

Tendencias contemporáneas del derecho en Colombia

ÁLVARO SEPÚLVEDA FRANCO*

Cómo citar este artículo: Sepúlveda, A. (2024). Tendencias contemporáneas del derecho en Colombia. *El Otro Derecho*, 61, 123-138.



RESUMEN

Durante las últimas décadas, en Colombia y América Latina se han logrado avances significativos en la jurisprudencia y la aplicación del derecho. Estos cambios han surgido de procesos sociales, políticos y culturales, así como de aportes teórico-prácticos provenientes de diversos contextos geográficos y políticos. Han estado orientados a promover la justicia y el respeto por los derechos humanos en amplios sectores de la sociedad, especialmente en los más vulnerables. Al fomentar la renovación y adaptación del derecho a las realidades cambiantes de las sociedades, se ha contribuido significativamente a la inclusión y participación de grupos marginados en la formulación y aplicación de las leyes. El presente artículo se centra en algunas de estas innovaciones, concretadas en lo que se ha denominado nuevo derecho o neoconstitucionalismo, una manifestación del pluralismo jurídico (la coexistencia de múltiples sistemas de normas jurídicas, desde el derecho estatal hasta el consuetudinario de las comunidades étnicas) y del derecho alternativo (que busca opciones al derecho legal tradicional). Todo esto confluye en un nuevo ejercicio del derecho, a través de un novedoso concepto: la abogacía popular, que ha sido clave para el Acuerdo de Paz y la Paz Total del actual gobierno.

Palabras clave: neoconstitucionalismo, pluralismo jurídico, derechos humanos, abogacía popular, acuerdo de paz Gobierno – FARC.



ABSTRACT

In recent decades, significant advances in jurisprudence and the application of law have emerged in Colombia and Latin America. These changes have resulted from social, political,

* Abogado con Especializaciones en Instituciones Jurídicas y Derecho Público, y en Paz y Conflictos; y con Maestría en Intervención Social con Énfasis en Conflicto y Convivencia. Docente universitario. Fundador en Cali, Colombia, de la Asociación Escuela Ciudadana y director de Transformapaz, entidad promotora del Centro de Conciliación Convivencia & Paz. Correo electrónico: escuelaciudadana@gmail.com

and cultural processes, as well as theoretical and practical contributions from various geographical and political contexts. They have been aimed at promoting justice and respect for human rights across broad sectors of society, particularly the most vulnerable. By encouraging the renewal and adaptation of the law to the changing realities of societies, substantial progress has been made in the inclusion and participation of marginalized groups in the formulation and application of laws. This article focuses on some of these innovations, embodied in what has been called New Law or Neoconstitutionalism, a manifestation of legal pluralism (the coexistence of multiple legal systems, ranging from state law to the customary law of ethnic communities) and alternative law (which seeks alternatives to traditional legal frameworks). All of these converge in a new practice of law through a novel concept: popular advocacy, which has been crucial for the Peace Agreement and the Total Peace policy of the current government.

Keywords: neoconstitutionalism, legal pluralism, human rights, popular advocacy, Government – FARC peace agreement

INTRODUCCIÓN

El nuevo derecho, también conocido como derecho flexible, derecho dúctil o nuevo constitucionalismo emerge en el ámbito jurídico durante las últimas décadas como un enfoque sociojurídico que ha revolucionado la interpretación y aplicación del derecho en diversas jurisdicciones, incluyendo Colombia y Latinoamérica, donde se concretan tendencias iniciadas en países como Francia, Alemania, España y Estados Unidos. Es una expresión de pluralismo jurídico que responde a la vieja concepción jurisprudencial, monista, basada en el derecho natural clerical y en el derecho de influjo positivista (que, en el caso colombiano, aparece plasmada en la Constitución de 1886). Esta concepción admite la coexistencia, legítima y válida, de múltiples sistemas legales dentro de una misma sociedad.

El enfoque neoconstitucional se caracteriza, entre otros aspectos, por poner énfasis en la supremacía de la Constitución, la protección de un catálogo amplio de derechos fundamentales, la aplicación de principios jurídicos en la resolución de casos concretos y la creación de instituciones como los tribunales constitucionales. Se trata de una jurisprudencia y una doctrina de corte antiformalista y antitradicionalista que surge en Colombia tras la Constitución de 1991 como crítica a una cultura jurídica preponderante, relacionada con la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuevos sistemas y fuentes, el papel del juez, la creación del derecho, la relación derecho-sociedad, el carácter vinculante de los principios, etc.

En ese sentido, se trata de una modalidad de derecho alternativo, enfoque jurídico que busca opciones válidas al sistema legal tradicional percibido como inaccesible, lento, costoso e injusto, mediante la pretensión de promover la igualdad, la participación ciudadana y la justicia social.

Conceptualmente se nutre de teorías y autores norteamericanos y europeos: la analítica positivista de H. L. Hart, el liberalismo socialprogresista de Rawls, la propuesta jurídica democrática de Habermas y su teoría discursiva, los campos sociales de Bourdieu, el cambio en el paradigma interpretativo de Worker y su propuesta de liberalismo igualitario, la dogmática de los derechos fundamentales de Roberth Alexis, la teoría feminista, la teoría de la argumentación de Perelman y de Atienza, entre otros.

De este múltiple contexto, se deriva, a partir de la década de 1980, e inicialmente en Brasil, la *abogacía popular*, la cual apunta a la transformación social a través de la politización y la humanización de la práctica jurídica, además de recurrir a los instrumentos clásicos de defensa de los derechos. De este modo, y en medio de comprensibles dificultades, en nuestro medio colombiano y latinoamericano se abren inéditos caminos jurisprudenciales que desembocan en un nuevo ejercicio del derecho, en otros derechos posibles, lo que resulta fundamental en estos momentos en que se busca implementar en el país el Acuerdo de Paz y avanzar en la propuesta que ha planteado el actual gobierno de *Paz Total*, un cese definitivo de hostilidades con todos los grupos armados al margen de la ley.

EL NUEVO DERECHO O NEOCONSTITUCIONALISMO

En Colombia, el neoconstitucionalismo ha tenido un impacto significativo en la jurisprudencia, la teoría del derecho y la práctica judicial. A partir de la promulgación de la Constitución del 91, pluralista, incluyente y progresista, se estableció un ordenamiento jurídico basado en los principios de democracia participativa, en el Estado social de derecho, la protección de los derechos humanos, la inclusión de minorías étnicas, la libertad de cultos; además, se crearon nuevas instituciones como la Fiscalía General de la Nación, el Consejo Superior de la Judicatura, la Defensoría del Pueblo y la Corte Constitucional, encargada esta última de guardar su integridad y supremacía.

La nueva Constitución introdujo un nuevo paradigma jurídico que privilegia la constitución como norma suprema, y reconoce la importancia de los derechos fundamentales (salud, educación, vivienda, servicios públicos, en general los derechos económicos, sociales y culturales) como ejes centrales del ordenamiento jurídico; y origina la noción de Estado social de derecho,

que enmarca la nueva forma de concebir el sistema de fuentes del derecho; manantial del cual brota la función protectora por parte del Estado a los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, considerada (Sentencia, T-291/16) como el derecho inalienable y autónomo equivalente al trato especial que tiene toda persona por el solo hecho de serlo y a vivir de acuerdo con su libre discernimiento de manera eficaz y con el reconocimiento directo (Vicuña y Aguilar, 2018, p. 25).

El espíritu neoconstitucional busca la protección real y efectiva de los derechos (individuales y colectivos), así como estabilizar los cambios sociales, para lo cual estipula reglas que garanticen la dignidad humana, la prevalencia del interés general y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. La constitución política no se concibe ya como un mero estatuto normativo, sino como la única fuente del derecho que valida y legitima la estructura del Estado mediante principios y valores.

Uno de los pilares fundamentales del neoconstitucionalismo en el contexto colombiano es la teoría del control de constitucionalidad, que otorga a la Corte Constitucional la facultad de revisar la conformidad de las leyes y actos administrativos con la Constitución. Esta facultad ha permitido a esta Corte desempeñar un papel activo en la protección de derechos y en la defensa del Estado de derecho. A través de sus decisiones, la Corte ha desarrollado una jurisprudencia sólida en materia de DD.HH., igualdad, justicia social y participación ciudadana. En suma, se ha abandonado el uso arcaico que prevaleció hasta 1991, estableciéndose la que, en opinión de algunos juristas, es la jurisprudencia más avanzada en materia de derechos fundamentales de toda América Latina.

Como anota García (2008, p. 290), “Esta nueva concepción se implantó y fortaleció por la labor vanguardista y progresista de la Corte Constitucional, y por el papel de algunas academias jurídicas nacionales”. En efecto, sus desarrollos teóricos se deben al trabajo realizado por profesores de las principales facultades de derecho que han aportado a su evolución y sofisticación, y constituye una novedad en la forma como se concibe el Estado social de derecho, la práctica en juzgados y tribunales, así como la enseñanza en las universidades.

Otro aspecto importante del neoconstitucionalismo es la aplicación de los principios constitucionales en la resolución de casos concretos. La Corte Constitucional ha adoptado un enfoque progresista que busca promover la justicia social y corregir las desigualdades históricas en el país. Por ejemplo, ha reconocido el derecho a la salud como fundamental y ha ordenado al Estado garantizar el acceso universal a los servicios de salubridad, incluso para aquellos que carecen de recursos económicos. También ha protegido los derechos de las minorías étnicas y sexuales, así como promovido la inclusión y la diversidad colombiana. Sus decisiones a menudo han sido polémicas por abordar discusiones de incidencia filosófica como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad, la interrupción voluntaria del embarazo, la eutanasia, la dosis personal de estupefacientes, el mínimo vital o el suicidio asistido.

También es importante resaltar que el neoconstitucionalismo se ha extendido, más allá del nuevo derecho constitucional y jurisprudencial, a ámbitos como el derecho internacional, el societario, el agrario, el concursal, el laboral y el de las comunicaciones.

Por otra parte, el nuevo derecho demanda un nuevo tipo de juez y

de magistrado: alguien que ante todo vela porque se concreten y protejan los derechos de los ciudadanos, no aquel que se limita a fungir de fiscalizador del cumplimiento literal, dogmático y restringido de la ley, o a repetir rituales carentes de contenido. En palabras de Gaviria,

Cuando se dio la Constitución del 91, una de las mayores virtudes que en ella advertí fue la exigencia implícita de un nuevo juez colombiano. Que no se nutra sólo de incisos y párrafos incitantes a la hermenéutica (¿o no hermenéutica?) exegética, sino de reflexiones que le permitan descifrar la clave de un universo axiológico tan apasionante y complejo como el que acoge nuestra Carta (Gaviria, 2002, p. 57).

A este nuevo juez lo deben caracterizar el compromiso con los lineamientos del Estado social de derecho, el conocimiento de la ley, el tacto, la discreción, la honestidad, la valentía, la imparcialidad, la independencia, la conmiseración y la formación permanente. Es un juez que toma en cuenta los contextos sociales, políticos y económicos, y que procura siempre el cumplimiento de los principios y valores de la constitución; que garantiza el derecho de acceso a la justicia; y que además asume un compromiso con su despacho, pero también con la institucionalidad de la que es representante y con la sociedad. A los jueces se les demanda que en el ejercicio de su trabajo se tornen en *filósofos del derecho*, aunque no en el sentido de que se formen en una rama especializada de la filosofía del derecho ni que asuman posiciones filosóficas determinadas, sino en el de que sean responsables y de que cultiven ciertas virtudes en sus hábitos intelectuales y éticos; se esperan, más bien, jueces *virtuosos en el derecho*: que interpreten las leyes en atención al espíritu de la tradición jurídica y cultural, y que cumplan su labor no sólo considerando la validez de las normas a la luz del ordenamiento jurídico positivo, sino teniendo en cuenta su eficacia social y su legitimidad en concordancia con los principios, valores y derechos consagrados en la constitución.

Para conseguir esto, los jueces deben anclar sus veredictos en disposiciones racionales en el contexto del ordenamiento jurídico vigente. Toda afirmación ha de estar fundamentada y acompañada de las razones por las cuales se toma una u otra decisión. Además, la protección de los derechos ya no depende sólo de la ley, de la tipificación normativa, sino de su consagración constitucional y de su interpretación. Por esto,

El juez del Nuevo Derecho puede y, más que eso, debe, determinar en casos concretos la existencia de derechos no contemplados explícitamente en el ordenamiento, por lo que requiere una mayor profundidad moral, política y social para desempeñar su función; debe ser más fuerte y ya no solamente el burócrata, y admite abiertamente que es él quien decide, y no la ley (García, 2008, p. 27-28).

Sus decisiones no pueden desconocer las implicaciones sociopolíticas y culturales, ni delegar en un tercero la responsabilidad del fallo.

Por último, cuando la ley se opone al alcance de la justicia, es preciso contrariar la autoridad legislativa o constitucional, lo cual implica por su puesto que el juez posea una visión amplia del significado de la democracia y disponga de un andamiaje teórico que le permita argumentar debidamente su interpretación constitucional sin perder de vista los fundamentos del Estado social de derecho. Desde la óptica del nuevo derecho, el cambio en el papel tradicional del juez debe estar dirigido a que se materialice efectivamente el acceso a la administración de justicia que se erige, así, como el principal derecho para tener derechos.

DEL MONISMO JURÍDICO AL PLURALISMO JURÍDICO

El nuevo derecho se inscribe en el tránsito del monismo al pluralismo jurídico. El monismo jurídico es una concepción tradicional del derecho que sostiene que existe un único sistema legal supremo, una justicia nacional, que se aplica de manera uniforme en una determinada jurisdicción. Desde esa visión, todas las normas, tanto nacionales como internacionales, se subordinan a una norma suprema, generalmente la constitución de un país. No se reconoce la validez de ninguna norma que entre en conflicto con la norma suprema.

Este enfoque monista, aunque predominante durante mucho tiempo, ha sido objeto de críticas debido a su rigidez y su incapacidad para dar cuenta de la diversidad cultural y legal actual. Ha sido la tradición del derecho basada en la corriente europea y una reciente anglosajona la que nos acostumbró al monismo jurídico (monismo viene de uno), que expresa la validez jurídica de un único derecho en un determinado territorio. La teoría estatista del derecho considera sólo el derecho estatal, el que produce el congreso y el que aplican los jueces. El jurista se veía obligado a afirmar que no hay otro derecho diferente del estatal, y el Estado pretendía poseer el monopolio de la fuerza física, coactiva; el derecho era su manera del monopolio del Estado. Éste se caracterizaba por poseer tres monopolios: el de la fuerza, el de los tributos y el de la justicia.

En contrapartida, se propone el pluralismo jurídico. O, en palabras de Wolkmer(1996, p. 35), “un tipo específico de pluralidad jurídica abierta, flexible, participativa y democrática, síntesis de todos los intereses cotidianos, individuales y colectivos”.

El pluralismo jurídico admite que el derecho no es un fenómeno estático y uniforme, sino que es dinámico y diverso, reflejando las distintas tradiciones, valores y prácticas de una sociedad. Reconoce la validez de diferentes sistemas normativos, incluyendo el derecho estatal, el

consuetudinario, el religioso y otros sistemas normativos informales. En términos de Garzón,

Los autores del Movimiento del Derecho Libre contribuyeron a consolidar en el siglo XX el paradigma del “pluralismo jurídico”, aportando sus principales fundamentos teóricos. En la casi totalidad de los autores del referido Movimiento, el paradigma del “pluralismo jurídico” se entremezcla con la concepción sociológica de las fuentes del derecho, que dichos autores propugnaron. Dicho paradigma implica la idea de que, junto al derecho estatal, existen otros “derechos” u otros sistemas jurídicos, los cuales coexisten con aquel, unas veces armónicamente y otras veces en conflicto, pero que, en cualquier caso, viven “con independencia del Derecho estatal (Garzón, 2012, p. 12).

La diversidad legal se manifiesta de diversas formas en la práctica. Por ejemplo, en muchas sociedades, especialmente en aquellas con una rica diversidad cultural, existen sistemas legales tradicionales basados en costumbres y prácticas ancestrales que coexisten con el sistema legal estatal. Estos sistemas, a menudo conocidos como sistemas de derecho consuetudinario, son fundamentales para la identidad y la cohesión de las comunidades locales.

Además, el pluralismo jurídico le confiere importancia al derecho y a los tratados internacionales en la configuración del orden legal global. Estos instrumentos legales internacionales juegan un papel cada vez más importante en la regulación de cuestiones que trascienden las fronteras nacionales, como los derechos humanos, el medio ambiente y el comercio internacional.

Por lo demás, ese tránsito del monismo al pluralismo jurídico era socialmente inevitable, tal como lo especifica Ariza:

[...] el derecho cada día se enaltece con los grandes conglomerados económicos y se distancia radicalmente de la sociedad. Esto conlleva la aparición de otro derecho que tiene un acervo social y cultural cercano a la vida cotidiana y a los problemas reales, y no a las formulaciones metateóricas del campo jurídico. (...) Las comunidades marginales, los grupos minoritarios, los pueblos ancestrales y los excluidos del derecho de acceso a la justicia configuran su propia justicia: una justicia justa y no legal, que predominantemente regula las relaciones cotidianas y le da sentido a unas prácticas comprensibles e integradas en su medio; por esto son cada vez más aceptadas y desarrolladas por los profanadores del derecho, que no son otros que los hacedores de lo justo en comunidad (Ariza, 2008, p. 2).

Fue Eugen Ehrlich quien primero habló de un *derecho viviente* y

de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos al señalar que el punto central del derecho no está en la legislación ni en la ciencia jurídica, sino en la sociedad misma. Pero en Colombia, el pluralismo jurídico tiene unas raíces históricas, sociales y culturales profundas que se remontan a la época precolombina, donde las comunidades indígenas tenían sus propias formas de organización social y sus sistemas normativos. Con la llegada de la colonización española en el siglo XVI, se introdujo un sistema legal basado en el derecho romano y canónico, que coexistió con las normativas indígenas:

El Sistema de Jurisdicción de Caciques de pueblos indios fue abolido y remplazado por el sistema judicial civil de cada país; éste adquiere exclusivamente el ejercicio de poder en los tribunales de justicia. Aún hoy hay magistrados que ignoran que haya jurisdicción indígena, si el poder judicial reside en todo. ¿Cómo se va a sentir una persona parte de un Estado si se le reprime constantemente por exigir lo que considera justo? (Yrigoyen, 2009).

Con el tiempo inicia el reconocimiento gradual de la pluralidad. Así, “sólo con la pronta declinación de los Estados nacionales empieza a introducirse una nueva visión jurídica más plural; países como México y Perú (1910 y 1919 respectivamente) empiezan a introducir en las Constituciones algunos reconocimientos a las tierras, a las colectividades” (Yrigoyen, 2009). En el caso de Colombia, la Constitución de 1991 marca un hito importante en el reconocimiento del pluralismo jurídico nacional. La Carta suprema reconoció la diversidad étnica y cultural del país estableciendo mecanismos para la protección de los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, incluyendo el reconocimiento de sus sistemas de justicia.

Ahora bien, es claro que hay instituciones que se regulan a sí mismas, que permanecen al margen de la coacción estatal: las iglesias, las organizaciones deportivas, las agrupaciones de profesionales, las asociaciones de padres de familia, los sindicatos, los clubes, y algunas otras, si bien en ellas el detentador de la coacción en última instancia es el Estado, cuya sanción tiene carácter de universalidad. Nadie puede escapar a la coacción del Estado, y, además, como plantea Brewer (2009, p. 3), puede hablarse hoy “de un derecho ciudadano a la Constitución y también de un derecho a la democracia”.

De alguna manera, existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones existentes, pues cada institución supone un orden jurídico específico. El Estado es un grupo más de los que crean derecho, aunque ha logrado al imponerse sobre los otros grupos sociales; monopoliza la producción formal del derecho, que fundamenta en la fuerza coactiva, y que basa en el paradigma individualista de la modernidad. Pero es claro que el derecho estatal no es todo el derecho, lo cual supone admitir un concepto de “juridicidad” más amplio del usado tradicionalmente por la ciencia jurídica (Arnaud y Fariñas, 2006, p. 90).

En un contexto de pluralismo jurídico, por lo demás, los sistemas coexistentes mantienen relaciones que a veces son armónicas y a veces conflictivas. En ocasiones, cuando un sistema jurídico diferente del estatal (el indígena, por ejemplo) aplica su normatividad, entonces la justicia monista (la del Estado) con frecuencia la criminaliza mediante la imputación de delitos como abuso de autoridad o ejercicio indebido del cargo, u otros. De ahí que sea preciso establecer coordinaciones bilaterales entre los derechos alternativos y los estatales.

Por otra parte, es preciso recalcar que el pluralismo jurídico no niega ni sustituye al derecho estatal; simplemente presupone su coexistencia. Y si pretende consolidarse como un nuevo paradigma jurisprudencial, tiene algunos desafíos que solventar, máxime en momentos en que se requieren nuevas herramientas teóricas que respondan a las demandas de los nuevos sujetos colectivos interesados en su emancipación, en la justicia y en el respeto a los DD.HH.

DERECHO ALTERNATIVO Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Asociado al concepto de pluralismo jurídico, surgen los conceptos de *derecho alternativo* y de *uso alternativo del derecho*. El primero, pretende romper el predominio del derecho hegemónico del Estado y obtener su reconocimiento jurídico que intenta posicionarse como complementario al derecho estatal en la vía de implementar un auténtico pluralismo jurídico o coexistencia de derechos. El segundo, implica un determinado uso interpretativo y aplicativo del derecho del Estado, y tiene una causa fáctica: las deficiencias del derecho del Estado fundado en una justicia, unas leyes llenas de lagunas, brechas, vaguedades, ambigüedades, contradicciones, que permiten una variada interpretación y aplicación de esas normas en función de ideologías concretas.

El derecho alternativo es visto y entendido, en una de sus manifestaciones, como la concreción de innovaciones introducidas a los contenidos jurídicos en sus usos provenientes de fuentes no tradicionales o formales de regulación de la convivencia social que permiten recomponer el tejido social deteriorado por la pugna de intereses. Otra manifestación que proyecta el derecho alternativo es un derecho paralelo, no radical, producto de la crisis social y la legitimación oficial, sea por falta de fortaleza de la organización política (Estado débil, Estado fallido porque no responde a las necesidades, no es un Estado operante).

Los impulsores del derecho alternativo ven el fenómeno jurídico desde las más diversas posturas: humanistas, dialécticas, corriente psicoanalítica, escuela neomarxista, escuelas de sociología y antropología jurídica, y las vinculadas a la teoría de la liberación. Esto nos da otra idea de la nueva concepción del derecho: la interdisciplinariedad o transdisciplinariedad,

visión imprescindible en el ejercicio actual de la actividad jurídica. “¿No ha llegado el momento de que los juristas pongan término a sus divagaciones teóricas dentro del ámbito cerrado de su disciplina, cuidadosamente aislada por ellos mismos de otras ciencias sociales, sin que les importe la eficacia o el resultado que aquellas tienen respecto de las realidades sociales?”, se interroga Novoa (1981, p. 15).

En general, se pueden identificar dos formas de derecho alternativo: uno, de vocación monista, o reformador, que se propone suplantarse otro derecho de base monista como el estatal y que tiene una naturaleza más política que social o cultural, pues surge de movimientos revolucionarios o de liberación nacional; y otro, el derecho alternativo en sentido estricto, cuya intención no es sustituir un derecho hegemónico, sino convivir con él, y que se presenta en entidades colectivas que recurren a la justicia de reconocimiento dadas sus diferencias culturales, como es el caso de los pueblos indígenas.

La Constitución del 91 es la pionera en el reconocimiento de ese otro derecho, de esa justicia alternativa. Colombia fue de los primeros países en reconocer la autoridad con carácter jurisdiccional de las comunidades ancestrales de los pueblos indígenas, y también en el reconocimiento del papel que juegan los conciliadores y los árbitros como administradores de justicia. Esa apertura nos lleva a que la justicia pueda llegar a todas partes. No hay que esperar que, en determinados contextos sociales, culturales, geográficos, la llegada del juez para que llegue la justicia, sino que ésta puede llegar al tiempo que llegan los ciudadanos.

La justicia es una atribución esencial del Estado. Para que éste pueda existir como tal, necesita ser el árbitro en las disputas y tiene que garantizarle los derechos a cada uno de los ciudadanos. En el caso de la justicia alternativa, no sólo el aparato burocrático del Estado, los jueces, son los que van a garantizar esos derechos, sino también los particulares. Los conciliadores en equidad son la figura comunitaria más importante y con mayor reconocimiento por parte del Estado en estos 33 años de ejercicio de la justicia alternativa desde la nueva constitución.

Expresiones de pluralismo jurídico en Colombia son: la jurisdicción especial indígena, los consejos comunitarios de las comunidades negras, los comités de conciliación de las juntas de acción comunal (que una reciente norma equipara con los conciliadores en equidad porque las decisiones del comité y del acta de conciliación prestan mérito ejecutivo y cursan tránsito a cosa juzgada), los jueces de paz (elegidos popularmente y que no son necesariamente abogados), los conciliadores en equidad (que resuelven conflictos mediante negociación, mediación o conciliación, pero que no dictan sentencias como los jueces de paz), los árbitros, los amigables compondores, los mediadores y los negociadores en procesos de insolvencia de persona natural no comerciante.

Algunos juristas como Wolkmer (1996, p. 32), señalan que “lo alternativo rompe con el postulado de la llamada neutralidad científica de la modernidad y con la objetividad técnica del positivismo jurídico, tomando partido ahora, en cambio, por lo instituido, por la diferencia de lo institucionalizado, por el cambio de lado: se trata del comportamiento con mayorías sin justicia, oprimidas y marginadas”.

En Colombia, este enfoque ha cobrado fuerza especialmente en el contexto de la defensa de los derechos humanos y la búsqueda de justicia para las víctimas del conflicto armado. Organizaciones de la sociedad civil, movimientos sociales y comunidades afectadas han impulsado prácticas y estrategias basadas en el derecho alternativo para hacer frente a situaciones de violencia, desplazamiento forzado y vulneraciones de derechos.

El uso alternativo del derecho va más allá de simplemente aplicar técnicas jurídicas novedosas: implica cuestionar las estructuras de poder y las relaciones de dominación que subyacen al sistema legal vigente. En Colombia, esto adquiere especial relevancia en un contexto marcado por la violencia, la exclusión y la impunidad. Una de las áreas donde ha tenido un impacto significativo es en la defensa de los derechos de las comunidades indígenas, quienes han desarrollado sistemas normativos y de justicia propios, basados en sus tradiciones ancestrales y en el respeto a la naturaleza, como una forma de resistencia frente a la imposición de leyes y políticas que amenazan su supervivencia cultural y territorial. Asimismo, el uso alternativo del derecho se ha manifestado en la lucha contra la corrupción y la impunidad, a través de mecanismos de rendición de cuentas, denuncia pública y movilización ciudadana. La creación de herramientas como los observatorios de transparencia y los sistemas de alerta temprana ha permitido visibilizar y combatir la corrupción en distintos ámbitos, desde la contratación pública hasta la administración de justicia.

Al ser un derecho distinto al hegemónico del Estado, el derecho alternativo se sustrae al poder hegemónico de los grupos sociales dominantes, y da lugar “a una pluralidad de derechos alternativos: de las etnias, de las periferias urbanas, de los inmigrantes, de las zonas territoriales singulares, etc.” (Soriano, 1997, p. 364).

El derecho alternativo, en síntesis, es expresión de la creatividad y la resistencia de los pueblos frente a la injusticia y la opresión.

Con la vigencia del pluralismo jurídico, el nuevo derecho y el derecho alternativo se pretende erradicar de la sociedad, de las costumbres políticas, de la vida cotidiana y de las normas jurídicas toda forma de racismo, xenofobia, homofobia, aporofobia, autoritarismo, patriarcalismo, clasismo, colonialismo... Desde los años sesenta, amplios sectores sociales que se han sentido excluidos han logrado variadas reivindicaciones con sus exigencias. Movimientos sociales como el feminismo, el ambientalismo, el animalismo, los grupos étnicos, los estudiantes, los campesinos, los sindicalistas que han reclamado derechos y denunciado injusticias, han conquistado derechos

que se han visto reflejados en leyes, normas, decretos, jurisprudencia, destinados a fortalecer las democracias, reconstruir el tejido social y a establecer un nuevo pacto social justo que permite convivir respetando las normas de la convivencia y la paz.

Si superamos esta democracia tan débil, pobre y de papel es para alcanzar una democracia radical, integrista, que posibilite sociedades más democráticas y abiertas, que nos acerquen a un mundo de la información, al conocimiento, a la conservación del medio ambiente, la defensa de los DDHH y la paz completa. Ahora más que nunca, es preciso responder en acto a la denuncia de Ossa (2012, p. 1): “El derecho se ha alejado de la justicia, se ha alejado de la verdad, se ha alejado del hombre, y la tarea del abogado de hoy es volver por los fueros, romper, destruir, si es posible, el rigorismo formalista y hacer que volvamos a creer en el derecho”.

La cuna del derecho alternativo está en Brasil, donde se le denominó derecho insurgente o *de la calle*. Sus principales exponentes son el magistrado del estado de Portoalegre Augusto Belo Carvalho, Arruda de Lima, Eliane Botelho, José Eduardo Faria; en México, Jesús Antonio de la Torre Rangely el argentino, Oscar Correas; en Chile, Manuel Jaques. En Colombia, hay ONG dedicadas a la difusión de los servicios legales alternativos: el Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA), la Fundación Lazos de Dignidad (FLD), la Comisión Colombiana de Juristas, el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, el Instituto Popular de Capacitación (IPC) de Medellín; y la Escuela Ciudadana y el Centro de Conciliación Convivencia & Paz en Cali.

ABOGACÍA POPULAR Y EMPODERAMIENTO JURÍDICO

El nuevo derecho, fundado en el pluralismo jurídico e inmerso en las corrientes del derecho alternativo, encuentra su expresión práctica, social y judicial en la llamada abogacía popular, surgida en Brasil a partir de la segunda mitad de la década de 1980, poco antes de la promulgación en ese país de la Constitución de 1988, y que con el paso del tiempo se ha extendido a otras naciones, entre ellas Colombia. Procede de los movimientos sociales que luchan contra la explotación económica y los regímenes autoritarios, y en especial cuando los abogados encargados de la defensa de los presos políticos decidieron asumir también la defensa de otros sectores poco favorecidos de la población brasileña.

Si bien es claro que lo propio de la abogacía popular es su compromiso con valores ético-sociales, no es fácil distinguirla de otras expresiones jurídicas ni establecer una única definición del concepto, pues “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” (Botelho, 1999, p. 15).

Se trata de una abogacía dirigida a los sectores más vulnerables de la sociedad, que politiza la demanda jurídica, procura humanizar al cliente, genera estrategias de lucha y resistencia, y además incentiva la organización colectiva de la clientela. Busca la transformación social utilizando, además de los instrumentos clásicos de defensa de los derechos, mecanismos politizados al asociarse con movimientos sociales y organizaciones de base.

Generalmente se percibe al derecho de los jueces y de los abogados como un derecho distante en un lenguaje sofisticado, ilegible. Se habla de incisos, párrafos, que el común de la gente no entiende. Hay estudios que indican que entre más se pertenezca a sectores populares, menos acceso se tiene a la justicia y a que se diriman sus conflictos jurídicos. En cambio, la cuestión para el abogado popular, más allá de defender presos o impugnados, es poner los conocimientos jurídicos al servicio de los sectores vulnerables, ante la carencia de profesionales involucrados en movimientos sociales con conocimiento técnico de las leyes. El principio fundamental que la anima es la voluntad explícita de que “el derecho sea una herramienta que funcione al servicio de las luchas de clases populares, de los recursos naturales, de las luchas por las disidencias y las mujeres organizadas” (Lambert, 2023).

Como afirma Botelho (1999, p. 17), “a los abogados populares los caracteriza un deseo de transformación social y de construcción de una sociedad más justa”. De ahí que sus prácticas varían según el contexto y las necesidades específicas de las comunidades. Pueden incluir la asesoría legal gratuita, la representación en casos judiciales, la educación legal popular, la incidencia política y la movilización social. Con su trabajo, los abogados populares contribuyen asimismo al incremento de la participación de los sectores populares en los ámbitos públicos, lo mismo que a su politización.

La abogacía popular convirtió la abogacía aristocrática, centrada en la defensa de intereses individuales y preocupada por el éxito profesional y financiero, en una abogacía democrática, dado su empeño por defender a los oprimidos y aproximar el derecho vigente al ideal de justicia en la realidad. Es una abogacía no tradicional que da un tratamiento diferente a los clientes, con los cuales busca las soluciones posibles al conflicto, ayudándoles a hacer su proyecto y sus propuestas.

En Colombia, la abogacía popular surge como una respuesta a las necesidades legales de las comunidades más afectadas por la violencia, la pobreza y la discriminación. Y también como respuesta a los cambios políticos recientes, como la promulgación de la Constitución Política de 1991 con el amplio catálogo de derechos que albergó, y la firma del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno nacional y las FARC-EP junto con los desafíos que su implementación implica. Es evidente que en el país existe la necesidad de promover y defender los derechos humanos en una perspectiva que vaya más allá de la ratificación de convenios internacionales, que centre la atención en apuestas intelectuales y políticas, así como en la movilización social. Y ésta es precisamente una de las tareas que se autoimpone la abogacía popular.

En esa línea, se ha organizado la *Red Colombiana de Abogacía Popular* que, alejada de las concepciones tradicionales y hegemónicas del derecho, trabaja con comunidades, organizaciones populares y diferentes grupos sociales. La Red reconoce el pluralismo jurídico propio de nuestras comunidades y la necesidad de que se garantice el acceso a la justicia; promueve la educación jurídica popular, la investigación social, la asesoría legal, así como acciones de incidencia política; y se compromete a promover un uso alternativo del derecho, a fomentar el debate sobre la justicia y a ofrecer apoyo a las justicias propias, comunitarias y feministas, lo mismo que a defender los derechos humanos, a la construcción de la paz, el diálogo y el trabajo articulado en Nuestra América.

Durante las décadas de conflicto armado, muchas organizaciones de derechos humanos y movimientos sociales adoptaron enfoques de abogacía popular para enfrentar la violencia y la impunidad. Sin embargo, también enfrenta una serie de dificultades en su trabajo: la estigmatización y la persecución de defensores de derechos humanos en Colombia son persistentes, y los abogados y activistas que trabajan en comunidades marginadas a menudo enfrentan amenazas, intimidación y ataques. Además, la falta de recursos y el acceso desigual a la justicia a menudo obstaculizan el trabajo de la abogacía popular, especialmente en áreas rurales y remotas del país.

Por último, la abogacía popular en nuestro país representa una poderosa herramienta para la defensa de los DD.HH, y la construcción de una sociedad más justa, inclusiva y pacífica. Al empoderar a las comunidades, desafiar las injusticias y promover la participación ciudadana, continúa siendo un actor clave en la lucha por la justicia y por la consolidación de la paz. Como sostiene Ordóñez (2022, p. 4), en la realidad nacional actual del país

se conjugan dos situaciones particulares de transición: en primer lugar, la implementación del Acuerdo de La Habana firmado en 2016 y las apuestas que desde diferentes sectores de la vida nacional, incluyendo el actual Gobierno, se tienen por lograr la superación del conflicto armado y la consecución de una paz completa; y, en segundo lugar, la ruptura en la continuidad del sector de clase que estaba en el poder y la llegada a la presidencia, por primera vez, de una alianza política de centro izquierda.

En este escenario, las organizaciones de servicios legales alternativos tienen un papel esencial que jugar, recobrando el sentido de lo político de su accionar. Para lo cual disponemos de las nuevas herramientas derivadas de la Constitución del 91, como, entre otras, los fallos de la Corte Constitucional, los jueces de paz, el mismo proceso de paz, la justicia restaurativa que creó la Justicia Especial para la Paz, la justicia transicional, la reparación integral, las garantías de no repetición.

En momentos cruciales, cuando en varios países vemos emerger regímenes dictatoriales de ultraderecha que ponen en riesgo de declive la democracia, aprovechemos que en Colombia desde las últimas elecciones presidenciales estamos viviendo transformaciones y cambios en el ejercicio del poder, incluidos los jurisprudenciales a los que se ha hecho referencia aquí.

Cali, febrero de 2024.

REFERENCIAS

- ARIZA, R. (2008). Justicias, pluralismo y derecho socialmente existente. *Revista IUSTA*, 28, 15-32.
- ARNAUD, A. J. y FARIÑAS, M. J. (2006). *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Universidad Carlos III.
- BOTELHO, E. (1999). *Los abogados populares: en busca de una identidad*. [en línea]. Disponible en: https://www.academia.edu/10114295/Abogados_Populares?email_work_card=thumbnail
- BREUWER C., A. R. (2009). Sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: del reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia. *Revista Universitas*, v. 58, n.º 119, 93-112.
- GARCÍA, L. (2008). El “Nuevo Derecho” en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente?. *Revista Derecho*, 29, 289-330.
- GARZÓN, P. (2012). Pluralismo jurídico y derecho alternativo: dos modelos de análisis. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 16, 215-244.
- GAVIRIA, C. (2002). *Sentencias: herejías constitucionales*. México: Fondo de Cultura Económica.
- GUTIÉRREZ, M. (2011). Pluralismo jurídico y cultural en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 26. 85-105.
- LAMBERT, R. (2023). La abogacía popular como herramienta de lucha y transformación. *El Editor*, 1320, [en línea]. Disponible en: <https://www.eleditor.com.ar/nota-la-abogacia-popular-como-herramienta-de-lucha-y-transformacion-2091>
- MATÍAS, S.; & ESTUPIÑÁN, L. (2014). Contradicciones del constitucionalismo colombiano contemporáneo. *Revista Republicana*, n.º 17, 41-66.

- NOVOA, E. (1981). *El derecho como obstáculo al cambio social*. Madrid: Siglo XXI.
- ORDÓÑEZ, F. (2022). Servicios legales y abogacía popular en una Colombia en transición. *Revista Raya*. [en línea]. Disponible en: <https://revistaraya.com/freddy-ordonez-gomez/180-servicios-legales-y-abogacia-popular-en-una-colombia-en-transicion.html>
- OSSA, M. (2002). Nuevas tendencias del derecho. *Revista Opinión Jurídica*, v. 1, n.º 2, 37-50.
- SORIANO, R. (1997). *Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- UPRIMNY, R. (1997). Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica. En: VV. AA. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Ediciones rosaristas.
- VICUÑA, M.; & AGUILAR., A. (eds.) (2018). *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Barranquilla: Universidad Simón Bolívar.
- WOLKMER, A. C. (1996). *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*. Curitiba: Edibej.
- YRIGOYEN, R. (2009). Del Monismo Jurídico a la Jurisdicción Pluricultural. Intervención en el Foro de Intercambio de experiencias en justicia indígena. *Actualidad étnica*. [en línea]. Disponible en: <https://mail.actualidadetnica.com/actualidad/justicia/7403-del-monismo-juridico-a-la-jurisdiccion-pluricultural.html>