

JUECES DE PAZ Y JUSTICIA INFORMAL: UNA APROXIMACION CONCEPTUAL A SUS POTENCIALIDADES Y LIMITACIONES¹

Rodrigo Uprimny
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad
Nacional de Colombia
Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia

En las últimas décadas, en la mayoría de los países de América Latina se han impulsado mecanismos tendientes a la desprofesionalización y desjudicialización de la resolución de los conflictos entre los ciudadanos, como la conciliación, el arbitraje, la mediación, las casas de justicia o los jueces de paz, entre otros. Todos estos mecanismos -a pesar de sus diferencias- comparten un propósito y un diagnóstico. Todos ellos parten de una cierta desconfianza frente a la justicia formal del Estado puesto que no la consideran un instrumento eficaz, transparente y adecuado para zanjar las controversias cotidianas de los ciudadanos. Todos ellos buscan entonces ser alternativas más próximas a la comunidad y al ciudadano ordinario para que éste pueda resolver de manera más rápida sus conflictos.

Estos mecanismos tienen potencialidades democráticas pero presentan también riesgos y limitaciones importantes, por lo cual su puesta en marcha ha suscitado importantes controversias. La finalidad de este texto es intentar situar el debate contemporáneo sobre estos instrumentos, haciendo un especial énfasis en el lugar y papel que pueden jugar los jueces de paz en esos procesos. Una aclaración metodológica es empero necesaria; he participado esencialmente en la discusión colombiana, y conozco sobre todo el caso de mi país. Por ello me centraré mucho en las polémicas que estos procesos han suscitado en la academia colombiana, aunque intentaré referirme a algunos casos y discusiones en otros países latinoamericanos, que he tenido la oportunidad de conocer y estudiar².

Comenzaré entonces por (i) recordar las razones del auge de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos o formas de justicia informal o comunitaria,

¹ Este texto se basa en trabajos realizados anteriormente por el autor, en especial en los siguientes: **Jueces de paz, resolución de conflictos y democracia en Colombia**. Bogotá: Mimeo, PNUD, PNR, 1993. “Justicia y resolución de conflictos: la alternativa comunitaria”, en **Pensamiento Jurídico** No 1. Bogotá: Universidad Nacional, 1994; y “¿son posibles los jueces de paz y la justicia comunitaria en contextos violentos y antidemocráticos?” en **Pensamiento Jurídico** No 18. Bogotá: Universidad Nacional, 2000

² En el pasado, pude trabajar con algún detalle los juzgados de pequeñas causas en el Brasil y los jueces de paz no letrados en el Perú. Conozco mucho menos los casos boliviano, ecuatoriano, mexicano o venezolano, para los cuáles me baso esencialmente en los textos presentados por analistas de esos países en dos eventos realizados en Colombia. De un lado, el seminario internacional sobre jueces de paz y justicia comunitaria, realizado en la Universidad Nacional en agosto 1999. Y, de otro lado, en el

por citar las denominaciones más usuales³, para luego señalar (ii) sus potencialidades pero también sus limitaciones y riesgos, lo que me llevará a (iii) pensar en propuestas para potenciar las virtudes de esos mecanismos y disminuir sus peligros. Este examen me permitirá (iv) mostrar cómo la figura de los jueces de paz ocupa un lugar muy importante en esos procesos, en la medida en que representa un entronque entre la justicia comunitaria y la justicia oficial.

1- Las razones del auge de la justicia informal.

Las razones del auge de los procesos de informalización de la justicia en el mundo actual han sido ampliamente estudiadas y son bastante conocidas, gracias a los trabajos y reflexiones de autores como Mauro Capeletti o Boaventura de Sousa Santos, por no citar sino algunos de los más lúcidos académicos en la materia⁴; sin embargo, conviene recordar brevemente los factores que dinamizan la justicia informal, con el fin de defender la siguiente tesis: en las sociedades contemporáneas no se trata de optar entre que haya o no justicia comunitaria, porque inevitablemente ésta va a desarrollarse, pues es expresión de fuerzas y dinámicas profundas; el problema es entonces otro: ¿cómo la organizamos y qué tipo de justicia comunitaria queremos?

Mi hipótesis de partida es entonces que inevitablemente seguirán existiendo formas de justicia comunal porque hay una cantidad considerable de conflictos que no son, ni pueden ser, adecuadamente resueltos por la justicia estatal. Una obvia pregunta surge: ¿cuáles son las razones para que esas disputas no puedan ser tramitadas satisfactoriamente por las autoridades judiciales oficiales? Los factores son múltiples pero creo que, por razones metodológicas, podemos englobarlos en tres grandes categorías: (i) por una serie de obstáculos a la entrada, que impiden que ciertos conflictos accedan al aparato judicial; (ii) por una serie de disfuncionalidades del aparato judicial formal del Estado, que hace que éste resuelva inadecuadamente ciertas disputas; y, más específico en el caso de ciertos países, (iii) por una serie de distorsiones de la política judicial que pueden acentuar esas dificultades del aparato judicial formal. Veamos pues como esos factores obstaculizan la adecuada resolución judicial de muchos conflictos sociales.

La sociología jurídica ha detectado numerosos tipos de obstáculos para que ciertas disputas accedan a la administración de justicia formal. No pienso describir

³ Es obvio que entre esos conceptos no existe una perfecta sinonimia pues es posible establecer diferencias entre esas categorías, que pueden ser a veces significativas. Así, un proceso de informalización de la justicia o de desjudicialización puede no implicar un desarrollo de la justicia comunitaria, como sucede si el conocimiento de una contravención, que correspondía a una autoridad judicial, es transferido a una autoridad de policía. Sin embargo, por economía de lenguaje, he preferido no insistir en esas diferencias, salvo cuando sea estrictamente necesario.

⁴ Ver Mauro Capeletti. **Proceso, ideologías, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-américa, 1974. Ver también Boaventura de Sousa Santos. **Estado, derecho y luchas sociales**. Bogotá: ILSA, sae, capítulos 3 y 4.. En mis textos anteriores, he abordado con más

sistemáticamente esas barreras sino simplemente señalar unas pocas, que nos den una idea del fenómeno.

En primer término, hay trabas económicas, que dificultan un trámite adecuado de los conflictos de baja cuantía, pues la relación entre el costo judicial y el valor del litigio aumenta cuando disminuye el valor de las pretensiones, por lo cual el proceso resulta proporcionalmente más caro para los sectores populares. Un ejemplo empírico lo demuestra: en Italia, una investigación en la década de los sesenta concluyó que los costos de un proceso sólo alcanzaban el 8% del valor de la causa cuando esta última era elevada, pero llegaban a representar el 170% cuando ésta era baja⁵. Esto significa que para un conflicto de bajo valor económico, el proceso judicial resultaba más caro que lo que está en juego en el litigio. La conclusión que se impone es obvia: la justicia es proporcionalmente mucho más costosa para las personas de bajos recursos. Así, si ustedes tienen un conflicto de un salario mínimo, no piensen en interponer una demanda ante la justicia ordinaria porque el trámite judicial será más costoso que lo que puedan obtener, con lo cual, como dice Cappeletti, “se tornan económicamente imposibles las causas de menor valor, que son, típicamente, las causas de la gente pobre”⁶.

En segundo término, existen obstáculos de tipo espacial, de suerte que para muchos usuarios acudir a los despachos judiciales demanda una gran cantidad de tiempo, y muchas personas de escasos recursos no pueden disponer de él, por cuanto se encuentran en la lucha diaria por la subsistencia. Pero es más, existen muchos lugares a donde simplemente no llega el aparato judicial estatal.

En tercer término, podemos agregar la existencia de barreras temporales y procesales, que hacen que el trámite judicial de muchos conflictos, que las personas esperan que sean resueltos rápidamente, pueda tomarse tres, cuatro o cinco años, en el mejor de los casos. No es pues extraño que muchos ciudadanos de nuestro país se abstengan de acudir al aparato judicial debido a la percepción negativa que tienen acerca de la complejidad y lentitud de los trámites⁷.

En cuarto término, existen barreras educativas y de asesoría técnica. Así, la sociología jurídica ha mostrado que, debido a su falta de conocimientos jurídicos y de recursos profesionales, los sectores populares recurren mucho menos a la justicia, incluso cuando tienen derecho a hacerlo. Por ejemplo, en una investigación realizada en Nueva York, “con personas que habían sido víctimas de accidentes de tránsito, se

⁵ Ver Mauro Cappeletti. “Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano” en **Proceso, ideologías... Loc-cit**, pp 111 y 112.

⁶ **Ibidem**, p 112

⁷ Así, en Colombia, según una encuesta del DANE, del 21 % de personas que consideraron que tuvieron problemas para acceder a la justicia, uno 60 % los atribuyeron al exceso de trámites. Ver

verificó que 27% de los afectados de la clase baja no hacían nada en comparación con el 2% de los afectados pertenecientes a la clase alta"⁸.

Finalmente, ciertos tipos de conflictos tienen muchas dificultades, por su propia naturaleza, para ser adecuadamente resueltos por la justicia formal; tal sucede, por ejemplo, con muchas disputas comunitarias y colectivas, ya que la justicia del Estado liberal de derecho fue diseñada fundamentalmente para resolver conflictos interpersonales.

Las barreras a la entrada, por utilizar el argot de los economistas, impiden entonces que un número considerable de litigios accedan al aparato judicial en nuestros países. Así, según la más reciente encuesta sobre el tema en Colombia, de cada 100 litigios que deberían ser resueltos por los jueces, por diversos obstáculos, sólo 48 son tramitados⁹. Ahora bien, uno podría argumentar que esos problemas de acceso a la justicia pueden ser enfrentados removiendo esos obstáculos a la entrada y ampliando la oferta judicial. Y efectivamente, algunas de esas dificultades se pueden resolver de esa manera; por ejemplo, para que ciertos conflictos comunitarios puedan ser adecuadamente tramitados por el aparato judicial se han diseñado, con éxito, nuevas figuras procesales, como las acciones populares y de clase, que hoy permiten a la justicia enfrentar ciertos conflictos colectivos que en el pasado no podían ser resueltos judicialmente. En efecto, ese tipo de acciones procesales posibilita que una sola decisión judicial tenga efectos vinculantes para una multiplicidad de personas, lo cual permite una tramitación eficaz de algunas controversias colectivas¹⁰. En otros casos, el aumento de los recursos para la rama judicial, o el mejoramiento de la eficiencia de los jueces en la resolución de los casos, puede también facilitar el acceso a la justicia para los ciudadanos.

Sin embargo, la estrategia de ampliación del aparato estatal es insuficiente, al menos por dos razones: de un lado, en las actuales coyunturas fiscales de nuestros países, no es realista pensar que vaya a haber un aumento muy significativo del gasto en justicia puesto que nuestros Estados tienen que satisfacer muchas otras necesidades (salud, educación vivienda, etc), en un contexto de enormes restricciones presupuestales. Y, de otro lado, porque esa estrategia de aumento de la oferta judicial puede ser contraproducente, en determinados casos. En efecto, en determinados eventos, si los conflictos accedieran al aparato estatal, sería peor, porque muchas veces la respuesta de la administración de justicia formal es, como dirían los sociólogos “funcionalistas”, disfuncional, o sea, agrava el conflicto en vez de mejorarlo. Por ejemplo, piensen ustedes que exista una diferencia muy fuerte entre lo que establece el derecho estatal y el criterio de justicia de las comunidades;

⁸ Boaventura Santos. **Op-cit**, p

⁹ Ver DANE, Consejo Superior de la Judicatura. **Derecho de acceso a la justicia-Loc-cit**, p 82. Esta investigación realiza una importante evaluación de las distintas barreras de acceso a la justicia en la sociedad colombiana, y evalúa en 47.8% la “tasa global de acceso”, esto es, la cantidad de litigios que reciben una respuesta judicial.

en ese contexto, permitir que esos conflictos accedan a un aparato judicial, que se funda en valores distintos a los de la comunidad, en vez de mejorar las condiciones de convivencia, puede generar nuevos conflictos más graves¹¹. Entonces, no siempre, los problemas de acceso a la justicia se resuelven ampliando la oferta judicial formal, pues esa estrategia es a veces insuficiente e incluso, como vimos anteriormente, a todas luces contraproducente.

La crisis de la justicia como mecanismo de solución de las pequeñas controversias entre los ciudadanos es un fenómeno bastante universal, que parecería derivar de deficiencias estructurales del derecho liberal para enfrentar la conflictividad en las modernas sociedades de masas. Esto explicaría que ciertas orientaciones de las reformas a la justicia, y en particular su informalización, se encuentren en varios países, tanto desarrollado como subdesarrollados¹². Sin embargo, estos problemas de acceso y de disfuncionalidad del aparato judicial pueden agudizarse en ciertos países por algunas características específicas de su evolución cultural y de las transformaciones de sus sistema político y judicial. Por ejemplo, en Colombia, un factor que agravó la crisis de la justicia fue que, durante muchos años, el Estado centró su interés en la reorganización de los aparatos judiciales de excepción necesarios para reprimir el enemigo político de turno: movimientos cívicos y populares, guerrillas, narcotráfico. Así, la justicia, vista como un soporte de los operativos bélicos liderados por el ejecutivo, perdió cada vez más su capacidad de resolver adecuadamente los conflictos sociales cotidianos. Su permanente utilización con criterios excepcionales, en el empeño por combatir en forma bélica grandes desafíos, ha impedido que ella cumpla su propio papel regulador de la convivencia ordinaria y ha acentuado así las causas de la guerra y la violencia entre los colombianos. De esa manera, en Colombia hemos asistido a la generalización de lo que con Mauricio García denominamos una permanente “doble excepcionalidad”¹³, puesto que por medio de

¹¹ Otro ejemplo hipotético, que he presentado en otro texto y que es adaptado de un análisis del criminólogo abolicionista Louk Hulsman, es muy ilustrativo de estas disfuncionalidades. Imaginemos a cinco estudiantes que comparten un apartamento, y uno de ellos, oye música a alto volumen con su grabadora. Otro de los estudiantes, Pedro, molesto por la música, rompe la grabadora. Analicemos entonces los diversos tipos de respuestas, encarnados en cada uno de los cuatro estudiantes. Así, el primero de ellos -pensemos en un estudiante de derecho- llama a la policía que captura a Pedro y lo mete a la cárcel por daño en cosa ajena. Es la respuesta jurídico punitiva. El segundo -pensemos en un estudiante de economía- plantea que Pedro debe pagar la grabadora: es el modelo compensatorio; el tercer estudiante, que obviamente está inscrito en psicología, considera que Pedro tiene problemas y requiere tratamiento psicológico: es el modelo terapéutico; y, finalmente, el último, que tal vez recibe cursos de sociología, piensa que el problema no está en Pedro sino en la forma general de convivencia en el apartamento, que fue lo que generó la agresión: es el modelo crítico reformista. La conclusión que se puede extraer es la siguiente: la peor respuesta en estos casos es la jurídico punitiva, que es la que en general prevé el ordenamiento, pues con ella uno de los estudiantes queda preso, el otro sigue sin grabadora, y el problema de convivencia persiste. Esto muestra que en estos casos, la justicia estatal no pacifica ni regula adecuadamente el conflicto social, pues la intervención judicial agrava la situación. Ver Rodrigo Uprimny. “Justicia y conflicto en Colombia: alcances y límites de la informalización de la justicia” en *Justicia y Desarrollo*, No 3, 1998.

¹² Para una presentación de varios estudios sobre estos fenómenos de informalización de la justicia, tanto en Estados Unidos como en otros países, ver la compilación de Richard Abel. ***The contradictions of informal justice***. (2 tomos). Nueva York: Academic Press, 1982.

¹³ Mauricio García, Rodrigo Uprimny. “El nudo gordiano de la justicia y la guerra en Colombia” en

medidas de excepción, esto es provenientes del estado de sitio o de otras instituciones de emergencia, se hacen excepciones a las garantías constitucionales, para enfrentar, por medio de la justicia, que adquiere entonces un fuerte contenido bélico, ciertos conflictos sociales.

Los anteriores factores me llevan a concluir que en nuestros países en particular, y en general en las sociedades contemporáneas de masas, existen dificultades objetivas para que una cantidad de conflictos sean adecuadamente resueltos por el aparato estatal. Esto parece prácticamente inevitable, por lo cual ineluctablemente tenderán a desarrollarse en las sociedades mecanismos de justicia comunitaria, en el sentido más amplio del término, pues serán las propias personas quienes buscarán resolver sus controversias por fuera del Estado.

2- Posibilidades, limitaciones y riesgos de la justicia informal.

Constatada la necesidad de la justicia comunitaria, el interrogante natural que surge es el siguiente: ¿conviene o no permitir que ésta se desarrolle espontáneamente, sin ningún tipo de orientación jurídica ni estatal? La respuesta no es fácil pues la justicia informal tiene potencialidades democráticas pero presenta también riesgos, que no son deleznable, como lo veremos a continuación.

Simplificando, creo que estos mecanismos son importantes porque generan paz y fortalecen la democracia. Así, de un lado, la justicia comunitaria representa un mecanismo de pacificación, que debería permitir reducir la violencia, en la medida en que genera nuevos espacios, como señala Edgar Ardila, consensuales y constructivos¹⁴, para ventilar litigios, que no tenían antes formas adecuadas de resolución. La puesta en marcha de esos mecanismos de justicia informal parece entonces ser no sólo necesaria sino conveniente, para evitar que se desarrollen ciertas formas de violencia. En efecto, esa incapacidad de la justicia formal para solucionar muchos conflictos cotidianos no sólo le resta credibilidad y legitimidad sino que puede alimentar la violencia, especialmente en los sectores populares. Esos litigios no resueltos, a pesar de tener un bajo valor económico, tienen una gran significación vivencial para las personas involucradas; es más probable que genere violencia una disputa en torno a 200 dólares entre personas que ganan el salario mínimo -conflicto que nunca llegará a los tribunales por su escaso monto- mientras que un debate en torno a cien mil dólares entre personas de altos ingresos es fácil que sea resuelto de manera pacífica por un juez civil.

Existe pues en nuestros países una gran "litigiosidad represada"¹⁵, es decir un número importante de conflictos que no son resueltos y que ni siquiera llegan al

¹⁴ Ver su artículo "Hacia un modelo de justicia desde la comunidad" en Corporación Excelencia en la Justicia. **Justicia y desarrollo**. No 10, 1999, pp 56 y ss.

¹⁵ La noción de "litigiosidad represada" la tomo del jurista brasileiro Watanabe, quien defendió así la puesta en marcha de los "Juzgados de Pequeñas Causas" en ese país, los cuales buscan ser mecanismos

conocimiento de las autoridades judiciales. Y esto tiende a generar un círculo vicioso que afecta profundamente la convivencia ciudadana, puesto que esa litigiosidad represada es susceptible de generar violencia y, a su vez, la violencia tiende a obstaculizar el funcionamiento de los mecanismos informales y judiciales de resolución de conflictos, con lo cual se agrava el fenómeno de litigiosidad represada. Al reducir la "litigiosidad represada", esto es, todos esos conflictos que no acceden al aparato estatal y carecen de mecanismos sociales adecuados para su tramitación, la justicia comunitaria estaría reduciendo las razones por las cuales muchos ciudadanos recurren a la violencia.

De otro lado, estos procesos incrementan la democracia, y ello al menos por cuatro razones: (i) porque acercan la justicia a los criterios populares de equidad. Por ejemplo, en muchos países los jueces de paz o muchos árbitros comunitarios deben decidir en equidad. Y en este contexto, equidad no significa que los jueces de paz deban recurrir a la concepción sobre el tema de un eminente filósofo, como Aristóteles o John Rawls, sino que quiere decir que las decisiones deben reflejar los criterios de justicia de las propias comunidades, con lo cual el derecho se hace más permeable a lo popular; (ii) porque son procesos participativos pues restituyen a las personas y a las comunidades la capacidad de resolver sus propias controversias, ya que en general las decisiones se fundan en el asentimiento de las partes involucradas; (iii) porque se fundan en el consenso, en la búsqueda de acuerdos, con lo cual incrementan la deliberación democrática, puesto que los ciudadanos deben aprender a defender los derechos propios pero reconociendo la legitimidad de los derechos ajenos. El espacio de la discusión pública pacífica debería entonces verse fortalecido. Y (iv), finalmente, porque, como lo han mostrado los llamados enfoques "transformadores" en el campo de la mediación¹⁶, una solución conciliada de un conflicto tiende a fortalecer dos virtudes democráticas esenciales para un ciudadano: su autonomía, pues le enseña a manejar sus propios problemas, pero también la búsqueda del acuerdo, obliga a la persona a comprender al otro y expresar preocupación y consideración por sus intereses y valores, lo cual la vuelve un individuo más compasivo, solidario y con capacidad de reconocimiento del valor de las diferencias y del pluralismo.

Pero hay más. La justicia informal también puede permitir una cierta descongestión de los tribunales de controversias que, por sus características, no conviene que reciban un tratamiento judicial. Este alivio de la carga de trabajo de los jueces podría permitir que el aparato judicial se tornara más eficaz para solucionar otros conflictos, que sí requieren intervención judicial. El acceso a la administración de justicia, y su credibilidad y legitimidad, deberían verse incrementados, lo cual redundaría en beneficio de la democracia y la paz en nuestras sociedades.

¹⁶ Sobre estos enfoques "transformadores" en materia de mediación, ver Robert Baruch Bush, Joseph Folger. La promesa de la mediación. Barcelona: Gracia, 1996, pp 113 y ss. Estos enfoques critican la idea de que la conciliación o mediación debe estar orientada a "resolver" el problema; su idea es que la riqueza de la mediación consiste en que contribuye al desarrollo moral y social de las personas involucradas, por lo cual, el conciliador debe centrarse en la relación y los vínculos comunitarios,

La justicia informal tiene entonces virtudes democráticas indudables. Sin embargo, sus limitaciones y riesgos son también considerables.

Así, estas formas de resolución de conflictos operan adecuadamente únicamente en determinados contextos, por lo cual suelen no ser viables en otros escenarios. En particular, numerosas investigaciones empíricas han concluido que el presupuesto para que funcionen justicias consensuales es la existencia de una sociedad civil vigorosa, que se funde en valores compartidos. Así, en su trabajo sobre justicia sin derecho, sostiene Auerbach que la integración valorativa, cultural y normativa de la comunidad es un condicionante del éxito de la justicia privada comunitaria, pues "sólo cuando existe congruencia entre los individuos y su comunidad, con valores y deberes compartidos, existe la posibilidad de justicia sin derecho", esto es de una justicia aplicada por la misma comunidad¹⁷. Ahora bien, muchas de nuestras sociedades se encuentran fracturadas culturalmente, ya sea por fenómenos de violencia, ya sea por la coexistencia de estructuras sociales y grupos muy heterogéneos, de suerte que prácticamente no existen comunidades, en el verdadero sentido del término, lo cual dificulta mucho la puesta en marcha exitosa de formas de justicia comunal.

Pero no sólo existen escenarios en donde las propuestas de justicia informal pueden ser ilusorias, por cuanto tienen muy pocas posibilidades de funcionar, sino que incluso la cuestión es más grave: en determinados casos, estas estrategias operan, pero en vez de contribuir a democratizar la sociedad, lo que hacen es perpetuar situaciones de dominación y exclusión. Y es que los riesgos de estos procesos no son para nada deleznable.

Así, el primer peligro de los mecanismos informales es que su desarrollo puede generar resultados injustos, ya sea para las propias partes, cuando hay desigualdad entre ellas, o ya sea para terceros que no participan en las negociaciones. Así, la justicia comunitaria, cuando hay profunda desigualdad entre las partes, tiende a darle la victoria a los más poderosos, como lo demuestran distintos estudios empíricos. Por ejemplo, en Nueva York, después de la creación del tribunal de vivienda destinado a "resolver de modo expedito, informal y desprofesionalizado, los conflictos entre inquilinos y patrones, el número de lanzamientos aumentó".¹⁸ Y, en otros eventos, dos personas pueden llegar a un acuerdo, que sea adecuado y útil para ellas; sin embargo, ese pacto puede tener efectos desastrosos para otras personas, que no pueden incidir en el desarrollo de las conversaciones. En tales casos, la

¹⁷ Ver Jerold Auerbach S. Justice Without Law, Oxford University Press, 1983, p 16. A una conclusión similar llega Brandt en sus investigaciones sobre jueces de paz y justicia popular en el Perú. Ver Hans-Jurgen Brandt. Justicia Popular. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1987. Igualmente ver Hans-Jurgen Brandt. En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el

informalización puede tener efectos perversos, al legitimar acuerdos, que son convenientes para los partícipes, pero que tienen resultados globales injustos¹⁹. Esto muestra pues que la justicia comunitaria no siempre es muy justa.

De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, en ciertos contextos, la justicia informal puede degenerar en prácticas despóticas de venganza y violencia entre los pobladores. En especial, la justicia comunitaria de tipo sancionador puede ser muy problemática pues carece de las condiciones necesarias - neutralidad, independencia, respeto al diferente, etc., - para imponerse como un sistema legítimo de imposición de castigos, por lo cual, el rechazo sistemático de la policía y de los jueces puede conducir a prácticas de justicia comunitaria caracterizadas por la intolerancia y la eliminación del agresor (limpieza social), aun tratándose de miembros de la misma comunidad. El riesgo de la tiranía aparece siempre que la autoridad comunitaria se confunde con la autoridad estatal y de manera específica con la autoridad judicial penal. Por ello, la justicia comunitaria debe estar inserta en una sociedad organizada por un sistema constitucional de protección de derechos²⁰. Esto muestra entonces que la justicia no puede ser solamente comunitaria, a riesgo de dejar de ser justicia.

En tercer término, la justicia informal puede trivializar las demandas ciudadanas de cambio social. Hace un cierto tiempo, algunas perspectivas radicales criticaban el reformismo político porque decían que era un mal sustituto de la revolución, por cuanto la puesta en marcha de cambios puntuales postergaba el logro de las transformaciones verdaderamente importantes y estructurales de la sociedad. Con ese criterio, podría uno entonces criticar a la justicia comunitaria, porque ésta puede operar incluso como un sustituto de las reformas sociales, al desagregar las demandas ciudadanas frente a problemas estructurales de inequidad y discriminación, los cuales deberían ser enfrentados por medio de decisiones de justicia estatal o de reformas políticas, y no como acuerdos intersubjetivos entre las partes. La justicia informal trivializa entonces las demandas ciudadanas por transformaciones estructurales y justas de la sociedad, siendo ésta una de las objeciones más fuertes que en Estados Unidos hacen muchos juristas progresistas a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Así, el profesor Owen Fiss, entre muchos otros, argumenta que estas formas de justicia empobrecen la función

¹⁹ Ver Francisco Gutiérrez Sanín. "Gestión del conflicto en entornos turbulentos. El caso colombiano" en Francisco Gutiérrez Sanín et al. Conflicto y contexto. Resolución alternativa de conflictos y contexto social. Bogotá: Tercer Mundo, 1997. pp 86 a 88. Este autor cita sugestivamente como ejemplos de esas negociaciones perversas la conciliación de graves violaciones de derechos humanos o de homicidios dolosos, que pueden ser racionales para las partes directamente involucradas, pero son más cuestionables globalmente, pues legitiman, e incluso, incentivan esos comportamientos atroces.

²⁰ Ver Mauricio García, Rodrigo Uprimny. Op-cit, pp 63 y ss. Las transformaciones de la justicia comunitaria en algunas favelas de Río de Janeiro constituye un buen, y trágico, ejemplo de la manera como puede evolucionar despóticamente una justicia informal. Así, en los años setenta, Boaventura Santos resaltó las especificidades y las virtudes emancipadoras de esas prácticas comunitarias y pluralistas para resolver las disputas sociales (Ver Loc-cit). En los años noventa, otros investigadores han mostrado que la ausencia de un aparato judicial y policial democrático, la preservación de contextos de pobreza e inequidad en las favelas, y el desarrollo de una economía ilegal de tráfico de

del derecho y de la administración de justicia, que no sólo busca asegurar la paz social y resolver eficientemente disputas sociales, sino que también pretende contribuir a la formación de sociedades más justas, por medio de la aplicación de los valores contenidos en la Constitución²¹. Por ello, la justicia informal puede bloquear ciertas reformas, que son necesarias en términos de justicia social, al evitar el pronunciamiento de los tribunales sobre estos aspectos. Así, según esta perspectiva, si en Estados Unidos, en los años cincuenta, los casos de segregación racial, en vez de haber sido llevados a los tribunales, hubieran sido tramitados por mecanismos informales de resolución de conflictos, la segregación en los Estados Unidos hubiera perdurado mucho más tiempo, ya que nunca la Corte Suprema habría declarado inconstitucional esa forma de discriminación, porque todas las demandas hubieran sido resueltas como disputas puramente privadas entre dos personas. Todo esto entonces muestra que la justicia comunitaria no es entonces siempre progresista.

En tal contexto, y en cuarto término, estos procesos de informalización también pueden operar como un mecanismo sutil para desactivar ciertos movimientos de organización comunitaria, en la medida en que se obliga a los movimientos sociales a pasar por determinados cauces jurídicos y formas institucionales. La justicia comunitaria sería entonces un dispositivo para judicializar la participación social y hacerle perder así su carácter comunitario. La justicia comunitaria no siempre es entonces tan comunitaria como se piensa.

Por último, estos procesos pueden legitimar una descarga de las obligaciones que tiene el Estado social de brindar el servicio público de administración de justicia, con lo cual se produce una discriminación inconstitucional entre los ciudadanos: habría entonces una justicia judicial de primera, que opera para los ciudadanos más pudientes, mientras que estos mecanismos informales constituirían una justicia de segunda para los pobres y marginados. Los procesos de informalización, en vez de operar entonces como una nueva oferta de servicios judiciales, se traducen entonces en un nuevo obstáculo al acceso a la justicia. Precisamente por esa razón, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-160 de 1999, anuló unas normas legales que hacían obligatorio que las personas intentaran la conciliación antes de poder acudir a la justicia estatal. Ese tribunal consideró que establecer, en forma rígida, ese requisito de procedibilidad violaba el derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia, por cuanto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no contaba con los medios físicos y personales para atender en forma pronta, oportuna, eficaz y eficiente las solicitudes de conciliación de las personas, con lo cual ese requisito se tornaba en un obstáculo desproporcionado para acudir ante los jueces. La justicia comunitaria no siempre es entonces igualitaria ni equitativa.

²¹ Ver Owen Fiss (1984). "Against Settlement", 93, *Yale Law Review*, 1073, citado por Stephen

Vemos entonces que varios factores conspiran contra el potencial democratizador de los mecanismos informales de resolución de conflictos: la desigualdad de las partes, la instrumentalización por fuerzas políticas, en ciertos caso el alejamiento de la comunidad pero en otro su excesiva dependencia, su utilización como descarga de las obligaciones estatales y mecanismo para desarticular demandas sociales colectivas. Estos factores hacen que lo que normalmente constituye una de las grandes ventajas de estos mecanismos -su informalidad- se convierta en un peligro, por la eliminación de las garantías y la vulneración de los derechos ciudadanos. No debemos olvidar que las formalidades -que no el ritualismo- tienen en su origen un rol garantista. No por casualidad afirmaba Montesquieu que "las formalidades de la justicia son necesarias a la libertad"²².

3- Elementos para el desarrollo de la justicia comunitaria.

El anterior examen podría llevar a algún crítico inteligente de los procesos de informalización de la justicia a argumentar que esos mecanismos son "inocuos" para la pacificación y democratización, pues no funcionan en muchos casos; y cuando operan, suelen ser "inocuos", ya que en sociedades con fuertes desigualdades sociales, la justicia comunitaria tiende a acentuar y reproducir las relaciones de dominación y de explotación.

Esta afirmación sobre las limitaciones y riesgos de la justicia informal, si bien resulta exagerada, es por lo menos importante para comprender que la justicia comunitaria no sirve para todo, pues no es adecuada para enfrentar ciertos conflictos. Por consiguiente, es necesario desarrollarla por medio de estrategias que potencien sus virtudes democráticas y pacificadoras, y reduzcan sus riesgos antidemocráticos. Esto nos conduce a un interrogante particularmente difícil: ¿qué elementos debemos tomar en cuenta para que la justicia comunitaria y los jueces de paz operen verdaderamente como elementos de democratización y de construcción de paz en nuestros países? No creo que existan fórmulas claras ni mágicas en este aspecto; sin embargo, me permito ofrecer, para la discusión, algunas líneas de reflexión y de trabajo, que considero que pueden ser útiles

En primer término, creo que nuestro horizonte teórico y práctico debe ser el siguiente: la informalización de la justicia es interesante, siempre y cuando ésta se piense en términos de democratización de la resolución de los conflictos. Esto significa que no basta decir que hubo un progreso por cuanto algunos procedimientos judiciales fueron simplificados o se sustrajo del aparato judicial el conocimiento de un litigio. Lo importante es determinar si esa informalización contribuyó a la democracia o no. Esta precisión permitiría entonces precisar cuáles informalizaciones son perversas, en la medida en que acentúan situaciones de dominación y discriminación, y cuales son adecuadas y deben entonces ser promovidas.

En segundo término, es importante articular, hasta donde sea posible, los procesos de informalización con movimientos comunitarios y estímulos a la participación ciudadana. Por ejemplo, todo indica que una de las virtudes que han tenido algunas de las casas de justicia de la justicia en Colombia es que si bien están conformadas por entidades estatales, han logrado insertarse en algunas dinámicas comunitarias, gracias a la actividad creativa de algunos de los funcionarios de esas casas. De esa manera, en algunos casos, las casas de justicia, que habían sido concebidas por algunos como una simple descentralización de la oferta estatal de servicios judiciales, han logrado convertirse en espacios de reunión comunitaria y de convocatoria social²³.

En tercer término, los procesos de desarrollo de formas comunitarias de justicia no deben ser desvinculados de la puesta en marcha de estrategias de reconstrucción y democratización del aparato judicial formal. Así, como ya lo señalé, la ausencia de una justicia estatal, eficaz y democrática, aumenta considerablemente los riesgos de que la justicia comunitaria evolucione en forma perversa y se convierta en un instrumento despótico y autoritario. Pero igualmente, muchas investigaciones han mostrado que la eficacia de la justicia formal estimula ciertos mecanismos de resolución alternativa de conflictos, como la conciliación, pues las partes saben que si no llegan a un acuerdo, de todos modos habrá una decisión rápida de la controversia por parte de un juez, lo cual incentiva a las personas a realmente encontrar ellas mismas una solución. La justicia informal no debe entonces ser vista como sustituta sino como complementaria de la justicia estatal formal. Esto no significa, obviamente, que debemos postergar cualquier experiencia de justicia informal hasta que hayamos reconstruido el aparato judicial formal, pero sí, que es necesario articular estrategias de reforma en ambos campos.

En cuarto término, el desarrollo de la justicia comunitaria debe ser concebido como un proceso permanente de aprendizaje, a fin de evitar un excesivo gusto por la novedad, que termine por cancelar y dejar de lado experiencias previas exitosas, únicamente por el prurito, de parte de algunas agencias estatales o privadas, de incorporar una nueva herramienta o institución. Por ejemplo, en el caso colombiano, existe el riesgo de que lo positivo que se ganó con los conciliadores en equidad, institución puesta en marcha hace unos diez años. se pierda con una implementación apresurada de los jueces de paz, que no tome en cuenta las especificidades locales ni los resultados obtenidos anteriormente en las distintas localidades²⁴. Por ello es necesario diseñar mecanismos de evaluación permanente de las distintas formas de resolución alternativa de los litigios, con el fin de contar con elementos empíricos que permitan decidir cuáles instrumentos funcionan adecuadamente, y deben ser

²³ Para evaluaciones de los desarrollos de esos programas de casas de justicia, ver Annette Pearson de González. **Evaluación preliminar del desarrollo de las Casas de Justicia Piloto en Ciudad Bolívar, Santafé de Bogotá y el Distrito de Aguablanca en Santiago de Cali.** Bogotá, mimeo, diciembre 1997.

²⁴ Al respecto, ver Edgar Ardila. "La ley de los jueces de paz en Colombia: de la norma a la realidad"

fortalecidos, y cuáles, por el contrario, no dan los resultados esperados, y deben entonces ser reformados o abandonados.

Lo anterior nos conduce a una quinta idea, que es fácil de formular pero muy difícil de implementar y es ésta: la puesta en marcha de formas de justicia comunitaria debe ser entendida, desde el Estado, como una política pública global, y desde las comunidades, como una forma de creación de movimiento social. La justicia es una tarea que no se logra, de manera concomitante, sin la realización de otras tareas, tan complejas o aún más complejas que ella, que a falta de términos más específicos, podemos denominar como procesos de construcción social e institucional²⁵. La implantación de formas de justicia informal debe entonces ser pensada como una política pública en donde participan numerosos actores no estatales. Esto significa que, en lo posible, la justicia comunitaria debe estar articulada al conjunto de las dinámicas locales, pues para que brinde sus potencialidades pacificadoras y democratizadoras, los distintos mecanismos no pueden ser desarrollados en forma aislada. De igual manera, la justicia comunitaria debe vincularse a ciertos procesos globales.

Finalmente, como es obvio, una reflexión ineludible y permanente es la evaluación de los tipos de conflictos que deben pasar por el aparato judicial y cuáles no, de acuerdo con sus características. Así, puede sostenerse que las disputas de menor incidencia, esto es, aquellas que se circunscriben a bienes transables o, incluso, las que ven afectado un interés público pero cuya denuncia o trámite resulta aún más costoso para la víctima, pueden eventualmente quedar libradas a la voluntad de las partes, o ser resueltas la margen de la función judicial. En cambio, ameritan trámite judicial aquellos conflictos que involucren un interés general relevante, por los bienes o principios que afecta, o por los sujetos involucrados. Esto significa que es necesario establecer una cierta jerarquización de los conflictos en virtud de su distinta relevancia pública, pero tal definición debe ser no sólo objeto de debate democrático sino que tiene, además, que articularse a estrategias de acceso a la justicia, porque uno de los grandes defectos de las reformas judiciales en el país es que han sido pensadas desde la oferta –desde los operadores- y no desde la demanda –desde los usuarios-.

4- Las potencialidades de los jueces de paz en estas dinámicas.

En este contexto, una figura como los jueces de paz puede jugar un papel esencial por su capacidad de articular la justicia estatal y la justicia comunitaria. Y para entender esas posibilidades de este mecanismo, conviene que nos detengamos un instante sobre qué es lo que define a un juez de paz.

Ahora bien, caracterizar al juez de paz no es una tarea fácil por cuanto las regulaciones y las denominaciones en los distintos países varían. Por ejemplo, en Perú, el juez de paz letrado corresponde al juez municipal o “promiscuo”

colombiano²⁶, mientras que el juez de paz colombiano corresponde al juez de paz no letrado del Perú²⁷. Igualmente, como se desprende del análisis de Claudia Vinay²⁸, el juez de paz mexicano es igual al juez de paz letrado peruano o al juez promiscuo colombiano, pues se trata de abogados, que ejercen su cargo en forma remunerada y ocupan el primer escalón de la jerarquía judicial; en cambio, la figura que en México corresponde al juez de paz no letrado de Colombia o Perú es el llamado juez conciliador del valle de Teotihuacán, pues se trata de jueces conciliadores legos, que son vecinos de la comunidad y que resuelven sus conflictos de manera ágil y de conformidad con los usos y costumbres locales.

Con todo, a pesar de sus diferencias, creo que existen en los ordenamientos latinoamericanos y de ciertos países desarrollados dos tipos de figuras muy distintas, que son llamadas juez de paz, y que, *mutatis mutandi*, corresponden en Colombia a la diferencia que existe entre juez promiscuo y juez de paz, y en Perú a aquella que se presenta entre el juez letrado y el no letrado. Así, el primero (el juez de paz letrado peruano o el juez promiscuo colombiano) es un funcionario judicial, con formación de abogado, que recibe un salario y representa el primer escalón de la jerarquía judicial, y a quien compete resolver, conforme al ordenamiento jurídico positivo, asuntos de baja cuantía. Por el contrario, el segundo (el juez de paz no letrado peruano o el juez de paz colombiano) es un lego en derecho, vecino de la localidad, que ejerce su función usualmente *ad honorem*, y cuyas soluciones no tienen como marco de referencia el ordenamiento legal sino los usos y costumbres locales. Hecha esta precisión, mi interés es reflexionar sobre la figura de juez de paz no letrado, que es el que puede presentar una novedad en ciertos países. Por ello, en lo que sigue, siempre que hable de juez de paz, sin hacer ninguna especificación, me estaré refiriendo a los jueces de paz no letrados, como el colombiano o el peruano.

Conforme a lo anterior, y a pesar de algunas variaciones nacionales, en general los jueces de paz en América Latina y en algunos países desarrollados son personas, que ejercen su cargo en forma *ad-honorem*, o con una baja remuneración, y sólo con dedicación de tiempo parcial. Son elegidos popularmente, o al menos son conocidos y reconocidos en la localidad en donde ejercen sus funciones. No deben ni suelen ser abogados, y tramitan conflictos de poco valor económico. En la mayoría de los casos, logran que las partes en conflicto concilien sus diferencias, pero en caso de que ello no sea posible, tiene también la posibilidad de decidir la disputa con base en una sentencia en “equidad”, esto es, de acuerdo a los usos y costumbres locales. ¿Cómo podemos entonces caracterizar esa figura? ¿Es una parte del aparato judicial

²⁶ En Colombia entendemos por juez “promiscuo” a un funcionario judicial que atiende asuntos en todas las ramas del derecho, y que en general constituye el primer escalón de la jerarquía judicial.

²⁷ Los jueces de paz peruanos son tal vez el caso más estudiado en América Latina, por lo cual, existe una importante literatura académica al respecto. Ver, por todos, Hans-Jurgen Brandt. **En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú**. Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1990. El caso colombiano, empieza a recibir atención creciente, debido a la aprobación de la Ley 497 de 1999, que pone en marcha la figura. Para discusiones sobre el caso colombiano, ver las recientes publicaciones de la Universidad Nacional (**Pensamiento Jurídico** No 18, Corporación Excelencia en la Justicia (**Justicia y desarrollo**. No 10, 1999) y Corporación Plural (**Jueces de paz**. Bogotá: autor, 1999)

formal del Estado, como lo sostienen ciertos autores, o es un mecanismo de justicia comunitaria, como lo destacan otros analistas?

Para responder a ese interrogante, resulta inevitable que brevemente recordemos ciertos rasgos relevantes del derecho como fenómeno social. Así, y contra una concepción puramente normativista -el derecho como un conjunto de reglas a ser aplicadas mecánicamente por el juez- creo que el derecho es un conjunto flexible de directivas y mecanismos para la resolución de conflictos y la adhesión de los ciudadanos a esas soluciones, a través de la intervención de un tercero, llamado juez o tribunal, que puede obligar al acatamiento de las decisiones mediante el uso de la fuerza.

Esto significa que, desde esta óptica, el derecho aparece como un ordenador de la conducta social y un mecanismo de regulación de los conflictos. Es entonces un mecanismo de cohesión social, puesto que contiene los conflictos dentro de un orden, es decir dentro de unos marcos de invarianza estructural. Pero -contra ciertas recepciones simplistas del marxismo- considero que el derecho no es sólo un factor de dominación, ni un simple elemento de conservación del statu quo, porque los principios jurídicos pueden encarnar valores éticos susceptibles de traducirse en contenidos emancipatorios, como lo muestra el ejemplo del paso de la igualdad formal a la igualdad material en la evolución del constitucionalismo y los derechos humanos. Igualmente, -contra el consensualismo funcionalista- considero que el derecho tampoco es sólo un sistema de integración, porque las sociedades son todas conflictivas, de suerte que el sistema jurídico termina dando un tratamiento diferencial y selectivo favorable a ciertos intereses: es entonces un orden normativo parcialmente excluyente.

Esta breve conceptualización del derecho nos permite destacar ciertos elementos estructurales de todo ordenamiento jurídico, que pueden ser interesantes para el estudio de las características de los mecanismos informales de resolución de conflictos. Estos elementos son²⁹: De un lado, la existencia de un conflicto entre individuos, ya que sin conflictos intersubjetivos no habría derecho. Por eso, quienes creen en la potencial eliminación del conflicto de las sociedades humanas, pueden también concebir la extinción de la forma jurídica como una posibilidad futura real a partir de la cual pensar el presente.

De otro lado, igualmente central para la estructuración de un aparato judicial, es la existencia de un tercero que media el conflicto. En efecto, podemos decir que existe un conflicto cuando hay uno o varios actores que sobre determinados recursos tienen pretensiones encontradas -que no obligatoriamente de intereses- que obstaculizan la cooperación. Sin embargo, no obligatoriamente las partes deben resolver el conflicto por la vía jurídica pues existen muy diversas salidas a los conflictos entre las personas y los grupos sociales. Estas formas de solución suelen ser clasificadas entre

formas autocompositivas, o sea, donde los propios actores logran una salida al conflicto, hasta las formas más heterocompositivas, es decir, donde es un tercero el que impone la solución del conflicto. Igualmente se suele hablar de unas vías intermedias entre las anteriores, en donde hay un tercero que interviene pero que no impone una solución, ya que no tiene capacidad decisoria. Por ende, si en un conflicto las partes logran solucionar por la vía negociada, por la autocomposición, o gracias a la intervención de un simple mediador, su contraposición de pretensiones, entonces no tienen por qué recurrir a vías próximas al derecho, las cuáles son esencialmente heterocompositivas.

Un tercer elemento de lo jurídico es la existencia de unos patrones normativos que permiten la discusión del problema a fin de que las partes adhieran a la solución adoptada por el tercero que media o decide el conflicto. Al derecho es entonces consustancial -como lo ha mostrado con vigor Chaim Perelman-una práctica retórica, por medio de la cual las partes y el juez buscan convencer sobre la justicia de la decisión a ser adoptada³⁰. Estos patrones normativos que configuran ese espacio retórico pueden ser aquellos consagrados en el orden jurídico estatal (derecho oficial), pero también pueden hacer referencia a valores respetados por la comunidad aun cuando no tengan consagración positiva (el llamado derecho no oficial).

Un cuarto elemento es el uso o la amenaza de uso de la fuerza, como elemento que distingue las normas jurídicas de los usos sociales o de las normas éticas.

Y, finalmente, un quinto elemento del derecho moderno, destacado con vigor por Max Weber, es la presencia de un aparato especializado, más o menos burocratizado, encargado de decidir y administrar las soluciones jurídicas.

Estos tres últimos elementos significan que es posible concebir dos situaciones extremas en la decisión de un asunto jurídico. Podríamos entonces construir dos tipos ideales de decisión judicial. En un caso, gracias a una pura discusión argumental, las partes y el tercero mediador llegan a una solución a la cual todos adhieren consensualmente: es el modelo de la “justicia conciliadora”, en el cual hay un predominio de la retórica, en virtud de la cual el derecho casi que se confunde con las técnicas de negociación y de conciliación (autocomposición del litigio). En el otro caso de figura, la solución jurídica es impuesta a las partes por la fuerza, luego de ser decidida por el aparato burocrático, quien determina con criterios técnico-jurídicos quien es el vencedor y quien es el vencido en la controversia. Es el modelo “adjudicativo”, en el cual hay un predominio de la heterocomposición y de la amenaza de la violencia y la actividad burocrática sobre la argumentación retórica.

En la práctica, es muy difícil encontrar una justicia puramente conciliadora o puramente adjudicadora; la mayoría de las decisiones judiciales se sitúan entre estos dos extremos, pero lo importante es determinar cual es el elemento determinante de

un sistema. Además, empíricamente es posible mostrar que en general existe una relación inversa entre, de un lado, el nivel de institucionalización burocrática y la violencia, y del otro lado, el grado de argumentación retórica. En efecto, como dice Santos, "cuanto mayor fuere el nivel de institucionalización burocrática de la producción jurídica, menor será el espacio retórico de la estructura y del discurso jurídico, y viceversa. Igualmente, cuanto más poderosos fueren los instrumentos de violencia al servicio de la producción jurídica, menor será el espacio retórico de la estructura y del discurso jurídico y viceversa"³¹.

Con base en las anteriores consideraciones, podemos entonces aproximarnos de una manera más fina a las características diferenciales de los mecanismos de justicia informal. Para ello nos interrogaremos sobre la manera como puede operar ese tercero -juez o tribunal- encargado de mediar el conflicto entre los particulares, recurriendo a grados diversos de fuerza, institucionalización y retórica. En efecto, ese tercero puede actuar de maneras muy diversas:

De un lado, puede tener un poder coactivo, estar integrado a la burocracia estatal y decidir conforme al derecho oficial: es el clásico juez estatal moderno, que representa las formas típicamente heterocompositivas solución de los litigios.

De otro lado, por el contrario, y muy cercano a las formas autocompositivas, este tercero puede carecer de todo poder coactivo, no hacer parte del aparato estatal y su función ser simplemente la de acercar a las partes a fin de que éstas lleguen a una solución de consenso. Pero si las partes no quieren conciliar, entonces este tercero no puede forzarlas a hacer nada.

Este "tercero mediador", como propongo denominarlo, suele recibir en la práctica diversos nombres, como conciliador, amigable componedor, etc, ya que puede jugar diversos papeles. Así, en unos casos su función es relativamente pasiva ya que actúa simplemente como un "facilitador", es decir, sólo interviene para generar un ambiente que permita las negociaciones de las partes, pero no hace propuesta de soluciones, no busca salidas diversas a las ofrecidas por las partes, etc., limitándose tan sólo a dar una garantía a la negociación. Juega entonces casi un papel notarial en la negociación, dando fe de los compromisos que se establecieron. Una figura parecida es la de los "amigables componedores", que actúan cuando la situación entre las partes es tan difícil y existe tanta tensión entre ellas, que no es siquiera posible que se reúnan para negociar. Entonces las partes nombran representantes para que éstos busquen un primer acercamiento a fin de facilitar una posterior negociación y un eventual acuerdo. En otros eventos, el papel del tercero mediador es más activo en la decisión del caso, ya que puede directamente proponer soluciones y no basarse sólo en las propuestas de las partes; es lo que en Colombia llamamos conciliador, y que en otros países denominan específicamente mediador³². A veces,

³¹ Boaventura de Sousa Santos. **Op-cit.** p 127

estos terceros intervienen en los procesos de salida al conflicto como “expertos independientes”, que son personas a la que las partes de común acuerdo someten el conflicto para que digan cuál es, según su parecer, la solución correcta. El experto señala entonces cuál es su decisión, pero no puede imponerla a las partes. Sin embargo, esa intervención puede ser valiosísima, y muchas veces logra desempañar un proceso de negociación, en la medida en que cambia sustancialmente el escenario de discusión, al permitir un distanciamiento de las partes frente a sus posiciones originales, puesto que se entra en el examen de una alternativa propuesta por un tercero independiente a ellas. Finalmente, otro papel que puede jugar ese tercero es el de “manipulador o ajustador de reglas”, que encuentra una solución de tipo procesal al problema. En efecto, a veces la solución a un problema no consiste en encontrar una solución material del asunto sino en establecer unas reglas que permitan el ajuste y la solución progresiva al mismo.

En el intermedio entre el juez estatal y los “terceros mediadores”, encontramos el caso de los árbitros, que pueden decidir en equidad o en derecho. Esta intervención es heterocompositiva, por cuanto el árbitro decide el caso y su solución es respaldada coactivamente por la autoridad del Estado. Sin embargo, en general corresponde a las partes designar a ese tercero para resolver específicamente el asunto en disputa, por lo cual no es un funcionario impuesto a las personas enfrentadas.

Finalmente, podemos encontrar terceros que poseen cierto poder coactivo pero que no hacen parte de la burocracia estatal y deciden conforme no al derecho positivo sino al derecho no oficial: son las llamadas autoridades tradicionales.

Las distinciones antes expuestas son puramente esquemáticas y abstractas pues, en la práctica, en muchas ocasiones las mejores estrategias para una solución de los conflictos suele resultar de una combinación de estas distintas vías. Así, hay muchos casos donde alguien que juega un papel de árbitro, en la realidad es el facilitador de una negociación. Por ejemplo, en Estados Unidos, una de las vías que más se utiliza en los conflictos para determinar el salario de los deportistas profesionales es lo que llaman el “arbitraje de solución única”, que consiste en que el árbitro está atado por las ofertas propuestas por las partes y tiene entonces que escoger obligatoriamente

definir la conciliación como una simple convocación o facilitación de una negociación. Sin embargo explica que esos términos suelen ser intercambiables, pero lo que sucede es que en Estados Unidos la palabra conciliación no es bien vista, y se prefiere el término mediación, por dos razones esenciales: de un lado, porque durante alguna época, antes de conceder un divorcio, los jueces intentaban reconciliar a las parejas, por lo cual las obligaban a permanecer casadas. Muchos tienden entonces a asimilar las tentativas de conciliar un conflicto familiar con la cuasi obligación de reconciliación que imponían estos jueces, por lo cual no gustan de la palabra conciliación. Y, de otro lado, durante las luchas por los derechos civiles de los años sesenta y setenta "la palabra conciliación no se consideró un término aceptable, ya que sonaba a que se minimizaba el conflicto (como algo opuesto a la solución de los hechos subyacentes)" Por ello en Estados Unidos se tendió a utilizar mejor el término mediación. Ver

entre ellas. El procedimiento puede parecer muy irracional, porque el árbitro puede creer que una solución intermedia es la mejor. Pero ese arbitraje de oferta final favorece muchas veces la negociación entre las partes por cuanto éstas saben que si no llegan a un acuerdo, entonces el caso va a ser sometido a un árbitro que va a fundar su decisión exclusivamente en las últimas propuestas formuladas. De esa manera, las propuestas tienden a acercarse mucho unas a otras, porque si se hace una pretensión muy extrema e irracional, el árbitro la va a descartar y va a escoger la del otro. Entonces, este arbitraje de oferta final, que es una fórmula heterocompositiva, en el fondo es esencialmente un mecanismo para facilitar la negociación autocompositiva³³.

Esta presentación es útil para comprender el sentido de los jueces de paz. En este punto me distancio entonces un poco de mi colega Edgar Ardila, pues yo no pienso que la justicia de paz sea un mecanismo comunitario; según mi criterio, y conforme al anterior análisis, el juez de paz es una especie de institución bisagra entre las formas no estatales de resolución de los conflictos y el derecho estatal. De un lado, es un juez, es decir es una autoridad reconocida por el Estado, y como tal tiene algunos poderes coactivos, aunque éstos sean mínimos. Pero, de otro lado, este juez no decide aplicando la ley sino en equidad, por lo cual incorpora muchos elementos del derecho no oficial y de los usos y costumbres locales. Se acerca entonces a las autoridades tradicionales o a la figura de los árbitros habilitados por las partes para decidir en equidad. Además, este juez, en general, busca la conciliación de las partes, puesto que su función pacificadora le genera esa dinámica. En efecto, la esencia de los jueces de paz es que -como su nombre lo indica- son jueces que en vez de aplicar mecánicamente la ley deben contribuir a la paz social buscando ante todo resolver el conflicto. Por eso son jueces esencialmente conciliadores; en vez de pretender enfrentar a las personas para ellos decidir por encima de ellas, adjudicando la victoria a una persona en contra de la otra, el juez de paz buscará una solución concertada. Sin embargo, a veces, los acuerdos son imposibles y el juez se ve obligado a sentenciar; esa capacidad de decisión lo diferencia del simple conciliador puesto que este último no puede fallar el conflicto. Pero en tales casos, en general se les autoriza a que decidan en "equidad", es decir conforme a los criterios de justicia propios a la comunidad y no a un razonamiento legal. Esa sentencia en equidad lo distingue del juez ordinario. Es como si frente a estos jueces el ordenamiento quisiera recuperar el sentido etimológico de la palabra sentencia, la cual en latín, tiene la misma raíz que la palabra sentimiento. La decisión del juez de paz no debe ser entonces una argumentación fría y puramente lógica sino una solución justa que exprese el sentimiento de equidad comunitario. Esa sentencia en equidad lo distingue entonces del juez ordinario. Y, en todo ese proceso, el juez de paz actuará oralmente, de manera ágil, sin formalismos innecesarios o lenguajes especializados. Eso lo distancia de los burócratas ordinarios.

Este carácter intermediario del juez de paz -entre la justicia estatal y la justicia comunitaria- es muy interesante pues es un instrumento para articular los procesos de movilización comunitaria con los distintos mecanismos informales que puedan existir. Así, estructuras más institucionalizadas como los centros oficiales de conciliación o los juzgados promiscuos o municipales podrían vincularse a los procesos más propiamente comunitarios, más informales y más autónomos en relación con el Estado.

Todo lo anterior muestra que un último gran reto para potenciar las virtudes democráticas de la justicia comunitaria consiste en lograr una aproximación distinta al conflicto, que permita una reconstrucción democrática de nuestras sociedades a partir de una valoración positiva de las controversias, como un espacio de divergencias, que pueden ser tramitadas y resueltas pacíficamente. Esto significa que la mejor forma de enfrentar los dilemas muy serios que plantean quienes son críticos, y con razones importantes, de las justicias informales, es afirmando que la participación social y el debate para resolver los conflictos permiten construir democracia y afianzar la paz. La paz y la democracia no suponen entonces la erradicación del conflicto y de las controversias, sino la construcción de "un espacio social y legal en el cual los conflictos puedan manifestarse y desarrollarse, sin que la oposición al otro conduzca a la supresión del otro, matándolo, reduciéndolo a la impotencia o silenciándolo"³⁴. Esto permite mantener una visión positiva de la democracia, basada en que ésta no sólo debe evitar que los antagonismos sociales degeneren en violencia sino que debe además revalorizar los conflictos como una fuente insustituible de riqueza y diversidad. Así, Albert Hirshman³⁵, retomando la idea de Marcel Gauchet y Helmut Dubel al respecto, considera que la integración social en la democracia se logra, no negando el conflicto sino gracias a la experiencia del mismo, pues los lazos comunitarios se refuerzan debido a que los seres humanos, luego de confrontarse, terminan por construir un orden democrático cohesivo, al constatar que el conflicto puede ser regulado, sin que tenga que traducirse obligatoriamente en guerras y violencias. Es lo que estos autores llaman el "milagro democrático", en virtud del cual, el conflicto, que podría ser un elemento de desagregación comunitaria, pues obstaculiza temporalmente la cooperación social, termina por convertirse en el cemento de la sociedad democrática pluralista, por cuanto las personas comprenden que esos conflictos pueden ser resueltos pacíficamente, y en ese proceso de resolución se afirman como seres humanos, autónomos y solidarios.

Y en este campo la justicia comunitaria en particular y el derecho en general pueden jugar un papel muy interesante. La concepción elaborada en el siglo pasado por el gran jurista alemán Rodolfo Von Ihering sigue teniendo plena actualidad, y es la idea de que el derecho encierra una antítesis inseparable: la lucha y la paz; la paz es

³⁴Zuleta, Estanislao. "Sobre la guerra" en **Colombia: violencia, democracia y derechos humanos**. p 109.

la finalidad del derecho pero la lucha es el medio para alcanzarla³⁶. Estas palabras ilustran la manera cómo pueden y deben operar estos mecanismos de justicia comunitaria. Su finalidad es la paz, pero solo pueden lograr tal cometido si reconocen el conflicto y la lucha, y a partir de ellos construyen procesos de paz y de democracia.
