

ACCESO A LA JUSTICIA CAMINOS PARA HACER EFFECTIVO EL DERECHO

HERNANDO TORRES CORREDOR
Profesor de la Universidad Nacional de Colombia

Un derecho que se abre espacio

A pesar de su reconocimiento desde hace más de un siglo, solamente las últimas generaciones de estadistas y juristas aparecen preocupadas por el desarrollo del Derecho al acceso a la justicia.

Los mayores esfuerzos y progresos para hacer viable este derecho los han realizado los países de corte anglo-sajón, pero particularmente, los Estados Unidos de América, donde han puesto en ejecución diversas alternativas y aplicado para su desarrollo importantes recursos del Estado; las naciones de la Europa Continental con sistemas jurídicos de gran tradición romanista, han impulsado cambios significativos en el reconocimiento de nuevos derechos a favor de personas desprotegidas y de poblaciones no organizadas, que los han conducido a preocuparse porque esos derechos sean respetados y se logre su efectividad.

Este proceso que se ha impulsado en el último medio siglo en sociedades desarrolladas, bajo la dirección de Estados denominados de Bienestar, recién se empieza a abrir espacios en el territorio institucional y en el ordenamiento jurídico nuestro; en efecto, es a propósito de la expedición de la nueva Constitución que se hace explícito este derecho y que se empiezan a precisar sus

alcances con las decisiones elaboradas por la Corte Constitucional.

Aparece como sustrato de todo este proceso, la idea de igualdad de los ciudadanos, concepto que ha sido reconocido por el mundo desde los estóicos hasta los Cristianos, para renacer en expresiones de Bobbio, con un nuevo vigor durante la Reforma, asumir forma filosófica en Rousseau y los socialistas utópicos y expresarse en forma de verdadera y propia regla jurídica en las declaraciones de los Derechos Humanos desde finales del siglo XVIII hasta hoy.

Esta idea postula que todos los individuos, hombres, mujeres, niños, ancianos, cualesquiera sea su profesión u oficio y condición; son iguales ante la Ley y, por tanto, son beneficiarios de todas las garantías que ella ofrece.

Este principio aparece consagrado en el artículo 13 de la nueva constitución y expresa que:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política y filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

El Estado y el derecho de acceso a la justicia

El Estado de hoy en día, no se limita a ejercer la función tradicional de ser juez y gendarme del orden público, sino que bajo la concepción de Estado social de derecho, se le han otorgado atribuciones para que aporte soluciones y propuestas que permitan superar los desequilibrios y facilite convocatorias para que los ciudadanos puedan intervenir en la solución de los conflictos y en la materialización del derecho.

Esta nueva concepción que ha quedado incorporada en la norma superior, referida a la igualdad, le ordena brindar protección y crear todas las condiciones para que esta sea real y efectiva; y, en el artículo 229 consagra el derecho de acceso y lo expresa así:

“Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La Ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

Sin embargo y, a pesar de su postulación, los obstáculos para acceder a la justicia son enormes y nada fáciles de remover; porque el derecho de Acceso no se puede traducir como el hecho de llegar a los estrados judiciales; ni siquiera como la posibilidad de ser representado judicialmente y terminar un proceso.

El Derecho de acceso a la justicia connota en la expresión de Cappelletti y Garth “Los medios gracias a los cuales los derechos se hacen efectivos”. El acceso a la justicia es una cuestión que interesa al procedimiento: pero por su objetivo ello concierne al fondo del derecho: Los medios tienen por objeto realizar la “Justicia”. Nuestras leyes y nuestras constituciones proclaman con enfasis objetivos que son muy a menudo desatendidos. Qué se puede hacer para que los principios así afirmados lleguen a ser una realidad viva y exaltante¹.

Esto supone el funcionamiento de un Estado que se mueva y que actúe en Derecho, un Estado de Derecho; aún más, el Constituyente consagró en su artículado que Colombia es un Estado Social de Derecho; Social, al investirlo, dentro de la concepción de Estado de Bienestar, de facultades para hacer presencia activa en los escenarios económicos y sociales, e intervenir para superar los desequilibrios que se presentan en la vida ciudadana, entre los individuos y entre éstos y el Estado; lo social, se asocia en todo caso, con la función de distribución de los bienes y los servicios que genera la sociedad en su conjunto.

Corresponde pues al Estado, garantizar la efectividad de los principios, derechos y obligaciones consagradas en la constitución; y en este sentido, el Derecho adquiere una nueva dimensión, si se considera que se ha formulado un nuevo escenario de derechos individuales y colectivos y se hace imperativo regular su ejercicio y estipular los procedimientos cuando se quebranten: muchas de las reglas establecidas con anterioridad a la Constitución se han declarado insuficientes ante el nuevo mundo jurídico, por lo cual se abre para el Estado espacios de creación e interpretación normativa y la posibilidad de diseñar nuevas formas de intervenir en la resolución de conflictos individuales y colectivos.

Un derecho para superar desequilibrios en la sociedad

La norma superior es para todos los ciudadanos; sin embargo, hay individuos que no han podido ejercer ese derecho. ¿Por qué? Es un problema económico? Está asociado con los niveles de pobreza? Se ignoran los procedimientos por parte de los asociados? Los ciudadanos desconocen las leyes que consagran sus derechos?

De hecho, hay ciudadanos que no pueden acceder a los estrados judiciales por diversos motivos: falta de información sobre el ejercicio de sus derechos, desconfianza en los aparatos de justicia, indiferencia para acudir a un

1. Cappelletti Mauro. Accès a la Justice et Etat-Providence. Institute Universitaire Europeen. Economica. París. 1984.

despacho judicial, carencia de recursos para hacerse representar, preferencia por utilizar formas convencionales y sociales de resolución de conflictos y muchos otros más.

El no poder ejercer el derecho al acceso a la justicia, entendido como la posibilidad real de ejercer los derechos individuales y colectivos, se presenta ante la Sociedad como significando los grandes desequilibrios que afectan la convivencia ciudadana y en cuya solución ha de intervenir activamente el Estado coadyuvado por la sociedad civil.

El desarrollo de este derecho, de muy reciente presencia en nuestro ordenamiento jurídico, se ha propuesto como uno de los objetivos centrales para cumplir dentro del Plan de Desarrollo de la Justicia 1995 -1998, como parte del plan general, sobre el cual es preciso agregar que es el primero que aprueba el Congreso de la República en toda la historia de la planeación en el país.

Sin embargo, es conveniente subrayar que esta brecha o desequilibrio no es propio de sociedades en transición, como la nuestra, sino que este fenómeno de desequilibrio afecta igualmente a los países industrializados del Norte.

En este contexto, se han estudiado y construido diversas respuestas estructuradas, alrededor del proyecto "Florencia-Acceso a la Justicia" dirigido por el profesor Mauro Cappelletti, quien con un grupo de académicos ha publicado en cuatro volúmenes y seis tomos las reflexiones y los resultados de las investigaciones adelantadas sobre este sujeto².

En la primera fase de este proceso se hizo enfasis en dar respuesta a preguntas tales como: los particulares que

“El Estado de hoy en día, no se limita a ejercer la función tradicional de ser juez y gendarme del orden público, sino que bajo la concepción de Estado social de derecho, se le han otorgado atribuciones para que aporte soluciones y propuestas que permitan superar los desequilibrios”

se traban en un conflicto, tienen siempre la posibilidad real de acudir a los Tribunales o despachos judiciales? ¿El acceso a la justicia no debe comprender, en una primera instancia, la reforma a la ayuda o asistencia judicial? Dado el nivel de desarrollo del capitalismo y sus nuevas formas de actuar mediante grandes empresas y con nuevas agendas en las actividades estatales, de conformidad con el mundo moderno, es dado a todos acudir a los despachos judiciales, para asegurar el respeto por el derecho y hacer reinar la justicia? Posteriormente y, en una segunda “ola”, los investigadores se preguntaron si los aparatos de justicia con sus formalidades y procedimientos, han de funcionar y son los entes apropiados para enfrentar la efectividad de los nuevos derechos que se encuentran asociados con los intereses colectivos.

Surge, luego, una tercera etapa de reflexiones y propuestas donde se interroga sobre la conveniencia de diseñar otras formas de organización e intervención de carácter público y privado dentro de los procesos judiciales o fuera de ellos, para intervenir en la solución de conflictos.

Ayuda judicial a los pobres: Desarrollo de una estrategia

Un primer esfuerzo para erradicar los desequilibrios se concentra en el estudio de caminos que permitan llevar al sistema judicial, las disputas de aquellas personas que por su situación económica, no estarían en condiciones

2. Cappelletti Mauro. Accès a la Justice et Etat-Providence. Institute Universitaire European Economic 4. París. 1984. Opus Cit.

de retribuir a los Abogados para beneficiarse de una asistencia legal.

La vieja idea de prestar servicios a los pobres, mediante el mecanismo de la caridad pública o privada, fue siendo superada y declarada insuficiente; no solo por su poco alcance en cubrimiento poblacional, sino por la escasez de fondos; a más de ello, no se hacía nada atractiva la forma de prestar servicios profesionales sin obtener una remuneración como contraprestación.

Este hecho creó en los años sesenta la necesidad de poner en marcha un sistema de ayuda judicial, financiado con fondos públicos en los EEUU que llegó a tener en 1964 más de 150 asociaciones que empleaban a cerca de 600 abogados: sin embargo, este sistema se modificó radicalmente cuando la ayuda judicial entró a ser parte de los programas diseñados para erradicar la pobreza, elaborados por la Oficina de oportunidades económicas³.

De este proceso surgen dos sistemas que tienen como referente básico al Estado para su funcionamiento.

Primer: El sistema de la Judicatura, conformado por aquellos abogados independientes que prestan sus servicios a los pobres para los cuales se acuerda una remuneración por parte del Estado; eventualmente en otros países se presta parcialmente y sin ninguna remuneración.

Segundo: El sistema de Staff, integrado por juristas asalariados de “Centros Jurídicos”, quienes tienen acceso a los Tribunales de la misma forma que la tienen los clientes privados. Esta función en muchos países (EEUU, Inglaterra, Australia) ha tenido como prioridad la de resolver asuntos matrimoniales, criminales y lo referente a daños causados a las personas.

De esta combinación surge el sistema de ayuda judicial de carácter mixto. El profesor Zander⁴ dice que sin ninguna duda el mejor modelo es el que acoge elementos

de la judicatura y los mezcla con aquellos servicios prestados por los juristas asalariados.

De las evaluaciones surgidas sobre estas experiencias, comparando calidad y costos del sector público y privado, el primero de ellos se adapta mejor a la necesidad de asegurar una ayuda judicial a los pobres. Otros analistas, sin embargo, sugieren que el sector privado sea utilizado lo máximo posible para estos efectos y solo se acude al sector público cuando se establezca que el sector privado es inapropiado para actuar.

Valdría la pena auscultar, en el caso nuestro, si hay viabilidad para organizar un sistema de apoyo judicial de carácter mixto y en esa eventualidad, de que manera se haría presente el Estado para animar este proceso con recursos públicos y asegurar el funcionamiento de un sistema que utilice mejor los recursos profesionales del país.

En coadyuvancia con este propósito, el nuevo ordenamiento constitucional creó instituciones cuyo propósito es servir de soporte a una estrategia de apoyo judicial; en efecto, el artículo 29 dice:

“Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...”

Otra figura de gran importancia para asegurar la efectividad en ejercicio de los derechos humanos, es la creación de la Defensoría del Pueblo como parte del Ministerio Público, según quedó consignado en los Artículos 277 y 282 de la Constitución Política.

Protección de los intereses difusos y fragmentados: Una ruptura de este proceso

Toda la organización de los despachos y tribunales se ha hecho teniendo en consideración los asuntos que son de su competencia; básicamente atienden las disputas que se producen entre dos individuos, de los cuales uno

3. Office of Economic Opportunity. Legal Service Program. First Annual Report to the ABC. 1966.

4. Zander, Michel. Professeur de Detroit, London School Of Economic. “La première vague”. Página 43 y ss.

pretende que se le restituya su derecho.

El procedimiento civil se ha organizado y funciona para sancionar la violación de los derechos propios de los individuos: se supone que quien ha sufrido un daño, producto de ese hecho, acudiría a los Aparatos de Justicia para obtener una reparación, prevista por el derecho, apropiado a cada situación, según la expresión de René David.

Sin embargo, nuevos derechos se han desarrollado en los países de occidente y han ganado gran importancia social; se observa, sin embargo, que para el caso de los derechos subjetivos se han presentado grandes avances en su ejercicio y reglamentación; sin embargo, esta situación no se ha consolidado para el ejercicio de los derechos colectivos.

El profesor H. Kotzs, en un estudio de derecho comparado, demuestra como este tema está a la orden del día en los países del Norte y expresa que este fenómeno es uno de los más significativos en el derecho contemporáneo: "hay lugar a pensar, en efecto, que este desarrollo podría conducir a generar cambios de gran alcance, afectando el estilo y la naturaleza misma de los procesos en materia civil. El nuevo tipo de proceso aquí considerado se caracteriza por el hecho de que el demandante no apunta solamente a hacer valer sus propios derechos, que en lo recurrente son a menudo de importancia mínima, sino a obtener igualmente que sean respetados los "intereses difusos y fragmentados" de una vasta categoría de personas ubicadas en la misma situación que él; los alcances dados a esos derechos pueden ser de una extrema gravedad cuando se les examina desde el punto de vista de la colectividad. En otras palabras, lo que está en juego en ese proceso no es una disputa entre dos particu-

"Los investigadores se preguntaron si los aparatos de justicia con sus formalidades y procedimientos, han de funcionar y son los entes apropiados para enfrentar la efectividad de los nuevos derechos que se encuentran asociados con los intereses colectivos"

lares a propósito de los derechos que les competen, sino un agravio que interesa a todo un grupo de ciudadanos"⁵.

No cabe la menor duda de que en las sociedades modernas se han reconocido, cada vez más, una mayor cantidad de derechos colectivos para cuyo ejercicio real aparece en muchas ocasiones insuficiente el derecho tradicional; se requiere de una protección mayor a la pura acción individual: tal es el caso de los derechos consagrados sobre la calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, los relacionados con el goce del medio ambiente y el uso del espacio público, como lo establece la Norma Superior.

Según el pensamiento de René David, las "reglas establecidas por un interés colectivo,

demandan para su eficacia, una modificación de las normas admitidas para poner en marcha derechos de tipo tradicional: es a la colectividad, a ella misma a quien corresponde asegurar su ejecución. El carácter individual reconocido a las acciones en justicia en la concepción clásica no permite alcanzar el objetivo para el cual fueron formuladas"⁶.

Que sucede, dice el autor citado, en el caso de los consumidores, si una Empresa coloca productos en el mercado que no se corresponden con la cantidad y calidad ofrecidos. Los consumidores engañados tendrán derecho de actuar contra el productor. Según la concepción clásica,

5. Hein Kotz. La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de Droit Compare. Codirecteur du Max Plank - Institut, Hambourg. Access to justice Opus Cit.

6. Cappelletti y Garth, Opus Cit página 5.

quien haya sufrido un perjuicio puede actuar, pero solamente para obtener la reparación del perjuicio que ha sufrido personalmente y donde ella pueda administrar y aportar la prueba. Nadie iría a actuar sobre los aparatos de justicia por 15 gramos de más o de menos; pero si se mira este faltante en escala, no sería nada despreciable el beneficio que le estaría generando al productor.

Se alega, en casos como éste, que hay un servicio oficial del órgano ejecutivo que puede luchar contra ese tipo de abusos; sin embargo, existe el temor de que estos entes no actúen de manera eficiente; en una gran mayoría de casos las experiencias adelantadas por los Organismos de control y vigilancia han demostrado que no pueden cumplir con los propósitos para los cuales fueron creados.

De cualquier forma, se pregunta, si frente a las tendencias de las sociedades modernas no sería deseable, para superar esas insuficiencias, que sean los propios interesados quienes intervengan para hacer respetar las normas que protegen el ejercicio de sus derechos?, para tal efecto, sería preciso evaluar si las normas y procedimientos utilizados, cuando se acude a los aparatos de justicia para buscar la protección al ejercicio de los derechos colectivos, son efectivas o no.

Esta segunda estrategia, que aún se encuentra en configuración en muchos países, implica para hacerla realidad, que el Órgano Legislativo impulse los respectivos desarrollos normativos, de forma tal que se faciliten el ejercicio de esta nueva generación de derechos colectivos; tal el caso de las acciones populares y de cumplimiento establecidas en la Constitución Política.

El constituyente los consagró, particularmente en los capítulos segundo y tercero del Título Primero, al referirse a los derechos sociales, económicos, colectivos y del medio ambiente.

Sobre esta estrategia, y producto de sus desarrollos, se han planteado diversos interrogantes relacionados con la creación de nuevos aparatos estatales. ¿Corresponde de manera exclusiva al Estado encargarse del cumplimiento de estos derechos? ¿Hasta qué punto han de intervenir los ciudadanos en su vigilancia y control? ¿Es lo más pertinente crear nuevos entes burocráticos? ¿Qué tipo

de organización se requiere por parte de la sociedad civil para coadyuvar el Estado a garantizar su pleno ejercicio?

Regulación de los conflictos por procedimientos no judiciales: Una nueva dimensión de la intervención ciudadana y Estatal

La década de los setenta no se limita en el análisis de alternativas y estrategias a considerar solamente los medios que puedan contribuir a resolver los conflictos fuera de los despachos judiciales. Los estudios realizados a través del proyecto “Florencia” se extendieron a evaluar vías alternas de solución que trascendieran las instituciones legales; su examen condujo a que se tuvieran en cuenta, para su formulación, los análisis sobre otras Instituciones que funcionan en la sociedad; se podría agregar, que son caminos coadyuvantes dentro del desarrollo de los instrumentos que se diseñan para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia.

Si las primeras formulaciones concentraron la reflexión sobre los sistemas de ayuda judicial para hacer efectivos los derechos de los pobres por la vía de la representación, y en la segunda estrategia tuvo como preocupación el ejercicio de los derechos colectivos, la tercera generación va a estudiar las propuestas sobre formas alternativas de resolver los conflictos fuera de los aparatos clásicos de la justicia, cuya fundamentación estará dada por la aplicación de criterios de equidad a controversias de carácter individual y colectivo; esta tendencia se consigna en la Constitución con la creación de los jueces de paz.

Se pregunta, el profesor David, si las primeras propuestas de reformas no fueron efectivas para garantizar el acceso a los aparatos de justicia? De no ser así, ¿no serían necesarias unas reformas, que toquen la Organización judicial, el procedimiento y el derecho probatorio e incluso no sería conveniente, ir más lejos, y prever recursos para acudir a otras instancias fuera de los Despachos Judiciales?

Tal vez sea el profesor Galanter quien contribuya a responder estos interrogantes, apartando evidencias que

seguro van a permitir enriquecer la reflexión sobre el papel de los despachos y tribunales; expresa el autor "que todas las disputas, que se producen entre particulares, no son trasladadas a los despachos judiciales; algunas de ellas ni lo intentan, y en una gran mayoría de casos, incluso cuando sería posible llevar a los despachos y Tribunales a los interesados, de hecho, se abstienen de hacerlo"⁷.

Es conveniente, sobre este sujeto, tener presentes las expectativas que manejan los ciudadanos que demandan justicia, y la imagen misma que proyectan los despachos judiciales, en sociedades que rápidamente van cambiando sus paradigmas. Qué demandan los ciudadanos, sino una solución más ágil y oportuna en las contravenciones que adelantan? No se desea tener una administración de justicia más eficiente, pero sin restarle niveles de confiabilidad? Es evidente que a estas expectativas se le oponen los volúmenes diarios de procesos que ingresan a los despachos y los propios modelos inerciales de la gestión judicial de corte tradicional.

El formalismo en exceso, los altos niveles de congestión en grandes ciudades, y los cambios que la sociedad viene sufriendo con la informatización, las comunicaciones y la incorporación a los circuitos del comercio internacional, demandan espacios y procedimientos que permitan agilizar y dirimir más prontamente las controversias entre particulares.

Experiencias para una elaboración alternativa

Diferentes soluciones de carácter no judicial se han puesto en marcha en varios países; en Francia, por

"No cabe la menor duda de que en las sociedades modernas se han reconocido, cada vez más, una mayor cantidad de derechos colectivos para cuyo ejercicio real aparece en muchas ocasiones insuficiente el derecho tradicional"

ejemplo, se ha creado una institución novedosa: los Conciliadores, que son personalidades locales designadas por la Corte de Apelaciones de cada Región y cuya función principal es convocar a los adversarios para que, de manera amistosa, terminen sus controversias. En Suecia, se ha creado la Oficina Nacional de Reclamos para los consumidores. En Gran Bretaña, a través de la Oficina de Fair Trading, se han instaurado los planes de arbitraje dirigidos a conocer los reclamos de los consumidores.

Pero tal vez donde más esfuerzo se ha desplegado para encontrar soluciones no-judiciales,

ha sido en los Estados Unidos; en efecto, con el apoyo del Departamento de Justicia se pusieron en marcha las primeras experiencias de los "Centros de Justicia" de carácter vecinal, y los "Centros" y los "Tribunales" comunitarios de justicia que se extendieron a otras modalidades de atención de controversias ciudadanas; en este contexto, los recursos utilizados para desarrollar procesos de mediación aparecen como sustitutos de la elaboración de acciones para presentarse ante la justicia formal, particularmente del nivel local.

Reformas similares se han adelantado en Alemania; el enfasis de estos cambios han estado muy relacionados con el procedimiento civil, y para tal efecto se han tenido muy presente los aspectos que atienden el acceso a la justicia; se destacan las modificaciones que se hicieron para atender los requerimientos en los conflictos familiares.

Algunas alertas sobre esta estrategia

Sin embargo, estas estrategias no-judiciales, menos formalizadas, han sido alertadas de los posibles peligros que acarrean, dado que podrían estar generando algunas

7. Galanter, Marc, "La justice ne se trouve pas seulement dans les decisions des tribunaux". University of Wisconsin. Access to Justice. Opus Cit.

desigualdades sociales; muchas disputas, incluso las menos importantes, no afectan solamente a las personas involucradas; ellas pueden, por algunos de sus aspectos, interesar a grupos más grandes de población. Esto confirma que el interés de la sociedad, dice Cappelletti y Garth, juega un gran papel en ciertas soluciones, de la misma forma que interesan las decisiones que se tomen en los Despachos y los Tribunales. Sin embargo, agregan estos dos autores, es conveniente tener en cuenta que la ausencia de formalidades en la solución de conflictos no sirve para disimular la existencia de problemas que interesan a la sociedad en su conjunto y a impedir que esos problemas sean resueltos como estipula la justicia.

La ausencia de formalidades logra superar unos problemas, pero atrae otros; de esta forma aparecen discusiones tales como los que ponen en cuestión las ejecuciones por la vía coercitiva ¿Qué procedimientos se pueden emplear cuando se utilizan las vías no-judiciales para solucionar este tipo de conflictos?

Varios autores han señalado que las constituciones modernas e incluso la Convención Europea de derechos del hombre, garantizan a título de derecho fundamental de los ciudadanos el hecho de que ellos mismos puedan recurrir ante quien aparece como su “juez natural”, lo que significa que puedan acudir para resolver sus controversias ante los despachos judiciales. No podrían muchos de ellos –se pregunta– sentirse violentados si son obligados a dirigirse a otros organismos que no sean los aparatos estatales, creados para administrar justicia? Sin embargo, en la eventualidad de no contar sino con la vía judicial, se corre el riesgo, por los costos que conlleva, de excluir a una gran cantidad de ciudadanos.

“La tercera generación va a estudiar las propuestas sobre formas alternativas de resolver los conflictos fuera de los aparatos clásicos de la justicia, cuya fundamentación estará dada por la aplicación de criterios de equidad”

Otra reflexión, que se trae al debate, se relaciona con los procesos de mediación. La profesora Linda Singer dice que estos procesos no pueden tener éxito y hacerse conforme a la justicia, sino en aquellos eventos en los cuales las partes tienen una fuerza comparable o bien que exista durante el proceso de mediación entre las partes, la posibilidad de ver al adversario comprometido con un procedimiento judicial, si las pretensiones son rechazadas.

Finalmente, es conveniente subrayar que si la conciliación y la mediación se aplican a derechos e intereses que el Estado de Bienestar ha afirmado...”. Esto puede tener por efecto –expresa el director del proyecto Florencia–, que esos

derechos no sean efectivamente garantizados si no existen medios para reparar las desigualdades existentes dentro de las posibilidades de discusión de los individuos. Si se quiere verdaderamente que el Estado del Bienestar se haga realidad en provecho de aquellos que deben ser beneficiados, es importante que las negociaciones o la mediación no puedan ser empleadas de manera que comprometa la efectividad de los derechos.

La necesidad de diseñar estrategias coherentes e integradoras que faciliten el derecho al acceso a la justicia

Queda, pues, establecido que en un Estado Social de Derecho, el ente público está llamado a jugar un papel muy importante mediante el desarrollo de estrategias dirigidas a superar los desequilibrios sociales y, en nuestro caso, la falta de acceso a la justicia para un gran número de ciudadanos; esto implica la formulación de un conjunto coherente y sistemático de acciones estatales y una buena articulación de éstas con las posibles formas alternativas

de solución de conflictos donde participan otros actores sociales.

El Estado ha postulado tímidos acercamientos al tema, básicamente a través de la reglamentación del ejercicio de la abogacía; a los profesionales del derecho, y de manera eventual, se les ha encargado de participar en algunos eventos o procesos, pero siempre en espacios muy restringidos para la práctica de la judicatura⁸.

En los últimos años la administración central del Estado ha hecho formulaciones y ha presentado las figuras de la conciliación, de la mediación, y del arbitraje, como proyectos para empezar a construir este proceso de reciente manejo en nuestro medio; para ello hace falta mucho diseño e información; pero particularmente hace falta una política asociada con los costos que garantice su permanencia y su cobertura en todo el país.

Es preciso, para hacer realidad muchas de estas propuestas que se avance en el desarrollo de diseños de un marco analítico y conceptual que articule las diferentes competencias, niveles y recursos del Estado; la rama ejecutiva, por ejemplo, tiene bajo su responsabilidad la gestión de diferentes aparatos por donde cursan controversias, mediaciones, conciliaciones. Sin embargo, vale la pena preguntarse qué vínculos articulantes e incluso operativos se dan, a título de ejemplo, entre las Inspecciones de policía y los despachos civiles y penales? o entre las Comisarías de Familia y los despachos especializados de familia y de menores?

El Estado debe ante esta situación, elaborar una estrategia coherente y armónica que oriente al ciudadano sobre las competencias, los aparatos y los procedimientos para hacer efectivos sus derechos.

Es conveniente superar la visión restringida de los conflictos, donde para cada problema se presenta una solución parcelada ó se crean aparatos de Estado

diferentes; se requiere trabajar con una visión más integrada y que además permita hacer un mejor uso de los recursos de un Estado que acusa limitaciones económicas.

Para tal efecto, se hace necesario auscultar diversas estrategias articulantes que visualicen los escenarios sobre los cuales van actuando el estado y los actores sociales.

La demanda de servicios de justicia: Escenarios

Si para muchos ciudadanos se presentan obstáculos para acceder a la justicia, es conveniente diseñar, entre otras cosas, metodologías de identificación de quienes se han sido excluidos; aún más, es preciso investigar qué tipo de controversias y cuál es la naturaleza de estos marginamientos; que características tienen estas poblaciones; si se identifican grupos de población, quién o quiénes son los entes encargados de convocarlos y organizarlos?

Por ahora, se han referido grandes segmentos de población, que aún cuando formalmente gozan de igualdad ante la Ley, realmente acusan condiciones de desventaja, de cara a la realidad: poblaciones marginadas y pobres, minorías, discapacitados, grupos de arrendatarios, estratos bajos de asalariados, campesinos, y cada vez con mayor presencia, personas que tienen intereses colectivos denominados difusos y fragmentados.

Para su abordaje sería conveniente articular tres grandes estrategias complementarias, desde el punto de vista de los demandantes de justicia:

1. El desarrollo de un sistema de asistencia judicial, a partir del Estado y como su actor principal; para tal efecto, es conveniente explorar diferentes opciones:

* Estructurar un sistema de judicatura con abogados que ejerzan independientemente la profesión para que pudieran recibir alguna retribución por parte del Estado, utilizando para tal efecto mecanismos tales como los subsidios calificados a la demanda.

8. Código Procedimiento Penal. Artículos 147, 245, 356 y 368. Fallo Corte Constitucional: La obligatoriedad del cargo de defensor de oficio no contradice principios constitucionales. Sentencia C-071 de febrero 23/95. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Decreto No. 196 de 1991, artículos 1o. y 2o.

* Impulsar el desarrollo de la atención judicial mediante modelos de oficinas públicas, con juristas asalariados; en tal sentido es conveniente estudiar cuidadosamente los desarrollos que está realizando la Defensoría Pública, creada por la Constitución de 1991.

* Establecer sistemas mixtos, que combinen elementos de cada sistema, procurando utilizar de mejor manera la capacidad instalada que tiene el país a través de sus Centros de formación e investigación y con apoyos, vrg., de los Consultorios Jurídicos de las Universidades; es preciso diseñar estrategias que permitan una mejor utilización del recurso humano formado en las disciplinas jurídicas.

2. Desarrollo de un sistema de orientación e información legal, que les permita a los ciudadanos conocer los alcances de sus derechos y los medios que tienen para hacerlos efectivos; esta estrategia debe ser animada por el Estado y ha de permitir una amplia participación de los ciudadanos y sus organizaciones civiles.

3. Estructuración de un programa de educación legal, para contribuir a formar ciudadanos y a crear una idea de justicia que soporte las relaciones de convivencia social.

La imagen de la justicia no puede reposar solamente en las decisiones que se producen en los despachos judiciales; Su fortaleza ha de nacer de la fundamentación que le dan las Instituciones que conforman la sociedad. A este propósito, dice el profesor Galanter: "No hay que buscar la salud principalmente en los Hospitales, ni las ciencias en las Escuelas; no se debe, pues, buscar la justicia en los organismos públicos dedicados a dictar sentencias. Abrir el acceso a la justicia, considerando bien las cosas, no significa simplemente que el acceso consista en llevar las querellas a una fuente de justicia: el verdadero sentido del movimiento es que se llegue a incorporar mucho más la justicia en las relaciones y en las transacciones en las cuales están comprometidos los individuos. Los hombres

"Es conveniente superar la visión restringida de los conflictos, donde para cada problema se presenta una solución parcelada o se crean aparatos de Estados diferentes"

no adquieren la experiencia de la justicia (o de la injusticia), cuando recuren, a las instituciones forjadas por el Estado; la justicia o injusticia se encuentra igualmente en el nivel de las Instituciones primarias donde se ejerce una actividad: en el hogar, en el lugar donde se vive, en el sitio de trabajo, y en el mundo de los negocios".

De ahí la importancia de la educación legal, para que actúe por la vía de la disuición, y ponga en marcha Políticas de prevención de conflictos en todas las áreas y

políticas de difusión de las decisiones que toman los organismos del Estado que producen jurisprudencia; es bien entendido la función de ésta no es sólo desatar conflictos, sino que debe proporcionar a la sociedad y a los particulares bases de negociación y de ordenamiento social.

La oferta de servicios de justicia: Escenarios

El Estado debe mejorar, y si es el caso, modificar la estructura de oferta de los servicios de justicia; hasta el momento los aparatos estatales de justicia, fiscalía y despachos judiciales, han jugado un papel pasivo y de reacción frente a los procesos y querellas que activan los ciudadanos. A este propósito el profesor Friedman hace una anotación que es conveniente consignar en estas líneas; corresponde, dice él, a los tribunales y juzgados "expedir órdenes que deben ser obedecidas; pero de manera general ellos no cuentan con los medios para visualizar lo que ha de suceder; ellos no pueden asegurar la ejecución de sus órdenes y no tienen ningún medio para decir si, fuera de las partes involucradas, se tienen en cuenta las decisiones que ellos profieren"⁹.

9. Friedman Lawrence M. Profesor de Derecho Stanford. University. «Recriminations, Contests, et litiges et l'etat. Providence de nos jour. Opus Cit. Página 257.

Estos hechos restrictivos inducen a presentar proposiciones de carácter jurídico y procedural, pero a su vez a estructurar una plataforma administrativa que permita materializar el derecho; en tal sentido, es necesario entrar a los escenarios que organizan las formas de respuesta del Estado, e igualmente explorar los escenarios que conforman los aparatos estatales de justicia; de manera simplificada, sistema judicial y aparatos estatales.

Aparatos de justicia y gestión judicial

La idea central de esta estrategia es estructurar actividades y proyectos, dirigidas a provocar cambios, con el propósito de que el Estado, y eventualmente sus coadyuvantes sociales, cuenten con una plataforma de recursos que le facilitan a los funcionarios hacer efectivo el Derecho con la concurrencia de disciplinas científicas en su apoyo.

Esta situación de ausencia de adecuados recursos científicos y técnicos, y de una suficiente infraestructura humana de soporte, debe ser necesariamente superada si se espera avanzar en una nueva dinámica en la gestión judicial.

Para el desarrollo de esta estrategia deben concurrir técnicas facilitadoras, provenientes de las ciencias económicas y administrativas y de las prácticas ingenieriles, que permitan mejor la eficiencia del funcionamiento de los aparatos; es preciso subrayar que los “asuntos” o “bienes” que adelanta la administración de justicia dan fundamento a la convivencia ciudadana; la mayor velocidad en la respuesta, que es deseable, no garantiza por si sola que el derecho se haga efectivo.

La plataforma técnica administrativa es el soporte para receptionar la estructura del procedimiento que hace viable y garantiza la efectividad del derecho; la gran estrategia se dirige ó bien a ajustar las formas de respuesta por parte del Estado ó bien a hacer ruptura para crear nuevos procedimientos para la solución de conflictos; aquí aparece un gran territorio de creación del derecho y de profundización en los análisis jurisprudenciales.

Es conveniente comprender, que ante la diversidad de conflictos, el Estado debe avanzar en los conceptos de flexibilización en el diseño y manejo de los aparatos: los

más, serán de carácter jurisdiccional, los cuales deben apropiarse las más recientes innovaciones tecnológicas y administrativas, de forma tal que pueda ofrecer servicios altamente calificados en la solución de los conflictos.

El ejercicio realizado en éste artículo, sobre el acceso a la justicia, es propicio para abrir las puertas a la investigación y a la reflexión académica; en los escenarios de la justicia y más tratándose de encontrar formas de realizar el derecho, no es conveniente caminar sin el apoyo propio del conocimiento científico; pero, si es propicio subrayar que las transformaciones que demanda la sociedad no serán posibles si no se preveen los recursos económicos suficientes para su realización.

Tal vez lo más significativo de este proceso, complejo por los factores que confluyen a él, es el hecho de constatar que el Constituyente no solamente hizo explícito el derecho de acceso a la justicia, sino que indujo cambios de gran alcance en el manejo de las controversias individuales y colectivas; pero para lograrlos es preciso que se construya uno nuevo “locus” que le permita al Derecho vivir activamente entre los ciudadanos.

Es claro, como lo expresa el profesor Friedman, que las nuevas fuerzas sociales están en la base de la extensión de los derechos que se producen en el Estado del Bienestar, si se examinan las leyes, los reglamentos y la nueva jurisprudencia; pero de la misma forma no aparece tan claro, que esas mismas fuerzas sean capaces de asegurar que los derechos así establecidos se garanticen en la práctica.

La garantía de la efectividad del derecho le corresponde proporcionarla al Estado Social de Derecho, dada la importancia que esté reviste, no solo para los juristas sino para el conjunto de la sociedad. En este sentido, el gran reto de los años por venir en los escenarios del Estado y la sociedad, es acortar la distancia entre las formas y la realidad vigente en el ejercicio de los derechos; para ello será necesario tener siempre presente, que una vez que los ciudadanos hayan aprendido el discurso sobre la igualdad, atractivo de suyo, no quisieran ellos mismos ver lo contrario en las prácticas cotidianas de la convivencia.