

LA JUSTICIA COMUNITARIA: ¿PEÓN DE SACRIFICIO O TORRE DE MARFIL?

CAMILO BORRERO G.*

*No ha quedado desierto
el territorio insomne de la insolencia.
Es invento tu muerte,
como lo fueron nuestra última conversación
la primera aurora
o la eterna esperanza ajena.
No ha quedado insomne
el territorio desierto de tu insolencia.*
Una voz por Jaime Garzón

Afuerza de tanto decirlo, el tema parece perder un poco de relevancia. Sin embargo, es el punto inicial de una discusión como la que ahora nos convoca: el derecho, tal como nos lo imaginábamos hasta hace menos de una década, se viene transformado profundamente. Algunos afirman, incluso, que ha dado un giro copernicano. Lo peor: no es muy claro el sentido final del cambio. Se tiene alguna idea común de lo que ya no parece ser, de lo que hoy se califica como caduco o superado. Pero no así de qué es lo nuevo, qué se está intentando consolidar. Por ello, nos encontramos en una época abierta, no definida, en proceso de homologación. No en balde una de las obras que más ha impactado recientemente a la comunidad académica, la del profesor italiano Gustavo Zagrebelsky, recibe precisamente un nombre

que da cuenta del estado de ánimo de la época: el *derecho dúctil*.

Aunque referido al campo del derecho constitucional, su texto se ubica en un terreno polémico: la fluidez, casi liquidez, de la actual dogmática jurídica, en donde el único contenido sólido sería el de la tolerancia, necesaria para lograr la coexistencia de múltiples y diversos principios y valores, que no pueden resolverse de forma absoluta, aspiración final de la actual convivencia colectiva: "la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas; el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también de los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquellos; el rigor de la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo de los más débiles..."¹.

* Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, investigador del Cinep

1. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 16.

Independientemente de las conclusiones y discusiones sobre su trabajo, este punto de partida me parece útil porque revela que los procesos sociales, los distintos objetivos y las metas terminales que se asignan a la práctica jurídica suponen algo más que una disputa técnica, revelándose tras ellos concepciones diferentes del orden social y político, del hombre y del papel del derecho en la cotidianidad.

De hecho, sin que una dinámica pueda ser meramente reducida a la otra, asistimos también a una época de mutación social importante. Tanto, que no son pocos los que se han atrevido a nombrarla con distintos apelativos innovadores: Posmodernidad, Nueva Era, Fin de la Historia o recuperación de las promesas de la modernidad son sólo algunos de ellos.

En este contexto, la pregunta por el papel que debe cumplir una figura como la jurisdicción de paz, que también podría ser la pregunta por el rol de la justicia comunitaria en sociedades que se autodenominan como modernas, adquiere diversas connotaciones. Mientras unos le asignarán apenas unas líneas subsidiarias en el reparto, para cubrir el déficit de otras figuras de mayor calado institucional, otros verán en ella la punta del iceberg del orden por venir.

Este escrito intenta profundizar en esta discusión, a partir de una lectura parcial de tres tensiones o dinámicas que podrían llamarse *de punta*, por utilizar el lenguaje cibernetico. Ellas no sólo no son necesariamente coincidentes, por lo menos en buena parte de lo que cada una de ellas define como sustancial, si-

• El monopolio del Estado, en cuanto productor excluyente de normas jurídicas regulatorias, se viene flexibilizando, con consecuencias inmediatas en funciones como las de control social y mantenimiento de una hegemonía ideológica •

no que terminan enfrentadas. A pesar de ello, lograr una cierta coexistencia pragmática, y aún valorativa, adecuada a los distintos contextos nacionales.

La justicia comunitaria, y figuras bisagra como la de los jueces de paz, se inscriben en ese nuevo tablero de juego institucional, bien como peón de sacrificio o como torre de marfil. No hay, por lo tanto, un rol predefinido para ellas. Por el contrario, su futuro dependerá en buena medida de la consolidación de procesos sociales más complejos, como la globalización o la constitucionalización del derecho.

La globalización frente al Estado

La primera tensión a la que aludimos se da entre una pérdida del poder del Estado en tanto productor del derecho y, al mismo tiempo, una mayor expectativa en los beneficios de un nuevo marco constitucional compartido y eficientemente operativo.

Vivimos bajo el que podría ser ya casi caricaturizado como síndrome de la globalización. Fenómeno que soporta diversas conceptualizaciones. Para algunos, representa la extensión ilimitada del liberalismo económico, el narcisismo ético y hasta el fin de la historia. Para otros, la evidencia de la intensa interrelación mundial de fenómenos tan dispares como el fútbol y la política. No faltan quienes experimenten una sensación de nueva cultura, expresada tanto en la idea del mundo como una aldea global, como en la red Internet en tanto nuevo paradigma de lo comunicativo.

Sin adentrarnos en el meollo del debate teórico, parece ser que sean cuales sean las ideas que se tengan sobre la globalización es necesario constatar, entre otros, dos hechos importantes para nuestro ámbito de discusión: la mayor preocupación de los organismos interestatales por acercarse a una legislación común en ciertos temas, y la mayor importancia que adquieren los espacios local e internacional como productores de derecho. Ambos procesos remiten a una consecuencia demostrable: el monopolio del Estado, en cuanto productor excluyente de normas jurídicas regulatorias, se viene flexibilizando, con consecuencias inmediatas en funciones como las de control social y mantenimiento de una hegemonía ideológica.

Ejemplos en este sentido han sido expuestos por muchos autores. Los contratos de explotación petrolera o de contratación de personal de las compañías multinacionales son estudiados y aprobados en Wall Street y, posteriormente, exportados al mundo, sin que existan muchas posibilidades de introducir modificaciones atendiendo a las particularidades de las legislaciones nacionales. Antes, se espera lo contrario: que estas últimas cambien su estructura normativa interna, si quieren promover la inversión. Lo acontecido en Colombia con relación a la expropiación de bienes por razones de utilidad común es bastante diciente al respecto².

Por otro lado, a esta forma de pluralismo jurídico desnacionalizado, ya que en principio no favorece los

intereses estratégicos de algún Estado en particular ni es agenciado en organismos multilaterales específicos, se le adiciona el auge de reglamentaciones o formas de regulación social en los espacios locales. La situación socioeconómica colombiana nos convierte en un laboratorio no pocas veces invocado de esta tendencia, ya que aquí la justicia del Estado se disputa territorios con la de la guerrilla, la de los paramilitares, la de los narcotraficantes o la de los esmeralderos. A lo que corresponde adicionar los ordenamientos autónomos de comunidades indígenas y lo que los brasileros llaman el derecho nacido en la calle³, es decir, la profusa producción de órdenes de hecho –pre, semi o quasi jurídicas–, derivados de las relaciones barriales, comunitarias o comerciales informales, entre otras.

Y, finalmente, si atendemos al hecho de que en materias como derechos humanos, medio ambiente, interculturalidad, relaciones obrero patronales, relaciones de género, protección a la niñez, narcotráfico y similares asistimos a una corriente consolidada mundialmente de regulaciones genéricas que tienden a uniformar y hacer previsibles las conductas de los Estados, cabe preguntarse para qué sirven actualmente los "padres de la patria". O, por lo menos, cuál es el rango de eficacia y autonomía de la ley, hasta hace poco monopolio indiscutido del Estado.

Sin embargo, paradójicamente, al mismo tiempo que se presenta este proceso de pérdida de centralidad de la legislación nacional, la Constitución Política adquiere un sentido casi mitico. Tanto, que podría afirmarse que, por lo menos en el mundo hispano-

2 Cfr. al respecto el texto de Boaventura de Sousa Santos, *Estado, derecho y luchas sociales*, Ilsa, Colombia, 1991. Una visión más integral entre lo nacional y lo global puede leerse en David Trubek e Yves Dezalay, "Reestructuración global y derecho: la internacionalización de los campos jurídicos y la creación de espacios transnacionales", *Pensamiento Jurídico*, No. 1, Universidad Nacional de Colombia, 1994, pp. 5-41.

3 Cfr. los textos de Miguel Pressburger y Antonio Rocha en *El Otro Derecho*. Igualmente, Antonio Carlos Wollmer, *Pluralismo jurídico: Fundamentos de una nova cultura no direito*. Editora Alta Omega, São Paulo, 1994, p. 349.

americano, vivimos la fiebre de los nuevos pactos fundacionales.

Obviamente, hay profundas razones económicas, políticas y sociales para ello: economías de mercado más abiertas, cambios en el orden político, variaciones en la percepción sobre la democracia y el sentido de la participación social, son sólo algunas de ellas.

Sin embargo, lo que resalta es la confianza (fingida o hipotética) en el poder del derecho constitucional para solucionar conflictos estructurales de estas sociedades. Lo que supone por una parte una especie de exaltación ideológicamente funcional del sistema jurídico, en tanto las otras estructuras sociales –especialmente las que determinan la concentración de la riqueza y la multiplicación de esquemas de marginalidad– se muestran reticentes al cambio. Lo que le confiere a esta tendencia un matiz de mayor formalidad que de sustancia, sobre todo en cuanto se pretende hacer converger procesos que socialmente son antitéticos: multiculturalidad, autonomía o desmarginalización con libre desarrollo de la industria, respeto casi irrestricto a la propiedad privada, etc. Pero, también, resalta la demanda por la creación de instrumentos concretos de protección de derechos fundamentales y la generación de un control constitucional a la actuación pública más eficaz, tópicos sobre los que regresaremos un poco más adelante.

Crisis judicial o república de los jueces

Otra de las tensiones actuales del derecho coloca en primer plano la relación entre ciudadanos, jueces y poder público.

Por una parte, se constata una creciente desconfianza en el aparato judicial. A los problemas de congestión, atraso tecnológico e impunidad, se suma con mucha fuerza el de la falta de credibilidad en los jue-

ces, y por ende en la solución que desde ellos se ofrece para resolver el conflicto social⁴. Tanto, que algunos autores se preguntan si el conflicto social significativo pasa realmente por los canales judiciales de resolución de conflictos o si, por el contrario, los mismos actores han generado otros: o bien en la concertación directa entre movimiento político y Estado, o bien en la multiplicación de instancias extrajudiciales de mediación, conciliación y arbitramento⁵.

De esta forma, se produce un doble proceso de alejamiento frente al juez. Ni el ciudadano individualmente considerado apela al juez, ni en la acción colectiva institucional se cree en la rama judicial como instancia de acumulación o restitución de fuerzas, y la acción social se traslada o desplaza hacia el Ejecutivo (concertación) o el Legislativo (una ley favorable a los intereses de grupo).

Pero, al mismo tiempo, asistimos a un renacer del rol del juez, en muy buena medida, gracias a las funciones del juez constitucional, a través de las fórmulas de control constitucional y las figuras de amparo o tutela de derechos fundamentales.

Mediante la primera, el órgano encargado de ejercer dicho control (en Colombia, la Corte Constitucional) emerge como una especie de poder neutral,

-
4. Aun cuando las cifras cambian coyunturalmente, y además dependen del tipo de preguntas de las cuales se haga derivar una mayor o menor credibilidad, es indicativo de que por lo menos en Colombia se obtengan cifras de falta de credibilidad cercanas al 80%, y en casi todos los países del área latinoamericana superiores al 50%.
 5. Cfr. José Eduardo Faria, "El poder judicial frente a los conflictos colectivos", en *El Otro Derecho*, No. 5, Editorial Temis, Ilsa, marzo de 1990, pp. 5-34 y "El poder judicial en Brasil: paradojas, desafíos y alternativas", en *El Otro Derecho*, No. 20, 1995, pp. 81-157.

cuya única preocupación es preservar el espíritu constitucional, y por ende de alguna manera la voluntad del constituyente primario, de los embates recurrentes del interés partidista o grupal, expresado en las tensiones y acuerdos de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Y ello lo hace, las más de las veces, apelando a los principios y fines generales de la Constitución. Dado que éstos siempre son formulaciones generales y abstractas, deben ser llenados de contenido particular por algún órgano específico de poder. El traslado de esta competencia del Legislativo al Judicial, y más específicamente al órgano de control constitucional, ha derivado en lo que para algunos es la república o el cogobierno de los jueces, y para otros parte integral de la fórmula de competencia del Estado constitucional⁶. Y las consecuencias prácticas de ello en lo que atañe a la legitimidad del poder público no han sido del todo dilucidadas.

A ello cabría agregar que entre más eficientes sean los mecanismos de protección de derechos fundamentales por vía judicial, más se estimula el acudir a ellos. Sobre todo, en países donde el desconocimiento de los mismos parece condición estructural de sobrevivencia pragmática. El ejemplo del recurso a la tutela en Colombia es bien demostrativo: en campos

como la prestación de salud, el recurso a la tutela se ha institucionalizado como uno más de los trámites a seguir para obtener el servicio.

Adicionalmente, el hecho de que los jueces constitucionales tengan que decidir recurrentemente demandas de ciudadanos que ven conculcados sus derechos fundamentales, o que esperan que los contenidos tanto de los fines y principios constitucionales como de los derechos fundamentales tengan alguna repercusión práctica, los coloca muy rápidamente frente a lo que en la teoría jurídica se ha denominado *el caso difícil*: controversias que para su solución involucran la ponderación de dos o más derechos fundamentales, en donde no parece posible decidir sin recurrir a juicios de valor que hacen prevalecer unos valores filosóficos o sociales por encima de otros. En este contexto, la pregunta es por el papel y la legitimidad del juez: ¿debe ser él quien decide discrecionalmente el caso, y con base en qué legitimidad?

Este es hoy por hoy el tema más discutido en teoría del derecho, y ha actualizado la antigua polémica entre realistas, iusnaturalistas y positivistas. Bien desde la respuesta de Hart de la libre discrecionalidad del juez, bajo el entendido de que los casos difíciles son reducidos; de la del omnicomprendible y potente juez Hércules de Dworkin, que supone que siempre existe una respuesta jurídicamente correcta a la que debe plegarse el juez, motivada por la integralidad del derecho y la convergencia en ciertos principios fundamentales; o de la prevalencia de la sentencia a la que el juez quiere llegar respetando el marco jurídico preexistente (si le dedica tiempo y reflexión) del crítico norteamericano Duncan Kennedy, el problema del activismo judicial está a la orden del día. Y, al tiempo, los asuntos de la legitimidad del juez para ejercerlo y de la necesidad o no de una mayor sustentación argumentativa de sus decisiones⁷.

6. Cf. al respecto las obras de Zagrebelsky (ob. cit.), especialmente en sus capítulos 2 y 7; John Hart Ely, *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional* (capítulo 3: El descubrimiento de los valores fundamentales), Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, 1997; Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (especialmente capítulo 5: Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia), Editorial Trotta, 1998.

7. Cf. al respecto los textos clásicos H.L.A. Hart, *El concepto de derecho* (capítulo 7: Formalismo y scepticismo ante las reglas), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963; Ronald Dworkin,

Porque, se preguntan muchos, si en última instancia las controversias importantes las está decidiendo moralmente el juez (es decir, desde su interpretación sobre los valores que deben prosperar en una sociedad determinada), cabe preguntarse en dónde reside su legitimidad para hacerlo, y ante quién responde por ella.

Así, un sistema autorreferido, escudado en la prepotente ficción de un apego al tenor literal de la ley que hoy pocos creen factible, teóricamente ajeno a juicios políticos pero haciéndolos de hecho, resulta inconveniente. La contra-cara, un sistema abierto y políticamente activo, que coloca en primera plana el debate sobre la concreción de valores y principios que gobiernan la convivencia, que no teme explicitar sus opciones en términos argumentativos en pos de la adherencia social, deviene peligroso para la democracia.

Justicia general o equidad material

Una tercera tensión, estrechamente vinculada con las dos anteriores, supone la confluencia de dos búsquedas de justicia no necesariamente contradictorias, pero cuyos resultados prácticos resultan disímiles. Por una parte, tenemos la expectativa por el diseño de criterios generales e imparciales de justicia, entre nosotros plasmada en el imperio de leyes generales y abstractas. Por la otra, la necesidad creciente de atender a la equidad, o la justicia del caso concreto,

que lleva a considerar en cada caso las condiciones contextuales de cada conflicto.

En buena medida, esta discusión también remite a la más extensa entre derecho positivo y derecho natural. Como se recordará, una de las propuestas centrales del positivismo era purificar la ciencia del derecho, de tal forma que resultara clara la diferencia entre éste y la moral o la política. O, en palabras de Alexy, "la tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser"⁸. Dado que el derecho depende de lo que es impuesto y eficaz, su corrección de contenido no juega ningún papel; el juez debe remitirse a aplicar la ley, sin preguntarse por las posibles injusticias que con ello se cometan. La ley es dura pero es la ley, la justicia es ciega, el legislador habla por la boca del juez, son sólo algunas de las expresiones que dan sentido a esta pretensión inacabada de absoluta imparcialidad y desprendimiento de las circunstancias contextuales extrajurídicas.

Sin embargo, como acabamos de ver, la misma visión interna o perspectiva del participante⁹ que podrían adoptar los jueces lleva a dudar del argumento radical, y refuerza el terreno actual del debate hermenéutico o de interpretación jurídica: qué tan factible es generar leyes que no requieran interpretación alguna, cómo manejar la textura abierta del derecho o la ambigüedad estructural de las formulaciones lingüísticas, cómo interpretar sin recurrir a juicios de valor ex-

Los derechos en serio (capítulo 4: los casos difíciles), Editorial Planeta-Agostini, 1977; Duncan Kennedy, "A semiotics of legal argument", *Syracuse Law Review*, 42, 1991. Un buen intento por describir las implicaciones del debate se encuentra en César Rodríguez, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, 1997.

8. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Editorial Gedisa, España, 2^a edición, 1997, p. 13.
9. Para estos efectos, se consideran similares la propuesta haitiana de perspectivas interna y externa y la de Alexy, perspectiva del observador y del participante.

trajurídicos, cómo actualizar el derecho frente a los cambios sociales son, entre otras, temáticas recurrentemente discutidas desde la judicatura.

Podría pensarse, desde esta órbita, que transitamos en lo que el teórico francés Jackes Comaille llama el paso de un juez imbuido en la defensa del orden legal a uno que actúa como operador social: más comprometido con la justicia y el contexto de sus decisiones, y preocupado por argumentar racionalmente sus decisiones. Lo que no significa, necesariamente, que justifique sus decisiones *contra legem*, ni con abstracción de la misma. Sólo que es más consciente de su propio papel transformador o creador de lo jurídico, y no esquiva las motivaciones valorativas que acompañan su fallo.

Hasta aquí, no estaríamos propiamente en el terreno puro de la equidad, sino de una flexibilización del presupuesto esquivo de una justicia totalmente abstracta, imparcial y general¹⁰.

Sin embargo, el paso hacia formas de resolución de conflictos no cobijadas estrictamente por el principio de legalidad ha hecho florecer las expectativas en soluciones basadas en la mera equidad. O, en otras palabras, soluciones en donde la persona que adopta la decisión puede desprenderte de lo que ordena la ley, y apele eventualmente a criterios extrajurídicos, tales como condiciones comunitarias, familiares, económicas o políticas.

De alguna manera, esta es una de las condiciones de factibilidad de las fórmulas generales de conci-

lación y arbitramento, así como de muchas de las formas de pluralismo jurídico que florecen en zonas límitrofes al control del Estado, o donde su control social es difuso, tales como las que imperan eficazmente en comunidades barriales, campesinas o indígenas.

Obviamente, a estas formas de solución de conflictos no se les puede exigir la consonancia con algunos principios a los que se obliga a quienes operan estrictamente bajo el imperio de la ley. Por ejemplo, no existe un requisito de respeto al principio de igualdad, lo que supone por ende la inaplicabilidad de la máxima de que casos similares sean tratados de forma similar. O de que algunos derechos o prerrogativas sean irrenunciables. O de que lo que hayan pactado las partes sea ley para ellas, con independencia de las circunstancias de aplicación.

Mapas simbólicos y modelos para armar

Boaventura de Sousa Santos ha propuesto distintos símiles para comprender el sentido de las actuales transformaciones del derecho. Entre ellas, quisiera resaltar por su potencialidad iconográfica y explicativa los de la cartografía simbólica y la frontera¹¹.

El primero supone un funcionamiento del mundo jurídico similar al de la cartografía. Cumpliendo con ciertos presupuestos básicos –como los de escala, representación simbólica–, puede afirmarse que no hay mejores o peores mapas. En buena medida es cuestión de perspectiva: qué necesita observarse, o

10. Cfr. Rodrigo Uprimny, "La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho", en *Pensamiento Jurídico*, No. 4, Universidad Nacional de Colombia, pp. 131-139.

11. Cfr. Boaventura de Sousa Santos, ob. cit. (capítulo sexto: Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho, pp. 213 a 242), y "Three Metaphors for a New Conception of Law: The Frontier, the Baroque and the South", *Law & Society Review*, vol. 29, No. 4, 1995, pp. 569-584.

hacia dónde se requiere orientar la mirada. De la misma forma, no existiría un derecho bueno o mejor, por contraposición a otros malos. Se trataría de diferentes formas de control social que cumplen funciones distintas en ámbitos sociales diversos: el local, el nacional o el internacional.

Sin embargo, no se trata de proponer un relativismo acrítico: no da lo mismo cualquier mapa, así como no es indiferente el tipo de derecho al que se haga alusión. Sólo que no se propugna que el derecho estatal, por el mero hecho de serlo, tenga mayores virtualidades que otros para solucionar conflictos, y bien podría coexistir con ordenamientos válidos y eficaces en otra escala.

Mediante el segundo recurso, Boaventura nos lleva a perspectiva de las personas que se encuentran en un territorio fronterizo, y son capaces de captar con mayor nitidez lo que está adentro y lo que está afuera. De alguna forma, les es posible la dualidad de sentido, pues no se encuentran ni adentro ni afuera. Se alude al nacimiento de una nueva subjetividad y sociabilidad: estar en casa es estar en la frontera, territorio de pioneros e inmigrantes, de jerarquías cuestionadas, de pluralidad de órdenes. Construir allí la personalidad es siempre un proceso precario, difícil, en contraposición con los imperativos de sociabilidad del centro, altamente jerarquizados y provenientes de fuentes previamente legitimadas de autoridad. Como dice de Sousa Santos:

**El hecho de que los jueces constitucionales tengan que decidir recurrentemente demandas de ciudadanos que ven conculcados sus derechos fundamentales, o que esperan que los contenidos tanto de los fines y principios constitucionales como de los derechos fundamentales tengan alguna repercusión práctica, los coloca muy rápidamente frente a lo que en la teoría jurídica se ha denominado el caso difícil **

"vivir en la frontera es vivir en los márgenes, sin vivir una vida marginal".

Para plantearlo desde el terreno más pragmático, confrontamos la existencia de operadores jurídicos que enfrentan la controversia que se les somete desde un terreno fronterizo, de encuentro y lucha de más de un orden jurídico o pragmático.

Buena parte de las tensiones que hemos resaltado, encuentran un acomodo temporal o provisional al interior de sistemas sociales que combinan estas dos perspectivas de uso de mapas distintos y poblaciones de frontera en el mundo jurídico. El problema sería determinar desde qué mapa hablo, y qué tan cerca o lejos de la frontera me ubico. Todos, de alguna manera, somos centro y frontera de algo. Y todos, igualmente, utilizamos mapas diferentes, conforme lo determine el control u ordenamiento de las relaciones sociales a las que nos refiramos. Mapa y frontera nos permiten, por lo tanto, observar y analizar la manera en que las tensiones encuentran un acomodo coyuntural en cada mundo institucional: el local, el nacional y el global.

Así, por ejemplo, la Constitución colombiana busca integrar en un mismo sistema jurídico las leyes de la República y los ordenamientos autónomos de las comunidades indígenas. Pretensión que va más allá de la retórica etnocéntrica o colonial del pasado, como lo demuestra la línea jurisprudencial de la Corte

Constitucional en esta materia, en pos del equilibrio entre autonomía y respeto a los otros derechos fundamentales que le dan sentido al ordenamiento¹². La pregunta pertinente, en este caso, es si la independencia constitucionalmente consagrada para un pueblo indígena que vive en una República que se reclama como un Estado social de derecho tiene límites externos, y cuáles podrían ser éstos.

En similar confluencia, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos tienden a ser alentados desde los mismos estrados judiciales, y existen diversos canales que comunican las decisiones que se den en uno y otro campo. En este orden de ideas, las pretensiones de desjudicialización, desconcentración de procesos o descongestión de juzgados pasan por el apoyo a la mediación directa o la conciliación, sin que se emita por ello un juicio reflexivo sobre la lógica que impera en uno y otro proceso social, o incluso sin percatarse siquiera de que bien pueden tratarse de dinámicas contrapuestas.

Un tercer ejemplo de integración pragmática de las tensiones lo constituye el nuevo rol de la hermenéutica o la interpretación judicial en los sistemas de derecho continental. La preponderante integración al sistema de líneas y reglas jurisprudenciales en materia constitucional, sobre todo en la determinación de los núcleos básicos de derechos fundamentales y la resolución de tensiones entre derechos, nos acerca a los sistemas llamados de precedentes. De esta forma, en la práctica se reconoce el mayor activismo de los jueces y su capacidad para crear derecho aplicable, aun cuando los mismos funcionarios sean reacios a ampliar este marco de acción y se sientan más cómodos

definiendo y defendiendo su papel como intérpretes estrictos de la ley.

Finalmente, el mismo Estado ha aceptado la confluencia de diversos ordenamientos paralelos al suyo, especialmente bajo la forma difusa de la justicia comunitaria. De alguna manera, ésta se sigue pensando como pre-estatal. Ya no sólo como producto tradicional, fruto de costumbres anteriores a la razón, sino como mecanismo de hecho de resolución de conflictos en zonas donde la presencia del Estado es precaria y, por lo mismo, la autocomposición surge como única opción sustitutiva.

Los límites del pragmatismo

Si bien puede afirmarse que desde el punto de vista pragmático las distintas tensiones por las que atraviesa hoy el derecho logran un cierto acomodo temporal, de ello no se sigue que el sistema funcione coherentemente. O, por lo menos, que exista una real correspondencia entre el funcionamiento efectivo del mismo y las expectativas ideológicas que se asumen por parte de la ciudadanía. Veamos, en este sentido, algunos ejemplos indicativos:

Por una parte, se podría plantear una especie de historia optimista, que afirmaría que tras la flexibilización del paradigma legalista se encuentran las bases del nuevo derecho: mayor preocupación por la argumentación judicial, reconocimiento explícito del beneficio social que representa el activismo judicial, integración de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, multiculturalidad y reconocimiento de órdenes jurídicos productos de ella, jueces de paz y posibilidad de que ellos se orienten por criterios de equidad que tengan asiento en las costumbres comunitarias, etc.

12 Cfr. al respecto las sentencias de la Corte Constitucional T439/96, T523 y SU 510 de 1998.

De alguna manera, todo este movimiento hacia una mayor integración de mecanismos hasta hace poco considerados como menores o asistémicas se consideraría *políticamente correcto*, para utilizar una expresión cara al pragmatismo norteamericano.

Y es que hoy es cierto, por lo menos en nuestro medio, que el mayor activismo de los jueces, y su preponderante papel en la definición de contenidos mínimos de derechos y valores que se deben prioritariamente proteger, opera en favor de la democracia. Sobre todo debido a la confluencia de dos procesos diversos. Por una parte, la renovada actividad de los órganos de control constitucional, y la primacía en ellos de juristas más o menos reconocidos como demócratas. Por otra parte, por el des prestigio de los políticos, tradicionalmente encargados de la función legislativa.

Así las cosas, frente a la disyuntiva de escoger entre jueces y políticos, pareciera que la línea de popularidad indica también hacia la democracia. Pero la misma historia nos muestra la falacia de este argumento. Por una parte, como lo señalamos previamente, por cuanto no existe una adecuada respuesta al problema de la representación del juez, bien porque éste sea simplemente nominado por una instancia intrasistémica, bien porque ni siquiera el hecho de su elección pública lo convierte en intérprete autorizado de la moral ciudadana.

Adicionalmente, el control que se ejerce sobre la decisionalidad de los jueces cubre, por las mismas razones por las que se ha llegado al activismo, únicamente los casos desviados donde el funcionario prevenga. En lo demás, éste se regiría por una interpretación abierta de la ley, con el apoyo de una jurisprudencia cada vez más consolidada pero no obligatoria.

En este orden de ideas, el hecho de que las altas Cortes ejerzan un autocontrol a su activismo, expresado en la implantación de figuras tales como los test de proporcionalidad que debieran aplicarse a la hora de ponderar derechos, no deriva necesariamente en un autocontrol de toda la rama, ni brinda mayores garantías a los ciudadanos sobre un ejercicio fiscalizado del poder.

Máxime cuando los mismos funcionarios judiciales han demostrado una gran reticencia a aceptar una revisión de sus decisiones que se produzca por fuera de los canales ordinarios, jerárquica y temáticamente instituidos, bajo la forma de recursos de tutela o amparo a sentencias. Es ilustrativo de este aspecto el debate que se produjo en Colombia durante la vigencia de una interpretación constitucional que posibilitaba tutelar derechos fundamentales contra sentencias ejecutoriadas¹³. Generalmente, en estos eventos la defensa de la autonomía se apoya en otros argumentos complementarios no desdenables, como el de la seguridad jurídica. Ello, no obstante, es obvio que de proponérselo el sistema podría adoptar mecanismos para compaginar la revisión constitucional de violación de derechos fundamentales con formas institucionales de seguridad jurídica de los pronunciamientos judiciales, con lo que se regresaría al punto original de control o autonomía de los jueces¹⁴.

Otro aspecto que parece ser asumido sin mayores objeciones es el de las mayores bondades que

13. Cfr., por ejemplo, Danilo Rojas, "Tutela contra sentencias judiciales: entre lo difícil y lo trágico", en *Pensamiento Jurídico* No. 7, Universidad Nacional de Colombia, pp. 149-169.

14. Con respecto a esta misma polémica, aun cuando desde otra perspectiva, ver Manuel Calvo García, "Transformaciones del derecho: desjudicialización, discrecionalidad y garantías", en *Pensamiento Jurídico*, No. 10, Universidad Nacional de Colombia, pp. 73-95.

brinda la auto-composición. Podría pensarse que el formalismo legal, la rigidez interpretativa imperante y la excesiva judicialización de conflictos abonaron el terreno para este sentimiento.

Paradójicamente, entonces, mecanismos que son producto de la mera costumbre o de una recepción imperfecta de la misma ley estatal, aparecen como más democráticos y adecuados a la realidad social que los ofrecidos por los tribunales. Dualidad a la que podríamos agregar una larga tradición popular de informalidad, desconfianza en la autoridad y lejanía frente a la fría maquinaria oficial burocrática.

Sin embargo, nuevamente la historia nos muestra una especie de lucha quijotesca de la razón de la ley frente al engranaje de una cultura que no reflexiona sobre sí misma. Tensión que de alguna manera atraviesa todo el derecho, y que define y limita su funcionalidad como mecanismo de dominación o de liberación. Sabemos que la pretendida idealidad racional de la norma no tiene en sí las virtudes necesarias para cambiar las relaciones sociales, de forma tal que la discriminación o la marginalidad se mantienen como hechos, a la par que la hegemonía de intereses. Pero, de alguna manera, ésta es también la causa de los activistas de los derechos humanos y de la democracia: desarrollar normas que integren de

**El mismo Estado ha aceptado la confluencia de diversos ordenamientos paralelos al suyo, especialmente bajo la forma difusa de la justicia comunitaria. De alguna manera, ésta se sigue pensando como pre-estatal. Ya no sólo como producto tradicional, fruto de costumbres anteriores a la razón, sino como mecanismo de hecho de resolución de conflictos en zonas donde la presencia del Estado es precaria y, por lo mismo, la autocomposición surge como única opción sustitutiva'*

forma efectiva la libertad, la igualdad y la dignidad humanas, aun en contra de la cultura imperante.

En este contexto, el primado de la costumbre local no es sinónimo de progreso democrático. Basta pensar en diversos puntos de la actual geopolítica nacional, para imaginarse lo que sería la autocomposición de conflictos. Si no es lo que *de facto* han impuesto los actores armados.

Este punto es de alguna forma coincidente con el del auge de la llamada cultura de la mediación. De hecho, mediante estas técnicas se han obtenido resultados muy ponderados por las mismas partes, que quedan satisfechas con un arreglo que por lo general no les deja un enemigo comercial o familiar, y que no los involucra en una solución adjudicativa de máximos y mínimos. Más aún, en muchos casos se intenta llegar a una sol-

lución integral del conflicto, lo que quiere decir que quien busca aportar a su solución no se detiene en causas estrictamente jurídicas –examinando otras de índole familiar, social, económica, moral o política– ni individuales, llegando a convertirse en un instrumento de cohesión y organización social. Así, la máxima de estos tiempos no parece ser diferente a la de otros pasados, aun cuando con nuevo lenguaje: del *más*

vale un mal arreglo que un buen pleito humano transcurriendo a mediación es mejor que litigar

Sin embargo, es igualmente cierto que muchos autores, generalmente provenientes del mismo campo de la acción, previenen contra los riesgos que involucra la mediación. Por una parte, porque es una herramienta poco eficiente si se trata de remover condiciones estructurales de desigualdad o injusticia, lo que limita sensiblemente su posibilidad de solucionar integralmente el conflicto en cuestión. Además, por el informalismo y la consensualidad del proceso, y por lo tanto debido a la ausencia de normas sustanciales y procesales, la mediación puede agravar los desequilibrios de poder y abrir la puerta a la coerción y la manipulación que practica la parte más fuerte¹⁵. A lo que se agrega que por su carácter particular y desagregado, que trata cada caso de forma diferente y no previsible, se afecta el principio de igualdad y se lesionan el principio de interés público que lo protege, tras una efímera satisfacción del cliente débil y atomizado.

Este enfoque, que en los Estados Unidos agrupa a investigadores como Richard Abel o Cristine Harrington, concluye que "el efecto general del movimiento (de la mediación) ha sido neutralizar las conquistas obtenidas en la esfera de la justicia social por los movimientos a favor de los derechos civiles, las mujeres y el consumidor –entre otros– y ayudar a restablecer la posición privilegiada de las clases más fuertes, y a perpetuar la opresión de los más débiles"¹⁶.

15. Robert Barish Bush y Joseph Folger, *La promesa de la mediación*, Editorial Granica, p. 50.

16. Ibidem., p. 51. Cf. también C. B. Harrington y S. E. Merry, "Ideological production: the making of community mediation", en *Law and Society Review*, 1988, pp. 22-4, 709-735. F. Dukes, "Public conflict resolution: A transformative approach", en *Negotiation Journal*, 1993, 9-1, pp. 45-57.

una cultura de los derechos humanos

Como lo acostumbramos de ver, algunas de las lógicas de transformación del campo del derecho se encubren tanto tendencias democráticas como antidemocráticas, o por lo menos contrarias a una cierta ideología de garantías públicas e intereses comunes.

¿Qué sucedería si en un momento histórico dado confluyen factores que agudicen esta contradicción? Imaginémonos, por ejemplo, un escenario donde confluyan la instauración de una Corte Constitucional abiertamente conservadora y defensora del *statu quo*, un grupo mayoritario de jueces que acentúen un bloque ideológico de poder moralmente valorativo de expresiones como voluntad popular encarnada en instituciones específicas y justicias comunitarias o locales que acentúen sus rasgos pragmáticos particularistas. O imaginemos el papel de la administración de justicia en períodos recientes de la historia mundial, como el nazismo, el franquismo o la dictadura de Pinochet.

Frente a todos estos casos, la teoría de los derechos humanos fundamentales aparece como horizonte. No sólo en su asunción positiva, es decir que su articulado sea llevado a ley estatal, sino ante todo en su dimensión interpretativa: la integración efectiva de corrientes de pensamiento que han ido definiendo la aplicación de derechos como los de igualdad, libertad y dignidad humana en contextos diversos. Pero en buena medida la respuesta es débil y sujeta a la manipulación, si no se consolida una cultura ética de comprensión y ejercicio de estos derechos.

En consecuencia, y ante al tema que nos preocupa, donde los derechos fundamentales operan como límite e imaginario, llegamos a que la justicia comunitaria, en su expresión práctica de sentencias de jueces de paz que avalen dicho sistema u ordenamiento pro-

pio, no pueda desarrollarse de cualquier forma, sino en consonancia con ellos. Aun cuando aquí, nuevamente, el debate está lejos de zanjarse: ¿Se trata de un respeto de mínimos, como en el caso de las jurisdicciones especiales indígenas? ¿Se busca una coordinación entre los distintos órdenes comunitarios, de for-

ma tal que se vaya reconstruyendo (construyendo por vez primera, afirmarán algunos) un cierto consenso ético y jurídico? Subyace a toda la flexibilización del sistema un mero ánimo integracionista, de recuperación de prácticas de control social que sirvan a los intereses dominantes?