

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

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

ROSARIO GARCÍA*

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

² Roberto Bergalli, “Usos y riesgos de categorías conceptuales: ¿Conviene seguir empleando la expresión ‘uso alternativo del derecho’?”, en revista *El otro derecho*, Vol. 4, 1, Bogotá, marzo de 1992.

³ *Ibíd.*

⁴ Fernando Rojas, “Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina”, en revista *El otro derecho* N° 1, agosto 1988.

⁵ Germán Burgos, “Los servicios legales populares y los extravíos de la pregunta en lo político” revista *El otro derecho* N° 21, Bogotá, 1996.

⁶ Fernando Rojas, *op. cit.*

busca sustituir la igualdad formal por la real, más basada en la solidaridad.

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

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

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

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

J. E. Faría dice muy elocuentemente⁹:

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

⁷ Manuel Jacques, "Concepción metodológica del uso alternativo del derecho", en revista *El otro derecho*, N° 1. Bogotá, agosto de 1988.

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

⁹ José Eduardo Faria, "El poder judicial frente a los conflictos colectivos", en revista *El otro derecho*, N° 5, marzo de 1990.

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

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

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

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

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

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

¿Qué son los mecanismos alternativos de resolución de conflictos?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ André J. Hoekema, op. cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Su creación, distribución territorial, funcionamiento operativo y procedimientos de resolución de los conflictos se encuentran regulados por ley. Incluso, como en el caso de Perú, Venezuela y Colombia, están previstos constitucionalmente.
2. Los jueces, árbitros o mediadores no se encuentran integrados dentro de la justicia ordinaria, ni funcional ni jerárquicamente.
3. Los procesos que se siguen responden a procedimientos más flexibles, rápidos y de menores costos que los procesos judiciales.
4. Las materias propias que se resuelven por medio de estos mecanismos son las que podríamos denominar pequeñas causas, tanto civiles como penales, derivadas de conflictos de convivencia y cuya pretensión es dar un mayor acceso a la justicia a las clases generalmente excluidas de la justicia ordinaria.
5. Los actos realizados dentro de estos procesos no se imponen por la fuerza coactiva del Estado. En este punto no parece existir mucha unanimidad entre los distintos autores. Así, la Comisión Andina de Juristas los define como

aquellas formas de administrar justicia por medio de las cuales, de manera consensual o por requerimiento, los protagonistas de un conflicto —ya sea al interior del sistema judicial o en una etapa previa— concurren legítimamente ante terceros a fin de encontrar la solución del mismo a través de un acuerdo mutuamente satisfactorio cuya resolución final goza de amparo legal para todos sus efectos, como por ejemplo su ejecutabilidad¹⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²² Luis Pásara, *op. cit.*

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

2. El poder judicial no es independiente, se encuentra muy interferido por el poder político.

El clientelismo político es una práctica que abunda.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Los procesos de globalización.
2. La crisis de la justicia oficial y del Estado de derecho liberal.
3. La dificultad para construir una autonomía entre lo jurídico y lo político.
4. Los intentos de movilizar el derecho por ciertos agentes y colocarlo a su favor.
5. La crisis y el surgimiento de nuevos modelos jurídicos conceptuales.

Según lo expuesto, se podría concluir que han existido dos tipos de factores que han dado origen a reformas de la justicia a partir de las cuales los mecanismos alternativos de resolución de conflictos han entrado con fuerza en las reformas judiciales:

1. Factores políticos y sociales originados en la región a partir de reformas constitucionales, y de la necesidad de democratizar la justicia y permitir una mayor participación ciudadana.

Siguiendo a Faria²⁶, se encontrarían las siguientes causas:

- a) En la redefinición de las relaciones del Estado con la sociedad ésta aparece construida en el interior de una nueva representación de lo social y de lo político, por medio de la cual adquiere sentido en cuanto espacio de experiencias originales y en cuanto espacio de constitución de nuevos sujetos.

²⁴ Jorge Carvajal, *Los préstamos de la banca multilateral para la reforma a la justicia en América Latina y el Caribe*, Bogotá, ILSA, 1999.

²⁵ Germán Palacio, “Resolución alternativa de conflictos: ¿la nueva cara de la política judicial?”, en *Conflicto y contexto*, 1ª ed., Bogotá, Instituto Ser de Investigación, 1996, pp. 21 y 22.

²⁶ José Eduardo Faria, “El poder judicial frente a los conflictos colectivos”, *op. cit.*

- b) Las redefiniciones de esas relaciones entre el Estado y la sociedad en el ámbito del capitalismo son siempre contradictorias para nuevas luchas por transformaciones alternativas de las estructuras socioeconómicas.
- c) Los nuevos conflictos colectivos exigen nuevos procedimientos judiciales para poder ser canalizados, filtrados y decididos en el ámbito de las instituciones formales del Estado.

A estas causas habría que unir lo que ya se dijo anteriormente sobre las sutiles estrategias del Estado para informalizar la justicia, "aceptando" mayor participación de los ciudadanos.

- 2. Factores externos llegados con la financiación de proyectos concretos por parte de las agencias de cooperación internacional y la banca multilateral. En los últimos veinte años en América Latina han confluído numerosos consultores, modelos judiciales y criterios de pura eficacia judicial que han promovido de forma generalizada los mecanismos de resolución de conflictos.

En este proceso no es desdeñable la influencia que ejerce en la delimitación de lo que es justicia el criterio ofrecido por instancias internacionales, que concretamente sobre este particular ha ido configurando un concepto de justicia que pretende ser universal y que es ampliamente aceptado en la comunidad mundial como deseable²⁷.

Entre los grandes desafíos que debe afrontar la justicia, Correa Sutil²⁸ incluye el responder con flexibilidad y diversidad

ante esta diversidad creciente de formas y conflictos jurídicos. No parece razonable que el Estado provea sólo con la respuesta jurisdiccional tradicional de estricta aplicación del derecho frente a conflictos y formas de tanta diversidad. Sobre todo frente a litigios entre partes que se proponen continuar colaborando, se hace necesario explorar formas alternativas de resolución de conflictos que tiendan no sólo a asignar responsabilidades, sino también a mantener la colaboración entre las partes y a maximizar los intereses en juego, finalidades que típicamente se logran mejor a través de sistemas como la mediación, que por medio de decisiones jurisdiccionales.

Los procesos de reforma judicial, en opinión de Ligia Bolívar²⁹, están marcados por diversas tensiones, paradojas y contradic-

²⁷ Luis Puentes del Barrio, *op. cit.*

²⁸ Jorge Correa Sutil, "Modernización, democratización y sistemas judiciales", en *La economía política de la reforma judicial*, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 176.

²⁹ Ligia Bolívar Osuna, "La reforma del sistema judicial en Venezuela", en revista *Nueva Sociedad*, 160, Caracas, 1999, p. 151.

ciones que, en mayor o menor medida, se encuentran presentes en cada una de las iniciativas emprendidas para un mejor desempeño de la justicia. Podría decirse que, en los últimos años, la reforma judicial, bien sea en aspectos procesales, sustantivos, políticos u organizativos, se ha convertido en una suerte de moda.

Esta “moda” le ha llegado también a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, pero como expresa igualmente Ligia Bolívar³⁰,

La ausencia de estudios de contexto tiene consecuencias significativas en lo que se refiere a la ruta escogida para impulsar procesos de reforma, ya que las motivaciones iniciales para emprenderla podrían estar siendo fundadas más en factores exógenos que en un interés genuino para alcanzar una justicia independiente, eficaz, oportuna, equitativa, transparente y democrática, tal como lo reclama la población.

Panorama regional

Este apartado no pretende ser una radiografía de la situación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos de todos los países de la región. Apenas se trata de conseguir una visión de aquéllos en los que estos mecanismos han tenido un reflejo, el modelo que se ha empleado y el balance de sus resultados.

Es importante que quede claro igualmente que los dos países más grandes de la región, Brasil y México, no han adoptado disposiciones legales que de forma amplia hayan incluido estos mecanismos como una forma general de resolver conflictos. México ha realizado escasas reformas judiciales, y Brasil ha seguido un camino algo distinto en sus planteamientos.

Argentina

Como consecuencia de un estudio para realizar el diagnóstico de la situación de la justicia medido por investigaciones y encuestas, se comprobó que el 85% de los encuestados opinaron que no había justicia en Argentina, poniéndose de manifiesto problemas de acceso a la justicia, aumento del número de juicios, alto costo y tiempo del litigio, bajo número de conciliaciones y bajo nivel de satisfacción del usuario.

A partir de este estudio se produjo una redefinición de objetivos públicos en materia de justicia. De esta forma se pretendió brindar a los sujetos de derechos la posibilidad de acceder a la tutela judicial y acceder, con el menor costo posible, a un procedimiento efectivo, no necesariamente judicial, de tutela de los propios derechos. En opinión de Gladys Stella Álvarez³¹

³⁰ Ibid., pág. 155.

³¹ Gladys Stella Álvarez, *op. cit.*

el deber del Estado de tutelar los derechos amenazados de sus ciudadanos no se satisface con la sola organización de un poder judicial eficiente, probo, transparente; es necesario ofrecer y apoyar otros mecanismos de solución de controversias que pueden resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos, rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto impidan la recurrencia del conflicto, y socialmente más valiosos si posibilitan y mejoran la relación futura entre las partes.

A la luz de estos planteamientos, se aprobó la ley de “Mediación y Conciliación”, que comenzó a regir en abril de 1996, por la que se declaraba la emergencia nacional judicial por un periodo de cinco años en el que la mediación debía ser previa a todo juicio con carácter obligatorio para un importante grupo de conflictos. Se excluyen de la mediación las causas penales, aquellas en las que el Estado sea parte y algunas cuestiones de familia.

Previamente hubo una experiencia piloto entre en 1993 y 1995. En este periodo hubo un porcentaje de acuerdos del 67%, descendiendo posteriormente al 51,60%.

Las mediaciones están ligadas a los tribunales ordinarios, ya que es en ellos donde se formaliza el pedido de mediación, se lleva el registro de mediadores –que deben ser abogados con dos años de antigüedad–, se sorteá mediador o se elige (mediación privada), juez y fiscal, y las partes deben concurrir con letrado.

Estos medios alternativos de resolución de conflictos son un tanto atípicos respecto a la definición que se ha dado de los mismos, ya que en este caso, al no existir órgano específico para la mediación y conciliación, dichas solicitudes se sustancian ante los tribunales ordinarios, que intervienen en el control del proceso en la medida en que los acuerdos son ejecutivos. Sólo requieren homologación judicial las causas de menores e incapacitados, y en la medida en que éstos no se cumplan, son los tribunales los que obligan a su cumplimiento a través de la fuerza coactiva del Estado, si bien estas medidas se contemplan con carácter excepcional.

La implantación de la mediación y conciliación se ha realizado en este país como una medida transitoria, por lo que transcurrido el plazo de emergencia no se sabe si va a existir o no continuidad o se van a producir reformas al sistema. Las razones de su implementación han sido la descongestión judicial, la agilización e informalización del procedimiento, y permitir un mayor acceso a la justicia, objetivos que con carácter general se han cumplido. Un préstamo del Banco Mundial ha servido para implementar estas reformas.

Sin embargo, sí se han observado deficiencias tales como la calidad desigual del servicio que prestan los mediadores. Al haberse generalizado la mediación y conciliación, se han homologado excesivos programas

de formación, lo que ha ido en detrimento de la calidad de los procesos en los que intervienen. Otro aspecto que se encuentra cuestionado son los bajos honorarios cobrados por los mediadores y conciliadores.

El apoyo de la sociedad civil mediante organizaciones no gubernamentales, como es el caso de la Fundación Libra en la Argentina, resulta ser indispensable para llevar adelante un programa de mediación. El liderazgo que las mismas pueden ejercer por la seriedad de su accionar o el prestigio de sus miembros resulta de alto valor para obtener el consenso de la sociedad civil, los abogados y los jueces. Debe recordarse que el poder de las partes para solucionar sus propios conflictos es la expresión de una sociedad democrática y el acceso a la justicia para los grupos más débiles es la expresión de una sociedad justa³².

Brasil

En el caso de Brasil³³, recientemente se han creado los llamados juzgados especiales civiles y criminales, como órganos de la justicia ordinaria para conciliación, proceso, juicio y ejecución. Son verdaderos tribunales, pero especiales, que han recibido numerosas críticas, siendo catalogados como juzgados de segunda clase.

Su innovación consiste en la flexibilización del proceso, haciéndolo más ágil y rápido, buscando solucionar los conflictos de manera negociada. En materia penal, sigue la tendencia de despenalización y descriminalización, privilegiando los espacios de consenso. Se han puesto en práctica cuatro nuevas instituciones: a) la extinción de la punibilidad, ante la reparación del daño civil. b) La transacción en aplicaciones de pena restrictiva de derechos o multa. c) La ampliación de la exigencia de representación a la acción penal relativa a los delitos de lesiones corporales leves y lesiones culposas. d) La suspensión del proceso relativo a crímenes en general, cuya pena fuera igual o inferior a un año.

Por otra parte, en algunos estados federales existen experiencias, nada representativas por el momento, de justicia ambulante, justicia itinerante, justicia de barrio, justicia de vecindad, etc.

Colombia

Ya con carácter previo a la aprobación de la Constitución de 1991 se habían presentado proyectos de mecanismos alternativos de resolución de conflictos³⁴, que sin embargo no llegaron a culminar su aprobación legislativa.

³² Ibíd.

³³ José Renato Nalini, Juzgados especiales en el Brasil. Ponencia de la conferencia internacional "Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo", *op. cit.*

³⁴ Documento de Unijus.

A partir de la Constitución de 1991 se han incluido diversas fórmulas de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y el reconocimiento de la justicia indígena y el pluralismo jurídico, aunque no se ha desarrollado reglamentariamente en algún caso. La jurisdicción indígena aún no ha sido reglamentada, si bien la Constitución prevé que las autoridades indígenas podrán administrar justicia de acuerdo con sus costumbres, lo cual representa el reconocimiento de la realidad de estas comunidades.

En el caso de las comunidades negras³⁵ ya se ha reglamentado por Ley 70 de 1994 y son sus Consejos Comunitarios, que en muchos casos se encuentran bien definidos, los que tienen la función de resolver las controversias que surjan al interior de ellas.

Existe igualmente la figura de los Comités de Conciliación de Juntas de Acción Comunal. Estos Comités tienen como misión posibilitar que los desacuerdos internos de cada una de esas organizaciones sean resueltos sin recurrir a mecanismos externos. Su elección está ligada a los mecanismos electorales de una junta, que tienen vínculos con una organización comunitaria, que es una gran ventaja en pequeños poblados y áreas rurales.

Con relación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y atendiendo a la definición expuesta anteriormente, la Constitución han reconocido³⁶:

Arbitraje

El Artículo 431 de la Constitución establece la posibilidad de que las partes de un negocio jurídico habiliten, de común acuerdo, a un árbitro, para resolver su conflicto.

Las personas jurídicas, y en particular las que no tengan ánimo de lucro, como es el caso de las cámaras de comercio, pueden crear un centro de conciliación. Las personas habilitadas deben ser abogados cuando la conciliación sea en derecho.

Amigable composición

La Ley 446 de 1998 lo establece para los casos en que dos o más personas particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular.

Conciliación

Dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado

³⁵ Edgar Ardila Amaya, *op. cit.*

³⁶ Hernando Herrera Mercado, Medios alternativos de resolución de conflictos. Ponencia de la conferencia internacional "Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo", *op. cit.*

conciliador. El papel del conciliador es puramente propositivo, es un facilitador en la búsqueda de la solución del conflicto.

Además de las organizaciones sin ánimo de lucro que pueden crear centros de arbitraje y conciliación, la conciliación en equidad está regulada por la Ley 23 de 1991. Los conciliadores son personas que el juez nombra a partir de candidatos definidos en la comunidad. Una vez nombrados, las actas de conciliación que ellos suscriban tienen los mismos efectos de una sentencia judicial.

La conciliación en equidad se está llevando a cabo a partir de las Casas de Justicia. Estos entes agrupan a todas las autoridades administrativas relacionadas con la administración de justicia extrajudicial, y especialmente, a los funcionarios habilitados para conciliar, como los inspectores de policía, los defensores de familia, etc.

Jueces de paz

Esta figura se introdujo en la Constitución de 1991, definiéndose por Ley 497 de 1999, con base en el antecedente de la misma institución peruana, que no entrará en vigor hasta enero de 2000.

El juez de paz es la primera instancia judicial, lo cual querría decir que se encuentra integrado dentro del poder judicial, si bien esto es meramente formal. Su carácter judicial hace referencia a la coercibilidad que le permite, a través del aparato del Estado, si bien con carácter excepcional, hacer comparecer a las partes o imponer una decisión a alguna de ellas.

Su pretensión es que solucionen de una forma integral los conflictos que se les presenten, siendo la equidad su herramienta para la solución del conflicto. La Ley no exige requisitos específicos para ser juez, cuya elección será mediante votación popular, lo que plantea grandes enigmas³⁷. Esto significa que la capacitación de los jueces será fundamental para el futuro desarrollo de la figura³⁸.

Las competencias que van a resolver los jueces de paz serían no sólo las pequeñas causas, sino que podrían llegar a resolver homicidios culposos, ya que podrán conocer los asuntos susceptibles de transacción, conciliación y desistimiento, siempre y cuando no estén sometidos a solemnidades y cuyo objeto litigioso no sea superior a cien salarios mínimos legalmente vigentes.

Es difícil obtener conclusiones de todas estas figuras tan recientemente implementadas. Sin embargo, la multiplicidad de fórmulas superpuestas unas a las otras, y las dudas surgidas con la definición de los jueces de paz, entre otras, por el sistema de elección, sin definición todavía en las

³⁷ Ricardo Serrano, "Aportes para la comprensión de la Ley 497 de 1999", en *Justicia de paz en Colombia*, revista *Justicia y desarrollo: debates*, año II, 8, Corporación Excelencia en la Justicia, junio de 1999.

³⁸ Camilo Borrero G., "Jueces de paz: aquí y ahora", en *Justicia de paz en Colombia*, op. cit.

reglas del juego, y la falta de remuneración de los jueces, no presentan buenas perspectivas para su consolidación.

Todas las experiencias llevadas a cabo hasta ahora son sumamente parciales, con incidencias muy limitadas en el espacio y cuya supervivencia en el tiempo no parece muy garantizada.

Guatemala

Como consecuencia de la firma de los acuerdos de paz, tras más de 35 años de guerra y un proceso de negociación de ocho años, se estableció una agenda política y social en la que se incorporaban como acciones principales, en relación con el tema aquí tratado, la reforma de la Constitución de 1985 y la aprobación de diversas leyes encaminadas a reconocer a la mayoría de la población guatemalteca de diferentes etnias indígenas y que históricamente había sido tratada como minoría, no sólo su cultura y cosmovisión, sino también sus normas, autoridades, procedimientos y sanciones³⁹.

Por decreto de septiembre de 1997 se crean los Juzgados de Paz Comunitarios, de forma provisional y por un periodo de diez años. Estos Juzgados no se corresponden con los compromisos de los acuerdos de paz toda vez que no se respetó la identidad social y cultural, ni las costumbres, tradiciones e instituciones de las comunidades indígenas.

Lo que debía haber sido un reconocimiento claro del pluralismo jurídico de un país en el que conviven varios sistemas culturales y jurídicos –además del sistema jurídico estatal se encuentran el maya, garífuna y xinca–, ha resultado ser un método alternativo de resolución de conflictos en el sentido indicado en la definición anterior.

Los jueces de paz están obligados a aplicar los usos y las costumbres, no su propia legislación, de conformidad con los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal. El sistema creado obliga a los jueces a conocer instituciones jurídicas ajenas a su cosmovisión, además de que al ser legos, desconocen la legislación nacional. Estos tribunales hacen un reconocimiento parcial de la identidad de los pueblos indígenas, al permitir que los miembros de una comunidad indígena que cometan un delito sean sometidos en las primeras diligencias a un tribunal conformado por personas de la propia comunidad, con la misma cultura y que hablan el mismo idioma, pero siempre sometidos a la lógica de la legislación nacional, y dependiendo del tipo de delito, remitirán el caso a un juzgado de primera instancia.

En el primer año de vigencia del Decreto de establecimiento se crearon cinco juzgados. No obstante, y a pesar de la falta de un real reconocimiento

³⁹ Luis Ramírez y Justo Solórzano, Los tribunales comunitarios, una simbiosis cultural. Tesis de posgrado sin publicar. Base de la ponencia expuesta en la Conferencia Internacional de Justicia Comunitaria y Jueces de Paz, Bogotá, agosto 1999, Universidad Nacional.

del pluralismo jurídico existente en el país, sí se pueden considerar grandes avances: el hecho de la participación de la comunidad en la elección de los miembros del tribunal permite una aproximación a la legitimación de los jueces, que hablan su propio idioma y tienen la misma cultura, y al principio del juez natural. Obviamente también permite el acceso a la justicia a un sector que claramente estaba excluido de ella.

México

Para materias laborales únicamente existen las Juntas de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, éste como órgano de segunda instancia, y la Comisión de Arbitraje Médico para la resolución de conflictos médicos difíciles de atender en tribunales ordinarios y que se presentan con cierta recurrencia⁴⁰.

La Procuraduría Federal del Consumidor, dentro de sus funciones de protección a los derechos del consumidor, asume tareas similares de mediación y conciliación frente a los reclamos de los usuarios.

Nicaragua

Este país centroamericano ha optado por una solución bastante diferente a las de otros países, basada en la necesidad de resolver una problemática muy específica.

Como consecuencia de la guerra vivida en la década de los 80 y la llegada a la democracia en los 90, en Nicaragua se han generado un gran número de conflictos derivados de la aplicación de las leyes sobre la propiedad, tanto urbana como rural. Por esta razón la Ley 278 sobre propiedad reformada urbana y agraria publicada en la *Gaceta* el 16 de diciembre de 1997 crea la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos, Dirac.

La Dirac es una dependencia especializada de la Corte Suprema de Justicia de la que forman parte la Oficina de Mediación y la Oficina Nacional de Arbitraje, aunque esta última aún no se ha puesto en funcionamiento.

En el caso en que exista un trámite judicial pendiente o sea planteada una demanda judicial nueva sobre propiedad, el juez de la causa designará un mediador, que habrá de estar capacitado por la Dirac. De esta forma la mediación es instancia previa para la resolución de estos conflictos.

El proceso de mediación no requiere abogado, es más rápido que el proceso judicial ordinario y menos costoso. Los acuerdos logrados tienen el carácter de transacción judicial, por lo que el juez dicta sentencia, que será ejecutiva y no existirá otra instancia para este caso.

Éste es un sistema que combina aspectos de la jurisdicción ordinaria y aspectos propios de la resolución alternativa de conflictos. Esta expe-

⁴⁰ Germán Fernández Aguirre, *El sistema de justicia en México*.

riencia tiene la pretensión de ser piloto, por lo que si sus resultados son satisfactorios se extenderán a otras materias.

Perú

Este país es el que con mayor antigüedad ha reconocido la existencia de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. De hecho, la figura del juez de paz se estableció, como en otros países del área, en la época colonial, siendo prácticamente el único que lo conservó hasta el momento. Éste es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pero existen otras figuras que consagran el pluralismo jurídico que se verán a continuación.

A pesar de los intentos de subordinación de los sistemas jurídicos, las poblaciones indígenas han mantenido sus instituciones, autoridades y procedimientos para resolver conflictos. Se trata de expresiones del pluralismo jurídico existente en el país, que se refleja en las siguientes fórmulas⁴¹:

Comunidades campesinas

Ya en la Constitución de 1920 se reconoce la existencia legal y personería jurídica de estas comunidades, así como la imprescriptibilidad del derecho sobre sus tierras. Son organizaciones de pobladores asentados en determinados territorios, por la región de la costa y de la sierra, ligados por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales. Hay alrededor de 5.000 comunidades campesinas reconocidas, afectando a cinco millones de habitantes, lo que representa $\frac{1}{5}$ de la población peruana.

La vigente Constitución de 1993 reconoce la función jurisdiccional de estas comunidades, como una jurisdicción especial, al igual que la militar, la arbitral y la del poder judicial.

El encargado de resolver los conflictos, generalmente derivados de la propiedad o posesión de la tierra, que es una inagotable fuente de discordias, es generalmente el presidente de la comunidad, y la Asamblea General de la Comunidad, en su calidad de máximo órgano de gobierno. La comunidad generalmente asume también la solución de casos menores.

Las sanciones aplicadas tienen por objeto básico el compensar los daños ocasionados.

Comunidades nativas

La comunidad nativa constituye la forma de organización de los indígenas amazónicos. Existen 1.145 comunidades censadas, con una población aproximada de 240.000 indígenas, pertenecientes a 42 grupos étnicos de, al menos, 12 familias lingüísticas.

⁴¹ Ana Teresa Revilla, La administración de justicia informal en el Perú. Ponencia de la conferencia internacional "Resultados de las reformas judiciales en América Latina: avances y obstáculos para el nuevo siglo", *op. cit.*

Su atribución para resolver conflictos ya se produjo en 1978, con carácter previo al reconocimiento Constitucional en 1993 efectuado a las comunidades campesinas.

Al ser muy numerosas y de pequeño tamaño, existen una gran diversidad de formas de resolución de conflictos. Se suele tener en cuenta a las autoridades para su resolución. Incluso los grupos de edad son considerados como autoridades políticas por su experiencia y sabiduría cultural adquirida mediante visiones. Por ejemplo, en la vida aguaruna, existe una imbricada relación entre el poder y la magia, ya que conocimiento y *status* se obtienen a través del consumo de alucinógenos y de la observancia de la educación tradicional.

Rondas campesinas

Surgen para combatir los problemas de robos, asaltos y abigeato (robo de ganado en el campo). Estas organizaciones, cuya fecha de aparición no está muy clara pero se puede situar a fines de los 70, no cuentan con facultades legales para administrar justicia, aunque lo vienen haciendo en sus comunidades rurales. En la Ley de Comunidades Campesinas se reconoce su existencia únicamente como comité especializado, órgano de apoyo de las autoridades comunales.

Las rondas surgen en un departamento mayoritariamente rural, donde no existían organizaciones sociales. La ronda se gesta fundamentalmente para terminar con el robo de ganado. A pesar de ser una institución que le es útil tanto al campesino rico como al campesino pobre, son percibidas como una institución de la “comunidad”, que sirve igual a todos sus miembros, asegurando de esta manera un consenso en torno a ellas. Aunque inicialmente fueron muy combatidas por las distintas autoridades estatales, se han extendido de una forma muy amplia en los departamentos del norte del país. Según un estudio de Orin Starn⁴², se han estimado 3.435 rondas campesinas.

Realmente, y a falta de reconocimiento legal, son instancias informales de resolución de conflictos, que cumplen básicamente una labor de control social que no sólo tiene que ver con el robo de bienes, sino con aquellas acciones que implican el incumplimiento de pactos colectivos para la vida comunal.

Jueces de paz

Es una institución que existe en el Perú desde los orígenes de la República, Constitución de 1823, como un paso previo, y obligatorio, para interponer demanda judicial.

⁴² Orin Starn, *Con llanques todo barro. Reflexiones sobre las Rondas Campesinas, protesta rural y nuevos movimientos sociales*, Lima, IEP, 1991. Citado por Ana Teresa Revilla en *La administración de justicia informal*.

Hoy en día se trata de un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria para resolver conflictos. Aunque constitucionalmente se dispone la elección popular de los jueces, todavía no ha sido reglamentado. Uno de los motivos para que no se promulgue esta ley es que para muchos la elección popular va a llevar a una politización de la justicia de paz.

A falta de esta reglamentación, las cortes superiores suelen designar a uno de la terna propuesta por la comunidad o incluso al elegido por la propia comunidad si reúne los requisitos.

La justicia de paz es la primera instancia formalmente establecida para la resolución de conflictos. Está presente tanto en los centros poblados como en muchos rincones del Perú donde no llegan las otras instancias judiciales. Es ejercida por los pobladores, mayoritariamente agricultores legos. También puede darse la figura del juez de paz letrado.

El cargo de juez no es remunerado, quizá porque el número de casos que pueden resolver al mes es muy reducido. El juez es en esencia un conciliador, y llega a una solución generalmente consensuada. En los casos en que debe resolver lo hace tomando en cuenta los usos y las costumbres del lugar.

Sus competencias son las relativas a pequeñas causas civiles y penales: pagos de pequeña cuantía, temas de familia y guarda de menores, daños a las cosas y las personas, seguridad y tranquilidad pública.

En opinión de Ana Teresa Revilla⁴³, si bien estas instancias de resolución de conflictos tienen muchas ventajas, en los temas relacionados con la familia no llegan a dar una respuesta adecuada que proteja los derechos de las mujeres y los niños.

Uruguay

Diferente es el caso de Uruguay, en el que la reforma judicial se ha encaminado a aprobar un Código Procesal Común, con el fin de homogeneizar y agilizar los procedimientos. De esta forma los procesos se han reducido en el tiempo y se ha facilitado su comprensión para los operadores jurídicos, lo que se ha visto como un notable éxito. Este tipo de reformas son muy oportunas y con unos resultados visibles, dada la formalidad y burocracia de las leyes procesales de la región.

Venezuela

La constitución recientemente aprobada, a finales de 1999, ha establecido en su Artículo 253 que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Declara que el sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Minis-

⁴³ Ana Teresa Revilla, *La administración de justicia informal en el Perú*, op. cit.

terio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.

Estos cambios constitucionales traerán lógicamente nuevas normas en lo que a la administración de justicia se refiere, aunque aun es muy pronto para conocer cuáles pueden ser. Lo que sí representa una novedad es el reconocimiento de que los medios alternativos forman parte del sistema de justicia. En ese sentido, se desconoce aún si se producirán modificaciones al sistema establecido por la Ley Orgánica de la Justicia de Paz aprobada en 1994. Aunque la experiencia en estas materias no fuera muy larga, ya existe alguna información sobre los medios alternativos de justicia.

Los jueces de paz son elegidos a través de la circunscripción especial intramunicipal. Es el municipio, a través del Concejo Municipal, el que organiza, coordina y supervisa el proceso de elecciones de jueces de paz. Se elige un juez, dos suplentes y dos consejeros.

Los conflictos que se someten a los jueces de paz son aquellos que ya hemos denominado pequeñas causas: conflictos familiares, vecinales, los derivados de ordenanzas municipales referidas a convivencia familiar o vecinal, arrendamiento o propiedad horizontal si no están atribuidos a la jurisdicción ordinaria o jurisdicciones especiales.

Los jueces pueden resolver los asuntos en calidad de conciliadores o por vía de equidad. En el primero de los casos serían todos los conflictos que las partes les presenten, sin más limitaciones que las derivadas del orden público y en la ley misma. Las decisiones basadas en la equidad serían los conflictos derivados de conflictos comunitarios, patrimoniales o no, siempre que no correspondan a la jurisdicción ordinaria.

En un estudio realizado después de un año de puesta en práctica de la justicia de paz se comprobó que muy pocos de los 3.500 casos resueltos en ese periodo, habrían llegado a la justicia ordinaria⁴⁴.

En opinión de Ligia Bolívar⁴⁵, "la justicia de paz, es sin duda, un mecanismo idóneo para la resolución de las llamadas pequeñas causas y para la creación de una nueva cultura ciudadana frente a la resolución de conflictos, pero sería ingenuo pretender que se trate, además, de un mecanismo para la descongestión de los tribunales ordinarios".

Gran parte de estas reformas se han realizado mediante un préstamo del Banco Mundial.

⁴⁴ Julio Borges y Adriana Lander, "A un año de la justicia de paz", en revista *Sic*, 589, Caracas, 1996.

⁴⁵ Ligia Bolívar Osuna, "La reforma del sistema judicial en Venezuela", en revista *Nueva Sociedad*, 120, Caracas, 1999.

Análisis crítico de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

La exigencia de revisión de las instituciones deriva, en palabras de Correa Sutil⁴⁶, de que en América Latina

sin haber pasado por su historia o contar con el sustrato cultural de las sociedades europeas, asumimos el discurso de los ideales del constitucionalismo y de la codificación, intentando establecer instituciones que nunca lograron asemejarse mucho, en su funcionamiento real, a los ideales declarados. Hoy se trata de redefinir los papeles del sistema judicial, reconociendo nuestra realidad y los límites de los recursos disponibles, hacerse cargo del tema de la independencia, asumiendo una historia que no ha sido feliz en esta materia.

En la región se han llevado a cabo en algunos casos importantes procesos de desjudicialización, pero además, se han involucrado muchas esperanzas de dar solución por esta vía a un problema que aqueja todo el área.

“En ocasiones, la resolución alternativa de conflictos ha sido presentada como una suerte de panacea para lograr el descongestionamiento de los tribunales ordinarios”⁴⁷. No sólo esta razón, que en el caso Argentino parece evidente, sino que tal suerte de fórmulas diversas parecen destinadas a conformar las soluciones al problema del poder judicial y la administración de justicia cuando “se ha generado una tendencia, no suficientemente elaborada en términos teóricos, encaminada a sustituir la justicia existente, en vez de remediarla”⁴⁸.

En opinión de Luis Pásara⁴⁹, el más crítico de los autores al respecto de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, subyacen varios peligros para estas propuestas:

- Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos tienen que resolver los problemas derivados de la desigualdad social de las sociedades en las que nacen, y la desigualdad que eso puede ocasionar entre las partes, así como las tradicionales interferencias del poder en la justicia. No existe garantía alguna de que estas interferencias no existan en este caso.
- Puede llegar a producirse una situación de justicia de clase para una determinada clase, de forma que se reproduzcan las desigualdades sociales existentes.

⁴⁶ Jorge Correa Sutil, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁷ Ligia Bolívar Osuna, *op. cit.*

⁴⁸ Luis Pásara. *La reforma judicial y la sociedad civil. La economía política de la reforma judicial*, Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo (eds.), Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, cap. 12.

⁴⁹ *Ibíd.*

- En el caso peruano, usado a menudo como ejemplo paradigmático de justicia campesina no estatal, se ha comprobado que las llamadas rondas administran justicia con poca atención hacia las garantías del debido proceso y, en algunos casos, con poco respeto por los derechos humanos.
- Una excesiva descentralización puede ocasionar que en sociedades fragmentadas o en procesos no concluidos de construcción nacional, se constituyan en un factor de disolución de lo público, de lo colectivo.
- Nuestra gestación de instituciones jurídicas ha atendido más al exterior que a la consideración atenta y cuidadosa de nuestras propias realidades. Se ha contagiado de teorías aprendidas, mal y pronto, mediante el ejercicio del turismo intelectual, al que son tan afectos respetados académicos nuestros. La imitación normativa en nuestros países ha sustituido, con efectos parecidos, a la producción de normas desde la metrópoli. En muy distintas fases históricas, ley y realidad se han mantenido igualmente distanciadas.

Abundando sobre el caso peruano⁵⁰ hay que decir que existen escasos diagnósticos y trabajos de investigación sobre la justicia de paz. Aún así, se han resaltado deficiencias tales como: probada falta de capacidad coercitiva, incierta articulación con las demás instancias del poder judicial y carencia de recursos. En opinión de estos autores, si se acomete una reforma de la institución de forma adecuada, dentro de unos años será una instancia de menor peso social, cuya competencia se irá limitando frente al poder de otras instancias, para quedar finalmente anquilosada en el tiempo.

No se puede negar que la implementación de estos mecanismos pueda considerarse como un avance respecto al lamentable estado de la justicia en la región, en cuanto significa un mayor acceso a la justicia, y sobre todo la creación de una mayor cultura ciudadana frente a la resolución de conflictos. Sin embargo, el paradigma de la justicia no pueden ser unos mecanismos que tienen muy poco tiempo de desarrollo y de cuya consolidación con eficacia nadie puede responder, amén de encontrarse restringidos a lo que podríamos llamar pequeñas causas. Las sociedades injustas de Latinoamérica no pueden esperar alcanzar la justicia social y distributiva por estos medios, lo que parece deducirse, en alguna medida, de la gran cantidad de organizaciones que están involucradas en programas de este tipo.

Otro riesgo que hay que observar de la regulación actual, es la inexistencia de fórmulas que permitan permear las experiencias obtenidas mediante estos mecanismos y puedan ser aprovechadas por la justicia ordinaria y los programas de enseñanza de derecho y sociología jurídica como medio

⁵⁰ Eduardo Castillo, Javier Ciurlizza y Lara Gómez, "La justicia de paz en el Perú", en revista *Derecho del Estado*, 7, Bogotá, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, 1999.

inestimable para conocer la realidad de la sociedad en la que se desarrollan.

Conclusiones

Quizá las conclusiones que se puedan extraer de lo expuesto en este documento deban ser más interrogantes respecto a la eficacia de estas medidas informales de hacer justicia, que realmente una valoración de los resultados y las experiencias en marcha. Únicamente el caso de Perú tiene consolidación suficiente para que su análisis sea representativo de una experiencia asentada.

Es innegable que abrir la administración de justicia a la participación de las clases excluidas, representa un avance respecto a los resultados y tratamientos que la justicia ordinaria ha dado hasta ahora a los conflictos en estos espacios de la sociedad. De esta forma, se vincula el tratamiento y solución de la conflictividad a la organización social y a las prácticas comunitarias, incorporando una realidad ignorada por la justicia, lo que claramente representa una mejora respecto al acceso a la justicia. Pero este relativo avance no puede desconocer que se plantean dudas y problemas no bien resueltos para colectivos como las mujeres y los niños.

De otra parte, hay que ser bien conscientes del limitado alcance de estos mecanismos por cuanto nunca van a llegar a resolver conflictos sociales interclases. Difícilmente puede esperarse, por la configuración de estos mecanismos, que resuelvan problemas derivados de las desigualdades sociales de las sociedades donde nacen. Se corre un gran riesgo al esperar otros resultados cuando los conflictos que se pueden resolver son muy limitados, y nos guste o no, son mecanismos que únicamente pueden resolver conflictos de clase, pero nunca otra cosa.

Es importante tener presente que son medidas parciales y limitadas en sus fines, y que el poder judicial y la justicia ordinaria siguen siendo los que tienen la atribución constitucional de resolver los complejos y amplios conflictos sociales que tensionan la vida latinoamericana. Mientras la justicia tradicional siga teniendo este papel, sólo las reformas de este poder, su democratización, transparencia, acceso y garantía de los derechos individuales y colectivos para todas las clases sociales pueden garantizar una real justicia social y distributiva.

Profundizar en la antropología cultural y la sociología jurídica resulta una exigencia obligada para que las nuevas y viejas instituciones incorporen una situación social ignorada, articulando procedimientos que reflejen la complejidad de la sociedad actual y den un carácter propio y adecuado a las mismas, evitando así que se conviertan en algo copiado e inoperante. Si actualmente se realizan amplios y muy valiosos estudios de antropología social y cultural precisamente para reconocer las características multiculturales de nuestras sociedades, el derecho no puede quedar fuera de estas aportaciones.