ingenua en el potencial transformador de la ley⁴¹.

Cuando se afirma que el ordenamiento jurídico debería “promover la estabilidad de las relaciones sociojurídicas en bases donde la justicia sea una referencia solidaria, sin privilegios o discriminación pero con una distribución equitativa”, implícitamente se identifica el ordenamiento jurídico vigente en la sociedad brasileña como conservador, positivista, formalista, capitalista, individualista, distanciado de la realidad, complejo para el hombre común, autoritario y obsoleto (principalmente ante los avances de la Constitución Federal de 1988, reconocida como democrática). Para uno de los encuestados

el ordenamiento jurídico brasileño tiene como finalidad no sólo la legitimación del poder dominante, sino la legitimación a través del caos social como institución de la imoralidad, muchas veces en la forma más primaria. Cuando todos deben (los pobres poco) nadie se preocupa en denunciar la deuda ajena. Así, no se denuncia el encubrimiento institucional porque puede sobrar para el denunciante.

El ordenamiento jurídico es todavía parcial, pues “las leyes son aplicadas solamente a los pobres. Los ricos siempre se las arreglan para no ser condenados; es decir, la mayoría de las veces en este caso ni siquiera se abre el proceso”. En resumen, se trata de “un ordenamiento para afirmar los intereses de la elite y el poder para quien ya lo posee”. Por lo menos para uno de los encuestados las críticas deben dirigirse no al ordenamiento ju-

⁴¹ McCann y Silverstein, a través de la investigación que desarrollaron, cuestionan esta percepción del *cause lawyering* argumentando que los abogados investigados se inclinan más hacia las “*politics of rights*” que al “*myth of rights*”. Los autores hacen algunas afirmaciones importantes con relación al grupo que analizaron: prácticamente todos los abogados perciben el derecho de una manera escéptica y políticamente sofisticada; como la ley no es un instrumento único de acción, esos abogados están comprometidos con la utilización de otras tácticas políticas; esta abogacía no fragmenta los movimientos populares –al contrario de los que afirman que, por estar fundada en el uso de la ley, esta abogacía debilita la estructura organizada de los movimientos populares– y, por último, los *cause lawyers* son críticos del instrumento jurídico que utilizan (1998).

ridico, pero sí a los “funcionarios del derecho en general, vueltos hacia los intereses que muchas veces no aceleran el proceso judicial, sino que más bien perjudican a los que buscan justicia”, incluyéndose ahí a “los magistrados que no luchan por los cambios, despreciando la fuerza social que ejercen en el medio”.

A pesar de que el ordenamiento jurídico sea considerado obsoleto en algunas áreas –civil y penal⁴²– se reconoce que, por ejemplo, el derecho del consumidor⁴³ y el derecho del niño y el adolescente⁴⁴ son modernos⁴⁵. Sobre todo se critica el hecho de que el derecho penal tenga como clientela central a los pobres (“las mayores penas se destinan a los crímenes cometidos por la población menos favorecida”). Se critica también el exceso de leyes sin “coherencia entre ellas”, una “verdadera ‘colcha de retazos’ que puede aplicarse según el interés o la circunstancia que esté en juego”.

Independientemente de las valoraciones positivas con relación a determinadas normas legales, predomina entre los encuestados la defensa del derecho alternativo percibido como un “derecho nuevo”, con base democrática, popular, antiburgués y opuesto al derecho positivo⁴⁶. Dos concepciones quedan claras en las respuestas. Por una parte, hay los que perciben el derecho alternativo como un “derecho creado de forma cotidiana”, “un derecho paralelo que debe mejorarse y, en el futuro, ser reconocido por el Estado, cuando entonces perderá esa característica”. De otra, hay los que identifican el derecho alternativo según el uso alternativo del derecho y el movimiento de los jueces: “una reacción al positivismo jurídico”, “derecho que se ejerce en la práctica y busca ir más allá de la interpretación positivista, aplicando normas generales de justicia”. De una forma u otra, los encuestados entienden el derecho alternativo como una manera de que se “exalte lo justo sobre lo legal”, un derecho utilizado “en pro de los oprimidos”, mirando que se favorezcan “las leyes populares”, un derecho que se dirige hacia los “cambios sociales y políticos”, una “contraposición o contestación al derecho oficial de los poderes constituidos”, un “derecho insurgente”, una “brecha que el juez y el abogado encuentran dentro del derecho positivo para garantizar el derecho de los pueblos”.

También se considera como una forma de derecho que, al contrario del positivismo jurídico, justamente corrige las deformaciones impuestas por un poder centralizado e inaccesible que es nuestro actual poder judicial. El derecho alternativo es el que va contra las reglas cristalizadas por el tiempo, que se adecúa

⁴² El Código Civil en vigor data de 1916 y el Código Penal de 1940, si bien la parte general de éste fue reformada en 1984 (Ley Nº 7.209).

⁴³ Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley Nº 8.069 del 13/julio/1990.

⁴⁴ Estatuto del Niño y del Adolescente - Ley Nº 8.078 del 11/septiembre/ 1990.

⁴⁵ Las dos leyes se aprobaron en el mismo periodo, después de la Constitución de 1988, y fueron elaboradas con base en lo previsto en el nuevo texto constitucional.

⁴⁶ Sobre derecho alternativo, ver a Rodrigues (1993).

a los nuevos hechos sociales que surgen con la modernidad. Por eso es mutante. En todo instante deben surgir nuevas decisiones porque el modelo actual es repetitivo y común. Además, hay una cierta 'pereza' en juzgar, prefiriéndose, al revés de innovar, imitar la decisión proferida cincuenta años atrás.

Empero sorprende, debido a la fuerza del derecho alternativo en Brasil, que algunos encuestados no tengan un conocimiento más específico sobre el movimiento y que otros tejan críticas negativas, calificándolo de "pésimo", "una gran bobería", "vacío" y "poco científico".

Representaciones de las facultades de derecho

Fernando Rojas ya había observado que los abogados populares utilizan de manera limitada a los estudiantes de derecho (1992: 420), en lo cual son tan responsables servicios jurídicos (para los cuales la participación de pasantes provoca una caída en la calidad del trabajo político o mayor lentitud en el procedimiento), como las facultades de derecho, que no logran establecer vínculos con los servicios legales alternativos.

La situación no parece ser diferente en Brasil: 53,7% de los encuestados no trabaja con estudiantes, justificando esta opción por motivos tales como falta de personas interesadas en esa actividad –pues los estudiantes tienden a buscar las grandes oficinas–, falta de tiempo del abogado para orientar a los pasantes, dificultad del pasante para insertarse en el trabajo de la oficina justamente por el exceso de trabajo –por la gran demanda de servicios, el pasante que no domina el derecho acaba “sobrando en la oficina”–, y falta de recursos para pagar pasantes –“el trabajo realizado en los tugurios no tiene apoyo financiero”, “cuando aparece alguien para trabajar gratis, sí”–.

Sin embargo, la utilización de estudiantes en la abogacía popular es fundamental para la reproducción de los servicios legales. Los estudiantes serían “fundamentales en la propagación de una nueva óptica del derecho” y en la “preparación de futuros abogados comprometidos con los movimientos populares”, dándoles una “visión más democrática”. O, como lo sintetiza otro encuestado, los estudiantes representan “una mano de obra barata y cualificada que, además de ejecutar las tareas que se les delegan, pueden concienciarse de otra visión del mundo, diferente de la presentada en las facultades”.

Para el 75,9% de la muestra es claro que los alumnos de las facultades de derecho no tienen interés en este tipo de actividad, pues quieren fundamentalmente una inserción profesional que les garantice un buen retorno en términos financieros; lo que en efecto no es el caso de la abogacía popular⁴⁷. El curso de derecho es percibido como elitista, donde predomina

⁴⁷ No se trata de un fenómeno específico de Brasil. Sobre la falta de idealismo de los alumnos norteamericanos –o por lo menos sobre la progresiva pérdida de ese idealismo en el transcurso de la fa-

mina el “deseo de enriquecerse a cualquier costo”. Además de la “tradición del positivismo legalista (ajeno a la realidad)”, los “alumnos y profesores de derecho son oriundos, en su mayoría, de valores sociales dominantes”. Como consecuencia de esto, al alumno de derecho no le interesa “transformar a la sociedad”, pero sí “profundizar en la explotación y ganar dinero”. Un cambio en esta actitud dependería de un cambio en el propio reclutamiento de los alumnos de derecho, o sea de un mayor ingreso de estudiantes oriundos del “seno popular”. Para uno de los encuestados, este desinterés estaría unido a la propia retracción del movimiento estudiantil (“no hay más movimiento estudiantil como antes”). A pesar de que algunos estudiantes tienen interés en la abogacía popular (“es políticamente correcta”), este interés, que muchas veces se deriva de la ignorancia (“no saben que el abogado popular prácticamente no tiene remuneración”), “muere en la primera esquina” cuando se confronta con el mercado del trabajo.

Además de la preocupación por el mercado de trabajo⁴⁸, el currículo de las facultades de derecho desanima este tipo de inserción profesional al ser “conservador”, “reaccionario”, “retrógrado” y no enseñar filosofía y sociología jurídica⁴⁹ sino sólo el derecho positivo y la dogmática jurídica. Para algunos encuestados es justamente esta enseñanza alienada la que incentiva al alumno a buscar otras alternativas: “a causa de la despolitización de los cursos de derecho, de la falta de compromiso de los profesores que no están políticamente preparados para despertar en los alumnos un estudio crítico y los mantienen alienados frente a los problemas sociales”.

No hay duda de que la facultad de derecho no prepara para esta práctica profesional⁵⁰. Deberían enseñarse disciplinas como sociología del trabajo, filosofía política, economía política, sociología jurídica, derecho laboral, derecho sindical, derechos de los accidentados laborales, derecho alternativo, derecho agrario, organización popular, derechos humanos, historia de las luchas sociales, derecho ambiental, derecho del niño y del adolescente, del verde, del negro, etc. Para algunos, mucho más importante que adicionar disciplinas al currículo, lo mejor sería alterar el abordaje actual: deberían enseñarse las mismas disciplinas, pero dirigidas a la abogacía po-

cultad de derecho–, ver a Erlanger *et al.*, 1996, y la larga bibliografía citada por los autores. Sobre la misma situación en Inglaterra, ver también a Economides (1997).

⁴⁸ Al respecto debe cuestionarse el papel de la práctica jurídica en las facultades de derecho, percibida por el estudiante como un requisito formal para cumplir con las exigencias de la Orden o del currículo y no como una posibilidad de desarrollo de la conciencia social. En Estados Unidos fue desarrollada una importante experiencia a través del Interuniversity Consortium on Poverty Law que busca transformar la sociedad y la cultura jurídica.

⁴⁹ El cuestionario fue aplicado antes de la aprobación de las nuevas directrices a los cursos de derecho, que hacen obligatoria la enseñanza de la sociología jurídica y de la filosofía del derecho.

⁵⁰ Tal vez una mayor participación de los encuestados en los cuadros docentes de las facultades de derecho (sólo 22,2% dictan clase) ayudaría a volver el curso más comprometido con los valores de la abogacía popular.

pular. Sin embargo, uno de los encuestados observó: “no sé si es función de la facultad preparar o tener disciplinas para el alumno sensibilizado hacia ese tipo de abogacía. Si no, dentro de poco, también tendríamos que crear disciplinas para la abogacía de las clases dominantes”. Más importante aún que las disciplinas es necesario el contacto con los movimientos sociales a través, por ejemplo, de charlas con el movimiento popular. Pero para todos es importante que las facultades formen “más ciudadanos” a partir de una “visión libertaria”.

Representaciones de la abogacía

Si la profesión jurídica es definida y redefinida en múltiples espacios como las facultades de derecho, el mercado de trabajo y la Orden de los Abogados (Nelson y Trubek, 1992), ya que esta actividad contribuye a cuestionar los presupuestos tradicionales de la abogacía y a que básicamente la idea es la de una actividad técnica y no política ¿cómo en consecuencia se transformaría el propio entendimiento de la profesión?⁵¹ Sarat y Scheingold observan que los *cause lawyers* cuestionan las concepciones dominantes sobre el profesionalismo cuando transforman la relación abogado-cliente en uno de los fundamentos de la responsabilidad profesional y cuando, en muchas ocasiones, se envuelven en actividades legalmente prohibidas (1998: 8). Al criticar la forma tradicional de la abogacía, los abogados populares cuestionan de manera directa ciertas nociones vinculadas al ejercicio profesional, abriendo espacio a la redefinición de la profesión; por eso, las luchas de los abogados populares influyen en las condiciones de legitimidad de la abogacía, considerada en términos más amplios.

Esta noción es especialmente importante al apreciarse que ningún escenario profesional (mercado de trabajo, Orden de los Abogados y facultades de derecho) posee una visión homogénea sobre ella (Nelson y Trubek, 1992: 187), siendo cada una definida en función del papel que los abogados desempeñan en el mundo político y social. En ese sentido, la abogacía popular representa una de las ideas que luchan por la hegemonía en la arena del mercado de trabajo. Por eso, las respuestas que hacen referencia a la necesidad de influir a otros abogados o estudiantes de derecho remiten, aunque no de una manera consciente, a las estrategias que buscan reforzar el lugar del abogado popular en el campo jurídico.

El abogado tiene una función técnica y otra política⁵². En el primer caso, a él cabe “ofrecer las técnicas legales a los movimientos dentro

⁵¹ “We conceptualize lawyer professionalism as the process by which ideas about the appropriate role of lawyers in society and the proper methods of conducting and organizing the practice of law are constructed” (Nelson y Trubek, 1992: 180) (“nosotros definimos el profesionalismo de los abogados como el proceso por el cual se construyen las ideas sobre los papeles adecuados para los abogados en la sociedad y los métodos correctos de conducta y de organización de la práctica profesional”).

⁵² Ver la diferencia entre “jurista sociopolítico” y “militante corporativo informado”, desarrollada por

de sus luchas y a usarlas para sus fines”, “instrumentar el saber técnico y colocarlo al servicio de las organizaciones” aunque el “abogado defienda intereses ya sean de los trabajadores o de los burgueses”. Al final, conforme ya fue percibido en los estudios realizados en Estados Unidos, el propio procedimiento judicial ayuda tanto al “*consciousness raising*” como a la “*movement organization*” (McCann y Silverstein, 1998: 267).

A pesar de que “[a]ccording to critics, socialization within legal education and the profession leads most lawyers to emphasize litigation over politics, rights over needs, elite professional activity over grassroots activity, and winning cases over negotiation and changing relations” (277)⁵³, el procedimiento judicial es sólo una de las tácticas. Más importante es la función política⁵⁴ del abogado, percibido como un instrumento importante para la construcción de la ciudadanía y para que prevalezca la justicia sobre la ley⁵⁵.

Además de negar la separación entre el derecho y la política, y de criticar la defensa positivista de la neutralidad de la ley, el abogado debe desempeñar un papel de concienciación en el sentido de “aclarar a los clientes y a la población sobre el papel del derecho como instrumento para la mejoría de la vida”, debe luchar por un Estado democrático y por la defensa de los derechos de los excluidos (“defensa de los explotados y oprimidos”). El abogado no debería reducirse a la defensa del Estado de derecho, pero sí “extrapolarlo, profundizarlo al extremo”. Debe ser un “transformador de la sociedad” —como los padres, pedagogos, asistentes sociales, todos “ellos en unión para la formación conjunta de una sociedad construida con la participación de la población en general”—, un “comprometido con lo justo”. Además, varias respuestas enfatizaron este compromiso del abogado con la justicia y no con la ley (“buscar siempre la aplicación del derecho, alcanzando la justicia, aunque ésta contraríe la ley”, “debería ser un defensor de las libertades públicas, comprometido con el ideal de la justicia”). El abogado debe también “hacer de su profesión un ejemplo de ética y moralidad”. Es-

José Eduardo Faria (1991: 124).

⁵³ “De acuerdo con los críticos, la socialización dentro de las facultades de derecho y la profesión lleva a los abogados a enfatizar más en el procedimiento judicial que en la política, en los derechos más que en las necesidades, en la actividad profesional de elite que en las actividades de los movimientos de base, en la victoria de las causas más que en la negociación y la transformación de las relaciones”.

⁵⁴ Esta función sería heredera directa del papel desempeñado por los abogados durante el régimen autoritario, cuando asumieron la tarea de volver explícita la ilegitimidad del régimen, al mismo tiempo en que movilizaron y organizaron a las comunidades de base (Falcão, 1989: 152 y ss).

⁵⁵ En este campo es muy importante el trabajo de Peter Gabel y Paul Harris (1982-83) que rechazan la concepción marxista ortodoxa y la concepción liberal-legalista. Según estos autores, que trabajan a partir de las concepciones del *critical legal studies movement*, el sistema jurídico representa un escenario público en el cual el Estado intenta legitimar un orden social alienador, correspondiendo a los abogados resistir a este intento a través de la construcción de un movimiento de transformación social. Ver también a White (1987-88).

tas funciones no se reducen a la práctica de la abogacía, sino que incluyen, desde luego, la realización de charlas, consultorías, etc. A él le cabe “orientar, informar y capacitar al individuo para asumirse como ciudadano, rescatar la ciudadanía del pueblo” y “denunciar las desigualdades sociales”.

El análisis de la función de la abogacía es más complejo. Aunque ambas categorías estén igualmente comprometidas con cambios en la sociedad y en campo profesional, Stuart Scheingold trabaja con las nociones de estructuralismo y posmodernismo para analizar los *cause lawyers*, según los cuales el derecho no es un instrumento de avance de la lucha, sino un obstáculo que legitima el orden social existente e impide la movilización de la clase trabajadora (1994: 4)⁵⁶. A pesar de que también defiende una relación igualitaria y participativa con los clientes, esta perspectiva estructuralista atribuye al abogado un papel activo en la promoción de la politización de la clientela. Ya los abogados ‘posmodernos’ deben ser fundamentalmente *listeners and learners* y no *translators*, pues el proceso de traducción distorsiona, mistifica y aliena a los clientes.

Consultados respecto al polémico artículo de la Constitución Federal, según el cual “el abogado es indispensable para la administración de la justicia...”, 55,6% de los encuestados consideran que la actividad del abogado en los conflictos judiciales no siempre es necesaria: por lo menos en “pequeños conflictos, la presencia del abogado puede provocar mayores dificultades en vez de dar una solución rápida al conflicto”, “algunos procedimientos y acciones son de una complejidad tal que necesitan de la presencia de un profesional especializado; otros no”. Al final, si “el pueblo puede y debe ser sujeto de sus luchas y causas”, el abogado no tiene ninguna función social: “mejor si él no es necesario”. Los trabajadores deberían defenderse solos o a través de sus organizaciones: “en muchos aspectos el ciudadano común es perfectamente capaz de resolver sus pedidos”. Si algunos encuestados más moderados admiten que se disponga del abogado en un momento inicial de carácter conciliatorio, las opiniones más contundentes consideran que los monopolios son peligrosos, pues atentan contra el “proceso liberador de la evolución”. Por eso, el monopolio actual, garantizado en la Constitución Federal por la Orden de los Abogados de Brasil, es presentado como “una tutela indebida”. Al garantizar que el abogado es indispensable “se da empleo fijo a una categoría” y es una actitud corporativa⁵⁷.

No obstante, para el 33,3% de los encuestados el abogado es indispensable en la administración de justicia para garantizar la igualdad pro-

⁵⁶ Al contrario, la perspectiva posmoderna localiza el campo de dominación –y por tanto de resistencia– en los microambientes como la familia, el local de trabajo etc., a partir de una división de las minorías (raza, género, edad, orientación sexual).

⁵⁷ Es brillante el análisis de Joaquim Falcão respecto de los tres monopolios: del juez según el decir de la ley, del abogado al representar en juicio y del Ministerio Público al defender los intereses sociales individuales que no están disponibles (1996: 276-7).

cesal en el caso en que la otra parte esté acompañada de un profesional del derecho. La presencia del abogado se hace más importante si la otra parte representa al gran capital: “el pueblo necesita de quien habla por él ante los déspotas, ante el autoritarismo”, “el pueblo muchas veces no tiene la valentía ni de conversar y ni siquiera sabe argumentar lo que es justo”, “la gran mayoría del pueblo desconoce sus derechos y es fácil hacer que acepte cualquier cosa”, “la sociedad aún no es consciente de lo que verdaderamente son el derecho y el deber”. Además, la propia máquina judicial se transforma en obstáculo para que el ciudadano luche solo por sus derechos: “la coyuntura actual ha demostrado que en la búsqueda de su derecho de forma individual, el ciudadano choca con el desinterés de los funcionarios judiciales, así como con la limitación de conocimientos propios que acaban por restringir la aplicación del derecho”.

La mayoría de los encuestados reconoce en la Orden de los Abogados de Brasil una función política fundamental en defensa de la democracia –“luchar por el Estado democrático”–, de la ciudadanía –“defensa intransigente de la ciudadanía”–, de la justicia y de los derechos humanos –“afirma los derechos fundamentales de los individuos, así como los sociales”–, dando continuidad al papel desempeñado durante el periodo militar cuando esa institución, al lado de la Iglesia católica y de la Asociación Brasileña de Prensa, se presentaba como una de las más importantes organizaciones de la sociedad civil en la lucha por los derechos humanos y la reconstrucción del Estado de Derecho, “en el periodo de la dictadura, la Orden fue el contrapunto democrático al régimen militar”⁵⁸. Más que comprometida con los abogados, la Orden debe estar “abierta al patrocinio de causas de interés social y de los movimientos sociales”, “participar de todo el proceso de cambio y de perfeccionamiento de la sociedad” y “participar activamente de los movimientos sociales”. Debe incluso “velar para que los abogados ejerzan su oficio con ética y honestidad”, “velar por el perfeccionamiento de las instituciones”, “discutir la organización judicial”, “promover la función social del abogado”, “fiscalizar los tres poderes”, “proponer la reforma del ordenamiento jurídico”, “defender los intereses de la categoría”, “representar a la sociedad civil organizada”, “apoyar y reconocer a la abogacía popular”, “regular el ejercicio de la profesión con rigor y sin corporativismo”. Según uno de los encuestados, la Orden debería crear centros de estudio para seguir los debates de la sociedad sobre temas como el sistema carcelario, la reforma agraria, el medio ambiente, la reforma urbana, la ciudadanía política, etc.⁵⁹.

⁵⁸ Joaquim Falcão recuerda que el presidente de la Orden de los Abogados de Brasil fue presidente del Comité Nacional Prodirectas (1989: 155).

⁵⁹ Ver la investigación *Perfil do Advogado Brasileiro*, realizada por la Orden de los Abogados de Brasil, que apunta como prioridades de la entidad: mejoría de la administración de la justicia, defensa de la Constitución, defensa de la profesión, perfeccionamiento de las instituciones jurídicas y políticas, enseñanza jurídica, derechos humanos, ciudadanía y justicia social y examen de orden (OAB, 1996).

Empero, las respuestas también apuntan actualmente hacia el lado corporativista y asistencial de la entidad. En este sentido, la Orden ha tenido la función de “mantener históricamente los intereses corporativos de clase”, habiéndose vuelto en los últimos años un órgano meramente asistencial. Para uno de los encuestados, la entidad es “simplemente recolectora de registros” que actúa para “mantener un derecho conservador vuelto hacia las elites”. En un sentido contrario, la Orden no debe “buscar privilegios innecesarios”. Dos encuestados dieron respuestas más contundentes: para uno la “Orden es una entidad que ni siquiera lucha por los abogados, dejándolos a su suerte”⁶⁰; para el otro, “déjense de ironías... Hay que disolverla”.

Conclusión

Si el cuadro institucional brasileño se caracteriza por la conjugación de una morfología poliárquica con un hobbesianismo social estatofóbico (Santos, 1993: 79), de alguna manera el esfuerzo de la abogacía popular parece contribuir al aumento de la participación de los sectores populares en la esfera pública, una participación que se iniciaría por el reconocimiento del conflicto tradicionalmente negado en la sociedad brasileña.

Esta participación en la esfera pública, en especial pero no sólo en la esfera estatal, a través de la presencia más frecuente de esos sectores en lo judicial, permite una mayor visualización de esos grupos sociales que, organizados sobre todo a partir de los años 70, atestiguan el carácter plural de la sociedad brasileña. En otros términos, al contribuir a la judicación de los conflictos de esos sectores sociales, los abogados populares contribuyen también a la politización de esos grupos y, en consecuencia, de la sociedad como un todo. O sea, los abogados populares contribuyen a la aparición de nuevos actores y a la fragmentación de las solicitudes que se presentan en la agenda jurídica y política del país.

Mientras tanto, al ser crítico del Estado, tanto del poder judicial como del derecho, el abogado popular refuerza de cierta manera una “estatofobia”, o sea, una desconfianza de esos sectores sociales con relación al Estado, corriéndose el riesgo de minimizar las posibilidades de que, a través de la experiencia judicial, se aumente la participación social en la esfera pública estatal. Si por un lado las estrategias de acción que pasan por la utilización instrumental del poder judicial aumentan la participación política, por otro el contenido ideológico detrás de esas prácticas jurídicas refuerza un sentimiento de distancia con relación al derecho y a las instancias judiciales que estarían al servicio de las “clases dominantes”.

⁶⁰ Edmundo Arruda analizó la crisis de legitimidad de la Orden de los Abogados en el periodo posterior al régimen autoritario, principalmente la incapacidad de la institución en representar los intereses de los abogados asalariados que vienen sustituyendo a los abogados liberales tradicionales (1993).

Para Gabel y Harris (1982-83), siguiendo este último argumento y con base en el movimiento norteamericano del *critical legal studies*, la abogacía representa una estrategia vuelta hacia la concienciación de derechos, que tiende a reforzar la alienación y la falta de poder de los grupos subordinados⁶¹. No obstante, no se percibe que al reforzar el distanciamiento entre las capas populares y el Estado –como pretenden los abogados populares y los representantes del *critical legal studies* que ven en el poder judicial simplemente una estrategia estatal para mantener la alienación y no una instancia para garantizar derechos– se corra el riesgo de que, de forma simultánea, se mine la cultura cívica que esos grupos sociales estarían construyendo democráticamente.

Este riesgo es aún más grave en función de una actividad vuelta hacia la defensa predominante de los derechos colectivos, creándose una especie de dicotomía que separaría de una parte a los conflictos colectivos –susceptibles de solución en la esfera estatal–, y por otra los conflictos de naturaleza individual que son negados o resueltos en la esfera privada. Este hecho es especialmente importante si se recuerda que los abogados populares actúan en las “regiones menos cívicas” –utilizándose aquí la categoría según la emplea Robert Putnam (1996)–, representadas por las áreas rurales brasileñas.

Al trabajar con miras a la concienciación de los sectores populares con relación a lo inadecuado del derecho y del sistema judicial para la garantía de las solicitudes específicas de esos sectores, se puede reforzar una tendencia a favor de formas de justicia y de derecho al margen del Estado. A pesar de ser valorado positivamente por algunos de esos abogados como señal del rescate de las formas jurídicas populares, este derecho alternativo, insurgente, popular, no necesariamente traduce formas más democráticas de justicia que el ordenamiento jurídico estatal (Oliveira, 1996). Si, como afirma Wanderley Guilherme dos Santos (1993), el Estado brasileño es muy regulativo, tal vez sea el caso de buscar la mejor utilidad de estas normas estatales en beneficio de los pedidos de los sectores populares. Al final, no es necesario que un “*power-oriented approach*”, como lo proponen Gabel y Harris, sea más adecuado que un “*rights-oriented approach*” (1982-83). Esta actitud estatofóbica de los abogados populares parece conjugarse con una perspectiva estructuralista vinculada a la concepción de ciudadanía marxista, en la cual el derecho sería una forma superestructural de dominación de clase en contrapunto con una ciudadanía liberal, pensada a partir de una sociedad de sujetos del derecho, organizados por la ley. Empero, ésta no es la tendencia en otros países –incluso en América Latina– donde ya se observa un movimiento dirigido hacia una abogacía popular

⁶¹ Esta posición es empíricamente contestada por McCann y Silverstein (1998): la abogacía no tiene necesariamente un papel de desmovilización pero puede, por el contrario, actuar justamente para la movilización de determinados grupos sociales en la defensa de sus derechos.

“posmoderna”. Por ejemplo, en Estados Unidos, de acuerdo con una investigación de Stuart Scheingold hecha en Seattle, los abogados están unidos a organizaciones que mantienen distancia de los movimientos sociales y que miran con prudencia la politización del derecho. Políticamente los abogados buscan unirse a las *grassroots organizations*, percibidas como “*embryonic social movements*” (1998). En otros términos, con el abandono de la creencia de que sea posible cambiar la ley, parece haber una tendencia para transponer la acción desde una perspectiva macro a una perspectiva micro. Más importante que la acción política a gran escala es la construcción de los *role models*: los abogados militantes de izquierda se preocupan menos por las transformaciones derivadas del procedimiento judicial que por las pequeñas victorias que fortalecen a los clientes en términos individuales.

Pasando a otro campo de análisis, no se puede negar que, a pesar de la necesidad de que de manera gradual se revierta el carácter estructuralista de la actividad profesional de esos abogados, de tal modo que desarrollen en el futuro un abordaje más amplio que incluya las solicitudes individuales de sus clientes en los microespacios de la vida social, la existencia de los abogados populares traduce una importante contribución a la redefinición de la profesión –en su mayoría formada por abogados vueltos hacia el éxito profesional y financiero–, al incorporar profesionales que tienen sus actividades marcadas por un ideal transformador. Esto sin duda trae dos consecuencias destacadas.

De una parte, y en términos pragmáticos, la abogacía popular significa la apertura de un nuevo mercado de trabajo, principalmente para los jóvenes egresados en derecho que tienen que enfrentar una profesión cada vez más competitiva en razón del acelerado proceso de creación de facultades de derecho desde los años 70. Es decir, para una entidad de clase tan preocupada con el mercado de trabajo del profesional del derecho, ésta nueva forma de abogacía –con una importancia diminuta antes de la década de los 80 por la propia inexistencia de un movimiento popular organizado– debe ser estimulada, pues abre nuevas perspectivas de inserción profesional.

De otra parte, el desarrollo de un nuevo tipo de abogacía encaminado hacia valores distintos a los que por tradición han caracterizado a la profesión, abre la posibilidad de cuestionarse éticamente el propio ejercicio de la abogacía, sobre todo tomando en cuenta los principios defendidos por el nuevo estatuto de la Orden de los Abogados de Brasil y por el nuevo Código de Ética. La presencia de los abogados populares en el ámbito de la abogacía representa la transformación, por dentro, de uno de los escenarios de definición del profesionalismo. Este proceso está reforzado por el hecho de que los abogados populares, como ya se vio, ejercen otras funciones, lo que ayuda a la circulación y “contaminación” de otros espacios en el panorama del ejercicio profesional.

Este proceso de transformación del concepto de profesionalismo, común en el mundo jurídico brasileño, está reforzado en razón de que, como

Nelson y Trubek indican (1992), cada escenario profesional influye no sólo en su propio campo, que nunca llega a ser un campo homogéneo. Por ejemplo, en el espacio de la actividad profesional (*workplace*), la abogacía popular contribuye a la modificación de tres características fundamentales relativas al modo por medio del cual la profesión construye su autoimagen. En primer lugar, la abogacía popular ataca directamente al mito de la neutralidad del derecho y por ende de los actores jurídicos y del abogado, al demostrar el carácter explícitamente político de la defensa de los derechos. Como consecuencia, la abogacía popular cuestiona una actividad profesional limitada a la esfera judicial, demostrando que, junto con la actividad contenciosa en favor de los clientes, el abogado debe buscar otros espacios de lucha sobre todo en el área legislativa. En tercer lugar, la forma dialogada preferida por los abogados populares en su relación con la clientela pone en peligro la relación formal, distante y jerarquizada que se establece entre el abogado –dueño del saber– y el cliente, sustituyéndola por una relación horizontal donde abogados y clientes están sujetos a saberes diferenciados y complementarios⁶².

En el escenario de la entidad de clase, el impacto de esa actividad ha sido muy expresivo en los últimos años, incluso encontrando espacio de representación en la propia Orden de los Abogados de Brasil ya sea federal⁶³ o en sus sedes provinciales⁶⁴. Este espacio abierto a la abogacía popular, si en principio puede parecer extraño por la presencia cuantitativamente pequeña de los abogados populares en el escenario de la actividad profesional, es explicable en razón del pasado de lucha por los derechos humanos de la Orden de los Abogados y de la influencia que determinados juristas políticamente más comprometidos aún mantienen en la entidad.

Existen dos consecuencias importantes con relación al escenario de la enseñanza jurídica. Primero, demostrando cómo la transformación en un escenario de profesionalismo puede y, en este caso, debe afectar a todos los otros escenarios⁶⁵, la educación de los abogados necesita aprender la lección de la abogacía popular para incorporar el cómo oír y entender las solicitudes de los clientes, sobre todo de los clientes que provienen de los sectores menos privilegiados de la población (White, 1987-88: 544). A pesar de la enorme distancia entre lo que dice la ley y lo que las personas desean de la ley, los estudiantes de derecho no están preparados para el esfuerzo de adecuar su lenguaje y su técnica al nivel de comprensión de los

⁶² Ver Campilongo (1991).

⁶³ Coeditora de la publicación *Coletivo de Juristas Populares*.

⁶⁴ Por ejemplo, a través de la invitación a Miguel Pressburger, director del Instituto Apoio Jurídico Popular, para dirigir el Departamento de Investigación de la Seccional Río de Janeiro en el bienio bajo la presidencia de Cândido de Oliveira Bisneto (1989-90).

⁶⁵ “Each of the arenas produce multiple visions, and these affect the other arenas in indirect and complex ways” (Nelson y Trubek, 1992: 187) (“cada escenario produce visiones múltiples y esto afecta a los otros escenarios de manera indirecta y compleja”).

clientes, de tal manera que se revierta la relación jerarquizada que caracteriza a la abogacía tradicional.

Segundo, cuando se pesan las críticas formuladas respecto de la perspectiva positivista todavía dominante, las facultades de derecho se han mostrado más abiertas a la actividad de los abogados populares, principalmente a través de la disciplina de la sociología jurídica –obligatoria ahora–, que abre espacio para el análisis del derecho alternativo, ya sea del movimiento de los jueces alternativos (uso alternativo del derecho) o del movimiento de los servicios legales alternativos. Aunque sea esencialmente resultado de la iniciativa de determinados profesores, existe una demanda de información por parte de los alumnos con relación a esos dos movimientos; demanda que, si se cumple, puede garantizar una formación menos dogmática del futuro graduado en derecho.

Esta posibilidad es importante en función de la necesidad de una dimensión ética –no restringida a la enseñanza de la ética profesional recientemente agregada al nuevo currículo de los cursos jurídicos– en la facultad de derecho. Al volver a mirar la metáfora de las tres olas identificadas por Mauro Cappelletti y Bryant Garth en el conocido Proyecto de Florencia⁶⁶ (1988), Kim Economides (1999) identifica una cuarta ola que se refiere al acceso de los abogados a la justicia, derivada de la necesidad de que la actividad profesional sea dirigida por una preocupación permanente hacia los derechos humanos y a la erradicación de la injusticia, proceso en el cual las facultades de derecho tienen una gran responsabilidad. Sin los ideales de los estudiantes de las décadas de los 60, 70 y aún 80 comprometidos directamente en la lucha contra un régimen autoritario y en el rescate de un orden jurídico democrático, los estudiantes brasileños de ahora, tal como sucede en otros países y por diferentes coyunturas políticas⁶⁷, comparten un mismo cinismo con relación al derecho, a la justicia y al ejercicio de la profesión. Por eso, una aproximación entre los abogados populares y las facultades de derecho puede traer para el estudiante una nueva dimensión ética a medida que le abra espacio para reflexionar a partir de otros *role models* de abogados sobre la responsabilidad social de la profesión⁶⁸.

⁶⁶ Las tres olas son: asistencia judicial, representación de los intereses difusos e informalidad de la justicia (Cappelletti y Garth, 1988: 31).

⁶⁷ La bibliografía norteamericana e inglesa sobre la erosión del idealismo en las facultades de derecho es bastante extensa. Al respecto ver a Economides, 1997; Erlanger *et al.*, 1996; Abel, 1989. Ver también Junqueira, 1998.

⁶⁸ Para ello, como reivindican los abogados populares y como indica Kim Economides, es fundamental la introducción de nuevas disciplinas en el currículum de los cursos de derecho con especial importancia hacia los derechos humanos. Todavía, esas modificaciones representan un paso importante, pero insuficiente si la dimensión ético-social del derecho fuera confinada a la sociología jurídica y a la filosofía del derecho, sin alcanzar las disciplinas tradicionalmente dogmáticas del curso de derecho. Al final, como observan Nelson y Trubek (1992), más importante que el currículum oficial de las facultades de derecho es el currículum “escondido” que determina cómo las disciplinas son enseñadas y cómo los valores son transmitidos de manera informal en el aula.

Bibliografía

- ABEL, Richard (1985), “Lawyers and the Power to Change”, 7 *Law and Policy* 14.
- ARDILA, Edgar y Jeff CLARK (1992), “Notes on Alternative Legal Practice in Latin America”, *Beyond Law*, Colombia, 2(1): 107-116, marzo.
- ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (1993), *Introdução à sociologia jurídica alternativa*, São Paulo, Acadêmica.
- BUCHANAN, Ruth y Louise TRUBEK (1992), “Resistences and Possibilities: A Critical and Practical Look at Public Interest Lawyering”, 19, *New York University Review of Law and Social Change* 687.
- BURGOS, Germán (1996), “Los servicios legales populares y los extravíos de la pregunta en lo político”, en *El otro derecho*, Bogotá, 7(3): 9-26.
- CAIN, Maurice (1994), “The Symbol Traders”, en Maureen Cain y Christine Harrington, *Lawyers in a Postmodern World*, New York, New York University Press.
- CAMPILONGO, Celso (1991), “Acesso à justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços jurídicos em São Bernardo do Campo”, 315 *Revista Forense* 3.
- CAPPELLETTI, Mauro y Bryant GARTH (1988), *Acesso à justiça*. Porto Alegre, Sergio Fabris.
- CARVALHO, Amilton Bueno de (1997), *O Direito Alternativo em movimento*, São Paulo, Luam.
- ECONOMIDES, Kim (1997), “Cynical Legal Studies”, en Jeremy Cooper y Louise Trubek (eds.), *Educating for Justice: Social Values and Legal Education*, Brookfield, Ashgate.
- _____ (1999), “Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia versus metodologia?”, en Pandolfi, Dulce Chaves *et al.* *Cidadania, Justiça e Violência*, Rio de Janeiro, FGV.
- ELLMANN, Stephan (1998), “Cause Lawyering in the Third World”, en Austin Sarat y Stuart Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford.
- ERLANGER, Howard *et al.* (1996), “Law Student Idealism and Job Choice: Some New Data on an Old Question”, 30 *Law and Society Review*, 851.
- FALCÃO, Joaquim (org.) (1984), *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*, Rio de Janeiro, Forense.
- _____ (1989), “Democratização e serviços legais”, en José Eduardo Faria, *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, São Paulo, Ática.
- _____ (1996), “Acesso à Justiça: diagnóstico e tratamento”, en Associação dos Magistrados Brasileiros, *Justiça: promessa e realidade*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira.
- FARIA, José Eduardo (1991), *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- GABEL, Peter y Paul Harris (1982-83), “Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law”, 11 *New York University Review of Law & Social Change*, 369.

- HARRINGTON, Christine (1994), "Outlining a Theory of Legal Practice", en Maureen Cain y Christine Harrington, *Lawyers in a Postmodern World*, New York, New York University Press.
- JUNQUEIRA, Eliane (1998), "The teaching of Legal Ethics ... in the Tropiques", en Kim Economides (ed.), *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, Oxford, Hart.
- KILWEIN, John (1998), "Still Trying", en Austin Sarat y Stuart Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford.
- LOVISOLO, Hugo (1990), *Educação popular: maioria e conciliação*, Salvador, UFBA.
- McCANN, Michael y Helena SILVERTEIN (1998), "The 'Lure of Litigation' and Other Myths about Movement Lawyers in the United States", Austin Sarat y Stuart Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford.
- MEILI, Stephen (1998), "Cause Lawyers and Social Movements: A Comparative Perspective on Democratic Change in Argentina and Brazil", en Austin Sarat y Stuart Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford.
- MENKEL-MEADOW, Carrie (1998), "The Causes of Cause Lawyering: Toward an Understanding of the Motivation and Commitment of Social Justice Lawyers", en Austin Sarat y Stuart Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford.
- MERRY, Sally Engle y Neal MILNER (1996), *The Possibility of Popular Justice*, Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- MOURA, Alexandrina Sobreira de (1992), *Organizações não-governamentais e acesso ao uso do solo da Região Metropolitana do Recife*, Recife, mimeo.
- NELSON, Robert y David TRUBEK (1992), "Arenas of Professionalization: The Professional Ideologies of Lawyers in Context", en Robert Nelson et al., *Lawyers' Ideals/ Lawyers' Practices*, Ithaca, Cornell University Press.
- OAB (1996), *Perfil do Advogado Brasileiro*, Brasília, Brasília Jurídica.
- OLIVEIRA, Luciano (1995), *Imagens da democracia: os direitos humanos e o pensamento político da esquerda no Brasil*, Recife, Pindorama.
- _____ (1996), "Ilegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos", en OAB, *Ensino Jurídico: diagnósticos, perspectivas e propostas*, Brasília, Conselho Federal da OAB.
- PRESSBURGER, Miguel (1991), "A construção do Estado de Direito e as assessorias jurídicas populares", 15 *Seminários*, 29.
- _____ (1992), "The Transformative Potential of People's Legal Assistance Organizations: A View from Brazil", *Beyond Law*, Colombia 1(3): 35-42, noviembre.
- PUTNAM, Robert (1996), *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, Rio de Janeiro, Getúlio Vargas.
- RODRIGUES, Horário Wanderlei (1993), *Ensino jurídico e direito alternativo*, São Paulo; Acadêmica.

- ROJAS, Fernando (1986), *A Comparison of Change-Oriented Legal Services in Latin American with Legal Services in North America and Europe*, Madison, Institute for Legal Studies.
- _____ (1992), "Les services juridiques alternatifs en Amérique: réflexions à propos des résultats d'une recherche", 22 *Droit et Société*, 409.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos (1993), *Razões da desordem*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Rocco.
- SARAT, Austin y Stuart SCHEINGOLD (eds.) (1998), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York: Oxford.
- SCHERER-WARREN, Ilse (1993), *Redes de Movimentos Sociais*, São Paulo, Loyola.
- SHAMIR, Ronen y Sara Chinski (1998), "Destruction of Houses and Construction of a Cause: Lawyers and Bedouins in the Israeli Courts", en Austin Sarat y Stuart Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford.
- SCHEINGOLD, Stuart (1994), "The Contradictions of Radical Law Practice", en Maureen Cain y Christine Harrington, *Lawyers in a Postmodern World*, New York, New York University Press.
- _____ (1998), "The Struggle to Politicize Legal Practice: Left-Activist Lawyering in Seattle", en Austin Sarat y Stuart Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford.
- THOMPSON, E. P. (1975), *Whigs & Hunters*. New York, Pantheon.
- TRUBEK, Louise y Elizabeth KRANSBERGER (1998), "Critical Lawyers: Social Justice and the Structures of Private Practice", en Austin Sarat y Stuart Scheingold (eds.), *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, New York, Oxford.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1996), "Estrutura e funcionamento do Judiciário na Argentina", en Associação dos Magistrados Brasileiros. *Justiça: promessa e realidade*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira.
- WHITE, Lucie (1987-88), "Mobilization on the Margins of the Lawsuit: Making Space for Clients to Speak", 16 *Review of Law and Social Change*, 535.

Algunos fundamentos teóricos del uso alternativo del derecho desde la judicatura

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL*

Introducción

En este trabajo nos proponemos dar elementos teóricos que permitan un rompimiento epistemológico y, consecuentemente, un distanciamiento ideológico, con la concepción monista del derecho, unívoca, que reduce el fenómeno jurídico a la ley y arrastra un modo de administrar justicia que es, en realidad, administrar la ley con criterios excesivamente formales.

En una primera parte analizamos el derecho como concepto análogo y no unívoco, porque la palabra “derecho” da cuenta de diversas realidades relacionadas y no sólo expresa la ley o conjunto de normas. En la segunda parte exponemos varias ideas, siguiendo a diversos autores, que refuerzan un concepto de la judicatura que, basándose en la ley, no la consideran como fuente única del derecho, y su actuar jurídico no se queda en ser simple repetidora de la ley, sino que es una actividad creativa buscando la equidad en sus juicios. Por último, en la tercera parte tomamos elementos teóricos de uno de los primeros filósofos del derecho en Iberoamérica, Alonso de la Veracruz, que contribuye a que vayamos enriqueciendo nuestro acervo teórico para sustentar mejor nuestras prácticas alternativas del derecho dirigidas a establecer relaciones más justas entre los seres humanos.

El Derecho como concepto análogo

El concepto “derecho” no es unívoco, no significa una sola cosa, no da cuenta solamente de una realidad. Por derecho entendemos la ley, en cuanto conjunto de normas; pero también, las facultades que poseemos como sujetos, como seres humanos, como personas. Por otro lado, derecho también hace referencia a la relación que se da entre el obligado para con

* Abogado, maestro en derecho de la Universidad Iberoamericana. Profesor e investigador del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, México.

otro a darle lo que le corresponde, que es la justicia; y todavía más, la palabra derecho alude a una ciencia, la “ciencia del derecho”. Como se ve, “derecho” hace referencia a cuatro realidades distintas.

Ante la constatación de lo anterior Carlos Nino escribía:

La palabra ‘derecho’ es *ambigua*, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de ‘banco’), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí (Nino, 1987: 14).

Disentimos de lo expresado por el profesor Nino. Es cierto que el vocablo “derecho” no es unívoco, pero tampoco es ambiguo; se trata de un término análogo y precisamente por los significados relacionados estrechamente entre sí. La relación analógica entre los diversos sentidos de la palabra derecho, lejos de ser “la peor especie de ambigüedad” como dice Nino, proporciona un instrumento intelectual muy importante para el conocimiento del fenómeno jurídico en su integridad.

Efraín González Morfín propone (1974) acceder al ser del derecho por medio del conocimiento análogo, es decir, por la analogía. Y esto en virtud de que el derecho es un concepto análogo y no unívoco; de tal manera que la realidad del derecho se abstrae por medio del conocimiento que proporciona la analogía.

De acuerdo con su etimología, el conocimiento análogo se da *analogon* esto, es, según la relación de un ser con otro.

La analogía supone el tránsito del ser más conocido al menos conocido, mediante una combinación de conveniencia y discrepancia entre ellos.

Si no se diera conveniencia entre los seres conocidos por analogía, no se podría pasar del ser más conocido al menos conocido; por otra parte, si no se diera discrepancia, sería inútil la analogía, ya que el tránsito de un ser a otro no añadiría ningún conocimiento nuevo y sería formalmente tautológico (283).

Según Mauricio Beuchot, la analogía es un método de conocimiento que constituye casi una racionalidad.

La analogía es un método, un modo de pensamiento y hasta casi una racionalidad en la que se trata de salvaguardar las diferencias en el margen de cierta unidad. Las diferencias son lo principal, la unidad es solamente proporcional. Es un método porque es un instrumento lógico, ayuda a pensar ordenando las cosas en una jerarquía o gradación, o según la relación de proporción que guardan entre sí. Es relacional y ordenada, busca estructurar las cosas por sus semejanzas y diferencias, y por los grados de éstas, ayuda a distinguir para poder unir sin forzar las cosas. La analogía está vinculada con la distinción, y ésta se logra sobre todo en la discusión; por eso es dialógica también (Beuchot, 1996:61).

Así, el derecho es un término que se predica en forma análoga sobre varias realidades: la norma o derecho objetivo, la facultad o derecho subjetivo, lo justo objetivo y la ciencia del derecho.

El pensamiento moderno, olvidándose de la complejidad de la realidad y en su búsqueda de precisión, redujo lo jurídico, esto es, el Derecho, a la normatividad, a la ley, al llamado derecho objetivo; llevó lo jurídico a la univocidad.

Para nuestro modo de entender la juridicidad, la racionalidad, el modo de pensamiento que constituye la analogía, es muy importante, ya que permite romper con la univocidad del derecho. Mauricio Beuchot escribe que: “por causa de la modernidad se perdió el sentido de la analogía y se buscó únicamente la univocidad: lo claro y distinto; y por causa de la posmodernidad da la impresión de que se va hacia lo equívoco, al menos por rechazo de lo unívoco” (66).

Y eso precisamente sucedió con el concepto del derecho en la Modernidad, reservándolo para la normatividad impuesta por el Estado; es por lo que el derecho moderno se entiende desde una concepción unívoca de la juridicidad, y no acepta teóricamente la posibilidad del pluralismo jurídico; a éste sólo puede aceptársele en una racionalidad analógica, que no es formal sino que parte de la realidad. Por otro lado, la equivocidad de la posmodernidad es producto de su relativismo, que rompe con una idea de la juridicidad que puede ser una y varia.

Al reducirse la esencia del derecho a la ley, el legislador aparece como omnipotente y la figura del juez se achica, quedando como mero exégeta de la ley, buscando la voluntad –lo que quiso decir– del legislador; la administración de justicia deviene en aplicación estricta de la normatividad.

La univocidad del derecho se convierte en “absolutismo jurídico”, según el decir de Paolo Grossi y Víctor Tau (Del Arenal, 1998: 10). Como dice Jaime del Arenal, el jurista “aceptó sin más la supremacía del legislador y el envilecimiento de una ciencia jurídica constreñida a realizar como tarea fundamental buenas exégesis de los códigos y de las leyes, ahora transformadas no sólo en supremas sino en únicas fuentes del Derecho” (10).⁷ se abstrae Se perdió la variedad de las fuentes del derecho; y los llamados principios generales del derecho inspirados por la equidad, la prudencia y el sentido común –por la razón y la justicia– se dejan de lado, olvidados, por el principio absoluto de la voluntad omnipotente del legislador.

Defensa de una función más amplia del poder judicial

El jurista brasileño Luiz Edson Fachin, en un interesante trabajo (Fachin, 1987-1998) expone los puntos fundamentales para el uso del derecho de una manera alternativa. Este autor propone hacer vigente la idea de una nueva función de los jueces, en contra del conservadurismo del poder judicial. Esto es, que aquellos encargados de impartir justicia dicten deci-

siones “contra la ley cuando la ley es injusta”(23), teniendo como base una visión más amplia del derecho, que no se restringe a una sola de sus fuentes (la legislación) o a uno sólo de sus analogados (derecho objetivo).

Éste es un tema muy controvertido, que es urgente poner a debate en nuestro medio latinoamericano tan influido por el positivismo jurídico, especialmente en su versión de la Escuela de la Exégesis.

Salvo el caso de los “jueces gauchos” del sur de Brasil, no tenemos conocimiento alguno de otras magistraturas que se hayan atrevido, en bloque, a apartarse de la ley, por injusta, en sus resoluciones.

Ya hace años que se viene discutiendo este tema en Europa. Las referencias siguientes me parecen muy importantes. Barcellona y Cotturri escriben:

Evidentemente, la contraposición se refleja en la concepción del derecho y expresa sustancialmente dos imágenes diferentes del juez. Por una parte, está el juez intérprete que solamente se plantea la tarea de aplicar la ley, entendida como mero juicio de conformidad al modelo previsto por la norma. Se ve ahí una concepción del juez que no añade nada nuevo a lo expresado en la norma. En la base de esta imagen del juez está la concepción del derecho como sistema cerrado y autosuficiente.

En el extremo opuesto está en cambio la concepción del juez que no se limita a interpretar la norma, sino que añade algo a su contenido; esto es: un juez que no encuentra a punto y ya lista la norma a aplicar, sino que la busca. Más que el intérprete de un derecho ya creado, es el buscador de un derecho que se crea en la procesalidad y en la experiencia. Esta concepción presupone a su vez un sistema normativo no autosuficiente, no creado sino abierto a las integraciones que puedan surgir de las modificaciones de la sociedad (Barcellona y Cotturri, 1972:105).

A la pregunta: “¿qué tipo de lucha se puede llevar a cabo dentro del aparato de justicia del Estado con vistas a una democratización a fondo?”, el jurista español Perfecto Andrés Ibáñez contesta:

Como punto de partida hay que aceptar que el área institucional es un terreno de lucha como otro cualquiera. En este sentido, el aparato de justicia es un campo de batalla en el que se libra, o tiene que librarse, una parte de la lucha global por la transformación democrática de la sociedad. Los jueces deben o pueden proyectarse en dos vertientes. Por una parte, dentro del propio marco profesional, afrontando políticamente los problemas que se les plantean, ejerciendo una crítica clara de la legislación sometiendo a revisión los viejos valores y poniendo de manifiesto toda su carga ideológica, que es la que nutre la práctica judicial convencional... Por otro lado, es absolutamente necesario

salir a la calle con estos temas, incorporarlos a la cultura política del hombre medio, tradicionalmente indefenso frente al hermetismo que ha connotado siempre al mundo judicial. Por su parte Carlos Jiménez manifiesta que al aparato judicial le corresponde la defensa y protección de las garantías individuales, así como velar por el pleno cumplimiento del principio de seguridad jurídica... frente a los abusos crecientes del poder ejecutivo... Su fundamento en la soberanía popular obliga a reformular el concepto clásico de la independencia judicial – vinculando al juez a la sociedad civil– y abrir cauces efectivos a la función judicial e impulsando el jurado y los jueces electivos para hacer una realidad el fundamento del Poder Judicial en la soberanía popular (Valls, 1981: 7-8).

En el medio latinoamericano empiezan a aparecer estas ideas también. Destacan en este rubro los “jueces gauchos”, ya tantas veces mencionados y aquellos que teóricamente los apoyan, y que, en esencia, coinciden con la propuesta de Fachin de apartarse de la ley cuando ésta es injusta.

A continuación transcribiremos un conjunto de ricas reflexiones de Tarso Fernando Genro respecto del uso alternativo del derecho por parte de los jueces:

Es evidente que la previsibilidad del sistema es una necesidad para la garantía de los derechos individuales y colectivos, mas esto no quiere decir estagnación normativa, ni exige al juez sea puesto fuera del proceso de creación del Derecho, en el cual la Judicatura es o puede ser una pieza clave. En verdad, el propio sistema tiene aberturas explícitas para amparar los juicios contra la ley en el caso concreto... (Genro, 1991: 21-22)

El derecho alternativo no es, pues, el no-derecho, mucho menos un derecho inventado o simplemente intuido en la tradición del buen Juez Magnaud. Es siempre la mejor posibilidad de un sistema jurídico, dada por los conflictos sociales e individuales que lo generan, por su historia y por la cultura de la sociedad en que emerge. No es el arbitrio del individuo-Juez, ni su simple voluntad política ante la crisis de un sistema; sino es un acto de construcción y de desarrollo de valores que ya están puestos por la historia de afirmación de la libertad humana, de derecho a la vida, de la lucha por la repartición del producto social, por la reducción de la desigualdad y por la defensa del futuro del hombre preservándole el ambiente y la naturaleza (26).

A continuación comento unos artículos de los juristas chilenos Jorge Correa Sutil y Lautaro Ríos.

Correa Sutil dice que aquellos que reducen la función de los tribunales a la aplicación simple y llana de la ley, ponen un velo “tras el cual se

oculta la verdad de que toda decisión judicial es interpretativa y creativa” (1987: 371). No está de acuerdo con aquellos que postulan –como dice Edson Fachin– que los jueces “fallen conforme a los principios éticos y no a las normas vigentes”, pues en su opinión “se corre el riesgo de que en una futura democracia los jueces hagan otro tanto despreciando la ley en nombre de principios que les parezcan prioritarios”. Sin embargo, acota:

Decir que los jueces, en sus fallos, se encuentran *limitados* por la ley formalmente vigente no implica, sin embargo, decir que los fallos se encuentran *determinados* por la ley vigente. La doctrina contemporánea... es prácticamente unánime en reconocer que las sentencias son actos libres, aunque condicionados, dentro de ciertos marcos o límites fijados por el derecho preexistente (que según muchos es más que la ley).

Lautaro Ríos nos recuerda que, desde hace dos siglos, la aspiración popular de la justicia se encuentra sumergida “bajo la doble marca del dogmatismo legal... y del positivismo jurídico que pretendió condensar todo el Derecho en el rígido molde de la ley”, cayendo en una concepción mítica de la propia ley, que se considera como un conjunto de normas de expresión de la voluntad popular.

Se trata de la Escuela de la Exégesis, expresión del positivismo jurídico voluntarista, que tanto ha influido en la legislación, la doctrina, la enseñanza y la ideología jurídica de nuestra América Latina. Dos rasgos que caracterizan a esta corriente, según Bonnacase, son:

I. El culto al texto de la ley... para ella el Derecho positivo debe ser la preocupación dominante, es decir, exclusiva, del juriconsulto, y el Derecho positivo se identifica por completo con la ley...; II. El predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley” (1944: 140-143).

El papel del juzgador se reduce a ser, como se dice, “la boca de la ley”.

De tal modo, Lautaro Ríos se pronuncia por la vigencia de una concepción amplia del derecho que implique no sólo a la ley, sino que incluya el resto de sus fuentes, a saber: la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, los pactos internacionales y la doctrina. “Por eso conviene poner énfasis en que, siendo la misión sustantiva e inexcusable del Poder Judicial la de hacer justicia –esto es, la de atribuir a cada quien, la facultad, el deber o la sanción que conforme al Derecho le corresponda–, la técnica para lograr tan alto propósito consiste en aplicar éste en la rica variedad de sus fuentes, en lugar de limitarlo a una sola de sus exposiciones” (24).

El sustento teórico-jurídico de Alonso de la Veracruz

Alonso de la Veracruz (1507-1584) es uno de los autores más importantes de nuestra tradición teórica hispanoamericana de los derechos humanos. Los criterios filosófico-jurídicos del agustino impulsan y enriquecen esta concepción de los derechos humanos, la cual, a partir del reconocimiento de la dignidad humana, defiende los derechos de todos; y partiendo también de reconocer la opresión histórica de los pobres –en concreto de los empobrecidos indios–, rescata, ante todo, sus derechos en cuanto oprimidos. Se trata de una visión de los derechos desde el pobre.

Aquí pretendemos resaltar solamente algunos criterios sustentados por Veracruz con relación a la esencia del derecho, y cuyos razonamientos se ligan en concreto con impartir de justicia. Estas reflexiones del ilustre profesor de la Universidad de México están plasmadas en la Cuestión X de su relección o tratado *De decimis* (De la Veracruz, 1994).

El desarrollo de la Cuestión X o décima duda del tratado *Sobre los diezmos* de fray Alonso de la Veracruz, constituye un capítulo jurídico que propone reflexiones jusfilosóficas de enorme importancia, pues toca cuestiones relacionadas con la esencia del Derecho.

Son dos las argumentaciones que nos interesa resaltar. Una es sobre la cuestión de la forma frente al contenido del derecho, la formalidad ante la materia, discutiéndose, en el fondo, en dónde radica la prioridad del derecho, en una o en otra. La segunda de algún modo deriva de la primera, va directamente al terreno judicial, y trata acerca de si los jueces deben dictar sentencia basados sólo en lo “alegado y probado” en el juicio (forma); esto independientemente de que los propios jueces, fuera de lo “alegado y probado”, conozcan otras cuestiones que contradicen eso que se alegó y probó, y que tomando en cuenta ese conocimiento su sentencia sería contraria precisamente a lo que apoya eso que aparece como “alegado y probado” (materia, contenido, realidad).

Esta temática surge de la pregunta clave que se propone como Cuestión X.

“Se pregunta en décimo lugar, si cesando la razón de la ley, cesa también su obligación.

Cuestión décima. Antes de seguir adelante es conveniente investigar si cesando la razón y causa de la ley, cesa también la obligación” (p. 117).

Enseguida Veracruz propone los argumentos que contradicen lo que él sostendrá más adelante –que cesando la razón de la ley cesa su obligación–, argumentos que dan prioridad a la forma sobre la materia, proponiéndose como ejemplos la solemnidad de los testamentos sobre la voluntad del testador y las formalidades procedimentales como base de las sentencias de los jueces, sobre la verdad real conocida por esos propios jueces.

Dejemos esto así, por ahora, como el jusfilósofo lo deja en *De decimis*, y sigamos su texto. Después volveremos, como lo hace Veracruz, a hacernos cargo de estas argumentaciones.

Enseguida el autor hace algunas advertencias, hace notar otras cosas y distingue lo que es menester distinguir, antes de pasar a las conclusiones.

Demos a conocer las notas previas de Veracruz antes de sus conclusiones.

Para la solución de la cuestión hay que advertir, en primer lugar, que la causa o razón de la ley puede cesar de dos maneras: una, en el caso particular de una persona, y otra respecto a todos los casos. Por ejemplo, si hubiese una ley por la cual ninguno pueda llevar armas en la noche y quien las lleve las pierde, y la causa de la ley es por los pleitos y homicidios a que ello da lugar, pero hay un hombre pacífico en la república, del cual nada se teme, el cual lleva un arma. Para él cesa la razón de la ley pero no para los demás. Y cuando la razón de la ley cesara para todos, en el supuesto de que estuviese en vigor, si para nadie existiese peligro, entonces cesaría la ley.

Hay que notar, en segundo lugar, que la causa de la ley cesa en particular de dos modos o en cuanto a la intención principal de la ley y no a lo accesorio, o en cuanto a lo principal junto con lo accesorio, como si la ley sobre el pago de diezmos fuese impuesta para la sustentación de los ministros y como reconocimiento de la potencia divina y del dominio universal; en este caso puede cesar la causa o razón de la ley, en cuanto a una cosa y permanecer en cuanto a otra.

Hay que notar en tercer lugar, que cesando la causa, cesa la obligación de la ley; puede ser con escándalo de otros que ven que no se guarda la ley, o sin escándalo. Por ejemplo si se ha dado una ley de ayuno para la mortificación de la carne, alguien tiene la carne sujeta al espíritu y cena en secreto, sin que esto de hecho produzca escándalo en nadie, o por el contrario puede cenar con escándalo de otros.

Lo cuarto y último que se debe notar es que la ley de los diezmos nació por diversa razón de la ley, diversa o por lo menos una y otra fueron por la misma razón de la ley, por cuanto pertenece a la ley natural, es para el sustento de los ministros espirituales sin cuota determinada (118-119).

Veracruz, enseguida, establece nueve conclusiones. Las cuatro primeras responden a la cuestión planteada de manera general y abstracta, esto es, contestan a la duda de “si cesando la razón de la ley, cesa también su obligación”. Las cinco conclusiones restantes son aplicación, concretización, a la materia de los diezmos, de las respuestas contenidas

en las cuatro primeras conclusiones. Las primeras cuatro conclusiones tienen una enorme proyección, pues el criterio adoptado permite aplicaciones diversas a las cuestiones relativas a la juridicidad en general; de hecho, las cinco conclusiones que versan directamente sobre la materia de los diezmos constituyen derivaciones, proyecciones, de las cuatro primeras conclusiones.

Vamos a transcribir sólo las primeras, que se complementarán con las argumentaciones finales de Veracruz.

Primera conclusión. Cesando la razón y causa de la ley humana y universal, cesa también la obligación de la misma ley universalmente. Se prueba, primero: para que una ley sea obligatoria se requiere que sea justa, útil y dada para el bien. Como cesando la causa de la ley universalmente, ya no es útil ni para el bien común. Luego esa misma ley ya no tiene fuerza obligatoria... (119-120)

Veracruz sostiene que la razón y el fin de la ley “no sólo son el alma de la ley, sino la ley misma” (119-120).

Segunda conclusión. Cuando la razón de la ley cesa en particular, cesa también en particular la obligación de la ley, siempre que se evite el escándalo. Se prueba: si cesa la ley en particular en razón de esto, se da también universalmente con relación a todos. Como cuando la razón de la ley cesa universalmente, también cesa universalmente la obligación. Luego, también si es en particular, cesará en particular.

Tercera conclusión. Cuando la ley se da por algo principal y otra cosa más accesorio, si cesa en cuanto a lo principal, lo menos accesorio se puede suplir de otra manera, cesa igualmente la obligación de la ley. Así por ejemplo si la ley sobre los peajes fue dada principalmente para la construcción de los puentes y la conservación de los caminos, y secundariamente para contribuir en algo a la sustentación de los reyes que exigen tales peajes, si se puede suplir lo segundo de otra manera, es decir, que con otros tributos se dé lo que es suficiente para el sustento, cesa la obligación de la ley.

Cuarta conclusión. Si hubiese alguna ley dada por algo accesorio y menos importante, y por algo principal e importantísimo, por el hecho de que cese la razón relacionada con lo menos importante, no cesa la obligación de la ley (121-122).

Planteadas las respuestas al revés, “donde permanece la razón y el fin de la ley, debe permanecer la obligación de la misma” (122).

Éstas son, entonces, las conclusiones generales y en abstracto a la cuestión planteada; para Veracruz “cesando la razón de la ley, cesa también su obligación”, pues esa razón que constituye el fin de la ley, es la ley misma.

Hasta aquí las conclusiones de Veracruz. Pasa luego a ocuparse de los argumentos que en ciertos casos podrían contradecir lo que ha establecido en las conclusiones en el sentido de que cesando la razón de la ley, cesa la obligación de la misma.

Se ocupa primero del argumento que sostiene que si no se dan las formalidades del testamento éste es inválido, sin importar que se contradiga la voluntad del testador, y pese a que se reconozca que las formas son para la seguridad de los actos jurídicos, tratándose de evitar con ellos fraudes o engaños.

Veamos qué dice el jurista novohispano:

Por estas cosas y otras muchas los autores citados y otros varones graves, en otro tiempo maestros nuestros, sostuvieron esta opinión: tal testamento, por derecho humano, no da derecho a recibir la herencia, y en el foro de la conciencia, a suceder a aquel que murió intestado. Los que siguen la opinión de que como quiera que sea el argumento prueba, dice que en tal caso, aunque cese la razón de la ley, a saber, que no intervenga fraude o engaño, no por eso cesa la obligación de la misma.

Sin embargo, nosotros sostenemos la sentencia contraria, la cual defendimos hace tiempo en Salamanca en público y frente a un grupo de doctísimos varones, a saber, en el caso concreto del argumento, cesando la razón de la ley, también cesa la obligación y queda dentro de la ley natural y cómo por derecho natural puede uno donar sus bienes y transferir el dominio a otro, así como también puede instituir heredero, aunque no se observen las solemnidades del derecho humano (127).

La solución de Veracruz reafirma que la esencia de lo jurídico está en su contenido, en su materia, y no en la forma. La forma prescrita por la ley tiene una razón de ser, que implica protección de la materia jurídica misma; si cesa esa razón de ser que tiene la forma, ésta no tiene por qué obligar, si se deja a salvo el contenido del derecho. Y es que la justicia no se da en las formas, sino en la materia, pues la constituye la cosa o conducta debida a otro que es, en contrapartida, su derecho.

El otro asunto que parte de los argumentos es “cuestión grave”, dice el propio Veracruz. Tiene que ver con la administración de justicia, con las sentencias de los jueces. La controversia es fuerte, y versa sobre si es lícito a los jueces, haciendo a un lado lo alegado y probado en el procedimiento, juzgar (decidir) basándose en la verdad que conocen.

Después de citar a varios autores, entre ellos a su maestro Domingo de Soto y a la máxima autoridad, Santo Tomás de Aquino, nuestro jurista novohispano dice:

Todos estos autores y otros más afirman que el argumento es probatorio, es decir, que el juez está obligado a juzgar según lo

alegado y probado, aunque le conste de la inocencia del reo, si por falsos testigos se ha probado que es culpable, debe obrar contra su conciencia por guardar la ley, pues no cesa la obligación de la ley (130).”

Santo Tomás de Aquino había respondido así a la cuestión: RESPONDO: debe decirse que, como se ha visto (a. I, y C. 6o, a. 2 y 6) el juzgar pertenece al juez, en cuanto que ejerce pública autoridad, y por esto debe informarse al juzgar no según lo que él conoce como persona particular, sino según lo que se le hace conocer como persona pública. Mas esto le es conocido en general y en particular. En general, por las leyes públicas ya divinas ya humanas, contra las cuales no debe admitir prueba alguna. Y en un negocio particular por instrumentos y testigos y otros legítimos documentos de esta índole, que debe seguir al juzgar, más bien que lo que sabe como persona privada. De lo cual, sin embargo, puede ayudarse para discutir con más cuidado las pruebas aducidas, a fin de poder investigar el defecto de ellas. Y si no las puede rechazar en derecho, debe según lo dicho seguir al juzgar (Tomás de Aquino, 1987: 234).

Pese a toda la autoridad del Aquinate y de su maestro el segoviano de Soto, Alonso de la Veracruz sostiene lo contrario:

Sin embargo, nosotros negamos que en este caso el juez deba juzgar de acuerdo con lo alegado y probado, eliminando siempre el escándalo, más bien creemos que en este caso cesa la obligación de la ley. Y se prueba porque, dado que la prueba de los testigos se aduce para encontrar la verdad, si consta ya la verdad, no obliga la ley de juzgar, contra la justicia. Puesto que los juicios son instituidos en favor de la caridad y la justicia, no deben funcionar contra la caridad y la justicia. En este caso, ni el juez, si puede hacerlo sin escándalo, debería admitir la prueba de los testigos, cuando a él le conste con certeza la inocencia del reo, ni es necesario que se exhiban otras pruebas, sino que, de acuerdo con lo que le consta, debe absolver al reo en conciencia (130).

Este párrafo de la obra de Alonso de la Veracruz es muy importante; primero, en cuanto a la concepción del derecho en general de parte del agustino; y segundo, porque abre enormes posibilidades para los jueces que de verdad quieren hacer justicia, cuando la ley de algún modo la está negando.

En cuanto a su concepción del derecho, Veracruz va más allá de los criterios jurídicos de su formación salmantina de corte tomista –nótese que su argumento contradice a su maestro de Soto y al propio Santo Tomás–; Veracruz está recuperando la viejísima idea bíblica y más concretamente profética del derecho como *mispat*, en cuanto que lo entiende como

hacerse cargo del desvalido, del desprotegido, pues está introduciendo en la administración de justicia la noción de *caridad* además de la justicia: "Puesto que los juicios son instituidos en favor de la caridad y de la justicia, no deben funcionar contra la caridad y la justicia", dice textualmente.

Como Porfirio Miranda nos recuerda: "cuando en la historia humana se ideó la función de un juez... fue exclusivamente para ayudar a quienes por ser débiles no pueden defenderse; los otros no lo necesitan (Miranda, 1971:111). En el sentido de la caridad y la justicia en los juicios, es el más profundo sentido del derecho en la tradición de los profetas de Israel (Sicre, 1984; De la Torre, 1992).

El segundo aspecto por el que nos parece muy importante el criterio de Veracruz es porque no considera que el juez sea un simple repetidor de la ley, sea ésta justa o injusta, adecuada o inadecuada. Para Veracruz el derecho es la ley, pero es también más que la ley; si cesa la razón de la ley cesa también la obligatoriedad de ésta. Pero el cese de tal obligatoriedad no quiere decir que el derecho desaparece, que no hay más juridicidad, sino que el derecho viene a integrarse con otros criterios que parten de principios de equidad y de justicia, los principios generales del derecho; eso significa que el juez no dejará de juzgar, pero juzgará con base en esos criterios que hemos enunciado que deben fundarse, según Veracruz, en la caridad y la justicia.

Como hemos visto, en sociedades tan legalistas como las modernas, en las cuales el Estado legislador ha monopolizado la producción de lo jurídico como *la ley*, con las características de general, abstracta e impersonal, es muy difícil pensar en jueces que apliquen el criterio sustentado por el jurista novohispano, por esa reducción de lo jurídico a la ley. Sin embargo, como también hemos visto, existe un movimiento de jueces que sí intentan una aplicación más justa de la ley, dándole interpretaciones que contradicen su sentido original injusto, cuando se necesita; otra vez nos referimos a los llamados jueces gauchos del sur de Brasil, que buscan hacer un uso alternativo del derecho (Bueno de Carvalho, 1992, 1994; Herrera y Sánchez, 1993).

Uno de los principales promotores y exponentes de ese grupo de jueces, Amilton Bueno de Carvalho, ha expuesto como preocupación el encontrar una teoría que justifique su práctica (Bueno de Carvalho, 1994). Ciertamente, Alonso de la Veracruz no está proporcionando a los jueces una teoría completa y acabada que sustente el uso alternativo del derecho desde la judicatura, pero sí está dando criterios preciosos que pueden ayudar a esos jueces a ir adquiriendo una formación teórica fuerte que sustente sus decisiones.

Criterios tales como el principio de "cesando la razón y causa de la ley humana universal, cesa también la obligación de la misma ley universalmente", esto en cuanto que "para que una ley sea obligatoria se requiere que sea justa, útil y dada para el bien"; o las formalidades del derecho son

para la seguridad, para evitar fraude y engaño, pero salvada esta razón, lo que debe prevalecer es la materia, la sustancia de lo jurídico, sobre la forma; "los juicios son instituidos en favor de la caridad y la justicia", no deben funcionar contra la caridad y la justicia; lo alegado y probado (forma) no debe prevalecer sobre la verdad (lo que es real), en el momento de emitir sentencia, etc.

Estos criterios de Alonso de la Veracruz concuerdan con lo que tan bien ha escrito Amilton Bueno sobre lo que es y no es el derecho alternativo. Para muestra:

Algunos dicen que el derecho alternativo se caracteriza por negar la ley. Y esto no corresponde a la realidad. La ley escrita es conquista de la humanidad y no se ve posibilidad de vida en sociedades sin normas (sean escritas o no). La alternatividad lucha para que surjan leyes efectivamente justas, comprometidas con los intereses de la mayoría de la población, o sea, realmente democráticas. Y busca instrumental interpretativo que siga la misma dirección. Lo que la alternatividad no reconoce es la identificación del derecho tan sólo con la ley, ni que sólo el Estado produzca derecho, lo que es diverso a negar a la ley (Bueno de Carvalho, 1993:10).

Para terminar

Ese no negar la ley, sino buscar en la misma a la justicia; ese no negar el derecho en su integridad como principio básico de convivencia y querer la justicia, es lo que nos proponemos se tenga en cuenta al razonar el derecho.

Victoriano Salado Álvarez, abogado e historiador mexicano del siglo pasado y principios de éste, escribía que abundaban los abogados "repletos de Código y ayunos de razón" (Salado, 1980: 48). Al reducirse el derecho a la ley no hay duda de que la afirmación es cierta, porque lo que importa sólo, en el ejercicio del derecho, es aplicar la ley; y lo grave es que esa ley frecuentemente es injusta y no se corrige por una aplicación que implique razón de equidad.

Bibliografía

- BARCELONA, Pietro y Giuseppe COTTURRI (1972), *El Estado y los juristas*, Barcelona, Fontanella.
- BEUCHOT, Mauricio (1996), "Sobre la analogía y la filosofía actual", en *Analogía filosófica*, México, enero-junio de 1996.
- BONNECASE, J. (1994), *La escuela de la exégesis en derecho civil*. Lautaro, Puebla, Cajica.
- BUENO DE CARVALHO, Amilton (1994), "Actuación de los jueces alternativos gauchos en el proceso de postransición democrática (o una nueva praxis en bus-

- ca de una teoría)", en *Portavoz*, N° 40, Boletín del Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, julio-octubre.
- (1993), *Direito Alternativo na Jurisprudência*, São Paulo, Acadêmica. (El subrayado es nuestro.)
- (1992), *Magistratura e Direito Alternativo*, São Paulo, Acadêmica.
- (1994), "Sobre la jurisdicción criminal en Brasil, hoy. Carta abierta de un juez brasileño a un juez español", en *Jueces para la democracia*, N° 23.
- CORREA SUTIL, Jorge (1987), "Críticas a la labor judicial", en *Mensaje*, N° 362, Santiago de Chile, septiembre.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (1992), *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, México, Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa.
- , *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, Aguascalientes, Instituto Cultural de Aguascalientes (en prensa).
- DE LA VERACRUZ, Alonso (1994), *Sobre los Diezmos*, texto íntegro en castellano de *De decimis*. Trad. Rubén Pérez Azuela, O.S.A. Ed. Organización de Agustinos de Latinoamérica (OALA). México.
- DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime (1998), "Instituciones judiciales de la Nueva España", en *Revista de investigaciones jurídicas*, N° 22, México, Escuela Libre de Derecho.
- FACHIN, Luiz Edson (1987-1998), "Da Representação Constitucional: Pequeno Remédio contra abusos e Injustiças", *Direito Insurgente. Anais de Fundação*, Instituto Apoio Jurídico Popular, Río de Janeiro.
- GENRO, Tarso Fernando (1991), "Os juízes contra a lei", en *Lições de Direito Alternativo*, 1, São Paulo, Acadêmica.
- GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, (1974), "Analogía, ser del derecho y ser de la sociedad", en *Jurídica* 6, Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1974.
- HERRERA FLORES, Joaquín y David SÁNCHEZ RUBIO (1993), "Aproximación al derecho alternativo en Iberoamérica", en *Jueces para la democracia*, N° 20, Madrid.
- MONCAYO, Héctor (1991), "El derecho alternativo en primera plana", en *Portavoz*, N° 27, Boletín de los Programas de los Servicios Legales en Latinoamérica y el Caribe, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, febrero.
- MIRANDA, Porfirio (1971), *Marx y la Biblia. Crítica a la filosofía de la opresión*, México.
- NINO, Carlos Santiago (1987), *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel.
- RÍOS A., Lautaro (1998), "Ley, derecho y justicia", en *Mensaje*, N° 366, Santiago de Chile, enero-febrero.
- SALADO ÁLVAREZ, Victoriano (1980), *Cuentos y narraciones*, México, Ed. Porrúa; Santo Tomás de Aquino (1987), *Suma Teológica*, T. XI, *La prudencia, la justicia y el derecho*. Versión del texto latino de Ismael Quiles, Buenos Aires, Club de Lectores.

- SICRE, José L., (1984), *Con los pobres de la Tierra. La justicia social en los profetas de Israel*, Madrid, Ed. Cristiandad.
- VALLS, Quico (1981), "Justicia democrática: el uso crítico de la Constitución" (conversación con Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Jiménez Villarejo, José María Mena, Claudio Movilla y Doménico Pulitano), en *El viejo topo*, N° 55, Barcelona, abril.
- (1992), *Lições de Direito Alternativo* 1 y 2, São Paulo, Acadêmica.

La ley: ¿para qué o para quién?*

AMÍLTON BUENO DE CARVALHO**

Introducción

El presente texto fue motivado por el entrañable amigo James Tubenclak y es un homenaje a él por su contribución en el avance de la visión crítica del derecho brasileño, que marca este tiempo en el que se busca superar la mirada y la actuación conservadoras –a veces reaccionarias– que alcanza el sentido común de los operadores jurídicos.

La preocupación central de James, al menos la que me manifestó a mí, está en que sobre todo en el campo penal, la legalidad ha sido negada sistemáticamente en perjuicio de los acusados. Aun entre los positivistas declarados hay una cierta hipocresía –consciente o no– al violar la base teórica que sustentan. F. Lyra, ya lo decía: “la dominación es hipócrita”¹.

Al aceptar el desafío, procuro en este trabajo discutir: a) la crisis de la legalidad y su posible superación, (b) la importancia de la ley y c) cuándo se necesita de la legalidad y especialmente en el campo penal.

Reitero lo que he dicho en la casi totalidad de mis textos: no tengo formación teórica agudizada, mi eventual saber emerge de la actividad de magistrado por más de dos décadas. Luego, y no podría dejar de ser diferente, estoy marcado por este espacio de lenguaje.

Crisis de la legalidad y su posible superación: los principios

Queda cada vez más claro entre los pensadores del derecho que el principio de la legalidad está en una profunda crisis: la ley no logra dar

* Este artículo fue escrito a partir de una ponencia presentada por el autor en el Seminario “Ejercicio democrático de la justicia y el derecho”, organizado por la Corporación Región e ILSA, Medellín, noviembre de 2000.

** Magistrado del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul (Brasil).

¹ F. Lyra, *Qué es el derecho*, 4ª ed., Ed. Brasiliense, 1984, p. 118.

respuestas firmes a las situaciones que ella busca prever sea por la inflación legislativa, por su mal uso y creación, por la imposibilidad lógica de alcanzar la realidad que se altera brusca e incontrolablemente o también por la falta de confianza en el legislador.

Germana de Oliveira Moraes² dice que: “Como fruto de la constante y renovada relación dialéctica entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, *el derecho por reglas* del Estado de Derecho cedió el lugar, en la constitucionalidad contemporánea, al *derecho por principios*”

Y a continuación subraya Paulo Bonavides³:

...con el declive de la primera concepción del Estado de Derecho, vinculado doctrinariamente al principio de la legalidad y superado ya por el principio de la constitucionalidad, bajo la égida del segundo Estado de Derecho, en él hubo el traslado del centro de gravedad del orden jurídico hacia el respeto a los derechos fundamentales.

El propio Bonavides⁴ va un poco más lejos al entender que el “principio de la legalidad, con el apogeo del derecho positivo de la Constitución de Weimar”, está en “declive o rebasado del todo”.

A su turno, Elimar Szaniawski⁵ sigue en la misma línea:

En realidad ocurre que el legislador moderno no actúa ya más dentro de un espacio de absoluta libertad, tal cual procedía en el tiempo en que predominaba el *principio de la legalidad*. Bajo la égida del *principio de la constitucionalidad* encontramos mecanismos que tienen como fin limitar la libertad del legislador, conquista del actual Estado de Derecho.

Por su parte, René David⁶ apunta que la “insuficiencia del orden legislativo”, “dejó bien nitido que el derecho francés no se confundía con la ley”, y Willis San Thiago Guerra Filho⁷ entiende que se está frente a “una fase ‘positivista’ con la superación dialéctica de la antítesis entre positivismo y jurisnaturalismo”.

Desde luego, más allá de vislumbrar la crisis de la legalidad en caída con la pérdida del carácter absoluto de la ley, se ve ya que en las citas anteriores se apunta hacia la forma de superar la insuficiente legalidad con la

Germana de Oliveira Moraes, *Control Jurisdiccional de la administración pública*, Ed. Dialéctica, 1999, p. 19.

Paulo Bonavides, “El principio constitucional de la proporcionalidad y la protección de los derechos Fundamentales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la UFMG*, Vol. 34, 1994, p. 77. *Ibíd.*, p. 281.

Elimar Szaniawski, “Consideraciones sobre el principio de la proporcionalidad”, en *Revista de Maestrías en Derecho Económico de la UFBA*, 1999, p. 512.

René David, *Los grandes sistemas del derecho contemporáneo*, p. 137.

San Thiago Willis Guerra Filho, “Principios de la isonomía y de la proporcionalidad como garantías fundamentales”, en *Ciencia jurídica*, Vol. 68, 1996, p. 297.

previsión de los casos o con la búsqueda de una mayor justicia en los resultados de la aplicación: los principios generales del derecho.

En otro punto ya me definí:

Del mismo modo como la legalidad fría, muchas, pero muchas veces, es obstáculo para las decisiones democráticas, se busca tener el derecho en la construcción, abandonándose a la visión de tener como algo dado. O sea, se osa crear en lugar de buscar apenas revelar el derecho emergente del Estado.

Entonces, el límite pasó a ser otro, sobrepasando la legalidad estrecha para alcanzar los principios generales del derecho del mundo civilizado (aquí se incluyen los derechos humanos).

Y estos principios son tenidos como históricos, construidos por la sociedad civil en su camino hacia la búsqueda de la utópica vida en abundancia para todos. Estos principios sirven de norte interpretativo de todo el fenómeno jurídico y dan contenido racional al acto decisivo⁸.

Pero, ¿qué son los principios?

Me parece que la definición de Dworkin alcanza bien al fenómeno; según este autor, los principios son: “una norma que es menester observar, no porque torne posible o asegure una situación económica, política o social juzgada conveniente, pero por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión moral”⁹.

Pero hay todavía varias miradas en busca de conceptualizar los principios:

Jesús Leguina Villa¹⁰ entiende que ellos “expresan y articulan los valores centrales, las representaciones jurídicas generales y las opciones básicas de cada sistema jurídico”. Y Germana cita también a Bonavides cuando dice que son “la expresión más elevada de la normativa que fundamenta la organización del poder y son comprendidos, equiparados y hasta confundidos con los valores”¹¹.

Por su parte, Elimar Szaniawski en el texto señalado más arriba¹², después de citar a Bandeira de Mello –quien lo tiene como “mandamiento nuclear de un sistema, verdadero cimiento de él”–, señala que distintos autores lo designaron como “las ordenaciones que irradian e imantan los sistemas de normas”.

⁸ Amílton Bueno de Carvalho, *Derecho alternativo en movimiento*, 4ª ed., Ed. Luam, p. 78.

⁹ Francisco Balón Aguirre, “Sistema jurídico aguaruna y positivismo”, en *¿Cuál derecho?*, Ed. Jajup, pp. 19, 20.

¹⁰ Germana de Oliveira Moraes, *op. cit.*, p. 19.

¹¹ *Ibíd.*, p. 20.

¹² Elimar Szaniawski, *op. cit.*, p. 506/507.

A su vez, San Thiago Dantas¹³ entiende que son “como una síntesis de las normas dentro de ciertos límites históricos”.

Así también Eros Roberto Grau¹⁴, creativo como siempre, cree que se constituyen en *derecho presupuesto*: la base del derecho puesto.

Así se ve que los principios son los valores centrales del espacio jurídico, como “construcción histórica” del hombre en busca de una dignidad cada vez más humana. Luego, aunque sean principios absolutos en determinado momento, no son “eternos” ni “dados”.

Los principios son pues el telón de fondo para orientar la creación de las normas y la propia exégesis. De ellos, como dice Szaniawski, son irradiadas e imantadas las normas: de donde parten y a donde deben llegar; una especie de efecto “bumerang”.

Así, los principios son el momento más importante y diría que hasta sublime, de todo el ordenamiento porque es “imperativo de justicia”, o sea, fin de todo el derecho positivo o no.

¿Y sus características?

Willis lo explica así:

- a) Los principios se distinguen de las reglas porque prescriben un valor, mientras que éstas describen “una hipótesis fáctica y la previsión de la consecuencia jurídica”.
- b) Los principios presentan, al contrario de las reglas, mayor abstracción; no se reportan “a ninguna especie de situación fáctica” (el orden jurídico es concebido por normas con menor o mayor abstracción, desde la más concreta --sentencia-- hasta cuando se llega a los principios).
- c) Aunque las reglas puedan entrar en ruta de colisión al punto de chocarse con los principios, todo es diferente: “no entran en choque, son compatibles unos con los otros”, se acomodan.

Según mi entender, cuando se da un choque entre la norma y el principio, prima éste porque es el informador de aquélla (además, en este momento estamos autorizados a negar no sólo la validez sino hasta la vigencia, según el sesgo ferrajoliano (por Ferrajoli, citado más adelante por el autor¹⁵) de las leyes.

Hart¹⁶, en el “Postscriptum” del debate con Dworkin, tiene un entendimiento casi idéntico:

¹³ Leoni Lopes de Oliveira, “*El principio de la proporcionalidad en el derecho material*”, Doutrina, 2000, Instituto del Derecho, citando a Dantas, p. 369.

¹⁴ Roberto Eros Grau, *Licitación sin objeto*, revista trimestral de derecho público, Vol. 10, p. 95.

¹⁵ Nota de Traducción. Ver cita al pie de página N°. 38.

¹⁶ César Rodríguez, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997, p. 119.

El primero es una cuestión de grado: los principios, con relación a las reglas, son generales o no son específicos en el sentido en que a menudo lo que se consideraría como un número determinado de reglas, puede ser mostrado como ejemplificación o instancia de un principio único. El segundo rasgo sería que los principios, en cuanto se refieren más o menos explícitamente a algún propósito, meta, facultad o valor, son considerados desde cierto punto de vista, como algo que resulta deseable preservar o ser objeto de adhesión y que, por ende, no sólo suministran una explicación o racionalidad de las reglas que los ejemplifican sino que al menos contribuyen a su justificación.

El propio Rodríguez¹⁷, que acompaña a Dworkin, dice que las reglas al contrario de los principios “operan dentro de un esquema de todo o nada”. Por eso, prosigue, las “reglas son conclusivas y los principios son no conclusivos”.

¿De dónde vienen?

La mayoría de los doctrinarios entiende que los principios tienen como “ambiente natural el texto constitucional”¹⁸. Es decir, la Constitución como síntesis del ordenamiento jurídico cargaría implícita o explícitamente los principios (el telón de fondo, la reserva ético-valorada, el centro que irradia e imanta) y que orientan al sistema.

Así es necesario la positivación, al menos implícita, de los principios.

Sigo una línea distinta. Los principios, como reserva ética, repito, y para su aplicación/existencia, no necesitan estar afirmados en la Constitución o en otra disposición legal. Están por encima y más allá de cualquier afirmación.

Los principios, desde mi punto de vista, son y lo son como conquistadas de la civilización, inclusive una orientación y límite al propio poder constituyente: es un núcleo duro de la ciudadanía que sólo puede relegarse, y repito, históricamente considerado, como actuación de la propia humanidad al destruir principios antiguos y construir nuevos: el principio de la presunción de inocencia no necesita estar afirmado en ningún lugar pues es un “supuesto” –para seguir a Eros– en este momento histórico de la condición humana.

Entonces, observemos lo que dice Dworkin¹⁹ en su crítica a Hart: “... la consagración positiva de los principios no es un requisito para su aplicación”, y “la validez de estos principios radica justamente en su aceptación en la práctica jurídica”.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 50-52.

¹⁸ San Thiago Willis Guerra Filho, *op. cit.*, p. 299.

¹⁹ César Rodríguez, *op. cit.*, p. 55.

Eduardo García de Enterría²⁰, después de “recordar que el Derecho excede necesariamente a la ley”, afirma que existen “principios supra-legales”.

Bonavides²¹, al escribir sobre la proporcionalidad, dice que ésta es el “principio no escrito, cuya observancia es independiente de lo explícito en el texto constitucional ya que pertenece a la naturaleza y a la esencia misma del Estado de Derecho”. Diría más: la proporcionalidad es la regla más allá del Estado de derecho, es la norma de vida, adecuación entre medio y fin.

Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz²² cita a Canotilho: “los principios se benefician de una objetividad y presencia normativa que los exime de estar expresamente consagrados en cualquier precepto”.

Leoni trae la experiencia alemana donde el principio (en el caso que Leoni debate, el de la *proporcionalidad*) “es reconocido como una norma constitucional no escrita”²³, y afirma que aquéllos “no necesitan estar necesariamente previstos en la ley”. Cita en la misma línea a Nelson Nery Júnior: “no necesitan [los principios]²⁴ estar previstos expresamente en las normas legales para que se les preste validez y eficacia”²⁵.

Retomo a René David²⁶ que señala las decisiones de la Corte Constitucional alemana en el sentido de que: a) el derecho constitucional no se limita a la Constitución pero alcanza “ciertos principios generales que el legislador no concreta en una regla positiva”; b) existe “un derecho suprapositivo que vincula el propio legislador constituyente”, y c) la idea que el constituyente puede hacer todo “significaría un retorno a un positivismo sobrepasado”²⁷.

En este cuadro, núcleo del sistema [los principios]²⁸ son “indiscutibles e indispensables como patrimonio de la civilización”²⁹, con un valor más allá del ápice piramidal kelseniano y queda patente su importancia instrumental para la superación de la postrada legalidad.

Para Bonavides, al debatir la proporcionalidad, con [el principio]³⁰ “los jueces corrigen el defecto de la ley”, así como superan las “insuficien-

²⁰ Eduardo de Enterría García, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Ed. Cuadernos Civitas, 1984, pp. 52, 53.

²¹ Paulo Bonavides, *op. cit.*, p. 283.

²² Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, “La concesión de la medida preliminar en el proceso cautelar y el principio constitucional de la proporcionalidad”, en *Revista Forense*, Vol. 318, 1992, p. 105.

²³ Leoni Lopes de Oliveira, *op. cit.*, p. 364.

²⁴ N. T. Aclaración entre corchetes de la traductora.

²⁵ Leoni Lopes de Oliveira, *op. cit.*, p. 369.

²⁶ René David, *op. cit.*, pág. 138.

²⁷ *Ibíd.*, p. 138.

²⁸ N. T. Aclaración entre corchetes de la traductora.

²⁹ Winfried Hassemer, “Seguridad pública en el Estado de Derecho”, en *Revista Ajuris*, 62, p. 162.

³⁰ N. T. Aclaración entre corchetes de la traductora.

cias legislativas”³¹; crea la “ascendencia del juez-ejecutor de la justicia material sobre el legislador” y de hecho porque el legislador “dejó de moverse con la entera libertad del pasado” y el juez “actúa por un cierto prisma en un espacio más libre”³².

El constitucionalista de vanguardia, Luis Roberto Barroso³³, cita a San Thiago Dantas: la agresión a los principios “produce la sensación íntima de lo arbitrario, traducida en la idea de la ley injusta”.

Y Dworkin dice que los principios, aunque funcionen diferente de las reglas “son igualmente obligatorios en tanto deben ser tenidos en cuenta por cualquier juez o intérprete en los casos en que son pertinentes”³⁴.

Un ejemplo que casi todos los estudiosos del tema citan, además del todo esclarecedor, es la decisión del Supremo Tribunal Judicial brasileño de 1994 que entendió que se agreda el principio del “razonamiento y caracteriza el desvío ético jurídico de la norma que concede al servidor inactivo, la gratificación de vacaciones atribuida a los servidores en activo”³⁵; ¡o sea la superación de lo irracional que dio vía al principio no positivo!

¿Y su aplicación?

La aplicación aún es restringida. Mucho menor de lo que se esperaba al buscar dar racionalidad (léase, justicia) al orden (im)positivo.

Es que en mi sentir, los operadores jurídicos, como regla general, somos positivistas-legalistas y trabajamos bajo la hipótesis amplia de la ley al hecho.

Me parece que el alto grado de abstracción, propio de los principios, genera pánico pues carga la falsa idea de la inseguridad. Es que nuestro sentido común está forjado en la aplicación de la norma visible que exige un mínimo, a veces ningún, esfuerzo intelectual. No estamos “programados” para la abstracción que exige creación y no mera repetición del saber de manual. Al abstraer se hace imposible encontrar el modelo ya fabricado: somos forzados a lo nuevo.

No logramos, pues, descubrir lo invisible que está detrás de la realidad, aparente, como enseña Michel Mialle³⁶, y todo queda de una manera fatigante como está: ¡nuestra pomposa retórica es una repetición espectacular!

Pero entonces la ley, ¿para qué o para quién sirve?

³¹ Paulo Bonavides, *op. cit.*, p. 278.

³² *Ibíd.*, p. 282.

³³ Luis Roberto Barroso, “Los principios del razonamiento y de la proporcionalidad en el Derecho Constitucional”, en *Revista Forense*, pp. 336-370.

³⁴ Rodríguez, César, *op. cit.*, pág. 36.

³⁵ Leoni Lopes de Oliveira, *op. cit.*, pág. 376.

³⁶ Michel Mialle, *Una introducción crítica al derecho*, 1ª ed., Lisboa, Ed. Moraes, p. 18.

Si es cierto que el principio de la legalidad está en declive y se busca su superación, vía los principios generales del derecho, es pertinente cuestionarse: ¿cuál es entonces su utilidad?

En verdad, lo que se ha dicho y también buscado comprobar, es que la ley perdió el cuño de dogma, de verdad absoluta, incuestionable. Dejó de ser fuente única del derecho y con una importancia inferior a los principios que son categoría superior.

Todavía la ley, escrita o no, es indispensable para la vida social (el hombre sólo es hombre porque existe el otro). No se vislumbra la posibilidad de respeto a sí mismo y al otro sin ley.

La ley, desde mi punto de vista, habla necesariamente como límite. Es siempre, y siempre éticamente considerada, su propia razón de ser: límite al poder desmesurado.

En otras palabras: la ley es el límite al dominio del más fuerte.

En un primer momento, ella es el límite a mí mismo, es decir, es el límite interno al propio individuo.

Hay un hermoso trabajo de Carlos Affonso Pereira de Souza y de Patrícia Regina Pinheiro Sampaio³⁷ donde a partir de Freud “todo se explica”:

...entiende el padre del psicoanálisis que al actuar la ley lo hace como una forma de represión al poder desmesurado, o sea ofreciendo al individuo en la esfera del inconsciente, la protección de una figura paterna. Considerando a la ley como un padre sustituto....

Y el “padre”, dice el psicoanalista Mário Corso³⁸, es aquel que tiene la “función de separar madre y bebé” (“madre” como “lugar de origen”). Al lograr la “separación”, el bebé se encuentra como individualidad y reconoce la existencia del otro como otro.

Pues bien. En la imaginación tengo un poder desmesurado, espectacular, destructivo, luego necesito un límite a este poder, el cual (límite) me es dado por la “figura paterna”: ésta es la ley.

Además, todos sabemos que la delincuencia (aquí en el sentido amplio, no en el mero positivo) habla de la ausencia de límite: la destrucción del otro o el otro como alguien sin significado, extensión de uno. Y la pérdida interna del límite hace que se lo busque en el padre-Estado-prisión.

En un segundo momento, la ley habla del límite al otro frente a mí. Es la protección que el “yo” tiene de que el otro no me “destruirá”. Es la protección que el padre-ley me garantiza: “¿voy a ser agredido? El ‘padre’ me va a socorrer”.

³⁷ Carlos Affonso Pereira de Souza y Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, “El principio del razonamiento y el principio de la proporcionalidad: un abordaje constitucional”, en *Revista Forense*, Vol. 350, p. 29 y ss.

³⁸ Mário Corso, *Cuaderno de Cultura*, jornal Zero Hora, noviembre de 2000, p. 7.

El poder desmesurado del otro está contenido: si él no me respeta, la ley deberá “imponer” la condición de civilidad.

En un tercer momento, la ley habla del límite al soberano: la contención del poder del propio Leviatán. En otras palabras, el poder del padre-Estado debe ser limitado. Él, padre-Estado, no tiene derecho al poder sin límites: el legislador no puede hacer todo lo que quiere: la idea es contener la legalidad abusiva a través de los principios generales del derecho.

Así como es límite al poder desmesurado –el mío, del otro, del Estado–, la ley es absolutamente indispensable como condición de humanidad. Tal vez por eso Ferrajoli entiende que “ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho social”³⁹.

En definitiva: la ley debe protegerme aun contra la unanimidad.

Pero la función de la ley, éticamente considerada, desde hace mucho ha sido desvirtuada: muchas veces deja de ser el límite al poder desmesurado para convertirse ella misma en fuente de opresión, de límite a dominación se transforma en instrumento dominador.

Enterría⁴⁰ bien lo explica:

La sociedad actual no las comparte ya. Ocurre todavía que, como resultado de la experiencia histórica inmediata, se ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable “amenaza para la libertad”, incluso en una “forma de organización de lo antijurídico” o hasta en un instrumento para “la perversión del orden jurídico”.

Alberto Binder⁴¹ va más lejos: “No podemos pretender que los distintos sectores sociales se entusiasmen y utilicen la legalidad, si ella es sinónimo de trampa, laberinto, falsedad, engaño, sutileza fútil, tibieza, farsa y privilegio encubierto”.

Sobre la ley como instrumento de dominación, sobre todo en la sociedad capitalista, remito al lector al texto que redacté hace un tiempo⁴².

La primera rebeldía contra la ley que pierde su finalidad –mejor dicho, que tiene la finalidad desvirtuada– viene de los jurisnaturalistas.

³⁹ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, p. 24.

⁴⁰ Eduardo de Enterría García, *op. cit.*, pp. 27, 28.

⁴¹ Alberto Binder, “Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”, conferencia en el II Taller de la Red Latinoamericana de Magistrados y Funcionarios Judiciales por la Democratización de la Justicia, mimeo.

⁴² Amílton Bueno de Carvalho, “La ley, el juez, lo justo”, en *Magistratura y derecho alternativo*, 5ª ed., Ed. Luam, pp. 24-48.

En texto publicado en la *Revista de investigaciones jurídicas*⁴³, el docto jurista mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel recoge de Francisco Suárez la siguiente lección: “una ley injusta no es ley (...) hablando en sentido propio y absoluto, solamente puede llamarse ley la que es medida de la rectitud sin más, y por consiguiente sólo la que es regla recta y honesta”.

Y debe rehusarse obediencia: “1º. Si se trata de una ley injusta; 2º. Si aun no siendo injusta, es demasiado gravosa y 3º. Si de hecho la mayor parte del pueblo no observa la ley”.

Pero entonces, ¿para qué o a quién sirve la ley?

La ley es límite al poder desmesurado, léase: límite a la dominación. Entonces, la ley –éticamente considerada– es protección al débil. Siempre, siempre, es la ley del más débil: de aquel que sufre la dominación.

Su importancia es, pues, espectacular: ¡combate a la opresión!

Y, en consecuencia, el juez como “aplicador” de este tipo de legalidad, la convierte también en protectora al débil.

En otro texto, Jesús Antonio⁴⁴ cita a Porfirio Miranda: “Cuando en la historia se ideó la función de un juez... fue exclusivamente para ayudar a quienes por ser débiles no pueden defenderse; los otros no la necesitan”.

Hasta en la Biblia está a disposición este concepto: “Hablen a favor de aquellos que no pueden defenderse. Protege los derechos de todos los desamparados. Habla por ellos y sé un juez justo. Protege el derecho de los pobres y necesitados”⁴⁵.

La crítica siempre aguda de Ferrajoli también se hace presente cuando señala el papel del juez:

...puesto que en ningún sistema el juez es una máquina automática, concebirlo como tal significa hacer de él una máquina ciega, presa de la estupidez o, peor aún, de los intereses y de los condicionamientos del poder más o menos ocultos y, en todo caso, favorecer su irresponsabilidad política y moral⁴⁶.

En otro texto⁴⁷: “Sobre todo la conciencia profesional del juez es como tutor y garante, frente a los poderes tanto públicos como privados, de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

En lo que se refiere a la ley, como fenómeno de protección al más débil, el propio Ferrajoli en tres momentos defiende la tesis:

⁴³ Jesús Antonio de la Torre Rangel, “Democracia y ley natural desde el jurisnaturalismo católico de Suárez”, en *Revista de investigaciones jurídicas*, Nº 24, Aguascalientes, 2000, p. 413-426.

⁴⁴ Alonso de la Veracruz, *Criterios filosóficos jurídicos para administrar justicia*, México, Ed. Caleidoscopio, Universidad Autónoma de Aguascalientes, Nº 1, p. 126.

⁴⁵ Proverbios 31.8.9.

⁴⁶ L. Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 175.

⁴⁷ L. Ferrajoli, *Justicia penal y democracia. El contexto extraprocesal*, p. 46.

- a) “... en la conciencia de que los derechos fundamentales son siempre leyes del más débil contra la ley del más fuerte...”⁴⁸.
- b) “Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”, afirmación hecha en su libro más específico⁴⁹.
- c) Esta tesis también se encuentra en el libro clásico⁵⁰ que en este momento está en la vertiente del derecho penal que se analizará adelante.

Resalto al final que la ley del más débil, del más indefenso, puede ser sintetizada como la ley del pobre porque “el pobre, como expresión de lo humano por la violación sistemática de su esfera vital, dará siempre la pauta de esta búsqueda histórica de la vigencia real de los derechos humanos, de la justicia y del bien común”⁵¹.

Pero ese pobre lo es en cuanto a categoría sociológica. Es que “la categoría pobre es amplia y abarca todo tipo de pobreza: desde la miseria del hombre hasta la falta de justicia y derechos, la desigualdad, la opresión, la falta de libertad, el compromiso de la fe por la degradación del hombre”⁵².

¿Y la ley penal?

Si la ley penal es siempre la ley del más indefenso, el arsenal interpretativo del derecho penal tiene que resolver la primera cuestión básica: ¿quién es, aquí, el débil a partir de cuya “totalidad” se mirará el fenómeno penal? O sea, ¿desde dónde serán apreciadas las normas?

Salo de Carvalho⁵³ lo explica muy bien: “el potencial garantizador del Derecho es la tutela radical del polo más débil en la relación jurídico penal. Es la parte ofendida en el momento del delito, el reo en el momento del proceso y el condenado en el momento de la ejecución”.

Ferrajoli, una vez más, enseña: “Es más bien la protección del débil contra el más fuerte, del débil ofendido o amenazado por la venganza contra el más fuerte que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él”.

⁴⁸ L. Ferrajoli, “El Estado constitucional del derecho hoy: el modelo y su discrepancia con la realidad”, conferencia presentada en el seminario Jueces para la Democracia Española, 1994.

⁴⁹ L. Ferrajoli, *op. cit.*, en cita Nº 39 de este ensayo.

⁵⁰ L. Ferrajoli, *op. cit.*, en cita Nº 46 de este ensayo.

⁵¹ David Sánchez Rubio, *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Bilbao, Ed. Desclér, 1999, p. 183.

⁵² Jesús Antonio de la Torre Rangel, Cita a José de Souza Martins en *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, México, Ed. Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997, p. 37.

⁵³ Salo de Carvalho, “Descodificación penal y reserva del código”, publicación do *Boletim do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*, cidade de Porto Alegre, Brasil.

Luego dice Ferrajoli: “Bajo ambos aspectos, la ley penal se justifica en tanto que es ley del más débil, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte”⁵⁴.

En otro apartado⁵⁵ Ferrajoli es más incisivo:

En la tradición liberal-democrática, el derecho y el proceso penal son instrumentos o condiciones de “democracia” sólo en la medida en que sirvan para minimizar la violencia punitiva del Estado, y constituyan por lo tanto –antes que un conjunto de preceptos destinados a los ciudadanos y de limitaciones impuestas a sus libertades– un conjunto de preceptos destinados a los poderes públicos y de limitaciones impuestas a su potestad punitiva: en otras palabras, un conjunto de garantías fundamentales del ciudadano frente a lo arbitrario y al abuso de la fuerza por parte del Estado.

En la misma línea, o sea lo penal en cuanto garantía del ciudadano-reo contra el perseguidor⁵⁶ está en este brillante libro.

Supérase así la cuestión básica: el débil o el pobre en cuanto categoría sociológica en el derecho penal es el acusado que debe ser protegido. Exclúyese la óptica oriunda de la “ley y del orden” que lo ve como instrumento de la víctima o de los “hombres buenos” en la búsqueda desesperada de la punición.

¿Cómo, entonces, mirar la ley penal desde el punto de vista del más débil?

En doble dirección:

a) En la dirección punitiva/perseguidora, la interpretación que expresé antes⁵⁷ debe tener fuerza centrípeta: la imantación es para el núcleo del texto, o como diría Ferrajoli, restrictivamente el menor sufrimiento posible al acusado.

En este momento la ley –garantía espectacular para el ciudadano, tanto que lo penal sigue el principio de la legalidad– protege al ciudadano-reo.

Así, todo va en dirección al “núcleo duro” del modelo, como diría Hart⁵⁸. Es que las normas penales, ahora en palabras de Dworkin⁵⁹, “son reglas precisas”.

Aquí tenemos el momento importante de la ley: jamás ella puede

⁵⁴ L. Ferrajoli, *op. cit.*, en la cita Nº 46 de este ensayo.

⁵⁵ L. Ferrajoli, *op. cit.*, en la cita Nº 47 de este ensayo.

⁵⁶ Aduato Suannes, *Los fundamentos éticos del debido proceso legal*, RT, 1999, pp. 128-154.

⁵⁷ Amílton Bueno de Carvalho y Salo de Carvalho, *Aplicación de la pena y garantía*, Ed. Lumen Juris, 2001, p. 124.

⁵⁸ César Rodríguez, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 36.

ser sobrepasada en perjuicio del débil. Aquí, aplicar la ley es, como diría David Sánchez Rubio “una actuación revolucionaria”⁶⁰.

Desde mi punto de vista es esencial que se tenga clara la fuerza centrípeta cuando se persigue al ciudadano (el “príncipe” en lo penal) frente a la constante violación de la legalidad (repito: aquí protectora, luego debe ser obedecida) cuando se mira la ley como un instrumento de dominación.

Tengo un ejemplo muy claro: el Artículo 157, § 2º, I, del Código Penal brasileño que aumenta la pena de un tercio hasta la mitad cuando el agente ante la violencia o la amenaza hace “uso del arma” (Art. 157: sustraer una cosa móvil ajena, para sí o para otro mediante grave amenaza o violencia a la persona, o después de haberla por cualquier medio, reduce la posibilidad de resistencia. Pena: reclusión de 4 (cuatro) a 10 (diez) años con una multa de...

§ 2º. La pena se aumenta de un tercio hasta la mitad: I. si la violencia o amenaza es ejercida con el empleo de un arma.

Aquí está la interpretación en dirección al “núcleo duro”, teniendo en cuenta las “reglas precisas” o sea, la protección del débil –“centrípeta” porque persigue al ciudadano–, y en la cual el arma sólo puede ser instrumento destinado al ataque, a hacer mal, a causar daño físico.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia brasileño niega vigencia a la ley al “extender” la interpretación, agrediendo así la protección al ciudadano al concluir que, para fines de aumento, entiende que el revólver de juguete es un arma.

El Tercer Grupo Criminal de Rio Grande do Sul (E. I. 70 00/653 666), a través del voto del destacado magistrado Aramis Nassif, ataca con argucia el entendimiento resumido. El voto de Aramis dice a la letra:

El arma de juguete no puede ser capaz de caracterizar el aumento descrito en el inciso I, § 2º, Art. 157, del Código Penal, aunque en sentido contrario, esté resumido por el Tribunal Superior de Justicia. No convence la posibilidad de que un juguete pueda ser transformado en ‘arma’ para satisfacción del concepto legal ampliado a través de la decisión judicial. En sentido contrario, voy a tener que volver a pensar todo lo que aprendí desde que recibí mi primer ‘revolvercito’ de juguete (y de esto ya han pasado cincuenta años...). Pero, sí estoy seguro que con sólo cinco años de edad yo ya sabía que un juguete es un juguete y que un arma es un arma. Por mayoría, acogieron los impedimentos.

... Señor Presidente. 2. Acojo los impedimentos en el sentido de reconocer la primacía del voto vencido. Y la razón es lo obvio conceptual, material, visual, palpable, de que el revólver de juguete es un juguete y un arma es un arma. ¿O no?

⁶⁰ David Sánchez Rubio, *op. cit.*, p. 242.

Si no es así, ciertamente voy a tener que volver a pensar todo lo que aprendí desde que recibí mi primer 'revolvercito' de juguete (y de esto ya han pasado cincuenta años...). Ya no existen más juguetes.

Pero, yo tenía la certeza que aquello que yo poseía era un juguete (¡yo sólo tenía cinco años de edad y sabía de esto!)

¿O será que mis padres me dieron un arma?

¿Será que era un arma y yo no me di cuenta? ¿Pero también no sería una brutal irresponsabilidad?

Pero ellos eran tan cuidadosos..., por eso no creo que ellos dejaran que yo jugara con un arma...

Bien, pero sí estoy cierto que con *sólo cinco años de edad* yo ya sabía que un *juguete* es un *juguete* y que un arma es un *arma*. Además, mi padre no dejaba que yo siquiera tocara el revólver de verdad que mantenía distante de mi alcance. Porque era un arma, decía él. ¿Será que él estaba engañándome y lo que guardaba con tanto cuidado era un juguete?

Por eso, no creo que la jurisprudencia brasileña tenga el poder mágico de transformar un juguete en arma.

Al final, ¿la norma (Art. 157, I, Código Penal) no habla del *empleo del arma*? No encontré en mi Código una expresión o un término como *empleo de juguete* que autorice una sanción más severa. No lo encontré...

¿Cómo ampliar los conceptos para perjudicar al reo?

El arma de juguete no puede caracterizar el aumento descrito en el inciso I, § 2º, Art. 157, del Código Penal, aunque en sentido contrario esté resumido por el Tribunal Superior de Justicia. Y, como dije más arriba, no convence la posibilidad de que un juguete sea transformado en 'arma' para satisfacción del concepto legal.

Pero sí es eficaz para caracterizar el robo. Es que la capacidad de intimidación subyuga a la víctima, impidiendo que pueda defender el bien jurídico atacado por la acción criminal. Estoy convencido que, por efecto de la intimidación producida en la persona atacada, el empleo del simulacro puede caracterizar la grave amenaza agotada en el plano psicológico y así erige en robo la actividad delictiva.

Todavía más, veo la distancia inalcanzable entre este efecto y el aumento señalado en el Artículo 157, § 2º, inciso I, del Código Penal, aunque con tal convencimiento, esté contrariando el compendio 174 del Tribunal Superior de Justicia.

Sucede que, si bien es cierto que el arma de juguete traslada el modelo típico hacia el robo por el devastador efecto sobre la víctima, no puede ser conceptualizada materialmente como un arma.

El espíritu de los aumentos de penas es imponer al condenado un plus en la sanción para conseguir el efecto de atender los principios de la necesidad y la suficiencia de la pena. Así, si el agente perpetra un delito en circunstancias que inflige a la víctima un especial sufrimiento, físico o mental, merece que su pena sea ampliada.

Empero, estoy convencido de que si se presenta grave amenaza, jamás estuvo presente el arma. Esto quiere decir que de cierto modo, el agente corre mayores riesgos y la perspectiva de frustración del acto criminal es mucho mayor si emplea un juguete como arma ante la eventual reacción de la víctima o de terceros. Él así es persona menos peligrosa que aquel que, empleando el arma verdadera genera, además de la coacción a la víctima, un serio riesgo a su integridad física y, por lo tanto, no puede sufrir las mismas consecuencias penales.

¿Será que estuve engañado por cincuenta años y el Tribunal Superior de Justicia, a través de un compendio, vino a revocar mi ignorancia? Con la debida venia, me quedo con la verdad de mis padres pues ellos eran responsables, sensibles, humanos, en fin... No eran prisioneros de los delirios provocados por la furia punitiva irracional que inspiró el resumen. Y para ellos un juguete era un juguete y un arma era un arma.

El voto es en el sentido de acoger los impedimentos y hacer prevalecer el voto vencido.

Es el voto.

Pienso que no hay nada más que decir.

b) Sin embargo, para beneficiar al débil en el derecho penal entiendo que la interpretación debe tener fuerza centrífuga, dirigida hacia fuera, en la dirección libertaria.

En este momento, al contrario de lo que se hizo en el Tribunal Superior de Justicia (el arma de juguete como arma), la mirada interpretativa debe ser extensa. Aquí los principios generales del derecho son, como se vio anteriormente, el instrumento hábil para combatir las injusticias, las persecuciones inocuas, el exceso legislativo.

Salo⁶¹ escribe:

Empero es importante anotar que la exclusión de las fuentes materiales en materia penal (v.g., analogía, costumbres, jurisprudencia, doctrina y derecho penal comparado) habla solamente del proceso de interpretación criminal y/o penal. Tal proposición no agota toda la esfera penal con el presupuesto de la legalidad, reduciendo el campo interpretativo y excluyendo las fuentes materiales de las posibilidades judiciales. Su negación

⁶¹ Salo de Carvalho, *op. cit.*

está restringida a los procesos de inclusión, no a los de exclusión de pena o de delito (v.g., causas supralegales de exclusión de tipicidad, ilícito y culpabilidad).

Además, Alberto Silva Franco tomó bien el papel de juez en este espectáculo⁶². “El juez penal no es policía de tránsito, no es el vigilante de la esquina, no es celador del patrimonio ajeno, no es guardián del sosiego de cada uno, no es centinela del estado leviatánico. (...)”

En resumen, es el garante de la dignidad de la persona humana y de la estricta legalidad del proceso. Y sería mejor que ni fuese juez, si fuese para no percibir y no cumplir esa misión”.

Entonces, ¿la ley para qué o para quién? Para la protección del pobre como categoría sociológica frente al poder desmesurado.

Necesito creer en esta máxima...

Reseñas



El mundo real de los abogados y de la justicia, profesión legal, prácticas jurídicas, administración de justicia e ideologías profesionales
Germán Silva García

Universidad Externado de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2001

Son profundas las transformaciones que atraviesa América Latina y, en particular, Colombia; éstas abarcan diferentes dimensiones institucionales, políticas, económicas y sociales. De estos cambios, sin duda son la justicia y la administración de justicia los aspectos de mayor discusión en la actualidad para la consolidación de un Estado democrático, ya que sobre ellas recae el deber de generar un ambiente apropiado para que los ciudadanos puedan ejercer y desarrollar sus derechos fundamentales, políticos y socioeconómicos.

Los cambios ocurridos en el sistema judicial cubren aspectos como: organización y modernización de las cortes, desarrollo, infraestructura, implementación de sistemas de gerencia para el manejo de oficinas judi-

⁶² Alberto Silva Franco, “El compromiso del juez criminal en el Estado democrático”, en *Justicia y Democracia*, Nº 3, pp. 270, 271.

ciales, modernización de la legislación, programas de capacitación, creación de Consejos Superiores de la Judicatura, Tribunales Constitucionales, el desarrollo de cursos de capacitación, sistemas de informática, la creación de mecanismos de evaluación para los funcionarios judiciales y desarrollo de un régimen disciplinario.

En Colombia estos cambios se ven reflejados en el fortalecimiento institucional para consolidar la administración de justicia; de esta forma se han tomado medidas como: la creación de la Corte Constitucional, del Consejo Superior del Judicatura, de la Fiscalía General de la Nación y los jueces de paz. Lo anterior –unido a mecanismos como la acción de tutela, de cumplimiento y popular– ha buscado dar una nueva cara a la justicia.

Por otro lado, los ciudadanos hoy en día recurren más a los tribunales exigiendo la defensa de los derechos humanos, que se condenen los abusos del poder público; en los despachos judiciales día a día se incrementan peticiones con el fin de que se garantice el derecho a la educación, la salud y se protejan los recursos naturales.

Sin embargo, a pesar de estos cambios la justicia en Colombia no ha respondido al llamado de la sociedad. Esto sumado a los viejos males de la administración de justicia como la congestión de los despachos que dificulta el acceso a la justicia, la proliferación de leyes y la falta de garantías, y el escaso compromiso de los jueces y abogados para la transformación de la justicia, preocupante en un país que como el nuestro atraviesa por la más profunda crisis social, política y económica de su historia.

Los abogados son los profesionales que se encargan de poner en funcionamiento la justicia: hoy en día en Colombia existen cerca de 89.000 abogados educados en las 58 facultades con que hasta 1998 contaba el país. Estos desempeñan su trabajo en la judicatura, las instituciones públicas, laboran en empresas privadas y como litigantes, la actividad de los abogados, sus intereses, valores y principios nunca han sido abordados en ningún estudio. ¿Cuál es el mundo real de los abogados y de la justicia en Colombia? Ésta es una pregunta que no había sido resuelta ya que la mayoría de los estudios realizados en Colombia han versado sobre el deber ser del abogado y pocas veces se atrevieron a mirar la realidad. Esta pregunta es desarrollada con profundidad en la obra *El mundo real de los abogados y de la justicia, profesión legal, prácticas jurídicas, administración de justicia e ideologías profesionales* de Germán Silva García.

Las principales características de la obra son las de poseer una unidad teórica y conceptual producto de una investigación empírica con pocos precedentes en el análisis sociojurídico, desarrollada a lo largo de siete años; en ella utilizó herramientas como encuestas, entrevistas, talleres con jueces y abogados de diferentes posiciones y diversas regiones del país, a lo que se tiene que sumar la lectura y el análisis de obras nacionales e internacionales que sobre la justicia y el tema en particular se han escrito, y la utilización de varios métodos como el cualitativo, comparativo, racional e

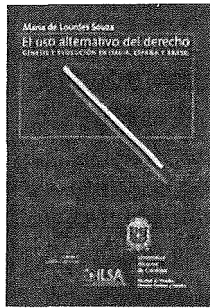
histórico. En el desarrollo de la investigación el autor recurrió a diversos actores como: abogados, jueces, funcionarios públicos, académicos, oficiales de policía y prisioneros, y a fuentes primarias y secundarias.

La obra consta de cuatro tomos: Los operadores jurídicos, Problemas específicos de la práctica legal, Problemas del ámbito judicial y por último, Ideología y justicia penal. El tomo I investiga aspectos relevantes entorno a las prácticas e ideologías de los operadores jurídicos profundizando en aspectos como la formación académica, el saber desarrollado, la práctica profesional, el estatus y la cultura que se desarrollan en el medio donde se desenvuelven los abogados y los jueces; la calidad de la educación en las facultades de derecho, la práctica legal y la colegiatura. El tomo II profundiza en aspectos como los valores e intereses profesionales, los diferentes usos del saber y los mecanismos de poder que se dan en el medio judicial. Aspectos que serán desarrollados con profundidad analítica refiriéndose en especial a los operadores judiciales y al conjunto de prácticas que ocurren en los estrados judiciales. El tomo III hace hincapié en la magistratura, las reglas que regulan su actividad y los problemas que existen en su interior, los diferentes discursos que sobre la administración de justicia se vienen dando en la academia y en los escenarios políticos; las organizaciones asociativas de los operadores judiciales y la influencia de la política en la justicia. Por último, en el tomo IV el lector encontrará un análisis detallado sobre los problemas específicos del sistema penal, las instituciones creadas con la Constitución de 1991 como la Fiscalía General de la Nación: se tratan temas polémicos y de actualidad como la cárcel, el aborto, las drogas y la política criminal. Además, en este tomo el autor realiza algunas consideraciones finales de la obra en el ámbito analítico y metodológico.

En toda la obra se utilizaron variables sociales, económicas y regionales, se observaron algunos procesos de globalización y su incidencia en los temas tratados. Todo lo anterior brinda elementos que permiten identificar y diferenciar a los abogados y jueces del país y conocer los puntos de ruptura y convergencia.

Este libro sin duda llena un vacío en la academia y se convertirá en punto de referencia y discusión en la universidad y en los diferentes escenarios públicos donde la justicia y la administración de justicia sean tema de discusión.

Por último, es importante resaltar el esfuerzo que en conjunto han realizado el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) y la Universidad Externado de Colombia para difundir estos cuatro tomos de enorme importancia para el país.



***El uso alternativo del derecho:
génesis y evolución en Italia, España y Brasil***
María de Lourdes Souza

**Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho,
Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Latinoamericano
de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá, 2001**

¿Puede el derecho pasar de su función legitimadora y sostenedora del orden de dominación capitalista, a realizar un uso alternativo de sus herramientas y conceptos, maximizando las contradicciones del sistema socioeconómico y jurídico impuesto por las clases dominantes en una perspectiva emancipatoria y transformadora? ¿Es posible construir un orden jurídico concurrente o paralelo al sistema de juridicidad formalista y sostenedor del status quo de la sociedad capitalista? ¿En qué circunstancias históricas, objetivas y subjetivas, es factible construir un modelo alternativo de juridicidad y cuáles serían los presupuestos filosóficos, epistemológicos, jurídicos y políticos en los que podría sustentarse este proyecto? ¿Cuál ha sido la evolución del movimiento alternativo del derecho en Europa y en América Latina y qué evaluación puede hacerse de sus propuestas y efectos sobre los sistemas jurídicos tradicionales? ¿Qué contradicciones, incongruencias y límites han presentado diversas experiencias nacionales con el uso alternativo del derecho, y qué posibilidades tiene hoy este movimiento frente a las graves realidades de exclusión social, económica y política que enfrentan los países latinoamericanos? ¿Existen diferencias decisivas, tanto en lo teórico como en lo práctico entre las nociones de «uso alternativo del derecho» y «derecho alternativo»? ¿Es el garantismo jurídico una extensión conceptual y procedimental del movimiento alternativo del derecho o implica una ruptura con sus presupuestos? ¿Constituye el movimiento alternativo un nuevo paradigma de interpretación y praxis judicial?

Éstas y otras preguntas son las que básicamente resuelve la investigadora María de Lourdes Souza en su amena obra sobre el uso alternativo del derecho, que tan oportunamente publican la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional e ILSA en momentos en que en nuestro país se buscan mecanismos para superar la seria crisis por la que pasa la administración de justicia y en las universidades se procura encontrar vías pedagógicas y curriculares para una formación más integral y holística de los nuevos juristas, de tal manera que desarrollen su capacidad para utilizar herramientas hermenéuticas novedosas que vayan más allá del simple culto a la ley y tengan como horizonte la realización de los principios constitucionales y de los derechos, y la realización política del Estado social de derecho.

La autora sostiene que el movimiento alternativo del derecho –que posee dos expresiones esenciales: uso alternativo del derecho y el derecho alternativo– se puede comprender como la síntesis de la imbricación de tesis provenientes tanto de las escuelas neomarxistas de la teoría social como de diversos postulados construidos por las escuelas antiformalistas en su oposición a la dogmática jurídica tradicional.

Las teorías neomarxistas como base fundacional del movimiento alternativo del derecho, han aportado a este movimiento conceptos y categorías flexibles que rompen la ortodoxia de la metáfora economicista-determinista del edificio social –infraestructura y superestructura–, y la idea de una ineluctable desaparición del Estado y del derecho burgués. De Gramsci han adoptado nociones como la de “bloque histórico”, “hegemonía” y la de “intelectual orgánico” que les han permitido concebir el sistema jurídico como un escenario de lucha política en el cual los operadores jurídicos tienen la opción de servir de instrumentos de reproducción de la hegemonía de las clases dominantes o, por el contrario, de favorecer con su actividad judicial el proyecto de transformación social de las clases subordinadas. El estructuralismo althusseriano les permitió a los operadores jurídicos alternativos apropiarse de la teoría de los “aparatos represivos e ideológicos del Estado”, bajo la concepción de que éstos, así como han mantenido la dominación de clase, pueden coadyuvar a los procesos de emancipación de la sociedad, acogiendo con entusiasmo la idea de Althusser de que es posible una praxis jurídica subversiva de las estructuras jurídicas de dominación capitalista, revirtiéndolas a favor de las clases dominadas; igualmente, conceptos de Poulantzas y de la teoría crítica de la sociedad completarán el instrumental epistemológico del movimiento.

La otra fuente fundacional de la tendencia alternativa del derecho proviene de los aportes hechos para el razonamiento jurídico moderno, en el debate filosófico-hermeneúutico entre el formalismo jurídico y las escuelas antiformalistas. Ambas posturas jurídico-epistemológicas han defendido que poseen el mejor sistema de corrección para la producción, la interpretación y aplicación del derecho, esgrimiendo fórmulas que pretenden resolver problemas álgidos de la teoría jurídica como aquéllos relacionados con la preservación del principio democrático, de la seguridad jurídica, de la decisión judicial y de la justicia, entre otros.

El libro desarrolla esquemáticamente que las escuelas formalistas/racionalistas han centrado su trabajo en un análisis interno de la normatividad, considerando que las normas, como presupuestos abstractos y universales expuestos por el legislador, contendrían el derecho de una manera perfectible e intemporal, por lo cual su interpretación y aplicación no podría ser más una reconstrucción del significado plasmado en el marco de los códigos escritos, independiente de otros tópicos extrajurídicos, limitándose la función del juez a un ejercicio de tipo cognitivo por medio de la deducción silogística que confronta la hipótesis normativa y los hechos concretos.

Frente a este papel mecánico de aplicación de las normas jurídicas dictadas por un legislador omnisciente, se levanta la reacción de las escuelas antiformalistas que no conciben la existencia de un sistema jurídico cerrado y perfecto, capaz de predecir todas las soluciones a los casos presentados por una realidad social e histórica dinámica y compleja. Dichas escuelas, entre las cuales se destaca el realismo anglosajón, tampoco aceptan que la decisión judicial pueda estar constreñida a una simple operación lógica de subsunción, pues el sistema jurídico— al presentar fisuras, silencios y penumbras— obliga al operador jurídico, necesariamente, a realizar un acto de voluntad y de creación del derecho en cada fallo, que sería el resultado de tomar en consideración, además de las normas, el contexto social, sus propias convicciones sobre la justicia, sus valores, su ideología, las influencias de la opinión pública y aquéllas provenientes de la misma comunidad jurídica.

De esta manera, al nutrirse de ambas fuentes, el movimiento alternativista del derecho se erige como un nuevo paradigma de comprensión y aplicación del derecho. En este sentido, por ejemplo, uno de los grandes representantes del alternativismo en Brasil, Coelho, ha definido al movimiento como un proyecto de construcción jurídica y política que se desarrolla por oposición y en contradicción crítica respecto a los modelos tradicionales del derecho; el derecho alternativo se identifica y diferencia de otras perspectivas de juridicidad, al plantearse un claro compromiso político de transformación social tendiente a la edificación de una sociedad socialista, por lo cual lo “alternativo” supone, desde el punto de vista ontológico y de la praxis, una relación de alteridad frente al orden jurídico estatal tradicional al que aspira reemplazar, pues lo que pretenden las posiciones más avanzadas del alternativismo, no es hacer un simple uso alternativo de los instrumentos jurídicos para favorecer los intereses de las clases trabajadoras y de los desposeídos, sino crear una nueva legalidad y nomenclatura jurídica capaz de implantar una novedosa cultura legal en la que los principios del socialismo democrático se realicen definitivamente.

En su obra la doctora Souza recrea el advenimiento y la evolución de los postulados alternativistas en tres escenarios nacionales diferentes pero, finalmente, próximos por las condiciones históricas y políticas que presentan, al pasar por procesos de transición de los regímenes autoritarios y despóticos que los dominaron durante largos años, hacia formas de democratización de sus sistemas políticos.

En Italia se presentan las primeras manifestaciones de juridicidad alternativista a la sombra del movimiento de la Magistratura Democrática, cuyo más cualificado autor, Ferrajoli, no dudará en ubicar la lucha jurídica de estos jueces en el campo de la lucha de clases, contra el viejo aparato normativo y de privilegios sociales del fascismo. La Magistratura Democrática, inspirada en el ideario socialista y a partir de una inequívoca praxis revolucionaria, juega un papel activo a lo largo de la década de los 70, im-

pulsando los procesos de democratización y de efectivización de los principios constitucionales al amparo del Artículo 3 de la Constitución, que prescribía la obligación de los poderes públicos de realizar acciones tendientes a superar de manera concreta las desigualdades materiales existentes en el marco del sistema económico vigente. La lectura político-clasista de este artículo favorece a los alternativistas para conectar sus operaciones interpretativas con el marco institucional y, por tanto, dotarlas de un carácter legal.

En España, a finales de los años 70, surge el movimiento de la Justicia Democrática que se inspira en un uso alternativo de la función jurisdiccional en oposición, además, a la dictadura franquista. Aunque muy influido por los postulados teóricos del alternativismo italiano, el movimiento español tendrá sus propios juicios encaminados a derrumbar los mitos jurídico-positivos del derecho estatal, que le daban estabilidad al autoritarismo; representantes como Fernández Viagas y Andrés Ibáñez, entre otros, cuestionan el papel tradicional del juez y dirán que está llamado a elegir interpretaciones jurídicas desde principios ideológicos y éticos que favorezcan la democracia y la justicia social, por lo cual aferrarse a los principios de la seguridad jurídica y de la legalidad no hace más que reforzar su aislacionismo y su papel sostenedor. Los jueces democráticos acuden también al principio de efectividad del Artículo 9.2 de la Constitución española para procurar la materialización de los derechos constitucionales y, con base en una lectura dialéctica del derecho, optarán por una práctica jurídico-política que profundice la crisis de la formación social, para lo cual confían que la acción emancipadora de superestructura jurídica podrá ser protagonista en la afloración y resolución de las tensiones sociales.

Los álgidos debates sobre el sentido y la vigencia de un movimiento de uso alternativo del derecho en España, terminarán con la conclusión de que no basta el alternativismo jurisdiccional para conseguir serias transformaciones sociales y, por otro lado, se asume una mirada crítica del modelo, especialmente, respecto de los dilemas teóricos que llevaba implícitos y que resultaban difíciles de resolver, como por ejemplo, los relacionados con sus procedimientos al margen de la legalidad, con el uso y abuso de la discrecionalidad, y con la adscripción a unas reglas jurídicas dadas por una larga tradición histórica, producto de la evolución del pensamiento político y que, precisamente, habían sido establecidas para limitar el poder despótico del soberano y de los jueces. Estas consideraciones son las que provocan la transfiguración del programa jurisprudencial alternativo a finales de la década del 70, hacia una práctica jurídica que reforzaba el principio de legalidad constitucional como fundamento del Estado social de derecho y de la democracia sustancial, modelo de interpretación que genéricamente se empezará a conocer como garantismo jurídico.

Por último, en el contexto de los grandes desequilibrios socioeconómicos del subdesarrollo y de la dura experiencia de la dictadura, en Bra-

sil se inscribirá la más radical manifestación del uso alternativo del derecho. La irrupción, a finales de la década del 70, de juristas democráticos y el auge de los movimientos sociales que dinamizaron el proceso constituyente desde mediados de los años 80, serán el contexto sociopolítico donde el alternativismo brasilero se desenvuelve. Para los juristas de la izquierda, las contradicciones generadas por el subdesarrollo hacen que el jurídico sea el campo de batalla de las luchas sociales, por lo cual a los operadores del derecho no les queda otro camino que seguir siendo mediadores de los conflictos o actores sociales que estimulan el cambio democrático.

El compromiso con las luchas del movimiento campesino, de los "enfavelados" y de los nuevos sujetos históricos colectivos que son los movimientos sociales, hacen oscilar al movimiento alternativo en Brasil entre un uso alternativo de las herramientas jurídicas contempladas por el ordenamiento legal y la defensa de un uso alternativo radical; la primera tendencia relacionada con una praxis emancipatoria al interior del sistema jurídico, buscando realizar los derechos de los excluidos a través de las herramientas incluidas en el mismo ordenamiento pero no suficientemente operadas a favor de los dominados y, en el otro sentido, el alternativismo radical se plantearía como una ruptura definitiva con el orden jurídico instituido para promover una nueva legalidad de carácter emancipador, cuyos principios más destacados serían: el de heterogeneidad del ordenamiento normativo, el del pluralismo jurídico, el de legitimidad social de las normas, el de primado de la sociedad, el de plasticidad del ordenamiento y lagunosidad del derecho, el de heteronomía significativa de la ley, plurivocidad del derecho –referente a su carácter dialógico–, y el de producción creativa del operador del derecho, entre otros.

La obra de María de Lourdes Souza es novedosa desde varios puntos de vista: a nivel académico y doctrinal, aporta en temas tan diversos como la interpretación jurídica, tendencias filosóficas del derecho, sociología jurídica, descentralización y democratización de la administración de justicia, entre otros. En el aspecto pedagógico-didáctico, la obra es rica en la presentación de citas de los autores que han contribuido a la construcción teórica del movimiento alternativista en Europa y Brasil y, finalmente, para nuestro contexto jurídico, la obra permite derivar enseñanzas y experiencias prácticas sobre la naturaleza, el sentido y los alcances de un uso alternativo del derecho que flexibilicen los anquilosados esquemas formalistas que han impedido un acceso a la justicia de carácter popular y democrático.

REGLAS PARA LA PRESENTACIÓN DE MANUSCRITOS

Los manuscritos sometidos a consideración de *El otro derecho* deben cumplir las siguientes reglas:

MANUSCRITO

- * El texto debe estar digitado en letra Times New Roman de 12 puntos a doble espacio, en página tamaño carta, con márgenes de una pulgada (2.5 cm) sin dejar espacio adicional entre párrafos.
- * Debe tener una extensión de entre 5.000 y 10.000 palabras, sin incluir las referencias bibliográficas. Sólo en ocasiones excepcionales se publicarán artículos cuya extensión esté fuera de este rango.
- * El artículo debe estar precedido de dos resúmenes, uno en español y otro en inglés. Cada resumen debe tener una extensión máxima de 200 palabras.
- * Junto con el título, el encabezado del manuscrito debe incluir el nombre del autor (a) o autores (as), los datos biográficos (no más de 5 líneas), la institución a la que pertenece(n) y el correo electrónico.
- * Todas las páginas deben estar numeradas en orden consecutivo, empezando por uno.
- * El artículo debe ser enviado por correo electrónico dirigido al editor(a) de la publicación a las siguientes direcciones electrónicas: silsa@col1.telecom.com.co e ilsa@epm.net.co, o por correo impreso en papel y en archivo magnético a la Calle 38 N° 16-45 Bogotá D.C.

TÍTULOS Y SUBTÍTULOS

- * El título del documento debe sintetizar la idea principal y debe ser breve.

- * Los subtítulos indican las subdivisiones de las partes mayores y deben orientar los temas que trata el escrito. No debe haber más de 3 jerarquías de subtítulos. Deben reflejar de manera precisa la organización del documento.

TABLAS Y FIGURAS

- * En el texto se debe hacer referencia a todo el material gráfico, de modo directo o entre paréntesis.
- * Las tablas y figuras deben ser presentadas en las páginas del texto y estar numeradas consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben incluir la fuente y el título. Los archivos originales en excel u otro graficador deberán enviarse adicionalmente en archivo magnético.

NOTAS A PIE DE PÁGINA Y CITAS

- * Las notas a pie de página servirán para comentar, complementar o profundizar información dentro del texto. No deben ser notas bibliográficas, a no ser que se trate de sentencias judiciales.
- * Las citas textuales de más de cuatro líneas se escribirán en párrafo aparte, sangrado a la izquierda y en letra tamaño 10 puntos. Las demás se incluirán dentro del texto e irán entre comillas.
- * Las citas bibliográficas se harán dentro del texto e incluirán el apellido del autor(a), el año y el número de la(s) páginas(s), así: (Pérez 2000: 424-427). Otros ejemplos: (Gómez y Velásquez, 1989: 33); más de dos autores: (Uribe *et al.*, 1997: 66); más de dos obras de un mismo autor, del mismo año: (Díaz 1998a, 1998b); obras de varios autores en una misma cita: (Pérez, 2000; Gómez y Velásquez, 1989; Uribe *et al.*, 1997).

SIGLAS

- * La primera mención de una sigla debe hacerse mencionando el nombre completo. Las siguientes menciones se harán con la sigla respectiva. Ejemplo: Organización de Estados Americanos (OEA).

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- * La bibliografía o las referencias bibliográficas deben incluirse al final del manuscrito y estar escritas en orden alfabético. Los siguientes son ejemplos de los diferentes tipos de material bibliográfico:

Libros y artículos incluidos en libros

GARCÍA CANCLINI, Néstor (1989), *Culturas híbridas; estrategias para entrar y salir de la modernidad*, México, Grijalbo.

SANTOS, Boaventura (1995), *Toward a new common sense*, Nueva York, Routledge.

———(1998), *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA.

MÚNERA, Leopoldo (1991), "La justicia es pa los de ruana", en Oscar Correas (ed.), *Sociología jurídica en América Latina*, Oñati, IISJ.

HART, Herbert (1998 [1961]), *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

ROMERO, José Luis (ed.) (1985), *El pensamiento político de la emancipación*, Caracas, Biblioteca Ayacucho.

GARCÍA, Mauricio y César RODRÍGUEZ (eds.) (2002), *Estudios críticos del derecho en América Latina*, Madrid, Dickinson.

Revistas y publicaciones periódicas

AZUELA, Antonio (1993), "Los asentamientos populares y el orden jurídico en la urbanización periférica en América Latina", en *Revista Mexicana de Sociología*, N° 55.

FARÍA, José Eduardo (1995), "El poder judicial en Brasil: paradojas, desafíos y alternativas", en *El otro derecho*, N° 20.

Artículos, tesis y escritos no publicados o presentados en seminarios, simposios, etc.

HERNÁNDEZ, Pedro y Antonio LÓPEZ (1993), "El poder simbólico del juez". Tesis de pregrado no publicada. Universidad Católica de Chile.

JARAMILLO, Adriana (1999), "La sucesión en el poder: el caso peruano". Disertación doctoral no publicada. Universidad de Nueva York.

GONZÁLEZ, Myriam y Juan SABOGAL (1991), "El costo de los derechos constitucionales". Investigación no publicada. Personería Distrital, Bogotá.

BARRETO, Juan Antonio (2000) "Hacia una historia crítica del derecho en América Latina". Ponencia presentada en el congreso de la Law and Society Association, Miami, mayo 28-30.